

Constitucionalismo, Democracia e os desafios para a concretização de direitos

Estudos em homenagem aos 70 anos da Declaração Universal de
Direitos Humanos e 30 anos da Constituição Federal de 1988

Claudia Karina Ladeia Batista
Etiene Maria Bosco Breviglieri
Rodrigo Cogo

ORGANIZADORES

Constitucionalismo, Democracia e os desafios para a concretização de direitos:

**estudos em homenagem aos 70 anos da
Declaração Universal de Direitos Humanos e 30
anos da Constituição Federal de 1988**

Apoio:



 **Pedro & João**
editores

O único fator indispensável para a geração do poder é a convivência entre os homens. Todo aquele que, por algum motivo, se isola e não participa dessa convivência, renuncia ao poder e torna-se impotente, por maior que seja sua força e por mais válida que sejam suas razões. ARENDT, Hannah *in* A condição Humana (1958)

**Claudia Karina Ladeia Batista
Etiene Maria Bosco Breviglieri
Rodrigo Cogo
(Organizadores)**

**Constitucionalismo, Democracia e os
desafios para a concretização de direitos:**

**estudos em homenagem aos 70 anos da
Declaração Universal de Direitos Humanos e 30
anos da Constituição Federal de 1988**

Copyright © dos autores

Todos os direitos garantidos. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada desde que levados em conta os direitos dos autores.

Claudia Karina Ladeia Batista; Etiene Maria Bosco Breviglieri; Rodrigo Cogo (Orgs.)

Constitucionalismo, Democracia e os desafios para a concretização de direitos: estudos em homenagem aos 70 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos e 30 anos da Constituição Federal de 1988. São Carlos: Pedro & João Editores, 2018. 310p.

ISBN 978-85-7993-550-3

1. Constitucionalismo. 2. Democracia. 3. 70 anos de Declaração dos Direitos Humanos. 4. 30 anos da Constituição Federal. 5. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. 6. Autores. I. Título.

CDD – 370

Capa: Bocabocadesign

Editores: Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

Conselho Científico da Pedro & João Editores:

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/Brasil); Nair F. Gurgel do Amaral (UNIR/Brasil); Maria Isabel de Moura (UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil); Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil).



Pedro & João Editores

www.pedroejoaoeditores.com.br

13568-878 - São Carlos – SP

2018

AUTORES

Adriana Aparecida de Lima Terçariol

Doutora em Educação e Currículo pela PUC/SP. Mestre e Pedagoga pela Faculdade de Ciências e Tecnologia UNESP/Campus de Presidente Prudente/SP. Docente no Curso de Pedagogia e Programas de Pós-Graduação em Educação, vinculados à Universidade Nove de Julho (UNINOVE-SP). Líder do Grupo de Pesquisa em Educação, Tecnologias e Cultura Digital – GRUPETeC.

Alexandre Walmott Borges

Professor Associado da Universidade Federal de Uberlândia. Professor dos programas de pós-graduação, em direito e em biocombustíveis, desta Universidade Mineira. É também professor visitante do programa de pós-graduação em direito da Unesp, Franca. É mestre e doutor em Direito pela UFSC. É doutor em História pela UFU. Pesquisador líder do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados – LAECC

Ângela Aparecida da Cruz Duran

Professora adjunta nos cursos de Direito e Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba/MS; Doutora em Direito pela USP/Faculdade de Direito do Largo de São Francisco/SP, Líder do Grupo de Pesquisa Cultura Jurídica e Direitos Humanos.

Aires David de Lima

Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS); Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá; Docente efetivo do curso de

graduação em Direito da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

Carlos César Massolo

Advogado. Graduado pela *Universidad Nacional de La Plata* – ARGENTINA. Especialista em Bioética – FLACSO - *Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales*.

Carlos Henrique Boletti

Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO. Membro do Grupo de Estudos “INTERVERPES: Intervenção do Estado na Vida das Pessoas”, sediado na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Advogado, parecerista e consultor jurídico nas áreas de Direito do Trabalho, Empresarial e Contratual.

Claudia Karina Ladeia Batista

Doutora em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pela UNITOLEDO; Professora Adjunta nos cursos de graduação em Direito e pós-graduação em Direitos Humanos da UEMS - Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Advogada.

Cristina Veloso de Castro

Pós-Doutora pela *Università degli Studi di Messina* – Itália. Doutora em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE - Instituição Toledo de Ensino - Bauru/SP. Professora Titular do Mestrado em Ciências Ambientais na Universidade Brasil, Professora de Direito Constitucional na UEMG - Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade de Frutal.

David Augusto Fernandes

Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutor e Mestre em Direito. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense.

Campus do Instituto de Ciências da Sociedade. Departamento de Direito de Macaé. Cadastrado no CNPQ como líder de pesquisa, sendo que a mesma é direcionada ao Direito Internacional Penal e aos Direitos Humanos.

Etiene Maria Bosco Breviglieri

Pós-Doutora em Direito pela *Università degli Studi di Messina* (Itália); Doutora em Direito pela PUC-SP; Mestre em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP; Docente adjunta da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS), Curso de Direito, Unidade de Paranaíba.

Fernando Antón Calí

Advogado. Graduado pela *Universidad Nacional de La Plata* – ARGENTINA. Membro ativo da *Comisión de Administración de Justicia del Colegio de Abogados de La Plata*.

Fernando de Brito Alves

Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP; Professor Adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná, onde coordena o Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica. Professor das Faculdades Integradas de Ourinhos.

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém

Pós-doutora em Direitos Humanos e Democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) na Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra (FG-UC), Portugal; Doutora em Direito pela PUC/SP; Mestre em Direito pela UNITOLEDO; Docente efetiva da UEMS - Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul, onde ministra aulas nos cursos de graduação em Direito e de pós-graduação em Direitos Humanos.

Iramaia Floripes Almici Loureiro

Bacharel em Direito pela AJES - Faculdade do Vale do Rio Juruena. Mediadora no Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso. Docente de Letras.

Isael José Santana

Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP; Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito de Marília – UNIVEM; Docente do Curso de Direito, Pós-Graduação em Direitos Humanos, Pós-Graduação em Educação e do Curso de Ciências Sociais da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Líder do grupo de pesquisa CNPq: Criminologia: diálogos interdisciplinares.

Jamile Gonçalves Calissi

Doutora em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino; Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino; Professora nas Faculdades Integradas de Jaú.

Juliano Gil Alves Pereira

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad Del Museo Social Argentino* – MSA; Mestre em Direito pela Universidade de Franca – UNIFRAN; Professor assistente efetivo dos Cursos de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade de Paranaíba; vinculado ao Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Cidadania, registrado no CNPq.

Lanaira da Silva

Professora de Direito da FAP (Faculdade Estácio de Belém). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na linha de pesquisa em Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. É integrante do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica, vinculado ao CNPq, e do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogada.

Larissa Rosa

Mestra em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista – UNESP; Bacharela em Direito pela mesma instituição; Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. Advogada.

Léia Comar Riva

Pós-doutora em Direitos Humanos e Democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra (FD-UC), Portugal. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD-USP); Professora Efetiva de Direito Civil: Família e Sucessões do Curso de Direito e de Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

Lisandra Moreira Martins

Doutora em Direito Processual Penal pela PUC/SP; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo/Araçatuba; Docente do Curso de Direito e do Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Projeto de Pesquisa “O Processo Penal Constitucional: do Direito Penal Máximo à Política Criminal Minimalista”.

Luiz Gustavo Boiam Pancotti

Advogado e Consultor Jurídico, Professor de Direito Civil da UNITOLEDO de Araçatuba/SP; Professor de Direito das Relações Sociais da UNIMEP - Lins/SP. Doutor em Direito Previdenciário pela PUC/SP e Pós-Doutorado em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

Maria Berenice Dias

Advogada, Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e Gênero do Conselho Federal da OAB, Vice-Presidente Nacional do IBDFAM.

Maria Teresa Casadei

Doutoranda pela Universidade de São Paulo/USP - Programa de Pós-Graduação em Humanidades, Direitos e outras Legitimidades. Mestre em Estudos de Linguagens pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul/UFMS; Professora da Universidade Católica Dom Bosco.

Mário Lúcio Garcez Calil

Estágio pós-doutoral e estudos em nível de pós-doutorado pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília (Bolsista PNPd-CAPES). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Vice-líder do grupo de pesquisa "A intervenção do poder público na vida da pessoa", vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM.

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

Doutora em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professora Assistente Doutora da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), graduação e pós-graduação. Professora Adjunta da Universidade Paulista (UNIP), graduação. Advogada.

Pietro de Jesús Lora Alarcón

Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP, com estudos pós-doutorais na *Universidad Carlos III de Madrid* e na Universidade de Coimbra. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC/SP e do Centro Universitário de Bauru CEUB/SP e professor convidado das Universidades Libre e Cooperativa de Colômbia.

Rafael de Lazari

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha, de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado

em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Professor do Curso de Graduação em Direito da Rede Gonzaga de Ensino Superior - REGES, de Dracena/SP.

Raquel Rosan Christino Gitahy

Doutora e Mestre em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho/UNESP; bacharel em Direito, professora da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e da Universidade do Oeste Paulista. Líder do Grupo de Estudos e Pesquisas em Educação, Currículo e Tecnologias.

Roberta Alessandra Pantoni

Doutoranda em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo - USP; Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia - UFU; Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

Rodrigo Cogo

Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia - UFU; Docente dos Cursos de Graduação em Direito e Pós Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS.

Sidinea Cândida Faria

Doutora em Educação pela Universidade Católica Dom Bosco; Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Franca; Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS.

Tiago Vinicius André dos Santos

Doutor e Mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP; professor-colaborador da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul -UEMS, Unidade de Paranaíba.

Vivianne Rigoldi

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM; Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho-UNESP; Vice-coordenadora do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília. Docente titular da disciplina de Direito Constitucional; Pesquisadora cadastrada no CNPq na área de Políticas Públicas e Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

NOTA DOS ORGANIZADORES 17

PREFÁCIO 19
Ingo Wolfgang Sarlet

EIXO I

CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E TEMAS CORRELATOS

O JUDICIÁRIO ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO: A
RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 27
Pietro de Jesús Lora Alarcón

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO FUNDAMENTAL À
LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO COMPARADO 49
Iramaia Floripes Almici Loureiro
Juliano Gil Alves Pereira
Lanaira da Silva

ESTUDO TEÓRICO SOBRE O FEDERALISMO 75
Claudia Karina Ladeia Batista
Jamile Gonçalves Calissi

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E IMUNIDADES
PARLAMENTARES: Reflexões a pretexto dos 30 anos da
Constituição Federal de 1988 97
Rodrigo Cogo
Sidinea Cândida Faria

DIREITO CONSTITUCIONAL E O DESAFIO AO
CONHECIMENTO COMO INSTRUMENTO PARA A PRÁTICA
DA CIDADANIA E FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA 125
Cristina Veloso de Castro
Etiene Maria Bosco Breviglieri

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS Y
PERSONALÍSIMOS EN LA ARGENTINA 151
Fernando Antón Calí
Carlos César Massolo

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PONDERAÇÃO DE
INTERESSES: O “INTERESSE PÚBLICO” À LUZ DA
PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL 177
Alexandre Walmott Borges
Roberta Alessandra Pantoni

EIXO II

DIREITOS ESPECÍFICOS

DIREITO DE FAMÍLIA E DIREITOS HUMANOS

A FAMÍLIA DO SÉCULO XXI 203
Maria Berenice Dias

LEGISLAÇÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS: PRISÃO
POR DÍVIDA ALIMENTAR 219
Léia Comar Riva

DIREITO PENAL E DIREITOS HUMANOS

O SISTEMA PENAL EXASPERADOR DA PUNIBILIDADE:
reflexões a partir da criminologia crítica e dos direitos humanos 237
Isael José Santana
Lisandra Moreira Martins
Larissa Rosa

A VÍTIMA COMO PROTAGONISTA DA RESOLUÇÃO DOS
CONFLITOS PENAIS: UMA PERSPECTIVA NECESSÁRIA
PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS 259
Larissa Rosa
Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas

IGUALDADE, DIREITOS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS

JUSTIÇA ENQUANTO IGUALDADE: Evolução histórica do conceito e sua relação com grupos historicamente excluídos **281**
Tiago Vinicius André dos Santos

ACESSIBILIDADE LINGUÍSTICA COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: perspectivas para a promoção da justiça social **303**
Maria Tereza Casadei

DIREITOS HUMANOS: a lei de inclusão das pessoas com deficiência e o direito à igualdade **321**
David Augusto Fernandes

OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO SOCIAL EM FACE DAS NOVAS CONTINGÊNCIAS SOCIAIS NA SOCIEDADE DE RISCO **353**
Fernando de Brito Alves
Luiz Gustavo Boiam Pancotti

REIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO E TRABALHO ESCRAVO **375**
Mário Lúcio Garcez Calil
Vivianne Rigoldi

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DO TRABALHO **393**
Rafael de Lazari
Carlos Henrique Boletti

EDUCAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

AS POSSIBILIDADES/CONTRIBUIÇÕES TECNOLÓGICAS NA EDUCAÇÃO PARA/EM DIREITOS HUMANOS **417**
Adriana Aparecida de Lima Terçariol
Angela Aparecida da Cruz Duran
Raquel Rosan Christino Gitahy

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITOS HUMANOS

- O DIREITO FUNDAMENTAL À FUNDAMENTAÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS E OS LIMITES À
DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ IMPOSTOS PELO ARTIGO
489, § 1º, DO NOVO CPC **435**
Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém
Juliano Gil Alves Pereira
- PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL **463**
DO PROCESSO E SEUS REFLEXOS NO CPC
Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém
Aires David de Lima

NOTA DOS ORGANIZADORES

A presente obra congrega os estudos de pesquisadores e profissionais do direito que, de forma independente e plural, apresentaram suas contribuições para a temática proposta: “Constitucionalismo, Democracia e os Desafios para a concretização de direitos: Estudos em homenagem aos 70 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos e 30 anos da Constituição Federal de 1988”.

A chancela do referido empenho vem pelas mãos de um profundo conhecedor da temática em análise, cuja notoriedade do saber jurídico e a importância da contribuição de seus estudos para o direito dispensam, por si, maiores delongas. A deferência de prefaciar esta obra nos foi conferida pelo professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, Doutor em Direito pela Ludwig Maximilians Universität München, coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da PUCRS e professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais (GEDF - CNPq). Com a clareza e precisão que lhe são próprias, o professor Sarlet faz importantes considerações sobre os desafios enfrentados pelo constitucionalismo e pela democracia, sobretudo no que tange a fazer efetivas as disposições constitucionais e internacionais para a concretização de direitos fundamentais e humanos.

Todas as contribuições para a presente obra constituem inegável esforço de embasamento técnico, jurídico, filosófico, sociológico e mesmo antropológico voltados à análise dos fenômenos, institutos, casos, direitos e violações objetos de cada estudo nela retratados, reiterando que não representam, necessariamente, a opinião da UEMS, da FUNDECT ou dos organizadores e autores.

Editada em consonância com a temática do V Encontro Internacional de Direitos Humanos, a presente obra pretende, ainda que de forma singela, trazer à luz temas juridicamente e socialmente relevantes. Também por tal razão, esta obra não nega a (por vezes merecida) crítica jurídica, política e social, no afã de entregar ao leitor o que dela se espera: estudar os percalços do constitucionalismo e democracia e tentar, ainda que de maneira incipiente, apontar possíveis¹ caminhos para a concretização de direitos.

Por fim, cumpre-nos ressaltar a importância do fomento da FUNDECT – Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul, essencial ao desenvolvimento desta obra, que é comprometida com a liberdade de expressão, com o pluralismo de ideias, com os preceitos constitucionais e, sobretudo, com a salvaguarda dos direitos humanos e fundamentais.

¹ A concretização de direitos requer, não raro, caminhos que não se esgotam no próprio direito, mas que, ao contrário, nele reconhecem a incompletude e limitação. Muitos dos estudos aqui apresentados rendem o merecido e indispensável reconhecimento aos estudos extrajurídicos, reconhecendo-lhes a importância que, por vezes, lhe são negados nas séries iniciais dos estudos jurídicos.

PREFÁCIO

Prefaciara uma obra, no caso um livro coletivo, é sempre uma honra e alegria, ainda mais quando se trata de uma coletânea que agrega diversas contribuições que gravitam em torno do eixo temático e do título “CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS: estudos em homenagem aos 70 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos e 30 anos da Constituição Federal de 1988”.

Para além do tema em si – que será objeto de nossa atenção logo adiante – é de se sublinhar o fato de que se cuida de uma obra coletiva produzida pelos professores da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, em parceria com profissionais de outras instituições de ensino jurídico, destacando-se, ademais disso, que o livro contará com o fomento da FUNDECT - Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul, o que imprime um aval qualificado à produção.

Coordenada pela Professora Doutora Claudia Karina Ladeia Batista, Professora Doutora Etiene Maria Bosco Breviglieri e Professor Mestre Rodrigo Cogo, é de sabida relevância que o texto está em face de antigos e, mesmo assim, sempre novos e instigantes temas, problemas e desafios. Constitucionalismo, Democracia e Direitos (Humanos e Fundamentais) surgiram em contextos de crise e em toda a sua trajetória evolutiva (à evidência consideradas as maiores ou menores diferenças entre os diversos modelos e sistemas) foram marcados por crises mais ou menos impactantes, o que atualmente também não se revela diferente.

Por isso, embora não haja dia nem época em que tais temas não sejam relevantes e não reclamem reflexão acadêmica crítica e aguçada, é sempre bem vindo que em momentos como os que se vivenciam este ano, quando a Declaração dos Direitos Humanos da

ONU (1948) e a Constituição Federal Brasileira (1988) completam, respectivamente, 70 e 30 anos desde a sua entrada em vigor, se faça um balanço crítico e se diagnostiquem desafios e perspectivas. Que ambos os diplomas normativos sejam contemplados na mesma obra, não poderia ser mais conveniente, visto que bem ilustra a íntima interdependência entre os mesmos.

Com efeito, é de se notar que mesmo que o Brasil não tenha ratificado grande parte dos tratados internacionais de direitos humanos quando da promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, o texto constitucional originário já contemplava – em quase sua totalidade – os direitos reconhecidos na Declaração de 1948 e nos principais tratados de direitos humanos, em especial os pactos internacionais de direitos civis e políticos e de direitos sociais, econômicos e culturais (1966) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969.

Isso quer dizer que antes mesmo da internalização formal de tais diplomas internacionais no direito brasileiro, praticamente todos os direitos humanos ali contemplados já tinham sido constitucionalizados e alcançado a condição de direitos fundamentais.

Tal circunstância – que depõe (e muito) – a favor da opção constituinte de 1988, encontra-se, de certo modo, refletida na obra, em especial à vista dos eixos temáticos contemplados, que abarcam aspectos relevantes do constitucionalismo e da democracia e dos diferentes direitos humanos e fundamentais (de todas as dimensões).

Mas – e o título da obra bem o revela, ainda que do ponto de vista de sua previsão formal nos dois diplomas normativos ora festejados os direitos humanos e fundamentais tenham sido incorporados a uma espécie de patrimônio universal cultural, político, ético e jurídico comum, as diferenças (de diversa natureza e extensão) em termos de seu efetivo reconhecimento, proteção e

promoção seguem – em alguns ambientes e casos – significativas e mesmo abissais.

No caso brasileiro – que é o que aqui nos importa – a gramática e o discurso dos direitos humanos e fundamentais aparentemente não saíram (e agora mais ainda) dos textos normativos, dos livros e artigos científicos e do ambiente acadêmico, sem prejuízo de consideráveis esforços por diversos setores da sociedade civil e dos poderes públicos no sentido de tornar os direitos efetivos.

Isso nos leva ao problema posto no título: os desafios do constitucionalismo, da democracia e dos direitos humanos e fundamentais, categorias indissociáveis, visto que uma não existe e não vive e se desenvolve sem a outra, já que o Estado Democrático de Direito – assim forjado e formatado pela Constituição Federal de 1988 – é um Estado de e para os Direitos.

Dentre os diversos desafios, destaco aqueles que dizem respeito ao enfrentamento e superação de três crises que dizem respeito aos três eixos acima nominados, quais sejam, as crises de efetividade, de identidade e de confiança vivenciados pelo constitucionalismo, pela democracia e pelos direitos humanos e fundamentais, em especial pelos últimos.

Aliás, nesse mesmo contexto cai como uma luva recuperar aqui parte de escritos nossos diretamente inspirados na profícua obra de Boaventura Santos, que, discorrendo sobre a crise do Estado Social, já em 1998 (e mesmo em textos anteriores) afirmava que tal crise – que é hoje ainda mais aguda – é também uma a crise da Democracia, que, especialmente em virtude do impacto da globalização econômica e do consenso democrático liberal, amigo de um enfraquecimento do Estado e protagonista de uma concepção minimalista de democracia, tem levado a um gradativo esvaziamento da própria democracia em sentido material, com

manifesto prejuízo para os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular².

Tal enfraquecimento do Estado e da Democracia reflete-se, entre outros aspectos, notadamente quando relacionada com a crise econômica, na diminuição da capacidade do Estado em assegurar a fruição dos direitos fundamentais, com destaque aqui para os direitos sociais, reforçando, além disso, a dominação do poder econômico em detrimento do poder estatal e da ordem jurídica³.

Os níveis alarmantes de desemprego, a crescente exclusão social, a dependência – quando e enquanto o Estado e a sociedade tiverem condições de suportar – de um número cada vez maior de pessoas das políticas de assistência social do Estado ou da caridade, com reflexos inclusive na autoestima do indivíduo, fornecem o caldo para o que Boaventura Santos designou de uma espécie de “fascismo societal”, no sentido de um “Apartheid Social”, que, a depender do lugar, do contexto e da sua dimensão, chega a gerar a divisão da cartografia urbana em zonas civilizadas, que ainda vivem sob o signo do contrato social e mantém os parâmetros e procedimentos do Estado Democrático (e Social) de Direito, e zonas marcadas pela exclusão e pela selvageria, caracterizadas por uma espécie de retorno a um estado da natureza à feição de Hobbes, na qual o próprio Estado, a pretexto de salvaguardar a ordem e os direitos fundamentais, passa a atuar de forma predatória e opressiva, além da subversão gradual da ordem jurídica democrática⁴.

A redução dos níveis de prestação social em tempos de crise, a “flexibilização” (basta apontar aqui a recente reforma trabalhista no

² Cf. Boaventura Sousa Santos, *Reinventar a Democracia*, Gradiva, Lisboa, 1998, p. 17-19.

³ Cf., por todos, José Eduardo Faria, “Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica”, in José Eduardo Faria (Org.), *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 127 e ss.

⁴ Cf. Boaventura Sousa Santos, *Reinventar a Democracia*, op. cit., p. 23 e ss.

Brasil) e mesmo supressão de direitos e garantias dos trabalhadores, o agravamento do desemprego e, portanto, das condições de acesso à fruição dos demais direitos, desafiam mecanismos de superação desse quadro e colocam em cheque a capacidade do Direito e das instituições e procedimentos do Estado Democrático de Direito de darem conta de modo adequado das dificuldades e bloquearem o déficit de efetividade dos direitos fundamentais em geral e dos direitos sociais em particular.

Um singelo e conhecido exemplo dos problemas que avultam em tempos de aguda crise econômica diz com a distribuição, pelo Estado, de expressivas quantias em recursos públicos para subsidiar corporações financeiras, ou mesmo a concessão de incentivos fiscais a empreendimentos privados, em detrimento da capacidade de prestação estatal na seara da proteção social, ou mesmo – como ocorrido recentemente na Grécia, Espanha e Portugal – o corte até mesmo nos vencimentos de servidores públicos, mantida (eventualmente inclusive aumentada) a carga tributária ou o percentual em termos de contribuições sociais.

Aquilo que se pode designar de uma crise dos direitos fundamentais (mas que também é simultaneamente uma crise dos direitos humanos, compreendidos como aqueles direitos consagrados no âmbito do sistema internacional de direitos humanos) assume, todavia, contornos cada vez mais amplos, pois afeta os direitos de todas as gerações (ou dimensões), além de não poder ser atribuída exclusivamente ao fenômeno da globalização e mesmo da crise econômica.

A amplitude da crise envolve também o impacto da tecnologia sobre uma série de direitos de matriz pessoal e individual, como é o caso da privacidade, a afetação do ambiente (natural e do trabalho), entre muitos outros aspectos que poderiam ser citados nesse contexto. Por outro lado, percebe-se que a crise econômica e a crescente exclusão social guardam relação (ainda que não exclusiva) com o aumento da criminalidade e, por conseguinte, implica aumento de violação de direitos fundamentais. Assim, além de a

crise dos direitos fundamentais não estar restrita aos direitos sociais, também a crise dos direitos sociais atua como fator de impulso e agravamento da crise dos demais direitos.

A referência a uma crise dos direitos fundamentais, com destaque aqui para os direitos sociais, assumiria uma feição reducionista se fosse limitada a uma crise de efetividade, em outras palavras, ao fenômeno da ineficácia social do programa jurídico-político dos direitos sociais enquanto direitos humanos e fundamentais ou, quando não houver direitos sociais assegurados na constituição, das normas definidoras de fins e tarefas estatais na esfera socioeconômica e da própria legislação social.

Assim, é possível, salvo melhor juízo, a exemplo do que já o fizemos em texto anterior, falar de uma crise de identidade dos direitos fundamentais e mesmo de uma crise de reconhecimento e/ou confiança⁵.

Com efeito, o que se percebe em cada vez maior escala, é que a falta de efetividade dos direitos (e a correspondente crise) conduz a uma crescente desvalorização de sua força normativa e na falta de confiança no discurso dos direitos fundamentais e nas próprias promessas e instituições do constitucionalismo democrático de direito, que nutre a intolerância, o sectarismo, a radicalização extremista, dentre tantos outros problemas vivenciados pelo Brasil, mas também – em maior ou menor medida – Mundo afora.

Assim, nada mais oportuno do que uma Academia atenta a tais processos e dedicada à sua análise e enfrentamento, mediante uma produção intelectual destinada a realizar diagnósticos e propor soluções.

⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988”, in Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

Já por tal razão é de se louvar a iniciativa da coordenação da presente obra e a todos os autores que a integram, ao mesmo tempo em que se almeja que encontrem a merecida receptividade.

Porto Alegre, 19 de agosto de 2018.

Ingo Wolfgang Sarlet

Professor Titular e Coordenador dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Ciências Criminais da Escola de Direito (Mestrado e Doutorado) da PUCRS. Desembargador do TJRS. Professor da Escola Superior da Magistratura do RS e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Membro Catedrático da ABDCONST.

O JUDICIÁRIO ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO: a relativização da presunção de inocência

Pietro de Jesús Lora Alarcón

INTRODUÇÃO

Diz o Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, em artigo publicado na Folha de São Paulo em setembro de 2017, que o conceito de devido processo legal aparentemente anda um pouco esquecido entre nós nos últimos tempos, embora constitua um dos pilares do Constitucionalismo moderno.

Cita o Ministro que prisões provisórias que se projetam no tempo, denúncias baseadas apenas em delações de corrêus, vazamentos seletivos de dados processuais, exposição de acusados ao escárnio popular, condenações e penas extravagantes, conduções coercitivas, buscas e apreensões ou detenções espalhafatosas indubitavelmente ofendem a garantia estampada no artigo 5º, LIV da Constituição da República.

A nosso juízo, a preocupação procede e é justificável, especialmente se observamos o quadro de quebra de liberdades e garantias constitucionais que atualmente ronda e se concretiza no Brasil contemporâneo.

Com efeito, à fragilidade estrutural do país, de patrimonialismo e corrupção, há que adicionar a fragilidade jurídica e a notória dificuldade em criar uma cultura de respeito pelos direitos fundamentais, não obstante a Carta de 1988 tenha sintetizado uma boa parte das conquistas civilizatórias nesse terreno e convenções internacionais que proclamam os direitos humanos tenham sido ratificadas pelo Brasil.

Nesta oportunidade, e nesse contexto grave, abordaremos o tema da relativização da presunção de inocência atualmente em discussão na doutrina, muito embora o STF já tenha confirmado, por uma maioria duvidosa e discutível seu posicionamento em habeas corpus julgado em fevereiro de 2016. E falamos no mínimo em discutível, se levamos em conta o começo, meio e fim dos argumentos da Min. Rosa Weber no julgamento do HC 152.752, pelos quais, embora deixa-se entrever que tem entendimento diferente ao que ao final foi o desenlace da votação no Tribunal, abdicou das suas razões para decidir com base no *princípio da colegialidade*.

O papel da doutrina, como se sabe, pode ser – e deve ser – incomodar, pensar e repensar o Direito e as condições de efetividade dos direitos. Somente assim contribui à democracia e a recriação de um cenário de convivência que prestigie a dignidade. De maneira que entraremos na análise sem reservas e abertos ao debate e à crítica, com a percepção de que somente através da exposição e do confronto de argumentos é possível o avanço tão necessário em tempos que muitos com razão denominam, depois a ruptura do 2016, de “tempos de exceção”.

1. ALGUNS ELEMENTOS DA ATUAL CONJUNTURA JURÍDICA E POLÍTICA

Em outubro de 2017 foi sancionada a Lei 13.491, que transferiu para a Justiça Militar da União o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida praticados contra civis por militares, quando em exercício de atividade operacional estabelecida pelo Presidente ou o Ministro da Defesa. Meses depois, o Decreto 9.288 de 2018 determinou a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro e, nesse contexto, membros do governo federal expuseram a “tese” de

mandados de busca e apreensão coletivos.¹ Logo, deram a conhecer uma nova versão, os mandados de múltiplos alvos.

A esse cenário se acrescentou a discussão jurídica e política em torno à relativização da intensidade protetiva da presunção de inocência, um dos baluartes mais significativos da história dos direitos fundamentais e que constitui o vértice do processo penal.

Os contornos do debate, entretanto, foram definidos há mais de um ano. A dizer a verdade, na decisão do HC 126292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento de 17.02.2016, o STF por maioria determinou que em caso de confirmação de sentença penal condenatória por tribunal de segundo grau de jurisdição, a execução provisória de acórdão, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio estampado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição.

Nunca foi uma descoberta notável que o governo federal instalado em 2016 tivesse uma agenda de cerceamento de direitos e garantias, tanto no terreno das liberdades públicas quanto nos direitos sociais. Desde o início percebeu-se a desvalorização da possibilidade de promover uma cultura de responsabilidade democrática. Entretanto, no momento em que foi atingida a presunção de inocência, meses antes da instalação do novo Executivo, se estabeleceu, em nosso parecer, algo mais grave e delicado porque se modificou a concepção do processo em área especialmente sensível, em cujo núcleo está o valor liberdade, instalando a era da culpabilidade no sistema punitivo.

Essa opção constitui um ataque a todo aquele e tudo aquilo que possa, em algum momento, se posicionar contra a arbitrariedade. Dessa maneira o Estado começou a ostentar a patente para, a partir da segunda instância, considerar culpado ao ser humano- com independência de que não se esgotem as instâncias que fazem parte da estrutura do próprio Estado-juiz.

¹<https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/seguranca-pgr-favoravel-ordem-busca-apreensao-coletiva>. Consultado em 27 de março de 2018.

As justificativas expostas pelos que julgam necessária a relativização se concentram no que se considera um favor indevido à delinquência e à corrupção no Brasil.² Ou seja, em lugar de se estabelecer as medidas que podem superar as contradições sistêmicas que favorecem o crime organizado e a corrupção, entra-se na onda punitiva, numa fase da história na qual uma das prioridades para a reprodução de uma cultura em favor do grande capital consiste em inventar, identificar e punir inimigos e para tanto fomenta, porque precisa com urgência, um Direito Penal que sacrifique as garantias e direitos conquistados ao longo da história.

A conjuntura midiática que alimenta essa visão nos apresenta uma versão da realidade na qual já não há mais diagnósticos jurídicos sobre o ponto, senão a necessidade de fechar uma etapa com o broche da punição como algo consensual e orientado pela procura do “bem e da justiça”. Em perspectiva estratégica retirasse parte da capacidade transformadora do movimento popular porque a redução termina a mediano prazo por criminalizar a protesta. É claro que os mais otimistas dirão: Não toda... apenas a partir da segunda instância!

Assim, distanciados da reforma ao sistema repressivo empreendida no século XVIII pelas concepções Iluministas das revoluções burguesas, se normaliza a tese do “fato consumado” num país de juízes “neutros” no qual, como tantas vezes apontou Lênio Streck, não se construiu ainda uma cultura jurídica de respeito pelos direitos fundamentais e que hoje nivela por baixo a demanda pela igualdade de tratamento de todos perante o Judiciário.

Nesse quadro, a relativização da garantia da presunção de inocência não é o maior nem o menor dos males, senão um dos sintomas mais graves e agressivos da conjuntura. E, por isso deve ser analisado com o crivo analítico das rupturas e retrocessos do processo de construção de uma prática histórico-progressiva de

²A. Magalhaes Gomes Filho. Significados da Presunção de Inocência. In Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais, Visão Luso-Brasileira. José de Faria Costa e M.A. Marques da Silva. (Coordenação). São Paulo: Quartier Latin. 2006. P. 313.

respeito pelos direitos e no marco da necessária acumulação de forças para transformações cada vez mais estruturais da sociedade.

O Ministro Lewandowski, em artigo ao qual já fizemos alusão na introdução do presente ensaio, lembra que o imenso poder persecutório do Estado, detentor monopolístico do direito de punir, só se submete a temperamentos quando observadas as garantias do processo. Não é possível esquecer, diz o Ministro, que o processo atualmente não é mais considerado meio de alcançar a punição de quem tenha infringido leis penais, porém um instrumento de tutela jurídica dos acusados.³

Convém registrar que vocês se insurgiram perante a relativização. Assim, no mês de maio de 2016 – a pouco mais de dois meses da decisão da Corte -, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), protocolaram ações declaratórias de constitucionalidade (ADECO), identificadas com os números 43 e 44 com o intuito de que o STF confirmasse a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, estabelecido pela Lei 12.403 de 2011 que reza: *“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”*.

Dentre os argumentos que fundamentam os pedidos encontram-se, resumidamente, os seguintes: a) a interpretação do texto normativo condiciona o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; b) o novo artigo do CPP harmoniza o processo penal à Carta de 1988 a partir de uma interpretação razoável do princípio da presunção de inocência. Ressalte-se que a Corte máxima indeferiu as liminares das ADECO 43 e 44 no julgamento de 5 de outubro de 2016.

Também o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ingressou em 17 de abril de 2018 com ADECO requerendo a confirmação de

³ R. Lewandowski. *Significado de devido processo legal*. In *Folha de São Paulo: Folha da Manhã*. 27.09.2017. p. A3.

constitucionalidade do artigo 283 do CPP e a proibição da execução antecipada da pena. Trata-se da ADECO 54.

Logicamente, sem que tais ações sejam decididas pela Corte Constitucional, qualquer decisão que seja tomada em ações de *Habeas Corpus*, em favor ou desfavor de qualquer réu, fica numa espécie de condição suspensiva diante de eventual julgamento posterior da Corte que declare procedente as ações protocoladas em sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

O mais simples seria o STF pautar as ações objetivas que tramitam e logo decidir as medidas que a ele chegam para solucionar situações concretas. Não foi essa a opção da Ministra Presidente na época do protocolo das ações, Carmen Lúcia Antunes Rocha, ocasionando-se desgaste desnecessário do STF não só perante a comunidade jurídica, mas perante a opinião pública de maneira geral.

Instalada a controvérsia, passamos a examinar alguns pontos que consideramos importantes.

2 - PORQUE E PARA QUE RELATIVIZAR A PRESUNÇÃO? COMPREENDER O DIREITO... COMPREENDER A POLÍTICA

Lembra Simone Goyard-Fabre ao apreciar os princípios filosóficos do Direito Político moderno que a marca da Política está impressa com tanta força nas múltiplas figuras do mundo que o apolitismo se configura impossível. ⁴Não é possível, nessa trilha, dissociar as duas variáveis – Direito e Política.

Porém, na relação intrínseca das duas o Direito não pode ser experimental nem teoricamente reduzido às relações de poder ou a uma espécie de forma de ser da Política. Se assim fosse não haveria nem Teoria Geral nem Dogmática, bastando uma crítica ao exercício da Política para simultaneamente tecer uma crítica ao ordenamento ou à forma histórica que assume o Direito.

⁴Goyard-Fabre, Simone. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno. Trad. Irene Patenot. São Paulo: Martins Fontes. 2002. P. 1.

E a equação a fazer não é exatamente essa simplesmente porque a vinculação que permite o trânsito de uma etapa civilizatória a outra não se define pelas formas supraestruturais do Direito e da Política, senão pela ação coletiva dos seres humanos das quais as duas são resultado. Nesse campo, no roteiro entram em jogo tanto as crenças e convicções como as fatalidades, dramas e interesses dos atores sociais.

Destarte, além do exame do Direito e da Política, não pode haver dissociação cognitiva entre o Estado regulado pelo Direito, a Política como fórmula de atender expectativas públicas e as visões dos seres humanos que se pronunciam com manifestações concretas e socialmente postas sobre uma e outra. Nessas expressões se entremisturam escolhas entre o certo e o errado em tempo e espaço determinado. Afirma-se, em tal sentido, que há o Direito e o Político “postos” e “pressupostos”, adicionando o ingrediente “político” às considerações conhecidas de Eros Grau.⁵

Talvez tais argumentos sejam suficientes para explicar que as conquistas em termos de direitos e liberdades são obtidas não através de fórmulas mágicas preconcebidas pelo Direito e pela Política, mas essencialmente pelo desenlace positivo das contradições entre os seres humanos, cujo pano de fundo é uma sociedade regularmente e até nossa época dividida em classes e grupos sociais. Ou seja, se conquistam nas ruas.

Nas aberturas democráticas que venceram ao absolutismo, a sociedade institucionalizada gerou um Estado liberal com um certo caráter corporativo dos órgãos que exercem o poder através do político. Esse caráter foi especialmente confirmado após o século XVIII com o aperfeiçoamento das técnicas de representação popular aliadas à conformação dos partidos da burguesia que tomaram conta do Executivo e do Legislativo e apontaram com clareza o tipo de Judiciário do qual precisavam: um Judiciário aplicador da lei que emanava da Assembleia ou Parlamento e sem desnecessários

⁵Eros Roberto Grau. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. São Paulo: Malheiros. 2011.

exercícios de hermenêutica. Era o Direito pautado pela supremacia do Código que, no entanto e simultaneamente, consagrou no artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem a presunção de inocência: *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi.*

E bom lembrar que nesse percurso, a partir do começo do século XIX, há que destacar o Judiciário dos Estados Unidos que empreendeu, de forma inédita, a missão de conter os excessos no exercício do poder político do Legislativo, reinterprestando a cláusula do devido processo legal oriunda da Inglaterra no século XIII. A Corte abandonou a visão estritamente processualista (*procedural dueprocess*) para iniciar uma fase substantiva (*substantive dueprocess*) de contenção dos atos do Congresso.

Siqueira Castro, em valioso e clássico estudo, retrata a entrada em cena do Judiciário naquele país como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil e da maneira como a dialética do poder e as metafísicas questões do Direito Público encontraram uma autoridade dotada da prerrogativa de decidir. Começou-se a falar em *razoabilidade dos atos do poder público*, e a cláusula do devido processo legal passou a ser um *standart* de justiça, associada à defesa das liberdades fundamentais.⁶

Se neste caso o Direito estreitou as hipóteses de arbítrio, nem sempre o resultado foi o mesmo. Aliás, isso não é o que ordinário acontece. Os postulados liberais, colocados regularmente como regras do jogo na plataforma constitucional, são esquecidos quando o interesse de classe se torna determinante e orienta a conduta de manutenção do poder a qualquer custo. Isso não aconteceu apenas no Brasil de há pouco menos de dois anos.

Vale a pena resenhar uma das lições históricas do domínio e predominância da Política, quando a presunção de inocência

⁶Carlos Roberto de Siqueira Castro. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil. RJ: Forense. 1989. Pp. 57 e seguintes.

postulada na França foi abandonada para que fosse mantida a estrutura repressiva do *Anciën Régime*, retomada por Robespierre para punir inimigos que denunciavam uma revolução aristocrática dentro da revolução, um pacto entre burguesia e os restos da nobreza.

O caso de L. Desmoulins, o advogado que se opunha ao voto censitário e proclamava uma abertura do sufrágio que favoreceria lideranças destacadas do povo francês é muito conhecido porque guilhotinado sem direito a defesa ao igual que sua mulher Anne Lucile, acusada e condenada sem provas. No caso, a relação entre Política, Direito e ação social, aparecem operacionalizados numa tendência destrutiva do Direito pela Política, que longe de ser nesse caso a arte do governo em função do interesse público – como sempre deveria ser em sentido Aristotélico - sacrifica seres humanos identificados como inimigos do regime e para os quais não houve garantia que tivesse um mínimo valor.

Chegados a este ponto esclarecemos que não pretendemos fazer uma exposição sobre as escolas do Direito Penal para identificar os detalhes da presunção de inocência, entretanto interessante mencionar a concepção autoritária da Escola Técnico-Jurídica, que na visão conhecida de Arturo Rocco, a começos do século XX postulou a pretensão punitiva do Estado como o centro da reflexão penal pretendendo retirar qualquer visão filosófica no caráter do delito e da pena. Claramente para Rocco, fundador do nacionalismo e do partido fascista italiano, presunção de inocência não tinha vez nessa concepção do Direito.

Logo após os períodos de exceção que sustentaram o nazi-fascismo, os argumentos jurídicos que impuseram a presunção de inocência destacaram a superioridade da liberdade sobre o interesse repressivo e o poder político- punitivo que caracteriza o Estado. Por esse atalho chega-se a ponto importante, consistente em que o interesse público não é realmente o punitivo, mas o da liberdade e de respeito por um processo justo, equilibrado e pautado por garantias fundamentais em favor da pessoa. Daí a falsidade da ideia

de que no campo penal a liberdade da pessoa deve ser necessariamente sacrificada em função do interesse coletivo.

Contemporaneamente, não só a jurisprudência, mas a Ciência Jurídica, em desempenho do seu papel epistemológico, tem a obrigação de manter o compromisso com as formas mais elevadas de preservação da dignidade humana como fórmula histórico-conceitual matriz da liberdade e da igualdade.

Esse enredo histórico parece ser de extrema relevância no Brasil contemporâneo, contexto que ocasiona mais de um desalento porque quando se pensava numa vitória – ainda que fosse relativa – da razão e uma evolução ascendente dos conceitos de direitos humanos, liberdades públicas, direitos fundamentais, devido processo legal, parece pairar hoje o dilacerar da Ciência, o abalo das formas de proteção jurídicas civilizatórias que achávamos – talvez com certa ingenuidade – tão enraizadas socialmente que não admitiriam mais retrocesso, configurando-se um quadro angustiante de inseguranças.

E nesse contexto, quando é cada vez mais necessário um Judiciário ponderado e equilibrado, o Supremo Tribunal expõe fraturas e dúvidas. E nas Funções Essenciais à justiça – mas também perigosamente se alastrando por variados segmentos sociais – um panorama confuso no qual há os que entendem que a operação Lava Jato pode utilizar qualquer tipo de mecanismo coercitivo, delações e modalidades de pressão ainda que sejam sacrificadas as garantias fundamentais em nome de derrotar a corrupção e acabar com a impunidade, numa reconstrução perigosa do Direito Penal, e aqueles que buscam a limitação dos poderes de delegados, procuradores e juízes de instâncias inferiores. Situação muito bem caracterizada, dentre outros, por André Singer, em coluna publicada na Folha de São Paulo.⁷

Por isso, se por um lado, mais do que nunca o papel da Ciência Jurídica tem de ser ressaltado, colocando um olhar crítico sobre uma realidade na qual o que parece ser incontroverso é a própria

⁷André Singer. Um verbete chamado STF. In Folha de São Paulo. 24.03.2018. p. A2.

fragmentação dos valores jurídicos e o desconhecimento do conteúdo teleológico do texto constitucional, pelo outro, o que se pretenderia numa sociedade democrática é um Judiciário responsabilmente disposto à contenção de práticas estatais que superem barreiras edificadas por movimentos tão valiosos como o Constitucionalismo e o Internacionalismo.

Atribuir essa incumbência ao Judiciário será pedir demais no Estado contemporâneo? Isso o ratifica como o guardião das promessas constitucionais, nas importantes teses de Antoine Garapon? Ou o torna o órgão capaz de fazer valer o Direito sobre a Política, quando em situação de excepcionalidade democrática como no caso brasileiro?

O que resta claro é que se o Judiciário descumpre seu papel constitucional, não somente se perde o Direito, mas também a Política e sobretudo, a proteção humana.

Nesse compasso, o Judiciário não pode ser afirmar em pressupostos morais ou pseudomorais, posto que não é nem a instância que constrói nem que a pode medir a moral social, como tampouco na correlação de forças políticas. O Judiciário deve procurar se afirmar na técnica de decisão que realize os direitos. Está vinculado a uma Constituição e às leis, que tem, obviamente, conteúdo axiológico e teleológico, e cujo conteúdo deve ser resgatado através de uma hermenêutica que prioriza o ser humano.

A própria existência de um Direito Público, cujo valor reside não na estrutura criada nos marcos do chamado Estado de Direito – posto que mecanismos institucionalizados meramente instrumentais – mas na ideia que temos de Constituição e direitos fundamentais, significa, singelamente, que algo devemos ter avançado desde os tempos de Robespierre.

No Estado de Direito contemporâneo, a Política não se reduz a simples relação de força praticada ao sabor das conjunturas que os poderes econômicos, patrimonialistas e midiáticos possam impor e demonstrar. E por isso deve-se falar em Direito como “sistema” e “norma” que pauta o estofa da vida pública e reconhecer que o

poder do Estado na *Polis* é poder contido, restrito e limitado por princípios e regras.⁸

No ambiente polarizado – artificial ou realmente polarizado, pontuando que a apreciação sobre se um ou outro não é nosso tema - a flexibilização desse controle, especialmente quando oriundo do Judiciário, significa a quebra da trama lógica da disciplina que ordena a relação entre a pessoa e o Estado.

A pobreza dos argumentos contrários ao pleno exercício da presunção de inocência não pode nos fazer fugir da dupla exigência, também anunciada por Simone Goyard-Fabre, de *ordem e movimento*, que implica reconhecer a substância de cada instituto, liberdade, garantia ou direito, e concomitantemente seu caráter não definitivo. Contudo, a não definitividade implica progresso e não reversão ou estagnação ou redução de intensidade protetiva. De ser assim o ser humano é que se empequece diante da força do Estado.

3 – SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A RESPONSABILIDADE CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para um segmento significativo da Doutrina jurídica de continente a análise histórica crítica sobre o papel do Judiciário no marco da conformação das relações de poder dominantes na América Latina ainda não estasuficientemente desenvolvida. Sem embargo resulta evidente que não há como desvincular a estruturação do Judiciário com a personalização da política, o patrimonialismo e a debilidade da democracia, é dizer, entrelaçada com o político, o econômico e o social.

Os nascentes Estados no século XIX adotaram com regularidade o esquema clássico liberal da separação de funções. Entretanto, a realidade de nações periféricas, com uma classe dominante de precária cultura republicana, para além dos caudilhos que reclamavam sua parcela de poder territorial, originou controles

⁸Idem. Pp. 2-3

jurídicos de fachada. Praticamente até o final do século os Executivos e os Legislativos como órgãos de representação popular eram obrigados a manter contatos mais próximos com várias camadas sociais, porém, em sentido contrário, o Judiciário desde o princípio foi conformado por representantes diretos das elites.

Nessas circunstâncias, como ressalta Correas Vázquez, o direito assumiu um sentido ideológico,⁹ projetado desde as esferas do poder como um discurso prescritivo incompreensível para a maioria, ao passo que os juízes foram prontamente identificados como figuras acima da sociedade, ameaçadoras e autorizadas pelo Estado para exercer um poder que quase invisível se concretizava na execução das sentenças.

O resultado foi a natural exclusão em vastos setores da população do acesso ao Judiciário, a desconfiança nas decisões e a reprodução da hegemonia de um Direito plasmado nas regras legislativas. Para Felipe Sáez os efeitos foram particularmente negativos em duas áreas: na proteção dos direitos fundamentais e sociais e na manutenção dos limites constitucionais definidos pelos demais órgãos de governo. Sáez aponta que, mesmo com a incorporação do controle de constitucionalidade copiado no final do século XIX e começos do XX, a exemplo dos Estados Unidos, (...) *os Judiciários circunscreveram sua função constitucional à verificação meramente formal da correspondência dos atos do Executivo e Legislativo com os preceitos constitucionais, o que redundou numa postura defensiva, de procura de aceitação dos membros do Judiciário às exigências dos demais poderes, o que permitiu a continuidade de uma ordem jurídica formal a pesar da crônica violação dos direitos.*¹⁰

Deter-nos em pormenores dessa etapa extrapolaria a brevidade do presente artigo. No entanto, se é possível chamar a atenção sobre a permanência em vários segmentos do Judiciário contemporâneo da América Latina de uma visão aristocrática, sustentada numa

⁹Oscar CorreasVázquez. Teoría del Derecho. México: Fontanara. 2000.

¹⁰ Felipe Sáez. La Naturaleza de las reformas judiciales en América Latina: algunas consideraciones estratégicas *In* Reforma judicial en América Latina: una tarea inconclusa. Bogotá. Corporación excelencia en la Justicia. 1999. Pp. 70-71.

cultura tradicional de privilégio e distinção social em lugar da ideia de juiz como um servidor público.

Na segunda metade do século XX os ventos da força normativa da Constituição, a ampliação do acesso ao Judiciário diante das necessidades sistêmicas do capitalismo transnacional que iniciava sua caminhada à conquista de consumidores a escala universal, a renovação necessária após o balance crítico do papel dos juízes durante os tempos do nazi-fascismo conduziram a uma paulatina mudança do papel do Judiciário que repercutiu na América Latina.

Assim, no Cone Sul, após o período de aberta ditadura militar-civil, as leituras sobre a necessidade de constitucionalizar o ordenamento jurídico tiveram o efeito singular de que as Cortes Constitucionais – no Brasil é notório o papel crescente do STF – passaram a assumir atitudes de *notself restraint* perante as *political questions*. De maneira que todos os cenários de atuação do Poder Público, bem como seus afazeres ordinários foram conduzidos a parâmetros susceptíveis de controle constitucional. A esse efeito deve-se adicionar a *sobreinterpretação da Constituição* pela qual as Cortes podem adotar interpretações extensivas utilizando argumento *a simili*.¹¹

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal passou a colmatar lacunas normativas e assumir o rol de defensor dos direitos abandonados pela inercia estatal, no que foi aplaudido por vastos setores da doutrina.

Mas, se esta era uma perspectiva válida e avalizada por muitos para tornar a Constituição algo vivo - em lugar de mero texto normativo ao sabor de interpretações variáveis e, em alguns casos, curtas e obtusas de membros do Executivo e do Legislativo promotores de projetos econômicos neoliberalizantes e distantes dos propósitos constitucionais - vale a pena indagar: em que momento começou a sensação de que o Judiciário brasileiro, em particular o STF, atravessava uma situação de fratura ou de “crise de

¹¹ Sobre o ponto veja-se a obra de Riccardo Guastini *Estudios de Teoria Constitucional*; México: Fontanara. 2003. Pp. 153 e seguintes.

identidade” como órgão destinado constitucionalmente a decidir os graves dilemas jurídicos, impostos pela versátil e vertiginosa realidade contemporânea?

Provavelmente podem-se afirmar várias hipóteses, atrevemo-nos a tratar uma, sem que seja considerada a razão exclusiva. Partiremos de reconhecer que a conjuntura política impôs, em tempos de excepcionalidade, uma disjuntiva à Corte Constitucional: ou assumia que fazia parte da estrutura de poder estatal e se posicionava como órgão avalista da excepcionalidade como ciclo de reformulação do poder do capital, o que implicava descontar do acumulado de direitos e garantias seu conteúdo constitucional histórico-libertário ou, por outro lado, se apresentava como baluarte e defensor das exigências das liberdades e direitos, se posicionando juridicamente em sentido de contenção das quebras ao rigor da constitucionalidade, invocando a supremacia das opções estabelecidas em 1988.

Subjaz às duas questões a independência do Supremo, que para além dos aspectos técnicos é indissociável de dois elementos: o primeiro, um padrão de vinculação genética, porque oriunda do próprio sistema, instituído para a escolha de seus membros, com órgãos – Executivo e Legislativo, novamente - cuja filosofia está vinculada ao conceito de maioria política e relações de poder num Estado “oligárquico” de Direito precário; o segundo, uma relação com fatores reais de poder social, dentre eles o midiático, capaz de construir ou destruir imagens de pessoas e instituições sob as novas formas da tirania da comunicação.

Essas indissociabilidades explicam duas questões que se tornaram comuns: a primeira, a tendência a identificar, levando em conta o perfil governamental, a Ministros “progressistas” ou “conservadores”, dos quais se espera uma certa decisão ancorada em pressupostos morais ou políticos; a segunda tem como pano de fundo aquilo que Warat identificava como a afetação do Direito pela “metástase informativa de transmodernidade”, uma estratégia comunicacional que além de retirar a consistência a temas como solidariedade, democracia, direitos humanos, postula quem são os

heróis e os vilões, tanto na imprensa escrita como nos horários nobres da televisão. O resultado é a trivialidade no exercício da função do judiciário, no qual junto a membros de uma magistratura corajosa – sim há juízes valentes e conscientes no país! - há juízes que adiantam votos na mídia impudicamente, numa tendência destrutiva das balizas que sustentam as garantias. A situação torna a alguns juízes os super-heróis do momento e a outros desejosos de ser figuras públicas e produtores de notícia, tudo ao sabor, no caso brasileiro, da conjuntura da excepcionalidade.¹² Naturalmente, perdendo a juiz a prudência perde a grande chance de fazer jurisprudência.

Por isso o desafio do STF consiste em manter sua responsabilidade constitucional cuidando que a banalização que se pretende fazer das garantias constitucionais e os direitos sociais tenha limites com fundamento num exercício hermenêutico para a dignidade humana, limitando o arbítrio de tudo e qualquer agente estatal.

4 - RAZÕES PARA RETORNAR À PLENA EFETIVIDADE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Aguardam julgamento as ADECO já mencionadas com relação à regra constitucional da presunção de inocência. A continuação do nosso pensamento sobre o terreno hermenêutico que pisamos:

- a) Em nosso juízo, o Supremo deve levar em conta que a origem epistémica da presunção de inocência supõe compreender porque para o Direito é mais justo absolver que condenar. Na Universidade de Barcelona, Jordi Fenoll lembrava com muita propriedade as razões históricas da presunção de inocência, observando como, ainda hoje, o réu ocupa sempre uma posição adversa no processo penal, resultado do receio de culpabilidade próprio de sociedades nas quais o individualismo rotinizado

¹² Veja-se a L. A. Warat. Por quien cantan las sirenas? Florianópolis: UNOESC/CPGD-UFSC. Pp. 153-154.

conduz paralelamente à construção do inimigo. O estereótipo do estrangeiro, o migrante, o estranho, ou simplesmente o pobre que desafia os roles comuns e preestabelecidos na normalidade não democrática, emergem com força para perigosamente conduzir a uma punição de consenso retroalimentada pelas maranhas do poder midiático e construída nos vários estratos da população.¹³ O STF precisa compreender que o alcance punitivo do Estado precisa da contenção trazida pela presunção de inocência, sob pena de continuar a estigmatização dolorosa da desigualdade.

- b) A Constituição Federal de 1988 consagra um modelo de proteção dos direitos fundamentais que obriga a uma interpretação pautada pela efetividade máxima do conteúdo jurídico de cada um desses direitos, bem como sua aplicabilidade imediata. Não está demais lembrar o valioso paragrafo primeiro do artigo 5º da Carta.
- c) Por derradeiro, uma interpretação acertada da Constituição implica o reconhecimento de que os direitos fundamentais se encontram blindados diante das tentativas, que não são poucas – tanto nos Estados de *não direito ou ditaduras* quanto em momentos de gravíssima excepcionalidade – de diminuição de seu alcance protetivo. E essa proteção reforçada é oriunda não só da própria evolução do Constitucionalismo como processo político e jurídico de contenção da arbitrariedade estatal, mas também do internacionalismo como processo histórico-jurídico que a partir do final da Segunda Guerra determinou como valor inestimável para a orientação da interpretação/aplicação do Direito a dignidade da pessoa humana e seus desideratos.
- d) O Constitucionalismo brasileiro encampou o acesso à justiça como um valor constitucional no artigo 5º, XXXV: *A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.* Dentre as várias questões relevantes nessa redação há duas que

¹³Jordi Nieva Fenoll. La razón de ser de la presunción de inocencia. In Revista para el Análisis del Derecho. N°1. Barcelona: 2016. Pp. 3-23.

se referem diretamente ao papel do juiz ou do tribunal: a primeira, que não podemse furtar da obrigação de oportunamente julgar as causas que a eles chegam; a segunda, que a Constituição ostrata como um corpo unificado materialmente, o que significa que não se pode parcelar e que, ainda que possua instâncias, na verdade cada uma delas faz parte do todo, esgotando-se a prestação jurisdicional quando se decida finalmente a causa não restando possibilidade de instância superior examinar a decisão da instância inferior. Tanto é assim que a prestação jurisdicional somente se esgota quando a decisão fica em firme, sem possibilidade de recurso. Por isso, Carmen Lucia Antunez Rocha postulou em outra oportunidade:

No presente, o processo forma-se e conforma-se aos parâmetros do Estado Democrático, aperfeiçoando-se a sua construção por um conjunto de princípios que se vinculam, se coordenam e se integram na elaboração constitucional asseguradora da jurisdição como direito fundamental. Assim, comparecem na raiz constitucional do direito à jurisdição a garantia do processo, neste incluídos os princípios do devido processo legal, o princípio da ampla defesa e o princípio do contraditório, dentre outros. A insegurança de qualquer destes princípios torna túbio e vacilante o processo, comprometendo o direito constitucional à jurisdição (...) Não é por acaso que os regimes políticos antidemocráticos iniciam as suas artes e manhas políticas pela subtração ou pelo tolhimento do direito à jurisdição¹⁴

- e) Nessa toada, para efeitos de aplicação de uma técnica de decisão consoante com a democracia a Corte Constitucional deve considerar que o exercício de um direito fundamental por uma pessoa não precisa de nenhuma justificativa, senão que, pelo contrário, é o Estado quem terá sempre que justificar

¹⁴Cármén Lúcia Antunes Rocha. O Direito Constitucional à Jurisdição *In*As garantias do cidadão na Justiça. Coordenação do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Pp. 38-43.

qualquer restrição ou limitação do direito,¹⁵ e deverá fazê-lo pautado em razões jurídicas que não subvertam o conteúdo dos próprios postulados constitucionais. Nesse sentido, convém lembrar que o grande Beccaria desde os tempos de construção da base ideológica do direito processual penal no século XVIII, revelava seu desconforto contra a *“quase prova, a semiprova, como se um homem pudesse ser semi inocente ou semi reu, é dizer, semi impune ou semi absolvível (...) parece como se as leis ou o juiz tivessem interesse não é buscar a verdade, senão em provar o delito; como se não houvesse perigo maior de condenar a um inocente quando a probabilidade da inocência supera a do delito”*.¹⁶ E já no século XX Roxin lembrava que inicialmente o chamado Direito Comum desenvolveu para o caso da insegurança na prova a pena por suspeita e a *“absolutio abinstantia”* de forma a impedir a necessária absolvição e que foi a luta do Iluminismo contra estas instituições a que preparou o terreno para o reconhecimento do *“in dubio pro reo”*. Toda a reflexão de Roxin parte da ideia de formalidade do procedimento, cujo vértice é a proteção do inocente e os limites persecutórios do Estado.¹⁷

- f) No Brasil, na Repercussão Geral no RE com Agravo 964.246 SP, o Min. T. Zavascki, resumiu a as decisões que indeferiram as liminares nas ADECO 43 e 44, expondo que o afirmado no julgamento do HC 126.292 - *foi que a presunção de inocência, encampada pelo art. 5º, LVII, é uma garantia de sentido processualmente dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal, em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios*

¹⁵ Nesse sentido, veja-se a E. Bacigalupo. Justicia Penal y Derechos Fundamentales. Madrid/Barcelona: Marcial Pons. 2002. P. 243. E Grimm, Die Zukunft der Verfassung., 1991. Pp. 67 e seguintes.

¹⁶Beccaria. Dei Delitti e delle pene. 1764. D.G. Pisapia. 1973. XIII.

¹⁷Veja-se Roxin, Clausem seu Derecho Procesal Penal. P. 3.

processuais mais eficazes, nomeadamente mediante habeas corpus.”.Embora a Corte explicita o habeas corpus para tutelar os constrangimentos ilegais, a verdade é que não há como justificar a redução da intensidade da garantia da presunção simplesmente porque resulta incontroverso como premissa geral que a liberdade autorizada pelo Tribunal logo após do constrangimento da prisão na segunda instância não repara o dano ocasionado.

- g) Veja-se ainda que, os atos normativos emanados do Congresso desfrutam de presunção de constitucionalidade. Isso significa que devem ser aplicados até que o STF não declare sua inconstitucionalidade. Não havendo declaração de inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP é de obrigatória aplicação por juízes e tribunais. O que anormalmente acontece hoje no Brasil é que como advertia há séculos Beccaria, há *semi inocentes* ou *semi reus*, num contexto em que as instâncias são entendidas como fragmentos e, sendo assim, o Judiciário não conclui a formulação de juízo definitivo com relação a fatos, circunstâncias e textos normativos aplicáveis aos casos que lhe foram apresentados.

Uma decisão na contramão da Constituição, ou seja, confirmando-se a relativização da presunção de inocência, o STF ratificaria que entra simultaneamente na contramão da história das garantias democráticas que amparam o cidadão diante do Estado. A lembrança de Zaffaroni resulta inevitável: *a função do Direito Penal, hoje e sempre, é conter o poder punitivo do Estado. O poder punitivo não é seletivo do poder jurídico, é sim um fato político (...) O judiciário é imprescindível para isso. A contenção deve ser feita pelos juízes. Sem limites, saímos do estado de Direito e caímos em um Estado policial (...).*¹⁸

Expõe Paulo Arantes com certo desalento que ao pretender aprisionar a Política na gaiola do Direito, surgiu em muitos a imagem de que na sociedade, afinal pacificada, até mesmo as

¹⁸ <https://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>

contradições, a herança do déficit democrático e as visões patrimonialistas teriam sido afastadas como condicionadoras da vida jurídica social e não teriam interferência no Judiciário contemporâneo, pois sujeito à força suprema e normativa do texto constitucional. Na verdade, esse poder punitivo que se impõe como uma tremenda máquina de confiscar conflitos e fabricar inimigos.¹⁹

Essa onda disciplinadora não se restringe à esfera penal, senão que se estende ao mundo do trabalho, à previdência, à austeridade fiscal, se revela na ação que militariza a vida social. Nesse quadro, o STF tem a responsabilidade institucional e constitucional de reestabelecer a hegemonia dos Direitos e das garantias ratificando a plenitude da presunção de inocência e retirando o ordenamento a possibilidade de prisão em segunda instância.

REFERÊNCIAS

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. O Direito Constitucional à Jurisdição. *In As garantias do cidadão na Justiça*. Coordenação do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva. 1993, p. 38-43.

BACIGALUPO, Enrique. *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons. 2002.

BECCARIA. *Dei Delitti e delle pene*. D.G. Pisapia. 1973

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. RJ: Forense. 1989.

CONJUR. <https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/seguranca-pgr-favoravel-ordem-busca-apreensao-coletiva>. Consultado em 27 de março de 2018.

¹⁹Paulo Arantes. Entre os destroços do presente. Entrevista de Aray Nabuco e Lilian Primi. Revista Caros Amigos. Fevereiro de 2015.

_____. <https://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>. Consultado em 27 de março de 2018.

CORREAS VÁZQUEZ, Óscar. **Teoría del Derecho**. México: Fontanara. 2000.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros. 2011.

GOMES FILHO, A. Magalhaes. Significados da Presunção de Inocência. In **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais, Visão Luso-Brasileira**. José de Faria Costa e M.A. Marques da Silva. (Coordenação). São Paulo: QuartierLatin. 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de Teoria Constitucional**. México: Fontanara. 2003.

FENOLL, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocencia. In **Revista para el Análisis del Derecho**. Nº1. Barcelona: 2016. Pp. 3-23.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Significado de devido processo legal. In **Folha de São Paulo: Folha da Manhã**. 27.09.2017. p. A3.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 25ª ed. Traducción de Gabriele Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto. 2003.

SÁEZ, Felipe. La Naturaleza de las reformas judiciales en América Latina: algunas consideraciones estratégicas In **Reforma judicial en América Latina: una tarea inconclusa**. Bogotá. Corporación excelencia en la Justicia. 1999.

SINGER, André. Um verbete chamado STF. In **Folha de São Paulo. Folha da Manhã**. 24.03.2018. P. A2

WARAT, L. A. **Por quien cantan las sirenas?** Florianópolis: UNOESC/CPGD-UFSC. 2000.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO COMPARADO

Iramaia Floripes Almici Loureiro
Juliano Gil Alves Pereira
Lanaira da Silva

INTRODUÇÃO

É inegável que ocorreram significativos avanços na concretização da liberdade de expressão como um direito fundamental, mas, por outro lado, é preocupante a ausência de parâmetros com relação ao tema, uma vez que sob o pretexto de se expressar torna-se cada vez mais cotidianas publicações relativas aos discursos ofensivos de discriminação contra as minorias que fazem apologia e incitação ao cometimento de crimes contra a vida, a intolerância religiosa, racial, a xenofobia, entre outras violações, no ambiente *on-line*.

Nesse diapasão, o surgimento dos Direitos Humanos, a afirmação dos direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito não podem sofrer um retrocesso por negligência. O direito à liberdade de expressão não é absoluto, e, diante dessas circunstâncias, necessita de limite, não impondo censura à livre manifestação do pensamento, mas aplicando-se leis que protegem a dignidade humana.

Assim aprofundar o conceito de liberdade de expressão em diversos ordenamentos jurídicos auxilia na proteção das minorias, efetivando o respeito à dignidade coletiva, dando voz e vez aos

grupos minoritários. Afinal, o papel do Estado e da sociedade deve ser de promover uma cultura de respeito e promoção da paz.

Ante isso, a pretensão que se segue é a de compreender o conceito de liberdade de expressão no ambiente público dos principais ordenamentos jurídicos, demonstrando o desafio de se aplicar o referido direito sem despontar em um retrocesso ao Estado Democrático de Direito e nem em censura à liberdade de consciência.

Para tanto, propõe-se uma reflexão sobre a perspectiva de que os valores mais caros à existência humana devem ser resguardados não só em documentos jurídicos, mas efetivados em sua plenitude com ações que atinjam a todos, e em especial aos que já se encontram constantemente fragilizados pelos grupos dominantes.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA POSITIVAÇÃO

O conceito de liberdade é tratado pela sociedade de forma diferente de época para época. Zygmunt Bauman ensina que a liberdade nasceu como um privilégio e tem se mantido assim desde então, tendo de haver uma espécie de dualização de sua existência. Para haver liberdade, há de haver o preso, a divisão, uma relação social de diferença em que se está restrito a algo para poder almejar desprender-se dessa condição (BAUMAN, 2018, p.21).

Na Grécia antiga, embora longe do ideal de liberdade a ser seguido, encontram-se os primeiros registros sobre liberdade de expressão, em que os considerados cidadãos gregos, no modelo de democracia daquela época, maiores de vinte e um anos, tinham direito à voz, usufruindo de direitos civis e políticos. No entanto, eram excluídas mulheres, estrangeiros e escravos.

Nos tempos antigos de Roma e Inglaterra, a luta pela liberdade era travada entre os súditos e o governo. Ser livre significava ter proteção dos governos que se formavam por uma pessoa ou casta de governantes, e cuja autoridade era concebida por herança ou conquista contra os inimigos externos. Essa Liberdade não era

exercida pela vontade dos governados e o poder dos governantes era encarado como necessário.

Assim, a ideia de liberdade como um direito se desenvolve com a Modernidade no contexto do Iluminismo e jusnaturalismo. Os fatos que precederam sua efetivação foram a Reforma Protestante, que quebrou a unidade religiosa dominada pela Igreja Católica (SARMENTO, 2013, p.252) o surgimento do racionalismo, centrado na percepção do homem e a valorização humana, a limitação dos regimes absolutistas, preocupando-se com a contenção do poder político e o desenvolvimento da imprensa por Gutenberg, na qual foi possível divulgar ao povo as ações de seus governantes.

Por tanto, a liberdade de expressão pode ser considerada como a liberdade religiosa laicizada, ou seja, apartada da religião, compreendida como uma liberdade pública que surgiu em decorrência da afirmação do indivíduo contra o Estado, de tal forma que se buscava a autonomia da pessoa para se expressar e manifestar sua consciência em razão da fragmentação da autoridade do Estado e da Igreja, que passaram a não ter mais um caráter absoluto.

Para chegar ao conceito de Liberdade de expressão, a civilização humana percorreu um extenso caminho para conseguir a garantia de direitos, e sua efetivação se deu de forma lenta e gradual, em consonância com as evoluções científicas, tecnológicas, sociais e jurídicas havidas ao longo da história.

Dessa forma, compreende-se que as declarações de direitos, entre elas, a liberdade de expressão, se originaram das teorias filosóficas conhecidas como jusnaturalismo moderno¹, em que

¹ Jusnaturalismo moderno surgiu durante os séculos XVII e XVIII em virtude da busca de respostas para o deslocamento do objeto do pensamento, que antes era a natureza, para o homem, o que caracteriza a modernidade (LAFER, 1991, p. 03, apud Jaques, 2014, p. 4). Entre o Jusnaturalismo antigo, medieval e o moderno não há rompimento paradigmático, mas uma continuidade, eis que nas transições entre um e outro não se cogita a quebra de qualquer premissa fundante do que irá diferenciá-lo do Juspositivismo, seu paradigma sucessor (FREITAS FILHO, 2003, p. 57). Além de Hugo Grócio, filósofo holandês considerado por parte da doutrina o fundador do jusnaturalismo moderno, destacaram-se também Hobbes – para Bobbio .2004, p. 28. o pai do jusnaturalismo moderno.

Bobbio aponta raízes das ideias do Direito Natural, a partir do surgimento do homem, servindo para regular a vida em sociedade.

Este Direito Natural, segundo Thomas Hobbes, é a liberdade do homem para utilizar seu poder da forma que lhe convier para a preservação de sua vida, sua natureza. “É a liberdade de fazer tudo aquilo que, segundo seu julgamento e razão, é adequado para atingir este fim” (HOBBS, 2018, p.97). Essa concepção antecedeu à positivação do Direito.

Na interpretação de Marcelo Dias Jaques a fase de reflexões filosóficas é pautada em uma universalidade de valores inerentes à liberdade e à igualdade como ideais a serem perseguidos. No entanto, esses valores ainda não estavam normatizados (JAQUES, 2014, p.20-21). Isso só aconteceu em um segundo momento, onde o legislador construiu o primeiro texto que apontava a valoração ao homem. Esse texto foi a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia², em 1776, primeira declaração moderna de direitos que proclamava os direitos naturais e inerentes aos seres humanos.

Após, seguiu-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoeyn*, em 1789, e da Carta dos Direitos dos Estados Unidos – *Bill of Rights*, 1791, por fim, a terceira fase culminaria, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse sentido, Marcelo Dias Jaques arremata:

A universalização dos Direitos Humanos, havida especialmente a partir da Declaração Universal de 1948, pode ser analisada como um *ponto de chegada* porque essa etapa de valorização do ser humano constituiu o resultado final de uma série de ideais e pensamentos filosóficos, que se expandiam pelo mundo – especialmente pela Europa e América do Norte – tendo por objetivo a preocupação com

² O inteiro teor está disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade - USP através do endereço eletrônico: <<http://www.direitos-humanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>> Acesso em 29 set 2017.

garantias mínimas de dignidade ao homem. No entanto, pode igualmente ser entendido como um *ponto de partida*, a partir do qual foi possível ampliar a positivação de tais direitos, seja através do ordenamento jurídico de cada Estado, seja por meio de tratados internacionais. (JAQUES, 2014, p.16).

Nesse contexto, portanto, é que se solidifica o direito à livre manifestação do pensamento, que depende de um espaço em que haja garantias para tal, viabilizando condições para que o cidadão faça parte de um espaço da qual também pode emitir opinião, de um espaço democrático. Ao contrário disso, os regimes totalitários buscam suprimir ou restringir a liberdade de expressão, eis que esta é incompatível com sua forma de atuação.

Zygmunt Bauman acrescenta a esse contexto que os seres humanos são fundamentalmente livres como detentores da responsabilidade pelas consequências por sua conduta. A Liberdade não pode ser segura sem que lhe seja regulada sua atuação e por outro lado, tais regulamentos seriam cegos se não lhes fosse dado finalidades, enfim, ambos se complementam para um produto benéfico ao sistema da convivência social (BAUMAN, 2018, p.77-78).

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Com as conquistas históricas da positivação de direitos inerentes ao homem, a livre manifestação do pensamento consagrou-se um direito fundamental. Sidney Guerra (GUERRA, 2002, p.4) corrobora com o seguinte:

Os Direitos Humanos Fundamentais são aqueles direitos que aplicados diretamente gozam de uma proteção especial nas Constituições dos Estados de Direito e são provenientes de um amadurecimento da própria sociedade no que se refere a proteção destes direitos. Por isso, a lenta evolução até que chegasse a este nível de proteção em nível internacional e nacional dos referidos Direitos. Assinale-se então a necessidade de protegê-los, já que individualizam

a pessoa em si, como projeção na própria sociedade em que vive. Tais direitos destinam-se a preservar as pessoas em suas interações no mundo social, no âmbito privado, mas quando expressamente consignados na Constituição, como no caso brasileiro, esses direitos realizam a missão de defesa das pessoas diante do poder do Estado, e aí temos exatamente a concepção destes direitos constituindo os direitos fundamentais.

O Direito à Liberdade de Expressão encontra-se concretizado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, seu artigo 19 reflete a garantia de que todo homem se expresse livremente, incluindo a liberdade sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.³

Paulo Gustavo Gonet Branco lembra-nos que a liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais mais antigos já reivindicados. Segundo Trindade, os direitos fundamentais são uma construção histórica, sobre os quais os direitos considerados fundamentais variam de época para época e de lugar para lugar. Liberdade, igualdade e fraternidade eram os direitos fundamentais na Revolução Francesa (BRANCO, 2015, p.263).

Os direitos fundamentais também se encontram garantidos na Constituição Federal Brasileira de 1988,⁴ e, assim como qualquer outro direito fundamental⁵, não é absoluto, mas não significa que a dignidade humana não seja absoluta.

³ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:< <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> .Acesso em 20 ago 2017.

⁴ Como direito inerente à pessoa humana, a liberdade de expressão faz parte do conjunto dos direitos e deveres individuais e coletivos, expresso nos artigos 5º, IV, VIII, IX, e 220, §2º, que garantem “a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação; a liberdade de crença religiosa, convicção filosófica ou política; e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de licença ou censura de natureza política, ideológica e artística.”

⁵ Segundo João Trindade Cavalcante Filho, em seu artigo TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, “á uma verdadeira balbúrdia terminológica que

A dignidade da pessoa humana é um princípio com muitas definições, porém basicamente tratar-se de reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, alguns direitos basilares, então chamados de fundamentais.

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente, Paulo Gustavo Gonet Branco, explica que “a sedimentação dos direitos fundamentais é a sedimentação da maturação histórica”, ou seja, transformam-se entre as épocas (BRANCO, 2015, p.135-136).

O cristianismo acolhe a ideia de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e que este assumiu a condição humana para redimi-la. Na Idade Média, tal pensamento expôs que a igualdade, inerente a todos os homens, é trazida pela noção de que este é concebido à imagem e semelhança de Deus. No contexto do Direito Canônico, Tomás de Aquino (1225 – 1274) na busca de uma justificativa racional para a existência de Deus e para a fé, concebeu o homem como ser composto de matéria e espírito que formam uma unidade substancial, sobressaindo a racionalidade como caráter único. Dessa forma, para ele, todos os humanos seriam iguais em dignidade, uma vez que todos são dotados naturalmente da mesma racionalidade.

Interpretando os pensamentos de Immanuel Kant, Marcelo Dias Jaques traz a concepção de dignidade em que o homem é concebido como sujeito do conhecimento e, por isso, é capaz de ser responsável

assola a doutrina. Podemos registrar, por exemplo, autores que usam nomes tão díspares quanto “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do Homem”, etc. É preciso, porém, sedimentar uma terminologia adequada, pois se trata de uma questão essencial. Consideramos que, no direito interno, a nomenclatura mais adequada é a que ora utilizamos, ou seja, direitos fundamentais. Essa é a posição, também, de Dirley da Cunha Jr., Paulo Gustavo Gonet Branco e DimitriDimoulis/Leonardo Martins . Isso porque a Constituição utiliza essa terminologia (Título II). Ademais, as outras nomenclaturas são inadequadas, por vários motivos. ”<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf, p.5.Acesso em 25. Ago.2017.

por seus próprios atos e de ter consciência de seus deveres. Desta forma, mais do que respeitar um dever, tem o homem que se tornar um ser moral (JAQUES, 2014, p. 26).

Immanuel Kant ensina que o homem deve existir como fim em si mesmo, nunca como meio para realização das vontades. Afirmando também que “qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal” (KANT, 2003, p. 96).

Ante aos expostos, a liberdade de expressão é uma permissão do Estado, pois é um direito conquistado pela democracia, cujo conceito vem sendo construído e preenchido ao longo da história da humanidade, desde a concepção já mencionada do jusnaturalismo. Uma das premissas basilares dos dispositivos constitucionais é proibir a censura. Assim, se evita a perpetuação dos regimes autoritários. No entanto, isso quer dizer que não haja responsabilização civil a quem viole as esferas civis de outrem.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu Primeiro Capítulo, com o título denominado *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, entre eles a liberdade de expressão, estão presentes o rol de direitos protegidos e elevados à categoria de cláusulas pétreas.⁶

Nesse sentido, a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura, o que constitucionalmente não caberia ao Estado Democrático de Direito.⁷ Por conseguinte, limitar o Direito de um

⁶ A expressão *cláusula pétrea* é utilizada como sinônimo de direitos cuja alteração ou supressão não pode ser autorizada nem sequer discutida em qualquer proposta de modificação constitucional por conterem conceitos considerados fundamentais para a manutenção sólida das bases nas quais se sustenta a República Federativa do Brasil. A única forma de alterar ou suprimir o conteúdo jurídico positivado através das cláusulas pétreas se daria através de uma nova Constituição. (Jaques, 2014, p.45).

⁷ O Estado Democrático de Direito está conceituado da nossa Magna Carta de 1988. Em seu Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em

indivíduo a se expressar livremente pode parecer negativo, mas, garantir o respeito à dignidade deste, implica em que ele também respeite a dignidade alheia.

O constituinte brasileiro proibiu a censura política, ideológica e artística, no artigo 220 da Lei Maior, proclamando que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação.⁸ Assim, são vedados o anonimato, podendo impor-se direito de resposta e indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando –se também o direito à informação.⁹

Esse direito à liberdade de expressão já era adotado desde a Constituição Federal de 1824, em seu artigo 179, inciso IV, que

Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Ainda, em seu Título I, artigo 1º, prostra-se os princípios fundamentais da seguinte forma: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

⁸ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

⁹ Sustenta-se a impossibilidade abertura de inquérito policial com base em denúncia anônima, no entanto, a partir dela poderá a polícia fazer “diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e então instaurar o procedimento investigatório propriamente dito.” (HC 95.244 (STF – 1ª Turma , Dfe de 30-4-2010, Rel. Min. Dias Toffoli)

previa o direito à livre manifestação do pensamento e de imprensa, em que também vedava a censura e o anonimato. Já a Constituição de 1937 cerceou o direito à liberdade de expressão, como forma ditatorial. Em 1946, tal direito volta a ser assegurado novamente.

Ressalta-se que a Constituição não proíbe a liberdade de expressão, mas impõe-se na competência de indicar adequações no âmbito da qual essa liberdade se manifesta, ou seja, no espaço público que se manifesta, como se observa no parágrafo terceiro do artigo 200 da Constituição¹⁰.

No entanto, Paulo Gustavo Gonet Branco sinaliza que a liberdade de expressão poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano (BRANCO, 2015, p. 271). Leis de proteção à infância e à adolescência, leis sobre segurança das vias de tráfego, de proteção ao patrimônio ambiental ou turístico, podem ter restrição quanto à liberdade de expressão. Tais leis devem atender ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. O discurso de ódio também não é tolerado. Já houve julgado do STF decidindo que incitar a discriminação racial constitui crime, e não conduta amparada pela liberdade de expressão.

De mesmo modo, também a informação falsa não seria protegida pela Magna Carta, por produzir uma pseudo formação de opinião, lembrando que o indivíduo tem o direito de ser informado, artigo 5º XIV, mas não por notícias irreais. A liberdade de imprensa não cria imunidade ao jornalista.

¹⁰ § 3º Compete à lei federal:

- I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
- II- estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

José Emílio Medauar Ommati defende a ideia de que princípios jurídicos não colidem, mas se pressupõem mutuamente. Ommati menciona que “os julgadores não devem mais falar em limites à liberdade e expressão, mas proibir este ou qualquer outro direito que não esteja sendo aplicado para assegurar o desenvolvimento de uma sociedade livre e igual” (OMMATI, 2016, p. 19-20).¹¹

Portanto, Ommati defende a proibição de discursos de ódio, ressaltando que a proibição do racismo, presente na Constituição, já não se refere à liberdade de expressão e sua supressão, mas a negação de direitos fundamentais, a negação dos direitos daqueles que foram discriminados.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO LIBERDADE PÚBLICA

A soberania do indivíduo sobre si próprio deve pertencer a questões que lhe dizem respeito em sua individualidade, à sociedade cabe questões de interesse da própria sociedade. Embora não haja um contrato expresso de conduta social, é indispensável que cada indivíduo apresente um comportamento regrado à boa convivência em grupo.

No século XX, a filósofa política alemã Hannah Arendt entendeu a liberdade como a possibilidade de manifestação do indivíduo no espaço público tendo como fontes de mediação a linguagem e a ação. A liberdade estaria ligada à política e às atividades públicas.

Assim, para Hannah Arendt, ser livre significa ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também não comandar. Liberdade não significava domínio, como também não significava submissão. Entendendo ser, desta forma, uma manifestação do indivíduo em um espaço público e que, em muitos momentos históricos, esse ambiente público foi obscurecido (ARENDR, 2007, p. 41-42). Marcelo Dias Jaques

¹¹ OMMATI, José Emílio Medauar . Liberdade de expressão e o discurso de ódio na Constituição de 1988. 3. Ed.- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.p.19-20.

(JAQUES, 2014, p.27) acrescenta sobre a obscuridade citada por Arendt:

[...] em que pese tenha restado, por séculos, subtraída dos registros históricos por conta de regimes totalitários pautados na absoluta centralização do poder e no abafamento das vozes populares sob o domínio do medo e da opressão (JAQUES, 2014, p.27).

Nesse sentido, a filósofa alemã nega que a liberdade seja um meramente o exercício do livre arbítrio, mas sim como uma capacidade dos homens em se manifestarem no espaço público sobre assuntos de interesse coletivo. O termo público significa que tudo pode ser visto ou ouvido por todos, tendo a maior divulgação possível (ARENDR, 2007, p.59).

Desta forma, a liberdade de expressão e a liberdade pública perpassam por esses apontamentos e a esfera política é uma função da sociedade de que a ação, o discurso e o pensamento são, fundamentalmente, superestruturas assentadas no interesse social (ARENDR, 2007, p.59).

No entanto, ser machista ou racista, por exemplo, em seu âmbito pessoal é um direito individual do ser humano. Mesmo em meio aos avanços sociais século XXI, obrigar a pensar de forma não segregacionista é irreal, ilógico ou impossível. Prova disso, são os seguidores do nazismo que, mesmo depois da ampla divulgação das atrocidades, ao final da Segunda Guerra Mundial, proporcionadas por essa ideologia que pregava a superioridade a raça ariana, e em meio a forte desaprovação das sociedades mundiais em relação à disseminação dessa violenta doutrina nacionalista, muitas pessoas ainda são simpatizantes ou membros de grupos apreciadores do nazismo.

Os pensamentos fazem parte da esfera individual, da qual só se tem acesso se houver a externalização desse pensamento por parte de seu emissor. E, mesmo assim, se a externalização alcançar a esfera particular de convivência sem que se minimize nenhum de seus

membros, embora para alguns possa ser difícil de compreender, a liberdade de expressão estará em sua plenitude de definição.

O Estado deve respeitar à intimidade e a consciência do indivíduo, mas é importante que se estabeleça uma fina sintonia entre o direito do Estado impor suas normas e o indivíduo de viver de acordo com as suas pautas de valores.

Assim, Paulo Gustavo Gonet Branco complementa que é inevitável um juízo de ponderação. É certo que impor objeção à liberdade de consciência pode incorrer em censura, mas a prepotência de poder ou a impotência são maléficos ao Estado de Direito (BRANCO, 2015, p. 314).

De certo que a objeção de consciência que comporta uma atitude omissiva. Porém, na manifestação pública. John Stuart Mill apresenta o seguinte caminho:

Importa ainda o amparo contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes: contra a tendência da sociedade para impor, por outros meios além das penalidades civis, as próprias ideias e práticas como regras de conduta, àqueles que delas divergem, para refrear e, se possível, prevenir a formação de qualquer individualidade em desarmonia com os seus rumos, e compelir todos os caracteres a se plasmarem sobre o modelo dela própria. Há um limite à legítima interferência da opinião coletiva com a independência individual. E achar esse limite, e mantê-lo contra as usurpações, é indispensável tanto a uma boa condição dos negócios humanos como à proteção contra o despotismo político. (MILL, 2010, p.62).

Nesse sentido, o uso da liberdade de expressão no espaço público, da qual os indivíduos devem ser respeitados em suas individualidades e também respeitar as individualidades dos demais, a liberdade no espaço público, como citado anteriormente, esbarra no interesse do coletivo, e, portanto, a harmonia social depende da livre manifestação do pensamento ponderado por limites, que, sem os quais conduzem, a desarmonia não apenas social, mas também econômica e política.

Mais uma vez, nos deparamos com o posicionamento filosófico a respeito da liberdade de expressão de que, longe da tirania dos governos absolutistas, a harmonia e o equilíbrio econômico dependem do respeito à divergência de pensamento no ambiente coletivo, que deve ser estimulado com respeito às diversidades.

4. OPINIÃO PÚBLICA

Luiz Ademir Oliveira e Adélia Barroso Fernandes apontam que a concepção de público é a junção de particulares (pertencentes à burguesia, membros de uma elite econômica em ascensão) que se juntam enquanto um público. Na Grécia Antiga, nas cidades-estados, a esfera da polis, espaço que era compartilhado por todos os cidadãos livres, era bem distanciada da esfera privada (OLIVEIRA. L.A; FERNANDES, A. B, 2017, p.33).

No entanto, só participava da vida pública na Polis o cidadão com autonomia na sua vida, excluindo determinadas parcelas, como é o caso das mulheres, dos escravos e dos estrangeiros. A vida pública era centrada na participação, argumentação e deliberação de assuntos de interesse coletivo.

Já na Idade Média europeia, as esferas pública e privada se juntaram a partir da figura do senhor feudal, que era a autoridade sobre a família, seus vassalos e sua propriedade. Com o surgimento do capitalismo, a noção de esfera pública era formada por indivíduos privados que, em conjunto, debatiam publicamente assuntos de interesse geral e que funcionavam enquanto uma instância de controle de legitimação do poder político exercido pelo Estado (OLIVEIRA. L.A; FERNANDES, A. B, 2017, p.34).

Com o surgimento da burguesia, uma nova classe social, embora formada por pessoas que exerciam atividades da esfera privada, não governavam, mas discutiam seus ideais em espaços públicos, como salões e cafés. A imprensa formada dessa época era opinativa, disseminando os ideais burgueses contra os aristocratas. Em complementação a essa referência Oliveira e Fernandes (2017) expõem:

Um dos pontos centrais defendidos pela burguesia, que ainda não estava no poder, era a não intervenção do Estado nos assuntos privados, ou seja, deveria prevalecer o Estado Liberal de Direito, em que fossem garantidos os princípios jurídicos de proteção ao livre mercado. O Estado de Direito enquanto Estado burguês estabelece a esfera pública atuando politicamente como órgão do Estado para assegurar institucionalmente o vínculo entre lei e opinião pública (OLIVEIRA. L.A; FERNANDES, A. B, 2017, p. 35).

Diante desta concepção, a burguesia começou a se infiltrar na esfera pública para garantir os seus privilégios, havendo uma publicização do privado, questões mantidas na esfera privada passaram a ser tratadas como questões públicas. Oliveira e Fernandes citam como exemplo os “casos em que os líderes políticos são avaliados pelos seus atributos pessoais e não pelos atributos públicos” (OLIVEIRA. L.A; FERNANDES, A. B, 2017, p.37).

Diante desse aspecto, a opinião pública burguesa volta-se a discutir questões de ordem privada, íntima ou pessoal no âmbito público, ao invés de se preocupar com as questões de importância coletiva. Nesse diapasão, houve o surgimento dos meios de comunicação de massa que contribuiu para a decadência da esfera pública centrada no espaço físico.

A cultura de consumo, manipuladora de posicionamentos, deixa de lado o discurso público sobre as ações do Estado e passa-se a discutir a cultura do consumo, difundida pela mídia. Com o surgimento dos jornais e da televisão não haveria mais a necessidade de se compartilhar o espaço físico para realizar o processo comunicativo.

Porém, a esfera da comunicação pública, embora voltada ao consumo, não deixou de existir. As pessoas não deixaram de debater, física ou virtualmente, questões de interesse coletivo. A esfera pública não se perdeu, mas se modificou, ou até mesmo se ampliou.

Antes, apenas pessoas que compartilhavam do mesmo ambiente físico poderiam se encontrar e partilhar ou discutir seus posicionamentos. Com a difusão dos meios de comunicação, o ambiente público passa a não apenas físico, mas também virtual, e a opinião dos sujeitos sobre assuntos de ordem que afete aos

interesses da sociedade, pode ser discutido por todos que se sintam parte dessa discussão.

Assim, a opinião pública passou a abranger um território inimaginável de assuntos infinitos que são discutidos em ambientes distintos. Essa amplitude no espaço de discussão pode ser benéfica à liberdade de expressão, porém fica difícil de limitar abusos em relação a direitos.

5. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO COMPARADO

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já reconhecia o direito à liberdade de expressão, assim como também foi reconhecido como direito fundamental na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Declaração Universal de Direitos Humanos, na Resolução 59(I) da Assembleia Geral das Nações Unidas, na Resolução 104 adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e em outros instrumentos internacionais e constituições nacionais.¹²

Para tanto, o Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos representa o marco legal a que estão sujeitos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos, e estabelece que o direito à liberdade de expressão inclui a liberdade de buscar, receber e divulgar informações e ideias, sem consideração de fronteiras e por qualquer meio de transmissão.¹³

¹² Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=26&IID=4>>. Acesso em 24 abr 2018.

¹³ Artigo 13

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

No entanto, para entender os sistemas jurídicos internacionais é preciso ter noção dos sistemas Common Law e Civil Law. No sistema Common Law as decisões dos conflitos são baseadas nos costumes, tendo, estes, valor jurídico, ou seja, o juiz é que “faz o direito”. Já nos sistemas de Civil Law, quem cria o direito é o Poder Legislativo (WAMBIER, 2018).

Os sistemas de Civil Law são baseados na lei escrita, codificada ou não, sendo basilar o princípio da legalidade. Isso significa que os juízes têm de decidir os casos de acordo com a lei escrita. “As decisões devem ser sempre fundamentadas, nelas deve haver referência à lei e elas são redigidas para persuadir a comunidade jurídica, membros do Judiciário e juristas, em geral (WAMBIER, 2018).

Os sistemas jurídicos no mundo que reconhecem e protegem o direito fundamental à liberdade de expressão são: o Sistema Interamericano, o Sistema Europeu, o Sistema Africano, e o Sistema Universal, que serão detalhados.

5.1 Sistema Interamericano

O sistema interamericano é o que mais apresenta princípios à liberdade de expressão, pautado por treze princípios que regem os

-
- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. Disponível em:<<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=26&IID=4>> Acesso em 24 abr 2018.

dispositivos legais dos países latino-americanos. É interessante para o estudo a menção dos dez primeiros.

O primeiro princípio trata de que a liberdade de expressão é um direito fundamental em todas as suas formas e manifestações. Sendo inalienável e própria para a manutenção de uma sociedade democrática.

O segundo princípio faz referência à pessoa e o seu direito de buscar e divulgar livremente opiniões e informações, em igualdade de oportunidades e em qualquer meio de comunicação, sem discriminação por nenhum motivo.

O direito de acesso a informação sobre si ou sobre seus bens é abordado no terceiro princípio, que menciona a oportunidade não onerosa para acessar, retificar ou atualizar dados. Já o acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo. Este princípio só admite limitações excepcionais, aprovada em lei, e em caso de existência de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas.

O quinto princípio faz menção à censura prévia de deve ser proibida em qualquer meio de comunicação, assim como as restrições à livre circulação de ideias e opiniões, ou a imposição arbitrária de informação. Também deve ser proibida a criação de obstáculos ao livre fluxo de informação.

O sexto princípio aduz que toda pessoa tem o direito de externar suas opiniões por qualquer meio e forma, deve haver liberdade de imprensa. Condicionamentos prévios, tais como de veracidade, oportunidade ou imparcialidade por parte dos Estados, são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão, como menciona o sétimo princípio.

Os princípios oitavo e nono tratam a respeito do comunicador social que tem o direito de reserva de suas fontes de informação, a apontamentos, arquivos pessoais e profissionais. Seu assassinato, o sequestro, a intimidação e a viola os direitos fundamentais das pessoas e limitam severamente a liberdade de expressão. Assim, o Estado tem o dever de prevenir e investigar essas ocorrências.

O princípio de número dez diz que a proteção e à reputação deve estar garantida somente através de sanções civis, nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou uma pessoa pública ou particular que se tenha envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público. Nos casos de divulgação de notícia falsa, deve provar que o comunicador teve intenção de infligir dano ou que estava plenamente consciente de estar divulgando notícias falsas, ou se comportou com manifesta negligência na busca da verdade.

Um exemplo da aplicação desses princípios acima foi o processo *Ivcher Bronstein vs. Peru*, no qual o Estado peruano foi condenado e obrigado a restaurar os direitos da vítima por cerceamento do direito fundamental à liberdade de expressão. O peticionário era naturalizado como peruano e possuía parte majoritária em um canal de televisão que noticiava críticas e abusos por parte do governo peruano (MAIA, 2018, p.78).

Este, por sua vez, revogou a cidadania peruana do cidadão e retirou-lhe o controle do canal de televisão. A Corte Interamericana estabeleceu que as ações do governo restringiram indiretamente o direito à liberdade de expressão e ordenou ao Estado restaurar os direitos da vítima.¹⁴

Daniel Maia aponta que o sistema interamericano é o mais rigoroso em relação à defesa do direito fundamental à liberdade de expressão, e que possui influência nos estados latino-americanos, representando avanço jurídico e democrático, devido a períodos ditatoriais já enfrentados e que necessitam de um sistema garantivista para amadurecer as democracias existentes (MAIA, 2016, p.78).

5.2 Os Estados Unidos Da América

A garantia da liberdade de expressão como direito foi incorporada à Constituição norte-americana em 1791, ganhando

¹⁴ IVCHER BRONSTEIN VS. PERU. Disponível em:< http://www.oas.org/pt/cidh/expressão/jurisprudência/si_decisiones_corte.asp>. Acesso em 24 abr. 2018.

efetiva proteção do judiciário após a 1ª Guerra Mundial. Desde então, há uma evidente progressão à liberdade de expressão, que hoje, tornou-se o mais valorizado direito fundamental da jurisprudência americana (SARMENTO, 2015, p.5)

Daniel Sarmento reflete que essa expansão na proteção da liberdade de expressão tem se dado em parte ao custo de um enfraquecimento na garantia de outros direitos contrapostos, como privacidade, honra e também igualdade (SARMENTO, 2015, p.5).

Nesse sentido, nos Estados Unidos formou-se uma robusta jurisprudência que protege constitucionalmente todo tipo de manifestação, até mesmo de extrema intolerância e ódio contra as minorias¹⁵.

Assim, a liberdade de expressão é protegida como um direito fundamental e está presente na primeira emenda da Constituição.¹⁶ Nesse país, o direito à liberdade de se expressar é absoluto, considerado um símbolo de sua cultura tradição e alcançando uma posição de destaque em seu ordenamento jurídico. Samantha Ribeiro Meyer- Pflug, nesse sentido faz a seguinte menção:

O direito americano protege a liberdade de expressão, a princípio, independente da ideia que está sendo veiculada, principalmente da ingerência do Poder Público nessa seara. A liberdade de expressão no direito americano se erigiu à condição de um verdadeiro símbolo cultural. Pode se afirmar que ela desfruta de uma posição preferencial em relação aos demais direitos [...]. (MEYER-PFLUG, 2009, p.133)

Para interpretar o direito à liberdade de expressão os EUA criaram a Teoria Libertária e a Teoria Democrática. Na Teoria

¹⁵ www.ufrj.br/SEER/index.php?journal=RJEDSD&page=article&op=view&path%5B%5D=2045&path%5B%5D=1633

¹⁶ Texto da 1ª Emenda à Constituição Norte Americana: “ O Congresso nacional não legislará no sentido de estabelecer um religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos, ou cerceando a liberdade da palavra ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para reparação de seus agravos.” Disponível em :<<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivos/pdf/constituicoes/CUSAT.pdf>> Acesso em 14 jun.2018.

Libertária, há a proteção do autor da mensagem, independente de quem seja, o Estado não deve interferir no conteúdo do que é dito para não incorrer em controle sobre a formação do pensamento e da opinião pública.

Já a Teoria Democrática prestigia o receptor da mensagem, não o emissor. Assim a atenção se volta ao que se é dito, propondo uma maior regulação sobre o direito à liberdade de expressão. Os tribunais americanos são mais adeptos da Teoria Libertária.

Daniel Maia aponta que a teoria libertária é criticada no sentido de que estaria beneficiando grupos e elites dominantes que possuem acesso aos meios de divulgação de massa, mas essa crítica se enfraquece com a popularização da internet, uma vez que esta amplia tal acesso a qualquer pessoa (MAIA, 2016, p. 87).

Por conseguinte, a teoria democrática é criticada sobre o risco que esta impõe à democracia se o Estado investir na censura. Embora fique evidente que o sistema jurídico dos EUA é favorável à liberdade de expressão quase que absoluta, o caso do ex-agente da CIA, Edward Snowden, que divulgou notícias e documentos que alegavam que os Estados Unidos espionavam outros Estados, gerou um senso de vingança por parte dos americanos, na tentativa de caçá-lo e condená-lo por traição, acusado de comunicação não autorizada de informação.

Esse episódio demonstra que em nome da segurança nacional e de assuntos de Estado, a liberdade de expressão pode ser limitada.

5.3 Sistema Europeu

O que alicerça o sistema europeu é o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹⁷ Prevendo que todos tenham

¹⁷ Artigo 10 da Convenção europeia de direitos humanos: 1 - Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideais sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização

direito à liberdade de expressão, sem a interferência das autoridades públicas, sem censura de opiniões e ideias ou na transmissão de informações. A exceção está no controle prévio de autorização de funcionamento de empresas de rádio, cinema e televisão.

Há uma ressalva à liberdade de expressão por algumas formalidades da lei, com sanções por descumprimento em caso de segurança nacional e a prevenção de crimes. Atualmente existe uma forte tendência de amenizar discursos racistas, xenófobos e antissemitas, pois é um período de tensão na Europa por conta dos novos fluxos de migrações.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p.149) aborda a questão refletindo que na Europa, a maioria dos países assegura em suas Constituições a liberdade de expressão, mas ela não é absoluta:

[...] o próprio texto constitucional traz limites para o seu exercício. O sistema europeu de proteção à liberdade de expressão em grande parte não é regido pelo princípio da neutralidade do Estado ante quaisquer conteúdos imagináveis de um discurso, como ocorre no sistema americano. a Bélgica, a França, a Espanha, a Holanda, a Polónia e a Suíça, por exemplo, consideram crime a banalização do Holocausto.

O sistema europeu, para garantir a imparcialidade dos juízes, também busca a preservação dos dados e informações confidenciais, principalmente as de natureza judicial, mas há algumas variações de país para país.

prévia. 2 - O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judicial.

5.4 Sistema Universal

A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrou a Liberdade de Expressão e prevê, respectivamente:

Artigo 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras¹⁸

O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos apresenta em seu artigo 19 que:

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.¹⁹

Assim como o sistema europeu, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos se preocupam com que a liberdade de expressão não atinja direitos inerentes à terceiros e também com a segurança nacional.

¹⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em 28 abr. 2018.

¹⁹ Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 28 abr.2018

5.5 Sistema Africano

Baseado na Carta de Banjul, o Sistema Africano de Direitos Humanos e dos Povos foi redigido em 1981, mas só entrou em vigor em 1986, e a liberdade de expressão está expressa em seu artigo nono, diz que: “1. Toda pessoa tem direito à informação. 2. Toda pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos.”²⁰

Daniel Maia aponta uma fragilidade no ordenamento africano em relação à liberdade de expressão, com tímidos dispositivos que abordam esse assunto, no entanto, isso não deixa de ser uma avanço ao ordenamento jurídico daquele continente que ainda sofre com a grande diversidade de cultural de cada nação e a esmagadora diferença social entre as classes sociais, por conta de seu histórico processo de colonização. (MAIA, 2016, p.83).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de apontamentos finais, pode-se afirmar a partir do exposto no artigo que ficou evidenciado a necessidade de discussão sobre o conceito de liberdade de expressão diante das novas dinâmicas de comunicação na sociedade, em que as informações, bem como os discursos de ódio. Ademais, constatou-se que a utilização do direito à informação e do direito à liberdade de expressão possui diversas nuances desde a sua positivação, sendo necessário, após a conquista do *status* de direito fundamental na Constituição Federal, discutir seus alcances e limites.

A partir disso, utilizando-se como base os principais ordenamentos sobre o tema, analisou-se os sistemas interamericano, norte-americano, europeu, africano e universal, focando-se – obviamente – em quais pontos existem as principais semelhanças e diferenças entre eles. No mesmo ponto, observou-se o impacto que a

²⁰ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos < <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 28 abr.2018.

globalização e as novas tecnologias se operaram transformações na forma de comunicação em um contexto democrático, que passou a ser feito digitalmente.

Nesse sentido, fez-se um resgate cronológico do conceito de Liberdade de Expressão, seu reconhecimento como direito e os aspectos de sua propagação no ambiente público entre os grupos dominantes e os dominados. Ademais, demonstrou-se necessário abordar o direito comparado nos ordenamentos internacionais para traçar um paralelo de como a liberdade de expressão é protegida nos mais variados continentes, em especial nos EUA, onde é um direito fundamental absoluto, contrário do que ocorre no Brasil, em que este não pode colidir com a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:< <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> .Acesso em 20 ago 2017.

BAUMAM, Zygmunt. **A liberdade**. Lisboa. Ed. Estampa. Disponível em:< https://drive.google.com/file/d/1ULXBoFv_f5SqreBWm8eoOxaXUIEsEK9C/view>. Acesso em: 20 de jun. 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. – 10.ed.rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2015.

Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos < <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 28 abr.2018.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: uma abordagem interdisciplinar** – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2002, p.4.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009. Disponível em:< http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf> Acesso em 27 abr. 2018. p.97.

IVCHER BRONSTEIN VS. PERU. Disponível em:< http://www.oas.org/pt/cidh/expressão/jurisprudência/si_decisiones_corte.asp>. Acesso em 24 abr. 2018.

JAQUES, Marcelo Dias. **O direito à informação e à liberdade de expressão na sociedade digital**: novos desafios ao direito brasileiro, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2003.

MAIA, Daniel. **Liberdade De Expressão Nas Redes Sociais**. 1.ed.-Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2016.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. **SOBRE A LIBERDADE**. MILL. Tradução Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010.

OLIVEIRA, Luiz Ademir; FERNANDES, Adélia Barroso. **Espaço público, política e ação comunicativa a partir da concepção habermasiana**. Revista Estudos Filosóficos nº 6 /2011 – versão eletrônica. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art8_rev6.pdf> pág. 116-130. Acesso em: 02 nov. 2017.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e o discurso de ódio na Constituição** de 1988. 3. Ed.- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Disponível em: < www.dsarmento.adv.br/...a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-li> Acesso em: 02 nov. 2017.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso IV. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. **Comentários a Constituição do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva | Almedina, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade E Adaptabilidade Como Objetivos Do Direito: Civil Law E Common LAW** Revista dos Tribunais OnLine. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf> Acesso em 30 de jun. 2018.

ESTUDO TEÓRICO SOBRE O FEDERALISMO

Claudia Karina Ladeia Batista
Jamile Gonçalves Calissi

1. Introdução

As formas de Estado podem ser estudadas a partir de duas perspectivas: formas simples e formas compostas. As formas simples referem-se aos Estados unitários e as formas compostas às federações. Estas, por sua vez, podem se subdividir em união pessoal, a união real, a confederação de Estado e o Estado Federal (FIGUEIREDO, 1985, p.54).

Em relação às formas de governo, foi Aristóteles quem estabeleceu um primeiro critério classificatório: o número de pessoas que possuem o poder político. Por óbvio, esse critério está superado, embora tenha permanecido inalterado até a Idade Média (FIORI, 1995, p. 35).

Aristóteles enumerou três formas puras de governo que poderiam ser contrastadas com três formas impuras. Segundo o critério classificatório (o número de pessoas que compoariam o governo), as formas puras seriam a monarquia (governo de um só), a aristocracia (do grego, *aristo*, que significa os melhores ou o governo dos melhores) e a democracia (governo de todos) (FIORI, 1995, p. 35). Nesse sentido, onde houvesse uma só pessoa no poder, haveria uma monarquia, onde estivessem os melhores no poder, estaria a aristocracia, e se o governo estivesse composto por todos e dirigidos a atender o interesse do povo (povo do grego *demo*) existiria uma democracia (FIORI, 1995, p. 36).

Essas três formas puras de governo, de acordo com Aristóteles, poderiam transformar-se em formas impuras a partir de uma

degeneração de sua concepção originária. Assim, por exemplo, se o governo de um só perdesse sua finalidade teleológica fundamental que era o governo de um a serviço de todos, ou seja, exercido por uma só pessoa, mas em benefício da comunidade (vê-se o caso dos monarcas iluminados) transformar-se-ia em uma forma impura: a tirania. Portanto, existia a possibilidade de que a monarquia se transformasse em uma tirania se o titular do poder, o titular do governo, desviasse sua finalidade fundamental do exercício do governo (FIGUEIREDO, 1985, p. 55).

Atualmente a classificação aristotélica se modificou. Os governos caminharam para perspectivas dicotômicas, ou governos abertos, democráticos, com uma participação coletiva, ou governos autoritários, com uma participação limitada e/ou excludente.

A democracia é a forma contemporânea mais variada, ainda que a perspectiva dicotômica atual reduza praticamente a classificação das formas de governo em governos abertos versus governos fechados e governos democráticos versus governos autoritários.

O Estado federativo ou federação é, por sua vez, aquele estado soberano constituído por distintos estados autônomos ou por estados-membros autônomos.

Esse Estado federativo possui raízes históricas na independência dos Estados Unidos. Inicialmente, as treze colônias inglesas na América se uniram com o objetivo de compor uma Confederação (união de Estados soberanos). Tal ideia, contudo, não prosperou. O que se pretendia à época era unir as colônias em prol de objetivos comuns, entretanto, o modelo não surtiu os efeitos práticos desejados.

Posteriormente, em 1787, com a realização da Convenção de Filadélfia, naquilo que seria chamado por Giorgio Del Vecchio de suicídio de Estados, doze das treze colônias¹ lançaram mão de suas soberanias com o objetivo de estabelecer o que seria chamado de pacto federativo, criando-se, assim o Estado norte-americano,

¹ *Rhode Island* ficou de fora.

composto de um poder central soberano e de diversos poderes (antigas colônias) descentralizados dotados de autonomia (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2001, p. 198).

O Estado Federal norte-americano teve por principal característica a delimitação entre um governo central e governos estaduais autônomos, observando-se a divisão de poderes entre o governo local e o federal e a supremacia do poder nacional em detrimento dos poderes locais.

Nesse viés, o modelo norte americano, datado do final do século XVII, foi o primeiro modelo constitucional institucionalizado, mas sem perder de vista que os pilares estruturais federalistas já emergiam em Montesquieu (2002) e foram tratados doutrinariamente por Madison, Jay e Hamilton.

Contemporaneamente, é possível apontar diversas formas de federalismo, cada qual com características acentuadas de diferenciação.

Assim, todo esse arcabouço histórico jurídico é substrato de pesquisa para a análise do conceito ora trabalhado. A presente inserção tem por objetivo trabalhar o federalismo no Estado brasileiro atual.

2. Federalismo

Em Aristóteles é possível encontrar um conceito para aquilo que viria a ser chamado de Estado, regido por ideias constitucionais e que teve como justificativa para a sua existência a própria natureza: “Por conseguinte, é evidente que o Estado é uma criação da natureza e que o homem é, por natureza, um animal político” (ARISTÓTELES, 1999, p. 146).

Assim para o filósofo grego, o Estado, um dos tipos mais elevados de comunidade, a chamada sociedade política ou de cidadãos, era a consequência lógica de um desdobramento natural: primeiro, a vida do homem regia-se dentro da família, objetivando a suprir as necessidades diárias de sobrevivência; depois, várias famílias, aspirando a algo mais do que apenas suprir as

necessidades cotidianas, reuniam-se, formando a primeira sociedade conhecida, chamada de aldeia, e regida por um governo monárquico (outra espécie de comunidade paralela à comunidade política); por fim, as aldeias somavam-se dando origem às cidades ou Estados, estas sim, comunidades mais elevadas e dotadas do aspecto político (ARISTÓTELES, 1999, p. 145).

Nota-se que, aqui, Aristóteles já falava em sociedade familiar, o primeiro passo para a comunidade organizada. Está, portanto, fazendo menção a um período bem mais recente, dentro da história antiga, quando o homem já era considerado um ser dotado de liberdade e razão e as atenções já se voltavam para a pessoa humana detentora de certos direitos universais. Antes disso, no período conhecido como axial, datado de VIII a.C. até II a. C., estabeleceram-se as bases para essa evolução, proporcionando o despertar da consciência humana e a configuração, no momento em que, historicamente, o homem ganhou importância e pôde seguir sua trajetória até os dias atuais: “Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, que vigoram até hoje” (COMPARATO, 2001, p. 08).

Contudo, o termo Estado pode guardar inúmeras definições, importando aqui, sobretudo, o conceito jurídico. Nesse sentido, Estado pode ser considerado como uma personificação que dá vida a um conjunto simbólico, porque é uma “comunidade criada por uma ordem jurídica nacional” (...) “é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade” (KELSEN, 2000, p. 262).

Mas o Estado também é pressuposto de “uma realidade social subjacente” que o relaciona a um “fato social concreto” e lhe atribui a característica de comunidade constituída pela ordem e, assim, é possível, também, admitir o Estado como unidade sociológica, uma realidade social “que existe independentemente de sua ordem jurídica” (KELSEN, 2000, p. 262-264).

Por óbvio, a conclusão imediata é a de que o Estado, como legitimação de poder, é uma sociedade politicamente organizada (KELSEN, 2000, p. 273).

O federalismo, por sua vez, refere-se a uma forma de Estado que tem como característica principal a “*união de coletividades políticas autônomas*”, nos termos do art. 18 do Texto constitucional. Tem por características clássicas a descentralização político-administrativa, a participação das vontades parciais na vontade geral e, por fim, a capacidade de auto-organização dos Estados-membros.

O Estado federal, estruturação de um governo com características do liberalismo clássico, é determinado por um conceito de autonomia que conjuga entes políticos distintos capazes de estabelecer seus próprios comandos normativos possuindo, a *priori*, raízes históricas na independência dos Estados Unidos. Nesse sentido, a ideia de federação como “uma associação, uma união institucional de Estados, que dá lugar a um novo Estado (o Estado Federal), diverso dos que dele participam (Estados-membros) ” (CARRAZZA, 2003, p. 112-113).

Importante destacar que o modelo federativo de Estado teve sua origem na antiguidade, mas por terem sido à época meros pactos transitórios, adotou-se a declaração das Treze Colônias norte-americanas como marco inicial (NEME, 2007).

A descentralização político-administrativa deve ser fixada por uma Constituição, e é traduzida pela característica mais marcante do federalismo, a autonomia que, por sua vez, baseia-se em dois elementos: existência de órgãos governamentais próprios e posse de competências exclusivas (SILVA, 2005, p. 71).

O que auxilia a repartição dessas competências é a predominância do interesse, segundo o qual caberá à União todas as matérias de predominante interesse geral, nacional ou regional, quando ultrapasse mais de um Estado-membro, ao passo que aos Estados-membros caberão as matérias e assuntos de predominante interesse regional e aos Municípios os assuntos de predominantes interesses locais.

Na participação das vontades parciais na vontade geral, no chamado “Estado de Estado” (MIRANDA, 2011, p. 151). Os Estados-membros participam da vontade nacional através do Senado, instituição fundamental para a manutenção e equilíbrio federativo. O Senado é composto paritariamente e cada Estado-membro terá representação paritária, portanto, com o mesmo número de senadores, independentemente de seu tamanho territorial ou composição humana.

Quanto à capacidade de auto-organização dos Estados-membros, isso ocorre através de Constituições próprias, ou seja, cada um dos Estados-membros tem autonomia administrativa, respeitando, sobretudo, a Constituição Federal.

2.2 Tipos de federalismo

O regime federativo acha-se impregnado pelo espírito de cooperação e solidariedade que caracteriza o moderno federalismo.

A evolução do comportamento da Federação brasileira não conduz a diagnóstico necessariamente pessimista, preconizando o seu fim. A evolução demonstra que a Federação experimenta um processo de mudança. A concepção clássica, dualista e centrífuga, acabou sendo substituída pela Federação moderna, fundada na cooperação e na intensidade das relações intergovernamentais. A relação entre federalismo e cooperação já se encontra na etimologia da palavra ‘federal’, que deriva de *foedus: pacto*, ajuste, convenção, tratado, e essa raiz entra na composição de laços de amizade, *foedus amicitiae*, ou de união matrimonial, *foedus thalami*. Em termos de prospectiva, é razoável presumir que a evolução prosseguirá na linha do desenvolvimento e da consolidação do federalismo cooperativo, para modernizar a estrutura do Estado Federal (HORTA, In: CLÈVE; BARROSO, 2011, p. 7-26).

E, ainda que o federalismo tenha raízes históricas na independência dos Estados Unidos, é possível diagnosticar um ideal federativo anterior a essa época, mais precisamente na antiguidade

quando os diversos povos se uniam com o propósito de proteção e interesses econômicos (ALMEIDA, 2010, p. 5).

Como consequência de sua flexibilidade e plasticidade formal, o federalismo projetou-se de maneiras diferentes conforme a época. Assim é que

[...] surgido num contexto histórico completamente distinto, ao tempo do liberalismo clássico, do *État-gendarme*, transpôs o federalismo os mais de duzentos anos que desde então se passaram, mostrando-se, também eficiente em face das concepções do *Welfare State*, das imposições intervencionistas dos novos tempos (ALMEIDA, 2010, p. 19).

Contemporaneamente, é possível apontar diversas formas de federalismos, cada qual com características acentuadas de diferenciação: a começar, o federalismo institucional é praticado nos Estados Unidos, Suíça e Alemanha. Os Estados Unidos, aliás, observam, também, o federalismo de origem, praticado, ainda, pela Austrália, e este último país divide com o Brasil e Canadá uma espécie de federalismo denominado geográfico. Por sua vez, Brasil, México e Venezuela praticam, também, o federalismo de imitação. Por fim, observando critérios culturais, pode-se apontar, ainda, o federalismo linguístico da Índia, tribal ou étnico da Nigéria e multinacional da Rússia.

São várias as formas de classificar os diversos federalismos:

a) quanto à forma:

- federalismo por agregação, em que a formação ocorre a partir da reunião de vários estados, ou seja, surge quando Estados independentes cedem uma parcela de sua soberania para formar um ente único, denominado movimento centrípeto (o federalismo institucional norte-americano também é um federalismo chamado dual, em que a separação de atribuições ou a autonomia entre os entes federados é bastante delimitada e rígida. Além do mais, o federalismo norte-americano também é conhecido por ter se originado por agregação e, a exemplo de Suíça e Alemanha, os

estados-membros envolvidos no processo abriram mão de suas soberanias e agregaram-se formando um novo Estado);

- federalismo por segregação, formado em face de uma divisão de Estado preexistente. Por exemplo. No federalismo por desagregação ou segregação a forma tem início em um Estado unitário que ao descentralizar-se, permite a formação dos entes autônomos. Este, o caso do Brasil. Aqui o movimento é centrífugo, ou seja, o Estado Unitário se divide em vários centros de poder, uma descentralização política consagrada pela Constituição Republicana (TAVARES, 2018, p. 955).

b) quanto ao equacionamento das desigualdades:

- federalismo simétrico em que há uma homogeneidade cultural conformadora do Estado e prima-se pela igualitária divisão de competências e de receitas;

- federalismo assimétrico em que há diversidade cultural imperante, a exemplo de Canadá e Suíça, mas busca-se um mecanismo para promover a redução das desigualdades regionais (é o federalismo adotado pela Constituição de 1988). (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 848);

c) quanto à concentração de poder:

- federalismo centrípeto onde há o fortalecimento do ente central da organização federativa (Constituição brasileira de 1967);

- federalismo centrífugo em que tende por preservar o poder atribuído aos Estados federados, ou seja, lhes confere maior autonomia; há uma maior descentralização com redução dos poderes centrais e ampliação dos poderes regionais (EUA). Parte da doutrina entende que o Brasil se encontra numa excessiva centralização espacial do poder nas mãos da União por mais que a Constituição de 1988 atribua maior autonomia aos Estados-membros do que as anteriores (BULOS, 2018, p. 723).

- federalismo de equilíbrio que estabelece uma equilibrada e equitativa repartição de poderes entre os governos centrais e regionais (tendência da Constituição brasileira de 1988).

d) quanto à repartição de competências:

- federalismo dual (clássico), com repartição de competências privativas entre as unidades federadas, que atuam como esferas distintas, separadas e independentes;

- federalismo cooperativo (neoclássico) caracterizado pela colaboração recíproca e atuação paralela ou comum entre os poderes central e regional (no Brasil começou a partir da Constituição de 1934, muito acentuado na atual);

- federalismo de integração onde há a característica da sujeição dos Estados federados à União, ou seja, uma relação de subordinação entre os entes.

Outros modelos de federalismo existem, tais quais, o de segundo grau, modelo adotado pelo Brasil, em que o Município deverá observar dois graus acima de sua capacidade de auto-organização, a saber, as Constituições Federal e Estadual; o federalismo orgânico, que considera o Estado um organismo complexo em que os entes federados observam as regras ditas pelo ente central, muito parecido com o federalismo de integração.

2.3 Características do federalismo em tópicos

O federalismo tem por características essenciais, em linhas gerais, a descentralização político-administrativa através de distribuição constitucional de competências, a participação das vontades parciais na vontade geral, auto-organização dos Estados-membros.

2.3.1 Distribuição constitucional de competências

Na distribuição constitucional de competências, estabelece-se o que é do âmbito da União e o que compete aos demais entes federação.

Toda a federação conta com uma Constituição federal que é exatamente o documento ou o diploma jurídico que afetará ou que distribuirá politicamente as competências.

Na federação norte-americana, que é uma federação por agregação, os poderes constitucionais foram divididos igualmente.

Já na federação brasileira, onde houve uma elaboração de fronteiras a partir das expedições dos exploradores ao interior, não ocorreu uma divisão racional de competência do poder jurídico, ao invés disso, desagregou-se a unicidade do estado unitário imperial pela via de outorgamento de uma pequena autonomia das antigas províncias (COSTA, 1984, p. 240).

Assim é que a distribuição constitucional de competências é descrita na Constituição Federal a partir de o artigo 20, onde dispõe-se uma descrição da titularidade patrimonial de cada uma destas unidades: da União, dos Estados e dos Municípios.

Outrossim, uma das características fundamentais da federação, de um esquema federativo de Estado, é a afetação constitucional de competências que estabelece a descentralização do poder político (COELHO, 1989).

A federação significa descentralização. O Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, parte de um modelo em que havia uma concentração essencial do poder político dada por uma forma unitária de Estado vivida na época do Império, e, a partir da Proclamação da República, opta por uma forma estatal federal em que há uma descentralização do poder político, ou, mais rigorosamente, uma desagregação da unicidade anterior, embora, apesar disto não evoluiu de forma harmônica e necessária que se requer para fortalecer a federação adotada no Brasil. O caráter nacional brasileiro e tropical ficou impresso no modelo federal com suas características históricas próprias (COELHO, 1989).

A descentralização política própria do estado federativo se estabelece através das Constituições Federais. Assim, a Constituição é uma figura essencial na organização federal de estado.

Na Constituição Federal de 1988 a União detém a grande maioria e mais importantes competências *exclusivas* (CF,art.21), sendo que aos estados a competência é tida como *residual* (CF,art. 25, parágrafo 1º), ou seja, a Carta Magna de 1988 deixou pouco espaço

para o exercício desta competência. Quanto às competências tidas como *comuns* (CF, art.23) assenta um grande problema do federalismo brasileiro e que gera grandes embates entre os entes federados.

As constituições brasileiras sempre descreveram as competências dos três níveis de governo, sendo que a Constituição de 1988 é a mais rica em detalhes. É da análise da Constituição de 1988 que se pode afirmar que a federação brasileira adotou, como critério de repartição de competências, o princípio da predominância do interesse.

Contudo, diante da complexidade que envolve a repartição de competências tal princípio isoladamente não efetiva a resolução de outras questões que surgem na repartição de competências.

Nesse ínterim, já na elaboração da Constituição de 1988 os constituintes originários optaram por reduzir os recursos financeiros federais e distribuí-los entre os outros dois níveis de governo. No entanto, tal situação ao longo do tempo foi parcialmente revertida com constantes reformas constitucionais por meio de emendas constitucionais que aumentaram as competências legislativas da União.

Assim, para a análise da distribuição dos poderes executivos federais e estaduais há uma corrente de cientistas políticos que leciona ser a federação brasileira dominada por interesses estaduais. Ou seja, as instituições políticas brasileiras elevam o poder informal que os governadores exercem sobre os parlamentares de seus estados no Congresso Nacional, por meio das votações e decisões a serem tomadas no legislativo federal (ABRUCIO, 1994, p. 165-183).

Para outra corrente, a divisão de poder favorece a União devido à centralização do seu poder na definição das políticas sociais, o excessivo poder de legislar, bem como a sofreguidão que muitos estados passam por carecer de recursos financeiros devidos pelos repasses de receitas do governo federal, o que para eles retira a autonomia dos entes subnacionais e da maior uniformidade no governo e nas políticas desses entes (BERCOVICI, 2003, p 230).

Através desse panorama, tem-se que apesar da Constituição sinalizar no sentido do federalismo cooperativo, o federalismo brasileiro tende a ser acirrado entre os entes da federação. Ou seja, não existem canais institucionais de intermediação de interesses e de negociação de conflitos o que sobrecarrega o judiciário em particular o Supremo Tribunal Federal que tem a competência de dirimir tais conflitos.

2.3.2 Participação das vontades jurídicas parciais na formulação da vontade geral da nação

A participação das vontades jurídicas parciais na elaboração da vontade jurídica nacional ocorre através do Senado.

O modelo federal adota o modelo bicameral em que existem representantes de duas câmaras: a Câmara dos Deputados – que representa o povo e cujos membros são eleitos por um sistema eleitoral proporcional – e o Senado Federal – cujos componentes representam os estados-membros e são eleitos pelo sistema majoritário.

O Senado é a participação das vontades jurídicas parciais na formulação da vontade geral da nação. As vontades parciais são o conjunto dos estados-membros autônomos quando todos agrupados renunciam a sua soberania para exercer uma completa autonomia e constituir a União Federal.

Essa participação das vontades jurídicas parciais na elaboração da vontade jurídica nacional é determinada pela Constituição Federal, que distribui as competências e estabelece o que compete a cada um dos entes federados. : aos Estados, aos municípios ou à União (HORTA, 1981, p. 81).

O Senado é composto de acordo com o princípio paritário, obedecendo ao modelo federal. Cada Estado, qualquer que seja sua expressão, tanto populacional como territorial, ou sua maior ou menor pujança econômica-social, terá representação paritária.

2.3.3 Auto-organização dos Estados-membros

A auto-organização traduz-se na possibilidade de existência de Constituições locais dos Estados-membros, o que sugere que eles têm a prerrogativa de conformar em um estatuto político suas próprias pretensões legítimas de unidade estatal autônoma, com características culturais e regionais específicas, sempre observando a consonância com a Constituição Federal. .

Assim, Cada um dos Estados tem a capacidade de autodirigir-se, de auto-administrar-se, de autoconstruir-se, respeitando, logicamente, a Constituição Federal, que é o documento ou diploma político-jurídico que conforma esta forma de Estado (COELHO, 1985, p. 44).

3. O federalismo brasileiro

A Federação no Brasil foi instituída por meio do Decreto nº 1 em 15 de novembro de 1889, que também instituiu a República como forma de governo. A consolidação veio com a primeira Constituição Republicana de 1891, que, em seu art. 1º, estabeleceu os “Estados Unidos do Brasil” formado a partir da “união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias”.

As Constituições posteriores reafirmaram a forma federativa de Estado, apesar do entendimento de alguns autores no sentido de que, nas Constituições de 1937 e de 1967, bem como durante a vigência da Emenda n. 1/69, registrou-se no Brasil somente uma Federação apenas no papel.

A Constituição de 1937, por sua vez, outorgada pelo Presidente da República ao povo brasileiro, fez subsistir, apenas formalmente, a Federação. Na realidade, porém, não se vislumbravam seus característicos. É que, no período de 1937 a 1945, praticamente nenhuma observância se prestava às normas constitucionais. O grau de afastamento das autoridades ao texto constitucional, basta dizer que os Estados federados eram governados por interventores nomeados pelo Presidente da República.

A Constituição promulgada em 1946 tratou de restabelecer a Federação, após amplo debate democrático. Todavia, a partir do movimento político-militar de 1964, verificou-se, novamente, acentuada tendência centralizadora.

Seguiram-se as várias edições de Atos Institucionais que reformulavam a estrutura do Estado Federal para torná-lo cada vez mais unificado, culminando com a edição do AI5, de 13-12-1968, que, juntamente com outros atos posteriores, passaram a conviver com nova Constituição instituída em 1969, cuidando de concentrar poderes na União, mais especificamente, na figura do Chefe do Executivo.

Com a Emenda Constitucional nº. 11, de 1978, foram revogados todos os Atos Institucionais “no que contrariarem a Constituição Federal” (art. 3º da Emenda). Todavia, restaram resquícios de centralização naquele texto constitucional, o que somente foi corrigido na Constituição de 1988, que fez renascer a Federação.

Assim, o federalismo brasileiro está constituído no art.1º da Constituição Federal e propõe a união indissolúvel de Estados que dá lugar a um Estado Democrático de Direito. Esses Estado-membros possuem poderes próprios dispostos pela Constituição Federal para se auto organizarem nas esferas administrativa, legislativa e judiciária, sempre balizadas pelos vetores da Carta Magna.

Como já mencionado, a repartição de competências é considerada um dos elementos essenciais do federalismo. Como não há hierarquia entre os entes federados, e para garantir-lhes autonomia, as Constituições procedem a uma repartição de competências. Essa repartição varia conforme o modelo constitucional de federação.

Nesse sentido, “competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades para realizar suas funções” (SILVA, 2005, p. 479).

A repartição de competências é considerada como um dos elementos essenciais ao federalismo e sua caracterização efetiva. Não havendo

hierarquia entre os entes federativos, e para garantir-lhes a autonomia, as Constituições procedem a uma repartição de competências. Contudo, é certo que há variações na forma de atribuição de competências quando comparados diversos modelos constitucionais de federação (HORTA, 1999, p. 305-306).

E a Constituição Federal de 1988 estabeleceu competências comuns administrativas (materiais) e concorrentes legislativas (formais). Para pontuar a divisão de competências entre os entes da federação foram estabelecidas as técnicas de repartição horizontal e vertical.

Na repartição horizontal, “há uma distribuição estanque (fechada) de competência entre os entes, ou seja, cada ente terá suas competências definidas de forma enumerada e específica, não as dividindo com nenhum outro ente. Essa técnica advém do federalismo dual ou clássico” (FERNANDES, 2010, p. 546) com a enumeração de competências atribuídas à União (arts. 21 e 22) e aos Municípios (art. 30), cabendo aos Estados as remanescentes (art. 25, §1º).

Na repartição vertical, tem-se a atribuição de competências de forma conjunta à União, aos Estados-membros, aos Municípios e ao Distrito Federal (art. 23), como também de maneira concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal (art. 24), e são de dois tipos, a cumulativa, que “é aquela na qual não há limites previamente definidos para a atuação concorrente entre os entes”, e a não-cumulativa que consiste naquela em que “qual existem limites previamente definidos para atuação concorrente” (FERNANDES, 2010, p. 547).

Em relação aos Municípios, a competência é chamada suplementar: consiste em suplementar² a legislação federal e estadual naquilo que couber. Trata-se, na verdade, da possibilidade

² Ainda, pode-se observar a competência administrativa que pode ser exclusiva ou comum. Exclusiva é a competência na qual cada ente federativo tem sua área de atuação própria, excludente da atuação de qualquer outro ente. Comum é competência onde todos os entes detêm, concomitantemente, idêntica competência. A atuação dos entes aqui é concorrente.

do Município especificar a legislação federal e estadual sobre a matéria, desde que haja interesse local e compatibilidade com a legislação federal e estadual. Também há a competência municipal exclusiva, que ocorre quando houver interesse local.

Na predominância de interesse³, com o objetivo de atender suas necessidades locais, os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer competência legislativa suplementar complementar (quando existente norma geral editada pela União - art. 24, § 2º), bem como competência legislativa suplementar supletiva (art. art. 24, § 3º). Essa última será exercida na hipótese de omissão da União em editar a norma geral. Nesse caso, o ente parcial está autorizado a editar, a um só tempo, a norma geral e a suplementar. Daí a denominação doutrinária de competência legislativa plena. Além do mais, há também o princípio da predominância do interesse na delegação de competências previstas no art. 22, parágrafo único, em que, por meio de lei complementar, a União autoriza que os Estados-membros a legislar sobre questões específicas das matérias de sua competência privativa.

O federalismo brasileiro, do ponto de vista jurídico-constitucional é concentrado, porque aos Estados-membros não lhe foi reservado praticamente nenhuma competência material ou legislativa exclusiva. As assembleias legislativas estaduais têm, por isto, uma importância muito reduzida. Por outro, porque no Brasil não ocorre o que sucede nos Estados Unidos e no México, onde todas as emendas constitucionais passam pela peneira dos poderes

³ Cf. entendimento do Autor: “A nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Município (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar.” (SILVA, 2005, p. 479).

legislativos estaduais. A única competência que estas assembleias têm neste âmbito é a possibilidade de iniciar um processo de emenda na Constituição Federal, mas, para isto, necessita-se da manifestação de mais da metade destas assembleias, o que, até hoje, nunca ocorreu.

Com a promulgação da Constituição de 1988, alguns autores indicam que o Brasil contempla o caso de federalismo mais robusto da América Latina (ABRUCIO, 1998).

Do ponto de vista jurídico-constitucional não se trata de considerar o federalismo brasileiro forte ou robusto. Ocorre que o federalismo brasileiro é concentrado, uma vez que aos Estados-membros não lhes é reservado praticamente nenhuma competência material ou legislativa exclusiva.

As Assembleias Legislativas estaduais têm, por isso, uma importância reduzida. Além do mais, no Brasil não ocorre o que sucede nos Estados Unidos e no México, onde todas as emendas constitucionais passam pelo crivo dos Poderes Legislativos estaduais. Aqui, única competência que as Assembleias Legislativas têm nesse âmbito é possibilidade de iniciar um processo de emenda na Constituição Federal, mas, para isto, necessita da manifestação de mais da metade dessas casas legislativas.

Contudo, os Governadores possuem certo protagonismo ao deter força política traduzida pela legitimidade em propor ações de inconstitucionalidade, em sua maioria, contra leis estaduais, o que resulta não em um controle do pacto federativo, mas mero controle de problemas internos, que em grande parte, traduz-se nas divergências entre Poder Executivo e Poder Legislativo (FIORI, 1995, p. 64).

Ainda, a imprecisão dos dispositivos sobre competências concorrentes a longa espera pela votação do conjunto de leis complementares, o caráter imediato e *ad hoc* das soluções encontradas em momentos de crises, a perpétua referência ao “adiado indefinidamente” para a inclusão de uma reforma política na agenda, os obstáculos da tramitação de uma ampla reforma tributária, tudo isso somado ao caráter inconcluso da

institucionalização democrática do país, demonstra o verdadeiro modelo de relações intergovernamentais baseado em paralisias decisórias como a característica mais cara e visível do federalismo brasileiro.

Nesse sentido, o caráter consociativo, ou semelhante ao consociativismo das federações, é um dos componentes fundamentais do quadro brasileiro. A descentralização é um dos componentes fundamentais do quadro brasileiro.

Por fim, a rigidez constitucional, que é o princípio básico que dá sustentação ou inalterabilidade à forma federal do Estado⁴.

Conclusões

1. Antes da formação dos Estados modernos, Aristóteles já referenciava a sociedade política como uma das formas mais elevadas da comunidade, consequência lógica de um desdobramento natural do homem;

2. Juridicamente o Estado moderno, como é conhecido hoje, é uma personificação da comunidade que dá vida a um conjunto simbólico criado por uma ordem jurídica natural;

3. Entrementes, o Estado também é um fato social concreto, uma unidade social da comunidade constituída pela ordem, independentemente do critério jurídico;

4. Em conclusão, o Estado é uma forma de legitimação de poder de uma sociedade politicamente organizada;

5. O federalismo é uma forma de Estado que apresenta as características de descentralização político-administrativa, participação das vontades parciais na vontade geral e capacidade de auto-organização dos Estados-membros, além de ser estruturado sobre uma autonomia baseada em dois elementos: existência de

⁴ Constituição rígida é aquela que não pode ser modificada com a mesma facilidade que uma lei. Uma lei ordinária não exige *quórum* qualificado para sua extinção ou modificação. Já a Constituição só pode ser reformulada respeitando as limitações materiais, procedimentais, circunstanciais e formais impostas ao poder reformador.

órgãos governamentais próprios e posse de competências exclusivas;

6. A forma pelo qual o Estado organiza seu território e sua estrutura política depende também da natureza e da história de cada país. A forma de organização do Estado reflete na divisão de poderes, que é a composição geral do país, a estrutura de poder, sua unidade considerada e as habilidades de distribuição em seu território.

7. O federalismo não deixa de ter sua importância estratégica em toda a sua existência no Brasil, já que a forma estatal elegida pelo país desde a proclamação da República foi a federação, portanto, com mais de um século de existência, embora ainda objeto de ocasionais críticas.

8. a Constituição Federal vigente traça o limite de atuação de cada ente federado na administração e política do país, inclusive no plano legiferante, atentando para que cada um se ocupe das matérias de seu interesse, seja no plano federal, estadual, distrital ou municipal. O federalismo requer esse equilíbrio.

9. A descentralização político-administrativa fixada por uma Constituição é traduzida pela existência de autonomia;

10. O federalismo tem raízes históricas na independência norte-americana, mas por força de sua flexibilidade e plasticidade formal, projetou-se de maneiras diferentes conforme a época, inclusive identificando-se um ideal federativo antes mesmo de seu marco histórico, e hoje apresenta-se sob diversas formas;

11. Essencial ao federalismo brasileiro é a repartição de competências que garante a autonomia dos entes federados em um ambiente sem hierarquização administrativa;

12. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu competências comuns administrativas (materiais) e concorrentes legislativas (formais) e para pontuar a divisão de competências entre os entes da federação foram estabelecidas as técnicas de repartição horizontal e vertical;

Referências Bibliográficas

- ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os barões da federação**. Lua Nova [online]. 1994, n.33, pp.165-183. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451994000200012>. Acesso em 22.jun.2018.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Fórum, 2018.
- ALMEIDA, Fernanda Dias de Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES Júnior, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CAGGIANO. Mônica Henrman S. Federalismo incompleto. *In: Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, n. 2, ano 1, p. 31-44, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Federalismo e descentralização. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 87, p. 23-30, 1985.
- COELHO, João G. Lucas. A constituição brasileira de 1988. Definições e desafios. In: COELHO, João G. Lucas & OLIVEIRA, Antonio Carlos Nantes de (coords.). **A nova constituição. Avaliação do texto e perfil dos constituintes**. Rio de Janeiro, Revan, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, Paulo de. O sistema federalista e a integridade do Brasil. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 85, p. 75-124, 1985.

FIORI, José Luis. Federalismo diante do desafio da globalização. In: AFFONSO, Rui Britto Álvares & SILVA, Pedro Luiz Barros (orgs.). **A Federação em perspectiva: ensaios selecionados**. São Paulo, Fundap, 1995.

HAMILTON, Alexander; MADSON, James, JAY, John. **Os federalistas (1787-1788)**. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993.

HORTA, Raul Machado. Organização constitucional do federalismo. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 87, p. 5-22, 1985.

_____. Reconstrução do federalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 72, p. 13-28, 1981.

_____. **Direito Constitucional**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da federação brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional. v. III: Organização do Estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 7-26.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. São Paulo: Forense, 2003.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU, Charles-Luis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NEME, Eliana Franco. O federalismo como sistema de proteção dos direitos fundamentais. In: **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 55, p. 95-118, dez. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** Positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E IMUNIDADES PARLAMENTARES: Reflexões a pretexto dos 30 anos da Constituição Federal de 1988

Rodrigo Cogo
Sidinea Cândida Faria

Introdução

Do processo Constituinte aos princípios e direitos fundamentais garantidos aos três Poderes que estruturam o Estado brasileiro há três décadas, existe um amplo panorama a ser discutido no âmbito do constitucionalismo, na sua vertente indicativa dos propósitos mais atuais da função da Constituição Federal de 1988.

De 5 de outubro de 1988 ao ano de 2018, a Constituição Federal passou por 106 Emendas Constitucionais e existem centenas delas tramitando no Congresso Nacional, o que demonstra não haver um consenso absoluto em torno do que ela determina, ao contrário, tem sido foco de constante discussão, nesses trinta anos desde sua promulgação. Porém, dentro dos parâmetros fixados no próprio texto constitucional, o que mostra a força normativa desta Constituição.

Aprovada num contexto econômico e social conturbado, a Constituição Federal de 1988 trouxe clara opção pela Democracia quando apresentou um texto em favor da superação das desigualdades sociais e regionais, primando por um dos mais extensos catálogos de direitos e garantias fundamentais do mundo, embora haja posições contrárias e muitas críticas sobre essas intenções e sua efetividade.

O importante é que a partir deste marco histórico se instalou no país uma crença no modelo democrático, fortalecendo as instituições e trazendo a esperança de estar destinada a servir de pilar para o crescimento econômico e social, tanto que foi chamada de Carta Cidadã.

Nesse extenso leque de assuntos, este estudo apresenta o instituto da Imunidade Parlamentar no Brasil com o objetivo de suscitar reflexões sobre as relações que se estabelecem entre as imunidades e a impunidade presente no cenário político do país. Mais especificamente, aborda o instituto das Imunidades Parlamentares atribuídas aos Deputados Federais e aos Senadores da República, esclarecendo seu papel contributivo na independência e na autonomia do Parlamento, bem como ao Estado Democrático de Direito. Nesse aspecto, trata das questões vinculadas à proteção do Poder Legislativo e ao exercício independente do mandato eletivo e representativo desses parlamentares.

O intuito do texto é apresentar a Imunidade Parlamentar como garantia do princípio da separação dos Poderes, bem como seu papel no fortalecimento do Poder Legislativo, em confronto com o abuso desta proteção por parte de parlamentares que usam este benefício para blindar sua atuação política. O problema central que motivou a investigação foi o de apresentar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional, no atual cenário político, e seus reflexos na sociedade, devido ao sentimento de impunidade vinculado à aplicação do instituto das Imunidades Parlamentares em casos concretos.

A questão aqui suscitada abrange, principalmente, se a imunidade parlamentar contemporânea está atingindo seu propósito, que é o de dar independência e soberania ao Poder Legislativo, ou se está a serviço de políticos “corruptos” que a utilizam em seu próprio benefício. Além disso, questiona: quais as razões e fundamentos para a existência da imunidade parlamentar? A moralidade jurídica e o princípio da igualdade sustentariam a tese de que os parlamentares necessitam de imunidade?

Justifica o estudo o fato de que as Imunidades Parlamentares concedidas a senadores e deputados no Brasil são prerrogativas para o exercício da função de representantes do povo. Porém, ultimamente, essa prerrogativa tem sido alvo de discussão e questionamento em diversos níveis da sociedade, principalmente, quando são utilizadas por parlamentares como meio para facilitar a prática de abusos, inclusive no âmbito criminal, seguida por impunidades.

O aprofundamento sobre o tema tem por finalidade o encontro de subsídios teóricos a fim de observar se a Imunidade Parlamentar é um privilégio de alguns sujeitos ou um importante instrumento para a Democracia representativa. Em sentido semelhante, busca-se levantar questões a respeito dos propósitos, razões e fundamentos deste instituto.

A vigência da Imunidade Parlamentar e o princípio da igualdade jurídica, bem como novas decisões dos Tribunais brasileiros foram algumas das razões que incentivaram a pesquisa. Assim, permite-se tratar o problema relacionado à Imunidade Parlamentar de maneira crítica.

A importância de trazer o contexto histórico residiu no fato de poder apresentar uma visão contextualizada de sua criação para, depois, investigar na doutrina atual a evolução do instituto até os dias atuais, quando se observaram as razões para os questionamentos sobre a necessidade ou não do instituto, demonstradas, por exemplo, na atual posição do Supremo Tribunal Federal.

O estudo fincou seu fundamento teórico em autores da doutrina brasileira que tratam do tema, tais como, Silva (2013), Moraes (2015), Sarlet (2016), Bulos (2015), Tavares (2012), Barroso (2014), entre outros. A temática também precisou receber a contribuição do fundamento jurídico da Constituição Federal de 1988.

De forma resumida, os procedimentos metodológicos utilizados para desenvolver o assunto foram a busca de dados de natureza qualitativa, uma vez que foi necessário trabalhar com pesquisa bibliográfica, análise de jurisprudências e legislação. Nesse sentido, a pesquisa qualitativa, devido à sua característica crítica, focaliza o raciocínio teórico e os procedimentos de seleção, coleta e análise dos

dados, ressaltando a consistência lógica entre argumentos, procedimentos e linguagens (GAMBOA, 1997). O primeiro esforço foi o de resgatar a produção na área do conhecimento, de dados existentes, de estudos realizados e de documentos produzidos.

Para isso, foi feita análise da categorização da produção científica que trata do tema, por meio de levantamentos para analisar a presença do instituto na legislação pertinente no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, investigou-se em publicações feitas nos meios de comunicação eletrônicos que trataram do tema nos últimos anos, para determinar a discussão atual sobre o assunto e servir de subsídio para a análise dessa prerrogativa e concluir se esse instituto ainda continua servindo ao mesmo objetivo para o qual foi criado.

Este texto se apresenta em três partes: primeiro, investigou-se a origem histórica do Constitucionalismo; na segunda parte foram apresentados os fundamentos constitucionais e sua contribuição para o Estado Democrático de Direito; na terceira parte verificou-se a definição das Imunidades Parlamentares, suas prerrogativas e o Foro privilegiado. Por fim, foram apresentadas algumas reflexões sobre o assunto, bem como a mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal.

É nesta perspectiva que o estudo se propôs a investigar a especificidade e o entendimento sobre o instituto, assunto de grande amplitude que inspira enorme desafio para seus estudiosos, no afã de que possa ser esclarecida a distorção do uso dessa prerrogativa por parte de alguns políticos que a utilizam para se livrar de crimes, caracterizando incompatibilidade com relação aos princípios do Estado Democrático de Direito.

1. Breves considerações sobre Constitucionalismo

O constitucionalismo é definido, tradicionalmente, como o movimento que buscava a organização do Estado e a limitação do poder estatal, pela previsão de direitos e garantias fundamentais, previstos em documentos escritos.

O termo constitucionalismo apresentou diversas acepções ao longo do tempo. Tavares (2010, p. 23) afirma que se podem identificar pelo menos quatro sentidos: O primeiro faz referência ao “[...] movimento político-social com origens históricas com pretensão de limitar o poder arbitrário”. O segundo identifica-se com a imposição de uma constituição escrita. Numa terceira acepção, “[...] para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades”. Por fim, “Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado”.

Alerta Tavares (2010, p. 23) que não há um único constitucionalismo, por isso mesmo, prefere tratar como movimentos constitucionais, contemplando, assim, a existência desse movimento em lugares distintos.

Para Bulos (2012, p. 95) a noção de constitucionalismo pode ser ampla ou restrita. Em sentido amplo, é “[...] fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado”. Da mesma forma, em sentido restrito, é “[...] a técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais”.

Resumindo, Tavares (2010, p. 25) apresenta o constitucionalismo em dois aspectos, no jurídico que “[...] revela-se pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes, a Constituição”. O aspecto sociológico está na movimentação social “[...] que confere a base de sustentação dessa limitação do poder, impedindo que os governantes passem a fazer valer seus próprios interesses e regras na condução do Estado”.

De toda forma, os objetivos desse movimento se concentram em limitar o arbítrio e o abuso de poder para preservar os direitos e as garantias fundamentais das pessoas, além de afirmar as constituições como instrumento de organização do Estado.

Não desprezando todo o retrospecto histórico que classifica o constitucionalismo, conforme sua evolução em: antigo, medieval, moderno e contemporâneo, apresentar-se-á aqui, de forma breve, apenas o que trata a fase contemporânea pela própria ligeireza que necessita este estudo.

O traço comum nessa evolução histórica continua sendo a limitação do Estado pelo Direito, limitações constitucionais, “[...] opõe-se, desde sua origem, ao governo arbitrário. Mas o conteúdo comum preciso dessa limitação é algo que vem desenvolvendo gradativa (mas significativa) caminhada [...]” (TAVARES, 2010, p. 37). Nesse ponto, o autor comenta que a evolução do constitucionalismo pressupõe a garantia de vários direitos fundamentais que vão surgindo ao longo da história.

O constitucionalismo contemporâneo, também chamado de neoconstitucionalismo, equivale ao momento que se vive hoje. Como traços gerais desta acepção, Bulos (2012, p. 101) apresenta: “[...] o reconhecimento da face principiológica do Direito; (...) a existência de documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos; o aparecimento de discussões sobre: biotecnologia, biótica, inseminações, clonagem, criogenia, alimentos transgênicos [...]”, entre outros temas. Além disso, surgem as discussões sobre a necessidade de uma sociedade mais justa e igualitária, que cobra as garantias para proteção dos direitos das minorias, observando, ainda, os limites das liberdades individuais e a intervenção do Estado na economia.

Essas mudanças sociais exigem maiores garantias para os novos direitos fazendo surgir a constitucionalização do direito para atender temas que ainda não estão explícitos no texto constitucional, mas que de forma ampla a Constituição garante, pois que é direito fundamental do Homem que tem sido impulsionado por um constitucionalismo globalizado.

2. Estado Democrático de Direito e Constituição

A evolução do constitucionalismo espalha pelo mundo a ideia de se ter uma Constituição, principalmente, a partir do século XIX.

Carl Schmitt apresenta o conceito de Constituição ligado à ideologia político-liberal, que considerava essencial garantir as liberdades, com participação política, além da necessidade da divisão de poderes e como documento escrito (TAVARES, 2010), o que pressupunha o Estado Democrático de Direito.

No sentido de analisar o pressuposto ou a hipótese de que nos últimos anos houve ampliação do processo de democratização do Estado, buscou-se o debate que vem tratando de democratização no país e no mundo, fundamentado nos pensadores que contribuíram para a compreensão dessa categoria, essencial para mostrar a evolução político-constitucional no país.

Bobbio (2007) explica que não existe uma ciência política que tenha conseguido determinar um significado unívoco para termos que são habitualmente utilizados na linguagem comum e, por isso, sofrem variações de sentido. Palavras que são técnicas desde sua origem são utilizadas em várias áreas do conhecimento e em vários períodos históricos.

Para tratar do tema, retoma-se o conceito grego de democracia. A palavra democracia surgiu como definição para o processo de tomada de decisão que constituía a organização da *polis* no mundo ateniense, onde os cidadãos tornaram um espaço público (uma praça) num lugar de reuniões e de discussões políticas que resultavam em deliberações públicas por meio do voto (ROSENFELD, 2008).

Essa forma de articulação política ocorria por meio da inserção do indivíduo que fosse membro da cidade e que tivesse a condição de 'cidadão', reconhecido e qualificado como homem livre e detentor de qualidades exigidas para que pudesse participar das decisões políticas que diziam respeito ao conjunto da coletividade. Por essa forma de participação na administração da cidade, Rosenfield (2008, p. 11) afirma que “[...] os cidadãos estabelecem uma forma de governo através de ações políticas orientadas por valores postos à prova como pertencentes a todos”; portanto, caracterizando um governo articulado pela decisão e voto direto dos

cidadãos e democracia definida como participação direta na administração.

O autor observa que o *público*, na democracia ateniense, diz respeito ao “[...] conjunto da comunidade e, em consequência, não é apropriado por especialistas das leis e da política que, situados acima de nós, se pretendem representantes do ‘bem comum’” (ROSENFELD, 2008, p. 11). Logo, o conceito de política refere-se ao que é coletivo, portanto, comum a todos:

Não se trata apenas de uma preocupação estritamente individual, mas diz respeito ao valor e perenidade da coletividade. A comunidade política que é legada às próximas gerações provém da responsabilidade que cada um assume, hoje, em relação aos assuntos coletivos (2008, p. 11).

Bobbio (2005, p. 7) acrescenta que democracia pode ser entendida como uma, dentre outras, “[...] formas de governo, em particular aquela em que o governo não está nas mãos de um só, ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia”, ao tratar da liberdade política dos antigos e do Estado liberal. Esse sistema de governo democrático só foi possível nas sociedades de pequenas dimensões, mas exercer diretamente o poder foi se tornando impossível na medida em que a sociedade se organizava em grandes comunidades conformando-se ao que hoje se chama de Estado.

Com o advento do Estado moderno, afirma Rosenfield (2008, p. 14), o conceito de democracia sofre um deslocamento: “A transferência do processo democrático público de tomada de decisões, que dava forma à comunidade, (...) acarretou uma reorganização política das relações humanas, resultando numa transformação do próprio conceito de governo da maioria”. Explica que o significado da palavra Estado excede simplesmente à forma de governo “O Estado moderno configura historicamente um

fenômeno político desconhecido que termina por fazer da democracia uma forma de legitimação do seu próprio poder”.

Nessa direção, Tavares (2010, p. 1039) afirma que surge “[...] o Estado como entidade centralizadora do poder. Não se pode ignorar que esse Estado afastou-se da sociedade, para agir com total independência e autonomia, embora exista em função dela e a ela deva servir”.

Afirma que a participação política do cidadão deve nortear a atividade estatal e política, “[...] conferindo-lhe legitimidade. Mais que isso, o direito de participação impõe a necessidade de reconhecimento do poder individual de atuar sobre o poder deferido ao Estado (...) importa a participação nesse ponto, na tomada de decisão” (TAVARES, 2010, p. 1041).

Ao afirmar que esse é um debate antigo, Bobbio (2007, p. 324) enfatiza a importância de se fazer referência à tradição, pois quando se trata do conceito de democracia, mesmo que seja “[...] da democracia moderna, dos ideais do próprio Rousseau, busca-se a origem desde o pensamento grego” para explicar seu processo de desenvolvimento.

Coutinho (2003) afirma que é mais adequado usar o termo democratização em vez de democracia, pois o que tem mais importância atualmente não são as “formas concretas” que a democracia adquire num determinado período histórico, mas o processo que vai modificando essas formas, renovando, estabelecendo um processo de democratização mesmo e que se expressa numa crescente socialização que permite maior participação política do cidadão na vida pública.

Apresenta, ainda, uma contradição nesse processo que implica maior socialização da política, pois essa crescente democratização se choca com a apropriação privada do poder. Para Coutinho (2003, p. 17), o fato de haver um número cada vez maior de pessoas participando politicamente, organizadamente, “constituindo-se como sujeitos coletivos chocam-se com a permanência de um Estado apropriado restritamente por um pequeno grupo, por membros da

classe economicamente dominante ou por uma restrita burocracia” que, via de regra, está a seu serviço.

Para Rosenfield (2008, p. 16), o mundo moderno criou o termo Estado para definir uma entidade política que tanto pode denotar “[...] o processo de organização da sociedade por ela mesma em um governo autônomo (o governo somos nós) quanto pode designar o aparelho que governa a sociedade desde uma posição que lhe é exterior”.

Mas, definitivamente, há que se distinguir a instituição moderna chamada sociedade democrática da forma de governo clássica, uma vez que nesta sociedade moderna, regida pela autonomização do indivíduo, o Estado se coloca acima dos indivíduos, regulando-lhes a vida privada e pública, criando uma sociedade regida principalmente pela economia de mercado. A democracia que nasce nesse contexto de sociedade de mercado “[...] vem junto com os problemas do Estado moderno e, particularmente, da sua faceta liberal, são nossos problemas nas suas limitações e nas suas conquistas” (ROSENFELD, 2008, p. 33).

Bobbio (2005, p. 22) conceitua o Estado liberal na sua acepção mais comum como sendo um Estado que tem poderes e funções limitadas e que, assim, contrapõe-se tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado social. Nesse aspecto, deve ser entendido como um Estado de direito em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam. Os mecanismos constitucionais que caracterizam que o “[...] Estado de direito tem o objetivo de defender o indivíduo dos abusos do poder. (...) o processo de formação do Estado liberal pode ser identificado com o progressivo alargamento da esfera da liberdade do indivíduo, diante dos poderes públicos”.

De acordo com Rosenfield (2008, p. 40), num sentido mais amplo de democracia, é possível pensar num espaço pluridimensional produtor de novos direitos e liberdades, de tal modo que a liberdade política permita a participação de todos nos assuntos públicos. Nesse sentido, democracia se conceitua ou se “[...]”

caracteriza pela dupla determinação de ser governo da maioria e governo das leis”, ou seja, a soberania das leis, fundada na pluralidade das opiniões do povo e que respondem aos anseios da maioria.

O mesmo autor defende que a democracia, que exige maior participação e consciência dos assuntos públicos, “[...] baseia-se num imaginário formado na possibilidade histórica de uma nova comunidade política, aberta à pluralidade dos discursos e ações políticas fazendo com que cada indivíduo possa igualmente participar da condução dos negócios públicos” (ROSENFELD, 2008, p. 50). Ideia que não é moderna, mas atravessa os séculos desde o pensamento político grego mantendo o mesmo pensamento.

Não obstante toda a discussão que se trava em torno do conceito de democracia, Bobbio (2005, p. 31-32) afirma que democracia como forma de governo, é ideia antiga, mas que o significado descritivo da palavra não se alterou. “O que se considera que foi alterado na passagem da democracia dos antigos à democracia dos modernos (...) não é o titular do poder político, que é sempre o ‘povo’ (...), mas o modo (mais ou menos amplo) de exercer esse direito [...]”. Claro que num grande Estado na forma como as sociedades atuais se apresentam só é possível a democracia representativa, numa forma de governo em que o povo não toma ele mesmo as decisões, mas elege seus representantes que devem por ele decidir.

Aproximando os ideais liberais e democracia, Bobbio (2005, p. 44) explica que desde o início os direitos de liberdade foram condição necessária para se aplicar as regras da democracia, afirmando que esta se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade. Tanto é verdade que “Hoje, apenas os Estados nascidos das revoluções liberais são democráticos e apenas os Estados democráticos protegem os direitos do homem: todos os Estados autoritários do mundo são ao mesmo tempo antiliberais e antidemocráticos”.

Tanto que, nos regimes representativos nos Estados liberais, a democracia se desenvolveu em duas direções: a) primeira, “o

alargamento gradual do direito do voto” (BOBBIO, 2007, p. 324), inicialmente restrito, até chegar ao sufrágio universal; b) segunda, “a multiplicação dos órgãos representativos” (BOBBIO, 2007, p. 324), antes limitados a uns poucos, hoje se estende a vários órgãos e assembleias em todas as instâncias de governo.

Assim, ao longo do desenvolvimento da história política, “[...] o processo de democratização consiste no cumprimento cada vez mais pleno do princípio-limite da soberania popular entendido na estrutura do Estado liberal” (BOBBIO, 2007, p. 324), tendo ainda hoje o sentido tradicional de doutrina da soberania popular, mas usando o termo democracia num sentido mais amplo de participação popular.

A democracia assumiu uma posição central no campo do debate político durante todo o século XX. Para responder aos novos desafios postos pela evolução de toda a conjuntura atual, Coutinho (2008, p. 50) afirma que uma das características mais marcantes da modernidade consiste na expansão de uma nova concepção de democracia, que surge fundamentada na articulação entre cidadania e democracia. Para esse autor: “Desde Rousseau (...) a democracia é concebida como a construção coletiva do espaço público, como a plena participação consciente de todos na gestação e no controle da esfera política”.

É nesse contexto do Estado Democrático de Direito que surgem as Constituições brasileiras, e a de 1988, é uma das mais modernas do mundo quando se trata de direitos e garantias fundamentais.

Sem se pretenda aqui apresentar mais detalhes da evolução constitucionalista em geral, bem como das várias constituições brasileiras, é necessário lembrar que “[...] pressupondo sua legitimidade democrática, a Constituição resulta de um consenso cristalizado num documento contendo princípios e regras sobre a estrutura, organização e exercício do poder” (SARLET, 2016, p. 87). A limitação jurídica do poder se dá mediante separação ou divisão de poderes e por meio da garantia de direitos fundamentais.

Nesse contexto, é preciso ter em conta que é por meio das constituições que “[...] as sociedades politicamente organizadas

alcançam determinada identidade que, por sua vez, é assegurada enquanto a constituição estiver em vigor e na medida em que forem respeitados os seus limites materiais” (SARLET, 2016, p. 89). Assim se chega à promulgação da Constituição Federal de 1988 no Brasil.

3. Estado Democrático de Direito e Imunidades Parlamentares

Como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal, visando a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e das Instituições que os compõem, de forma explícita quando afirma: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Não há neste texto espaço para trazer a evolução histórica das teorias sobre a organização dos Poderes, bastando lembrar que o poder político é uno, mas desempenha suas funções por meio de três órgãos diferentes. No Brasil, não há separação absoluta das funções legislativa, executiva e judiciária; é, portanto, um princípio relativamente aberto, mas com indelegabilidade de atribuições e regido pelo sistema de freios e contrapesos (BULOS, 2012).

O fundamento das Imunidades Parlamentares está na independência dos Poderes, sendo um de seus mecanismos essenciais. Mas também os membros do Poder Judiciário têm garantias específicas, quais sejam a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, bem como o chefe do Poder Executivo, em face de quem não é possível instaurar ação por crime de responsabilidade ou crime comum sem a observância de um procedimento próprio e complexo (BULOS, 2012).

A criação das Imunidades Parlamentares como corolário da defesa e da livre independência do Parlamento surgiu na Inglaterra, no século XVII e foi o direito europeu que consolidou sua origem histórica. Modernamente, quase todas as constituições preveem as garantias de livre exercício do Poder Legislativo (MORAES, 2016).

No Brasil, o direito ao Foro Privilegiado e as imunidades começou ainda na época do Império, a Constituição de 1824, no art. 99, estabelecia privilégio absoluto para o Imperador, que não estava sujeito à responsabilidade alguma, bem como sua família. Isso se estendia aos senadores e deputados, durante o período da legislatura. Todas as demais Constituições previram essas clássicas prerrogativas, mesmo em épocas de ditadura (MORAES, 2016).

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu as imunidades destinadas aos congressistas, no exercício da função parlamentar, como garantia de sua independência perante outros Poderes constitucionais. Assim, garante o Art. 53: Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (Redação da EC 35/2001).

Para José Afonso da Silva (2013), a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a inviolabilidade e a imunidade para os parlamentares, assim como manteve o privilégio de foro e a isenção do serviço militar, além de acrescentar a limitação ao dever de testemunhar. Por inviolabilidade ou imunidade material deve-se entender que deputados e senadores são invioláveis civil e criminalmente por opiniões, palavras e votos; exclui o crime, portanto, a incidência da norma penal. Afirma Silva (2013, p. 533):

A imunidade (propriamente dita), ao contrário da inviolabilidade, não exclui o crime, antes o pressupõe, mas impede o processo. Trata-se de prerrogativa processual. É esta a verdadeira imunidade, dita formal, para diferenciar da material. Ela envolve a disciplina da prisão e do processo de congressistas

Por Imunidade Parlamentar na Constituição Federal de 1988, Moraes (2016, p. 464) entende ser:

[...] a proteção dos parlamentares, no exercício de suas funções, contra os abusos e demais pressões dos demais poderes, constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários.

Observe-se que a imunidade material prevista no art. 53, *caput*, da Constituição Federal de 1988 não é absoluta, pois somente se verifica nos casos em que a conduta possa ter alguma relação com o exercício do mandato parlamentar. Desta forma, é preciso distinguir as situações em que as ofensas foram proferidas, se dentro ou fora do Parlamento, além de averiguar se há conexão ao exercício do mandato:

[...] Somente nessas últimas ofensas irrogadas fora do Parlamento é de se perquirir da chamada "conexão com o exercício do mandato ou com a condição parlamentar" (Inq 390 e Inq 1.710). Para os pronunciamentos feitos no interior das casas legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. (...) No caso, o discurso se deu no plenário da Assembleia Legislativa, estando, portanto, abarcado pela inviolabilidade. (Inq 1.958, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, j. 29-10-2003, P, DJ de 18-2-2005. Inq 2.295, rel. p/ o ac. min. Menezes Direito, j. 23-10-2008, P, DJE de 5-6-2009).

Para o Ministro Celso de Mello, A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, *caput*) – que representa um instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo – somente protege o membro do Congresso Nacional, qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) em que este exerça a liberdade de opinião (ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa), nas hipóteses específicas em que as suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática *in officio*) ou tenham sido proferidas em razão dela (prática *propter officium*), eis que a superveniente promulgação da EC 35/2001 não ampliou, em sede penal, a abrangência tutelar da cláusula da inviolabilidade. No mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux:

[...] a prerrogativa indisponível da imunidade material – que constitui garantia inerente ao desempenho da função parlamentar (não traduzindo, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal) – não se estende a palavras, nem a manifestações do congressista, que se

revelam estranhas ao exercício, por ele, do mandato legislativo. A cláusula constitucional da inviolabilidade (CF, art. 53, *caput*), para legitimamente proteger o parlamentar, supõe a existência do necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício congressional, de outro. Doutrina. Precedentes. (Inq 1.024 QO, rel. min. Celso de Mello, j. 21-11-2002, P, DJ de 4-3-2005. Inq 2.915, rel. min. Luiz Fux, j. 9-5-2013, P, DJE de 31-5-2013)

A Emenda Constitucional n. 35 de 2001 deu nova redação ao art. 53 da Constituição Federal de 1988. Assim, os deputados e senadores já não gozam de imunidade processual, mas, apenas, de imunidade material, por suas opiniões, palavras e votos, proferidos, obviamente, no exercício do mandato ou em razão dele. Por crimes de outra natureza, respondem os parlamentares, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), agora sem necessidade de prévia licença da respectiva Casa Legislativa, como exigia o § 1º do art. 53 da CF, em sua redação originária (Inq 1.710, rel. min. Sydney Sanches, j. 27-2-2002, P, DJ de 28-6-2002).

Pela condição de representantes do povo e dos Estados, os membros do Congresso Nacional atraem a competência jurisdicional do STF. O foro especial possui natureza *intuitu functionae*, ligando-se ao cargo de senador ou de deputado e não à pessoa do parlamentar, não é uma prerrogativa da pessoa, mas em razão do cargo que ela ocupa. Assim,

Não se cuida de prerrogativa *intuitu personae*, vinculando-se ao cargo, ainda que ocupado interinamente, razão pela qual se admite a sua perda ante o retorno do titular ao exercício daquele. A diplomação do suplente não lhe estende automaticamente o regime político-jurídico dos congressistas, por constituir mera formalidade anterior e essencial a possibilitar a posse interina ou definitiva no cargo na hipótese de licença do titular ou vacância permanente. (Inq 2.453 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-5-2007, P, DJ de 29-6-2007. Inq 2.421 AgR, rel. min. Menezes Direito, j. 14-2-2008, P, DJE de 4-4-2008)

Afirma o § 1º do art. 53 da CF-88: Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Ainda sobre a determinação de Foro especial e imunidades, o § 2º do mesmo artigo afirma:

§ 2º **Desde a expedição do diploma**, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (grifo nosso)

A Emenda Constitucional n. 35 de 2001 trouxe inovação substancial para a responsabilização penal de parlamentares, pois restringiu a imunidade formal em relação ao processo. A partir desta Emenda, a imunidade refere-se à possibilidade da Casa Legislativa respectiva sustar o andamento da ação penal proposta contra parlamentar. O termo inicial para a incidência da imunidade formal está diretamente relacionado com a diplomação do parlamentar, pois é a nomeação que confere o mandato ao agente público. Não cabendo neste texto toda a explicação sobre as fases procedimentais para sustação do processo, bem como para suspensão da prescrição do mesmo (MORAES, 2016).

Conforme apresentado, quando se trata de crime comum praticado pelo parlamentar na vigência de seu mandato, seja ou não relacionado ao exercício de suas funções, a competência para tratar do caso era do Supremo Tribunal Federal, pela chamada regra da atualidade do mandato. Assim era até o mês de maio de 2018 quando este Tribunal decidiu pela mudança de Foro Privilegiado, o que será visto adiante. Ressalte-se, ainda, que pelas mesmas regras do art. 53, deputados e senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, por se tratar de uma escolha discricionária.

As Constituições que sucederam a primeira da República foram elevando o número de pessoas com direito à prerrogativa de foro. Na Constituição Federal de 1988 houve ampliação máxima do

sistema de atribuição de Foro privilegiado, superou todas incluindo um extenso rol de autoridades. As Constituições de vários estados foram além, estendendo o benefício a outras tantas. Disto resultou, segundo levantamento do Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal, nada menos do que 38,4 mil autoridades que não se submetem a um juiz de primeira instância, mas sim a um Tribunal. Entre elas, por exemplo, 5.570 prefeitos, 10.687 membros de ministério público estadual e 14.882 juizes de primeiro grau (FREITAS, 2018, s/p). Na Ementa do julgamento da Ação Penal n. 937 pelo Ministro Luís R. Barroso ele apresenta a extensão do foro privilegiado no texto constitucional:

Estima-se que 37 mil autoridades detenham a prerrogativa no país. Apenas perante o STF são processados e julgados mais de 800 agentes políticos: o Presidente da República, o Vice-Presidente, 513 Deputados Federais, 81 Senadores, os atuais 31 Ministros de Estado. A competência do STF alcança, ainda, 3 Comandantes militares, 90 Ministros de tribunais superiores, 9 membros do Tribunal de Contas da União e 138 chefes de missão diplomática de caráter permanente. Já o STJ é responsável por julgar mais de 2,7 mil autoridades, incluindo governadores, conselheiros dos tribunais de contas estaduais e municipais e membros dos TJs, TRFs, TRTs e TREs. Há, por fim, mais de 30 mil detentores de foro por prerrogativa nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça (EMENTA AÇÃO 937, p.22).

Compreensível é o motivo que levou o Ministro Luís Roberto Barroso a propor a restrição do Foro por prerrogativa de função, ao menos diretamente aos parlamentares do Congresso Nacional, restringindo aos crimes cometidos durante e em razão do mandato.

4. Outras Constatações: Foro privilegiado e imunidade parlamentar aumentam a impunidade?

Para a análise do questionamento supra, deve-se ter em conta que a sociedade brasileira começa a prestar atenção aos privilégios de que dispõem os representantes do povo e do Estado.

Observada a finalidade para a qual foi estabelecida a Imunidade Parlamentar, bem como o Foro especial, que teve tão somente a intenção de garantir a independência do Poder Legislativo, é possível confrontar essa ideia com o comportamento muitas vezes inadequado de parlamentares que nem sempre estão bem intencionados.

O fato é que, assim sendo, o dispositivo vem servindo para retardar a tramitação de processos e, conseqüentemente, a aplicação das devidas penalidades e o cumprimento das sentenças. Além disso, as Imunidades Parlamentares permitem protelar ações e processos que tramitem contra os parlamentares enquanto estes exercem o mandato. Como é muito comum no país que os agentes políticos exerçam mandatos consecutivos, pois que se elegem e reelegem por anos a fio, passam a imagem de que os Tribunais são morosos e daí a sensação de impunidade de quem deveria responder à justiça.

De modo que o conjunto de garantias atribuídas aos parlamentares permite a protelação de qualquer punição pelos ilícitos (civil e penal) que possam ter cometido. É por isso que não raro pode-se deparar com candidatos que lutam por novo mandato como forma de arrastar processos por anos e anos.

Atualmente, a crise política que arrasa as Instituições nos três Poderes da União e diante da corrupção de agentes políticos apresentada pela maior investigação já vista no país, a operação Lava Jato, é de se questionar acerca da Imunidade Parlamentar: é necessária ou é um privilégio pessoal? Qual a razão de manter esse instituto diante de tudo que vem sendo exposto sobre privilégios de políticos? Da forma como está estabelecida ela gera impunidade?

As Imunidades Parlamentares são medidas que determinam ao Poder Judiciário que peça autorização ao Congresso Nacional para processar parlamentares enquanto durar o exercício de seu mandato, tanto civil quanto criminalmente. Essa medida visa a garantir a liberdade de expressão do Poder Legislativo, pois sem essa imunidade a cada discurso que desagradasse à oposição ao

governo, o parlamentar sofreria represálias. Mas se é imprescindível, por que vem sendo recriminada sistematicamente?

A resposta para os questionamentos estaria no valor ético e moral que os parlamentares deveriam manter diante da tradição constitucionalista de proteger a função legiferante do Congresso Nacional. Mais ainda, diante do povo que deposita em seus representantes a confiança do voto para que legislem em seu nome, na Democracia representativa que é o Estado brasileiro.

Criada na Inglaterra, no século XVII, as Imunidades parlamentares são consagradas em todos os países democráticos do mundo. Mas no Brasil, sua existência passou a ser questionada a partir do momento em que os parlamentares usaram o instituto como forma de blindagem para encobrir atos criminosos de todos os feitios.

Em artigo escrito lá em 2010, Luiz Antônio Fleury Filho (2010, s/p) já observava o excesso na extensão do foro privilegiado e o que isso poderia representar para o país. Assim afirmou o político:

A prerrogativa de ser processado e julgado por um tribunal e não por um juiz de primeira instância, como qualquer cidadão, surgiu na Constituição Imperial de 1824. Naquela época, eram apenas 5 os que, em razão da função que desempenhavam, ostentavam tal privilégio. **Nas várias constituições que se sucederam, tivemos o aumento do número de ocupantes de cargos públicos que passaram a usufruir do foro especial, até chegarmos ao exagero dos dias de hoje.** A simples análise da Constituição Federal nos mostra que houve excessos na extensão do foro especial, que realmente se transformou em foro privilegiado. **(grifo nosso)**

Fleury Filho (2010, s/p) observou, ainda que:

Na esfera parlamentar, só se justifica a imunidade que exclua a prática de crimes de opinião, aqueles praticados por meio de palavras, votos e opiniões, na forma prevista no art. 53 da Constituição. Assegura-se a liberdade de crítica e de expressão, o exercício da oposição e do contraditório. A outra imunidade existente, que diz respeito ao

juízo de crimes comuns pelo Supremo Tribunal Federal, é inaceitável.

O contraponto da ideia de imunidade surge na sociedade como crítica à atuação de agentes políticos que estão envolvidos em operações investigativas do Poder Judiciário. Para Fleury Filho (2010, s/p), “Feita a mudança proposta, não haverá mais candidatos a cargos eletivos buscando a proteção das imunidades hoje existentes. Desaparecerão os processos secretos. O princípio da igualdade dos cidadãos será reforçado. E a impunidade diminuirá”.

Mas a mudança só começou agora, em 2018, exatos trinta anos após a Constituição Cidadã. Trata-se simplesmente de aplicar a interpretação histórico-evolutiva. Em suma, a questão é complexa, suscitará dúvidas na aplicação, mas teve o importante mérito de mostrar a disposição do STF em acabar com a impunidade reinante. Foi feita com olhos na realidade, na prática, nos resultados e não em teses jurídicas que levam ao absurdo (FREITAS, 2018, s/p).

Não é de hoje que se observa a dicotomia imunidade/impunidade:

[...] se a sociedade exige garantia da liberdade para as ações dos seus representantes junto ao Poder Legislativo, entende-se que a resposta a ser dada é a de que imunidade e impunidade devem estar em polos opostos, tanto nas ações pessoais quanto no contexto constitucional. Talvez, assim, recupere-se, pelos menos, um pouco, a credibilidade popular (BRITO, 2007, p. 252).

A sociedade há muito está mais atenta e agora cobra o bom desempenho dos membros do Ministério Público, da Magistratura e, por isso mesmo, também esses agentes gozam das Imunidades constitucionais para que exerçam suas funções sem receio, sem medo de cumprir seus deveres porque trabalham protegidos pelas garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito. Sobre o livre exercício da função do mandato eletivo, Eduardo O. Ferreira (2010, s/p) escreveu:

Não é demais dizer ainda que a atuação acintosa de parlamentar a serviço de organização criminosa da qual faz parte afronta, com toda a certeza, o decoro parlamentar, cuja quebra pode levar à perda do mandato. Assim sendo, se a quebra do decoro desvirtua o mandato a ponto de autorizar sua cassação, certamente tem o condão de permitir a suspensão da garantia que protege o mandato.

Afirma o mesmo autor que, se bem aproveitadas e bem regidas, as Imunidades resultam na constatação de uma democracia saudável e operante; na verificação de uma república forte e não no desvirtuamento do mandato parlamentar (FERREIRA, 2010, s/p).

Os próprios Ministros do STF se manifestaram com relação ao tema. Durante sessão extraordinária do colegiado, a Ministra Carmem Lúcia afirmou: “Criminosos não passarão. Não passarão sobre os juízes, e há juízes do Brasil. Não passarão sobre as novas esperanças do povo brasileiro. Não se confunde imunidade (parlamentar) com impunidade.” No mesmo pronunciamento, a Ministra completou: “Houve um momento em que maioria de brasileiros acreditou num mote em que a esperança tinha vencido o medo. No mensalão descobrimos que o cinismo tinha vencido a esperança. Agora parece que o escárnio venceu o cinismo”.

De sua parte, o Ministro Luiz Fux disse que prerrogativas como a impossibilidade de prender um parlamentar, a não ser em flagrante, não podem se transformar em “regras de impunidade”. Nas suas palavras à imprensa: “Eu verifico o seguinte, apenas abstratamente: todas as regras que criam prerrogativas são regras de imunidade, mas não podem ser regras de impunidade”.

Na mesma linha de pensamento, para Luís Roberto Barroso a interpretação constitucionalmente adequada do foro por prerrogativa de função é aquela que o restringe aos atos praticados no cargo e em razão do cargo. “*E isto não apenas é compatível com a Constituição, mas acho que é o que decorre da Constituição à vista da realidade fática que reveste o julgamento destas ações.*” Completa o Ministro: “*Sempre que é possível interpretar a Constituição de modo a atender os anseios da sociedade, se isso for*

compatível, e, sobretudo, se esta for a interpretação mais adequada da Constituição Federal, não há porque hesitar em escolher este caminho.”

Considerações Finais

Ao completar 30 anos, a Constituição Federal de 1988 terá sofrido inúmeras emendas, mas o destaque ficará com a nova interpretação dada ao art. 53 pelo STF. Este artigo garante o instituto das Imunidades Parlamentares que englobam tanto a liberdade de expressão como a inviolabilidade civil e penal, já reestruturado pela EC n. 35 de 2001. Tais Imunidades, irrenunciáveis, são prerrogativas próprias do cargo e não da pessoa do parlamentar que o exerce. Essas Imunidades decorrem do princípio da Democracia representativa para o livre desenvolvimento do mandato político no Estado Democrático de Direito.

A pergunta é se esse Instituto está atingindo seu propósito, que é o de dar independência e soberania ao Poder Legislativo ou se está a serviço de políticos “corruptos” que a utilizam em seu próprio benefício. Além disso, quais as razões e fundamentos para a existência da imunidade parlamentar? Como resposta, aponta-se que da forma como está posta no texto constitucional tem o objetivo de garantir o desempenho da função do Poder Legislativo, estabelecendo sua independência. Nas palavras de Joaquim Barbosa (2004) o escopo precípua do instituto “[...] é assegurar aos representantes do povo a possibilidade de poderem exprimir a vontade, os anseios de seus representados, sem sofrer qualquer tipo de empecilho, retaliação, de interferência externa, desempenhando seus mandatos de forma livre” (RE 413327/BA-BAHIA, 2004).

Sendo assim, a moralidade jurídica e o princípio da igualdade sustentariam a tese de que os parlamentares necessitam de imunidade? Em restando comprovada a tese de que as Imunidades não ferem o princípio da isonomia, resta apelar para a moralidade e a ética na política. Para Joaquim Barbosa (2004), o comportamento dos parlamentares, apesar de não responder civil e/ou criminalmente por seus atos, “estão limitados pelo decoro

parlamentar”, podendo sofrer punições emanadas da própria Casa Legislativa que representa. “Servem de fonte basilar à própria instituição que representam, expurgando eventuais abusos, desrespeitos, impunidades, ou seja, que tais prerrogativas não se transformem em instrumentos de privilégios ou de defesa de interesses pessoais ou ilícitos” (RE 413327/BA-BAHIA, 2004).

Na sessão do dia 3 de maio de 2018, o Plenário do STF decidiu, por maioria, restringir o alcance do foro por prerrogativa de função dos parlamentares federais. A proposta apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso e acolhida pela maioria dos ministros restringe a competência do STF apenas aos crimes cometidos após a diplomação e que tenham ligação com o cargo. Decidiu-se que após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava qualquer que seja o motivo. Ainda, que terminado definitivamente o julgamento, o entendimento aplicar-se-á a todos os processos pendentes no Supremo, por se tratar de uma regra fixadora da competência.

Nesta mesma sessão, a Ministra Carmem Lúcia destacou que “foro não é escolha, e prerrogativa não é privilégio”. Afirmou que o Brasil é uma República na esteira da qual a igualdade não é opção, é uma imposição. Em suas palavras, “essa desigualação que é feita para a fixação de competência dos tribunais, e, portanto, de definição de foro, se dá em razão de circunstâncias muito específicas”. Segundo seu pensamento, a Constituição “[...] faz referência a membros, agentes ou cargos, portanto, no exercício daqueles cargos é que se cometem as práticas que eventualmente podem ser objeto de processamento e julgamento pelo Supremo e pelos órgãos judiciais competentes” (<http://m.stf.gov.br/portal/noticia>, 2017).

Constata-se que há uma saturação da sociedade em relação ao modelo político do país, além da falta de identificação dos representantes com a cidadania desejada pelo povo. A insatisfação

social é ampla e irrestrita e hostil com a classe política indistintamente.

A crise brasileira hoje é de outra natureza: a de uma sociedade que melhorou o seu nível de vida, que passou a ter mais consciência de seus direitos e tornou-se mais exigente em relação às práticas políticas e aos serviços públicos que recebe. Nossos desafios no presente são os do aprofundamento democrático e os da mudança de patamar econômico e social (BARROSO, 2018, s/p).

Conclui-se que ainda faltam subsídios teóricos para afirmar se a Imunidade Parlamentar é um privilégio ou apenas um instrumento necessário para a Democracia representativa. Questões que foram levantadas como se as imunidades parlamentares estão atingindo o seu propósito ou se estão perdendo parte das razões e fundamentos de sua existência ou, ainda, se são utilizadas apenas com o objetivo de impunidade diante de práticas criminosas carecem de mais estudos para serem respondidas. Fato é que as mudanças estão apenas começando.

Assim, parece claro que se o foro privilegiado pretende ser, de fato, um instrumento para garantir o livre exercício de certas funções públicas, e não para acobertar a pessoa ocupante do cargo, não faz sentido estendê-lo aos crimes cometidos antes da investidura nesse cargo e aos que, cometidos após a investidura, sejam estranhos ao exercício de suas funções. (BARROSO, 2018, s/p). Fosse assim, o foro representaria reprovável privilégio pessoal.

Ante o exposto resta evidenciado que o assunto em tela não se esgota em poucas páginas, contudo, espera-se ter suscitado algumas reflexões que possam contribuir para o surgimento de outros trabalhos sobre o tema, com a certeza, para nós, que a prevalência da harmonia e da independência entre os Poderes só poderá ocorrer pelo respeito às instituições mutuamente, de forma ética, para que, dessa forma, todos os atores envolvidos alcancem a credibilidade popular.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Luís Roberto. **Julgamento acerca da restrição de foro por prerrogativa de função**. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/05/tex_to_311_23_5171.pdf>. Acesso em 21 de julho de 2018.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13. ed. Tradução de Carmen C. Varriale et. al. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2007.

_____. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto promulgado em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. **Lex**. Subsecretaria de edições técnicas, 2017.

BRITO, Orlange Maria. Imunidade parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional n. 35 de 2001. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 44 n. 173 jan./mar. 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COUTINHO, Carlos Nélon. **Contra a corrente**: ensaios sobre democracia e socialismo. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Cortez, 2008.

_____, Carlos Nelson. A democracia na batalha das ideias e nas lutas políticas do Brasil de hoje. In: FÁVERO, Osmar; SEMERARO, Giovanni (orgs.). **Democracia e construção do público no pensamento educacional brasileiro**. 2ª ed. Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 11-39.

FERREIRA, Eduardo O. **Imunidade Parlamentar**. Visão Jurídica. nº 40, ed. Escala. São Paulo-SP, 2010, p.80-83 ISSN: 1809-7170.

FILHO, N. T. **Foro Privilegiado**: pontos positivos e negativos. Brasília: Consultoria Legislativa/ Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em 20 de abril de 2018.

FLEURY FILHO, Luiz Antônio. **Imunidade Parlamentar e foro privilegiado**. FENABRAVE. Disponível em: <<http://www3.fenabreve.org.br:8082/plus/módulos/noticias/ler.php?cdnoticia=61&cdcategoria=3&layout=noticias-12-2010>>. Acesso em 23-7-2018.

FREITAS, Vladimir Passos de. Reflexos da decisão do STF sobre o foro por prerrogativa de função. **Conjur**. 6-5-2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-06/seg-unda-leitura-reflexos-decisao-stf-foro-prerrogativa-funcao>>. Acesso em 23-07-2018.

GAMBOA, Silvio Sánchez; SANTOS FILHO, José Camilo dos (Org.). **Pesquisa educacional: quantidade-qualidade**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32ª ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

ROSENFELD, Denis L. **O que é Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

SARLET, Ingo; MARINONE, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Sites consultados

<https://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>
<http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345339>.

<https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-foro-especial.pdf>
<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20708>
<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/como-foro-privilegiado-e-imunidade-parlamentar-aumentam-a-impunidade-no-brasil/>

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141291/R173-16.pdf>

<http://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/02/foro-privilegiado-quem-deve-ser-julgado-no-supremo.html>

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/origens-e-fundamentos-das-imunidades-parlamentares>

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000011460&base=baseAcordaos>

DIREITO CONSTITUCIONAL E O DESAFIO AO CONHECIMENTO COMO INSTRUMENTO PARA A PRÁTICA DA CIDADANIA E FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

Cristina Veloso de Castro
Etiene Maria Bosco Breviglieri

INTRODUÇÃO

O presente estudo, com escopo reflexivo, quer investigar sob auspícios constitucionais, a hodierna construção de políticas públicas com viés democratizante. Para atingir tal propósito, lança mão de referencial teórico selecionado e, em cada tópico, norteado sempre pela necessária concatenação sucinta dos argumentos, buscou-se imprimir tom deliberativo às afirmações.

Não seria, obviamente, esgotável o assunto ora tratado. As construções axiológicas por vezes sofrem significativas mudanças. Nesse curso cambiante emergem caminhos antes desconhecidos (ou, pelo menos, inexplorados). Consequência da crise institucional ideológica na qual mergulhado continua o Brasil, tecer generalizações é incapaz de satisfazer um sério e aprofundado labor interpretativo. Assim, nesta sede, tratamos com nuances históricas, vistas sob ótica evolutiva, porquanto foram as diversas Cartas Magnas pátrias – de 1824 a 1988 – ricas em sentido e fortes em abrangência.

A força normativa da Constituição pode resgatar muitas esperanças e contribuir com o Estado solidário, fraterno e harmonioso imaginado pelo Povo.

1. Uma reflexão sobre o Direito Constitucional no Brasil

De acordo com o Dicionário Jurídico (2007, p.461), direito pode ser definido da seguinte forma:

Direito é o conjunto de normas sociais obrigatórias, para assegurar o equilíbrio das funções do organismo social. É o conjunto de normas e princípios que regula a vida em sociedade. É o conjunto de regras e condutas coativamente imposta pelo o Estado, ou princípio de conduta social, tendentes a realizar justiça.

Pode-se perceber, que a ideia de direito corresponde à experiência de vida em sociedade. É o produto final da vontade humana em um determinado contexto geográfico e histórico. No tocante à história do direito, esta começou a ganhar existência própria pelas manifestações costumeiras reiteradas de determinados fazeres e usos, daí convertidos em regras de conduta com o passar do tempo. Os grupos sociais passaram a incumbir o chefe ou órgão coletivo de ditar e impor as regras de conduta, o que fez com que o direito passasse a ser o comando, uma lei imposta coercitivamente, e a partir de certo momento fixado por escrito. Nos vários ordenamentos jurídicos existentes no mundo, destacam-se duas grandes categorias: o Romano Germânico e o Comum.

No Brasil, adota-se oficialmente a estrutura jurídica do Civil Law, isso significa dizer que as principais fontes do Direito adotado neste Estado Democrático são a lei e textos jurisprudenciais. Todavia, a regra é fazer uso da lei. A jurisprudência trata-se de decisões judiciais reiteradas no caso concreto que é a exceção.

De acordo com o Dicionário Jurídico (2007, p. 464):

Direito Constitucional é elaborado por um poder especial, denominado de constituinte, que se entende instituído pela vontade soberana de um povo politicamente organizado, o Direito Constitucional, como o mais fundamental dos Direitos Públicos, de ordem interna, enfeixa todos os princípios jurídicos, indispensáveis à organização do próprio Estado, à Constituição de seu governo, dos

poderes públicos, à declaração dos direitos das pessoas, quer físicas, quer jurídicas, traçando assim os limites de ação do Estado, na defesa de seus precípuos objetivos e na defesa da coletividade que a compõe.

É preciso destacar que dois momentos históricos marcam a evolução do direito no Brasil. O primeiro trata do Brasil no âmbito colonial. Nesse contexto, o ordenamento jurídico era trazido da metrópole, ou seja, de Portugal. Nesse aspecto, o direito assegurava os interesses políticos e econômicos daquele Estado o qual se encontrava subserviente aos interesses da Inglaterra. Segundo Bonavides (2000, s/p) no seu artigo “A evolução do Direito Constitucional no Brasil”:

A primeira época constitucional do Brasil, já nos seus primórdios, já na sua trajetória ao longo do primeiro reinado, guarda estreito vínculo com Portugal, redundando numa singular comunhão de textos constitucionais, produto de uma nova outorga imperial nos dois países: no Brasil a Constituição de 1824, em Portugal a Carta de 1826, cópia daquela que Dom Pedro concedera e que ele fez chegar à Regência de Lisboa pelas mãos do embaixador inglês. Foi, diga-se de passagem, um texto, em matéria de limitação de poderes, relativamente bem sucedido, tanto lá quanto aqui, não obstante do seu baixo grau teórico de legitimidade e suas discrepâncias com a inteireza democrática e representativa do século revolucionário que proclamara os direitos do homem e sagrara a inviolabilidade constitucional da separação de poderes.

No dia 08 de setembro de 1822 estava consolidado o fim da Colônia e o início do Império. Diante desse novo Estado, em 25 de maio de 1824, a constituição foi outorgada e suas principais características situam-se: o governo monárquico, hereditário e constitucional; a religião oficial continuaria sendo a católica, instituição do padroado, que submetia a Igreja ao controle do Estado; a Divisão do país em província, que teria seus governantes nomeados pelo imperador, voto indireto e censitário, divisão dos poderes em executivo, legislativo, judiciário e moderador, este

último centralizava autoridade nas mãos do rei. As posições e atitudes autoritárias de Dom Pedro despertaram um sentimento de repugnância e o desgaste político do imperador levou à sua renúncia. De 1831 a 1840 são instituídas as Regências Trina e Uma, respectivamente.

Conforme Caio Prado Junior citado no projeto Alvorada, da Secretaria da Educação do Estado do Ceará (2001, p. 39):

Sem coesão, sem ideologia claramente definida, que dada as suas condições objetivas não podia ter mesmo quando alcançam o poder, tornam-se nele completamente estéreis. Em todos os movimentos populares desse período, o que mais choca a sua completa desagregação logo que passa o primeiro ímpeto da refrega. Congregam-se as massas em torno das individualidades mais ou menos saliente perante comum as todas as lutas políticas às quais faltam sólidas bases ideológicas e a ação revolucionária é dispendiosa em dissensões intestinas e hostilidade entre os chefes, que afinal não sabem ao certo o que fazer.

Diante da fragilidade política das regências, eclode os movimentos de reação em todo país. No Pernambuco – A Guerra dos Cabanos (1832-1835), no Pará a Cabanagem (1835-1840), A Farroupilha, no Rio Grande do Sul (1835-1845), na Bahia, a Sabinada (1837-1838), no Maranhão, a Balaiada (1838-1840). A regência cai e ocorre o golpe da maioria. A elite cafeeira consegue se impor nos dois únicos partidos: o Partido Liberal e o Conservador. Medidas antidemocráticas foram tomadas, entre elas destacam-se: as reformas do processo criminal que visam à manutenção de todo o aparelho judiciário e administrativo sob o controle do poder central. Cada província teria um chefe de polícia nomeado pelo Ministro da Justiça. Para os municípios foram criados cargos de delegados e subdelegados, que assumiram as funções dos Juizes de Paz; reimplantação do Conselho do Estado, que foi um órgão de assessoria do imperador e garantiu a participação da elite dominante no poder central

Em 1847 o imperador criou a presidência do Conselho de Ministros, estabelecendo o parlamentarismo no Brasil. No Brasil o Ministro submetia-se ao controle do poder moderador, representado pelo imperador e somente a ele prestavam contas, o Parlamento não interferia no ministério. Por essa razão foi chamado de “Parlamentarismo às avessas” (BRASIL, 2001, p. 42).

Na década de 1870, agravaram-se as crises do segundo reinado e posto isso, o fim da escravidão, o conflito entre o Estado e a Igreja, o republicanismo e por fim, os problemas com os militares. O exército transformou-se em uma instituição organizada e passou a lutar pela República.

Em 16 de novembro de 1884 a República Federativa do Brasil estava edificada e em 1891, foi promulgada a nova Constituição do Brasil, que tinha caráter liberal. Dentre as suas principais características estão: Federalismo, onde as províncias passaram a ser chamadas de Estados dotados de autonomia política e administrativa; divisão dos poderes em executivo, legislativo e judiciário; presidencialismo; representatividade; fim do padroado, separação entre o Estado e a Igreja. Diante de tais leis a Constituição se tornou o símbolo da legalidade do Estado Democrático e de Direito.

É fato que a Constituição da República Federativa do Brasil foi buscar no modelo americano, através de Rui Barbosa, a estrutura organizacional e ideológica para a Constituição Republicana, Presidencialista e Federativa.

A Constituição de 1934 vem inaugurar a Segunda República, que foi um período no orbe político-social e econômico crítico de crises e contestações. O mundo também estava em crise, a economia Estadunidense estava abalada e repercutiu na economia de vários países; a difusão das ideologias fascistas, nazistas e comunista espalharam-se pelo mundo.

No país, ganharam destaque a Ação Integralista Brasileira com tendências fascistas e a Aliança Nacional Libertadora com tendências comunistas no universo político brasileiro. Getúlio faz uso dessas duas posições antagônicas para instalar o Estado Novo.

A prova disso é que o governo forja o Plano Cohen afirmando ser um plano comunista para derrubar o governo e dessa maneira o Congresso aprova a decretação do estado de sítio e suspende as garantias constitucionais por noventa dias. O governo de Vargas outorgou a 'Constituição Polaca' de autoria de Francisco Campos inspirada na constituição fascista da Polônia, daí o nome constituição polaca.

O Estado Novo termina em 29 de outubro de 1945, quando Getúlio Vargas foi obrigado a renunciar à presidência da República. O poder foi assumido por José Linhares Presidente do Supremo Tribunal Federal. Em janeiro de 1946, Eurico Gaspar Dutra assume a presidência da República, junto com ele foram eleitos representantes da Câmara e do Senado e em 18 de novembro foi promulgada a nova Constituição do Brasil. A Constituição descrevia, nos seus 218 artigos e 36 disposições transitórias, vários direitos e obrigações.

Getúlio Vargas retorna ao cenário político brasileiro e demonstra disposição em manter a hegemonia governamental de acordo com a Constituição de 1946.

No entendimento de Bonavides (2000, s/p):

Sem revogar o Estado Social do texto efêmero da primeira reconstitucionalização, a Carta de 46 ficou limitada aos termos pragmáticos de justiça social, não podendo concretizar cláusulas como aquelas que determinavam a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa nem tantas outras exaradas na esfera das relações capital com o trabalho. As comoções políticas de raiz social fizeram desembocar, por obra da corrupção, do regime presidencial da segunda ditadura do século, a mais longa e perniciosa por haver mantido aberto o Congresso fantoche, debaixo de uma Constituição de fachada outorgada pelo sistema autoritário, que ao mesmo tempo censurava a imprensa e reprimia a formação pelo debate livre de novas lideranças, sacrificando assim toda uma nova geração, tal como aconteceu em 1964 quando o país atravessou durante duas décadas a mais sombria ditadura militar da sua história.

A Constituição Federal de 1988 evoluiu significativamente, pois valorizou e garantiu no seu corpo os direitos fundamentais, a proteção jurídica da sociedade e tutela dos direitos subjetivos heterogêneos, garante ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Todavia, essa Magna Carta tem muito a melhorar; haja vista a abertura que dá para a intervenção presidencial quando usa de Medidas Provisórias para governar assemelhando-se a um déspota. Outras violações não de serem reconsideradas, especialmente aquelas que dizem respeito aos direitos humanos, como por exemplo: a discriminação racial, a homofobia, a destruição da Amazônia, as injustiças, opressões institucionais e não-institucionais às classes menos favorecidas economicamente. Considerando, que a Constituição é ainda o maior instrumento para garantir a efetividade do Estado Democrático de Direito e confirmar que o Direito Constitucional é fonte inalienável e inegociável dos direitos dos brasileiros e das brasileiras.

Por tudo isso, é que se faz fundamental o conhecimento desta Carta Magna para todo o povo brasileiro, para que além de conhecê-la se construa desde cedo à consciência de que é preciso estar atento e politicamente ativo ao processo da evolução da nossa Constituição, já que ela é um produto inacabado e precisa constantemente inovar para acompanhar o desenvolvimento da dinâmica social, como assim fizeram os maiores representantes desta luta, cada um a seu tempo, como foi Antônio Frederico de Castro Alves e Joaquim Nabuco que lutaram incansavelmente pela abolição da escravatura; Rui Barbosa de Oliveira, coautor da Constituição da Primeira República, defendeu o Federalismo, o Abolicionismo e a Promoção dos Direitos e Garantias Individuais; Ulisses Guimarães, Luís Inácio Lula da Silva, professores, estudantes intelectuais, artistas pelas Diretas Já e em prol do “Impeachment” do ex-presidente Fernando Collor de Mello. É com esse espírito de luta e de conhecimento da nossa Constituição que se reclama pela inserção de Disciplina Direito Constitucional no Ensino Fundamental e Médio no ensino brasileiro.

2. A questão da educação escolar voltada para a democracia

Quando analisamos hoje a grave situação em que as pessoas do mundo inteiro vivem, percebemos de imediato que o problema mais ameaçador é o que diz respeito à paz entre os povos e às nações. Mas aqui há de se perguntar: Quais são as soluções postas para essas e outras graves ameaças que rodam a existência real das pessoas? Para Bobbio, em seu livro “A Era Dos Direitos”, a saída estaria no reforço e consolidação da democracia, bem como na expansão e garantia dos direitos do homem: o direito a uma vida humanamente digna, o direito às liberdades fundamentais; a direitos sociais, o direito de acesso democrático aos bens materiais, etc.

Os questionamentos acima abordados constituem assunto preponderante do qual trata esta investigação quando, na sua percepção da importância da democracia, que tenha como pressupostos fundamentais uma concepção de homem como sujeito portador de direitos naturais, menciona direitos positivados constituídos historicamente e que pese desse modo às relações estruturais institucionalizadas construídas no conceito geral de democracia.

A ideia que mais corresponde à democracia é a criação de direitos reais, ampliação de direitos existentes e a criação de novos direitos. Nesse sentido, encontram-se dois aspectos que faz distinção de democracia das demais formas sociais e política, às quais afirma Chauí (2004, p. 407):

A democracia é a única sociedade e o único regime político que considera o conflito legítimo. Não só trabalha politicamente os conflitos de necessidades e de interesses (disputas entre os partidos políticos e eleições de governantes pertencentes a partidos opostos), mas procura instituí-los como direitos e, como direitos e, como tais, exige que sejam reconhecidos e respeitados. Mais do que, na sociedade democrática, indivíduos e grupos organizam-se em associações, movimentos sócias e populares, classes se organizam em sindicatos e partidos, criando um contra poder social que, direta ou indiretamente, limita o poder do Estado.

A democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, isto é, aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo. Com efeito, pela criação de novos direitos e pela existência de contra poderes sociais, a sociedade democrática não está fixada numa forma para sempre determinada, ou seja, não cessa de trabalhar suas divisões e diferenças internas, de orientar-se pela possibilidade objetiva (a liberdade) e de alterar-se pela própria práxis.

Sabemos, que a luta pela democracia no mundo ocidental não foi e nem é tampouco fácil, principalmente no que diz respeito aos países do sul, os obstáculos foram e são muitos, a exemplo, citemos alguns: a divisão internacional do trabalho, o neoliberalismo e a defesa do autocontrole da economia colocando em um plano secundário a importância da presença de Estado perante a responsabilidade para com os direitos sociais, a política das privatizações etc.

No que se refere à Democracia no Brasil, além de enfrentar todas as problemáticas acima citadas, somos um Estado conjunturalmente viciado em uma política clientelista, vanguardista, paternalista e populista e essa mentalidade atrasa substancialmente o processo de evolução da democracia. Chauí (2004, p. 408) é mais racional quando afirma que “a democracia, no Brasil, ainda está por ser inventada”. A filósofa ainda fala sobre as dificuldades para a democracia no Brasil, dizendo que:

A “indústria política no Brasil”- isto é a criação da imagem dos políticos pelos meios de comunicação de massa para a venda do político aos eleitores-consumidores -, aliada á estrutura social do país, alimenta um imaginário político autoritário. Às lideranças políticas são sempre imaginadas como chefes salvadores da nação, verdadeiros messias escolhidos por Deus e referendados pelos votos dos eleitores. Na verdade, não somos realmente eleitores (os que escolhem), somos votantes (os que dão o voto a alguém). A imagem populista e messiânica dos governantes indica que a concepção teocrática do poder não desapareceu; ainda se acredita no governante como enviado das divindades (o número de políticos ligados a astrólogos e

videntes fala por si mesmo) e que sua vontade tem força de lei. As leis, porque exprimem ou os privilégios dos poderosos ou a vontade pessoal dos governantes, não são vistas como expressão de direitos nem de vontades e decisões públicas coletivas. O Poder Judiciário aparece como misterioso, envolto num saber incompreensível e numa autoridade quase mística. Por isso mesmo, aceita-se que a legalidade seja, por um lado, incompreensível, e, por outro, ineficiente (a impunidade não reina livre e solta?) e que a única relação possível com ela seja da transgressão (o famoso "jeitinho").

Essa falsa consciência sobre a democracia no Brasil é histórica, advindo da Proclamação da República, pois o Estado não fez a ruptura que deveria ter feito com Portugal. O Brasil continuou se readequando à colonização de Portugal e em um recente passado à recolonização da política dos países imperialistas, sobretudo dos Estados Unidos da América.

No tocante à igualdade democrática perante as leis, essa vem se forjar na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Segundo essa declaração, a lei deve impor a igualdade para todos. Todos os cidadãos são iguais perante a lei.

Segundo Azambuja (2005, p. 241):

Devendo ser igual para todos, a lei procura tratar cada um conforme ele é realmente; ideal difícil de atingir, mas do qual as boas leis democráticas se aproximam sempre mais. O pobre não paga o mesmo imposto que o rico; o menor, o louco, o enfermo, o velho, recebem da lei garantias e cuidados especiais, de que o homem, o moço e são não. Essa igualdade perante a lei, que é no fundo a justiça, inerente a democracia.

Nesse sentido, é imprescindível reconhecer os direitos pertencentes aos homens como condição necessária, para o aperfeiçoamento da pessoa humana concomitantemente do próprio conjunto de direitos que continua em processo de modificação, em decorrência das mudanças históricas; isto é, das necessidades e dos interesses do gênero humano, da própria realidade social em que as

individuais realizam a sua existência. E nessa perspectiva contemporânea, a do cidadão brasileiro.

No que se diz respeito à educação escolar, esse é um direito fundamental que se encontra assegurado nos artigos 5º, 6º e 205 da Constituição Federal de 1988.

Este direito vem sendo conquistado pela luta social, e se desenvolvendo, ao longo da História, intensificando-se com o avanço da industrialização; e no presente, pela terceira Revolução Industrial, a tecnológica.

No Brasil, tal realidade também é fato. Todavia, direito configurado universalmente ainda não conseguiu sua universalização, haja vista, a persistência das taxas de analfabetismo constatadas historicamente e que hoje se apresenta estatisticamente com 8%, atingindo, os menos favorecidos economicamente.

A negação desse direito, se de um lado, espelha os limites da democracia no país, por outro lado, constitui um obstáculo à sua consolidação, na medida em que a ampliação da democracia exige o exercício consciente da cidadania.

A educação não pode ser privilégio das classes mais abastadas da sociedade, mas um direito da população de um modo geral. É preciso colocar em questão a educação que ora reclamamos. Implica objetivamente em formar o aluno visando participação ativa e cidadã para que, desse modo, a democracia cresça, se desenvolva e evolua.

Nesse sentido, diz Benevides (1998, p. 167-168):

Significa organização e participação pela base, como cidadão que partilha dos processos decisórios em várias instâncias, rompendo a verticalidade absoluta dos poderes autoritários. Significa, ainda, o reconhecimento (e a constante reivindicação) de que os cidadãos ativos são mais do que titulares de direito, são criadores de novos direitos e novos espaços para expressão de tais direitos, fortalecendo-se a convicção sobre a possibilidade sempre em aberto, da criação e consolidação de novos sujeitos políticos, cientes de direitos e deveres.

Observa-se, ao longo da História, que o grande objetivo da educação escolar esteve centrado em desenvolver conceitos tradicionais de civismo. Isso impedia que alunos e alunas tivessem acesso aos conteúdos que fomentassem conhecimentos das razões provocadoras daquelas problemáticas relevantes, particulares no seu cotidiano. Os exemplos são vários: poluição, caos do trânsito, má distribuição de renda, corrupção institucional, desemprego, drogas, violência de gênero, ausência de ética, ineficiência da justiça, preconceitos racial e de orientação sexual, má qualidade na educação e saúde, empobrecimento do orçamento, ausência de uma cultura dos brasileiros na fiscalização do poder público.

Questões semelhantes são comuns em todo o espaço político local, regional, estadual, federal brasileiros, como também no âmbito mundial.

Estes conteúdos, se discutidos e debatidos, poderão proporcionar numerosas iniciativas e projetos que desenvolvam uma melhor qualidade de vida, baseada na cidadania e no fortalecimento da democracia.

Se a democracia, dentro de sua evolução, se pautar pela participação crítica e ativa dos cidadãos no seu dia-a-dia, é fundamental que a educação escolar se preocupe em repassar para os seus alunos e alunas uma bagagem de conteúdos e informações, de forma planejada e sistematizada, e não apenas difusa.

Por isso defendemos a inserção da disciplina Direito Constitucional no Ensino Básico, pois ela traria o instrumental para o planejamento e sistematização destes conteúdos.

Considerados também importantes, além do conhecimento do Direito Constitucional como disciplina obrigatória no ensino, os três elementos destacados por Benevides (1998, p. 167-168):

1- A formação intelectual e a informação – da antiguidade clássica aos nossos dias trata-se do desenvolvimento da capacidade de conhecer para melhor escolher. Para formar o cidadão é preciso começar por informá-lo e introduzi-lo às diferentes áreas do conhecimento, inclusive através da literatura e das artes em geral. A falta ou

insuficiência de informações reforça as desigualdades, fomenta injustiças e pode levar a uma verdadeira segregação. No Brasil, aqueles que não têm acesso ao ensino, à informação e às diversas expressões da cultura *latusensu*, são justamente os mais marginalizados e “excluídos”;

2- A formação moral, vinculada a uma didática de valores republicanos e democráticos, que não se aprendam intelectualmente apenas, mas, sobretudo pela consciência, pela ética, que é formada tanto de sentimentos quanto de razão; é a conquista de corações e mentes;

3- A educação do comportamento, desde a escola primária, no sentido de enraizar hábitos de tolerância diante do diferente e divergente, assim como o aprendizado da cooperação ativa e a subordinação do interesse pessoal ou de grupo no interesse geral, ao bem comum.

O papel do Estado democrático de direito é apresentar e dar sustentabilidade aos seus cidadãos a uma vida digna. E essa dignidade implica em uma educação séria e que abranja todos os níveis, sobretudo os alunos e alunas do Ensino Básico.

3. Contribuição à formação da consciência cidadã pelo conhecimento da Constituição de 1988

O termo cidadania vem sendo usado muito recentemente, embora o seu significado remonte à cultura greco-romana. Período em que o Estado era estruturado em cidades-estados, os quais se forjaram pela contribuição cultural dos mais variados povos como os gregos, romanos, etruscos, fenícios, itálicos.

A organização administrativa das cidades-estados era baseada na agricultura familiar e na propriedade privada. E a organização política era estruturada pelo conselho de anciãos ou dos cidadãos, da magistratura e, mais tarde, pelos tribunais.

Já a cidadania se transmitia pelo vínculo de sangue passado de geração a geração excluindo-se as mulheres, as crianças e os escravos.

Na modernidade, o conceito de cidadania passa por significativas mudanças graças à Revolução Francesa em 1789 e a Comuna de Paris em 1871, que apresentaram um tipo de luta pelos direitos sociais para o efetivo exercício da cidadania.

Hoje o conceito de cidadania encontra-se na pluralidade de assuntos que remetem à discussão política dos mais variados assuntos como meio-ambiente, qualidade de vida, desenvolvimento sustentável, ética, educação sexual, combate aos preconceitos de todos os tipos.

Nesse sentido, cidadão é aquele capaz de sentir os problemas sociais, de conhecer suas razões e lutar pelos seus direitos políticos, civis e sociais.

Segundo Simoen (2005, s/p) no texto “A cidadania como possibilidade”:

(...) cidadania não se completa com a inscrição desses direitos nos dispositivos legais, mas apenas quando os sujeitos têm consciência dessas possibilidades, podendo usar de tais prerrogativas. Essa consciência cívica é algo que se adquire no processo, na própria vivência da cidadania com todas as suas contradições. Sem isso, não há como garantir que mesmo instituídos, esses direitos tenham efetividade, caracterizando-se no cotidiano.

O “direito” surge das relações sociais em conflito como instrumento para impedir o abuso de um ser humano sobre o outro, para favorecer um ambiente de harmonia entre os homens, sob a responsabilidade do Estado.

Para Kieling (2001, p. 100):

A cidadania e, conseqüentemente, o bem comum só existem quando o Estado, o mantenedor da organização social, preserva a sobrevivência, sem distinção, desde o mais vulnerável ser até o mais apto, regulamentando as ações. A cidadania exige a perfeita sintonia entre os poderes e o povo, entre as diferentes classes, faixas etárias e entre as diferentes etnias. E do conjunto maior sairá a vitória da democracia.

No Brasil, o Direito Constitucional, a partir da Constituição Federal de 1988, foi elaborado, com consciência e convicção, pelos parlamentares constituintes. Destacam-se os artigos que preconizam os direitos e deveres individuais e coletivos, sem os quais esta Constituição perderia o seu maior significado jurídico; perderia, portanto, a sua essência político-social-histórica.

A Constituição de 1988, chamada por Ulisses Guimarães, Presidente do Congresso Constituinte, de Constituição Cidadã, deveria ser por todos os brasileiros e as brasileiras conhecida e vivenciada, pois ela foi baseada no bem-estar, no desenvolvimento, na igualdade e na justiça como valores fundamentais de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos, buscando harmonia social e assegurando o exercício de direitos sociais e individuais.

É por tudo isso, que esperamos e desejamos que, no futuro próximo, esse conhecimento venha a se concretizar através da inserção do ensino de Direito Constitucional, inclusão desde o ensino fundamental e médio, como também, na modalidade do ensino especial, a exemplo do ensino de jovens e adultos.

A disciplina de Direito Constitucional foi instituída em 1834, na Faculdade de Direito de Paris. É uma disciplina que estuda a lei que define e regulamenta a estrutura jurídico-político de um Estado que no seu orbe gravitam todos os demais ramos do direito.

Para Bonavides, o Direito Constitucional se apresenta acima dos outros ramos do Direito “(...) o Direito Constitucional é a base, é o fundamento, o tronco de todas as demais áreas do direito”.

É responsabilidade socializar o conhecimento na íntegra da nossa Constituição, dos Poderes Constituídos, da sociedade civil e de cada brasileiro e brasileira, sobretudo, através do Ministério da Educação, suas instituições intermediárias e, na ponta, nas escolas do Ensino Básico.

No entanto, dever-se-á começar essa socialização do conhecimento pelos alunos do Ensino Básico, a partir dos artigos: 5º; 6º; 14; 196; 197; 205; 206; 208; 215; 217; 218; 225; 226; 227; 228; 229; 230, 231 e 232 da Constituição Cidadã.

O artigo 5º - Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos – do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – é a base dos demais artigos que tratam dos direitos do cidadão e cidadã. Já no seu caput chama a atenção pelo valor humano que ele apresenta “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”.

Os seus incisos do I ao LXXVIII, seus parágrafos e alíneas, estão todos imbuídos do verdadeiro sentimento do direito à cidadania.

A Constituição de 1988, no seu Capítulo II – Dos Direitos Sociais, o caput do seu artigo 6º reza “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a Previdência Social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Quanto ao artigo 7º no seu caput, ele estabelece: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visam à melhoria de sua condição social”.

Este artigo trata de vários direitos, como direito ao trabalho, seguro desemprego, salário mínimo, férias, enfim, direitos relativos à área trabalhista, contidos nos incisos de I a XXXIV e seu parágrafo único.

O artigo 8º no seu caput declara: “É livre e associação profissional ou sindical...”

Os seus incisos de I ao VIII e seu parágrafo único tratam dos direitos dos trabalhadores à sindicalização e suas obrigações.

O art. 9º e seus parágrafos I e II tratam do direito dos trabalhadores à greve.

O caput do artigo 11 assim se expressa: “nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”.

O capítulo IV Dos Direitos Políticos tem no caput do seu artigo 14 a proposta: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos...”

No Título VIII – Da Ordem Social – Capítulo II – Da Seguridade Social – Secção da Saúde – o artigo 196 no seu caput enfatiza: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” e o artigo 197 reza no seu caput “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

Sobre o Capítulo III – Da Educação, Da Cultura e Do Desporto, na Secção I Da Educação trata o caput do artigo 205 “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

O caput do artigo 206 registra: “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios, que vão do inciso I ao VII, respectivamente: igualdade de condições para o acesso...; liberdade de aprender, ensinar a pesquisar...; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas...; gratuidade do ensino público...; valorização dos profissionais do ensino...; gestão democrática do ensino público; garantia de padrão de qualidade”.

O caput do artigo 208 diz que: “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: ensino fundamental obrigatório e gratuito...; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos...; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa

e da criação artística...; oferta do ensino noturno regular...; atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar...” Seção II, Da Cultura afirma no artigo 215 cujo caput assim se coloca: “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Nos seus incisos I ao V defendem e valorizam o patrimônio cultural, a promoção dos bens culturais, a formação do pessoal qualificado, a democratização de acesso aos bens culturais, a formação do pessoal qualificado, a democratização aos bens culturais e a valorização da diversidade étnica e regional.

O artigo 216, também contido na seção 2, estabelece no seu caput: constitui patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem, conforme seus incisos de I a V e alguns parágrafos; forma de expressão; criações científicas, artísticas e tecnológicas; obras, objetos, edificações de manifestações artísticas e culturais; conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, científico e tecnológico, dentre outros.

O artigo 216 conta também com 06 parágrafos, onde são especificadas outras questões ligadas à cultura.

Na Seção 3 Do desporto, o artigo 217 estabelece no seu caput: “É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais como direito de cada um, levando-se em conta o constante dos seus incisos I à IV e seus três parágrafos.

Já o capítulo 4- da ciência e tecnologia (art. 218) diz: “o estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica”.

Essa obrigatoriedade do Estado brasileiro às ciências e tecnologias fica reforçada no artigo 218, nos parágrafos § 1º ao 5º.

A Constituição de 1988 estabelece no capítulo VI - Do meio ambiente no seu artigo 255 - seus parágrafos e incisos: “Todos têm

direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Já o capítulo VII – Da família Do Adolescente e Do idoso, em seu artigo 226 (‘caput’) afirma: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Os seus parágrafos que vão do § 1º ao 8º reforçam este direito da família, em que fala de casamento, planejamento familiar e outros.

O artigo 217 reza: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Os seus parágrafos se incisos colocam as condições, sob responsabilidade do Estado, para que estes direitos sejam cumpridos.

O artigo 228 diz que: são penalmente inimputáveis menores de 18 anos, sujeito às normas da legislação especial.

Já o artigo 229 registra: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

O artigo 230 diz que: “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando a sua participação na sua comunidade, defendendo a sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

O artigo 230 registra nos seus parágrafos § 1º e 2º que os idosos devem ser tratados preferencialmente nos seus lares, tendo eles, a partir de 65 anos de idade, o direito à gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

O capítulo VIII – Dos Índios – diz no caput do seu artigo 231: “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que

tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Dos §§ do 1º ao 7º tratam também de recursos hídricos, remoção dos grupos indígenas de suas terras, dentre outros. O artigo 232 deste capítulo VIII declara: “os índios, suas comunidades e organizações são parte legítima para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

Conhecer esses direitos e deveres contidos na Constituição Federal de 1988 é direito de todos os brasileiros e também obrigação do Estado levar ao povo esses conhecimentos, sobretudo às crianças e adolescentes, jovens e adultos que estão na escola do Ensino Básico, buscando aprender disciplinas, mas, e de modo especialíssima obrigação do Estado, nos seus três níveis, levar a estes alunos os conteúdos educacionais para ajudá-los na sua transformação e inserção na consciência cidadã.

Estes direitos e deveres dos alunos e obrigação do Estado são de grande significado para a educação e, especialmente, para a evolução intelectual do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A educação deve ter o compromisso de preparar um homem autônomo para participar ativamente da sociedade, sempre ampliado a sua crítica pela conquista do seu espaço na vida cotidiana. Ela deve dar conta da totalidade histórica vivida. E a inserção da disciplina de Direito Constitucional no ensino Básico será instrumento eficaz nessa prática cidadã.

4. O ensino dos conteúdos constitucionais de forma didática para as séries do ensino básico

Os conteúdos constitucionais devem ter propostas detalhadas que incluam conhecimentos, procedimentos, valores e atitudes às várias dimensões da cidadania. O educando se informará dos temas trazidos no bojo da Constituição Federal de 1988. Como sabemos, são temas do cotidiano, desafiadores, cujo impacto trará grande

positividade para o universo educacional especialmente para a prática social dos educandos.

Os conteúdos constitucionais fomentaram debates envolventes e interessantes que certamente democratizaram a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e instigaram os profissionais da área da educação e educandos a participarem ativamente da evolução do nosso Estado Democrático e de Direito.

Em seguida, em linhas gerais, apresentar-se-á uma lista com conteúdos pragmáticos e as respectivas competências e habilidades, além de atitudes e valores a serem desenvolvidos no Ensino fundamental e Médio, que por sua vez estes conteúdos já estão contemplados na Constituição da República Federativa do Brasil, como vimos no tópico anteriormente.

- Conteúdo Constitucional: **Título I** – Dos Princípios Fundamentais. Art. 1º ao 4º – Fundamentos - Art. 1º (Soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, dos valores sociais e da livre iniciativa, pluralismo político); Art. 2º - Separação dos Poderes; Art. 3º - Dos objetivos fundamentais; Art. 4º - Dos princípios das relações internacionais.

- Competências e Habilidades: compreender o conceito de Estado brasileiro, a relação entre os poderes; analisar o discurso da construção da sociedade nos pilares da liberdade, justiça e solidariedade; perceber de forma crítica a autonomia e a soberania no Estado Democrático e de Direito.

- Atitudes e Valores: formação de atitudes que possibilitem se inserir na realidade brasileira e mundial de modo a exercer criticamente a cidadania.

- Conteúdo Constitucional: **Título II** - Direitos e Garantias Fundamentais - Art. 5º ao 17 – Art. 5º (direitos e deveres individuais e coletivos) Art. 6º ao 11 (direitos sociais); Art. 12 e 13 (nacionalidade); Art. 14 e 16 (direitos políticos); Art. 17 (partidos políticos).

- Competências e Habilidades: Compreender as diferenças entre os direitos que reza a Constituição Federal e a negação desses direitos para os menos favorecidos economicamente na vida cotidiana da sociedade brasileira.

- Atitudes e Valores: formação de atitudes que possibilitem vivenciar uma realidade antagônica entre o que reza a Constituição Federal e a realidade dos menos favorecidos economicamente para desse modo, lutar para amenizar esse antagonismo jurídico e social.

- Conteúdo Constitucional: **Título III** – Da Organização do Estado – Art. 18 a 46 – (da União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

- Competências e Habilidades: construir os elementos de análise que possibilite conhecer as formas dos poderes políticos institucionais.

- Atitudes e Valores: formação de atitudes que promova o modo de perceber o poder político e administrativo das autoridades na perspectiva de reação cidadã quando houver distorções no âmbito desses poderes que afetem diretamente a sociedade.

- Conteúdo Constitucional: **Título IV** – Da Organização dos poderes – Do Art. 44 ao 135.

- Competências e Habilidades: Analisar o conceito dos poderes legislativo, executivo e judiciário e as relações entre esses poderes; suas formas de representações e relações entre se e a sociedade.

- Atitudes e Valores: Formação de atitudes que contribuam para promover uma interação ativa e direta entre esses poderes e o educando-cidadão.

- Conteúdo Constitucional: **Título V** - do Art.136 ao 144 (Da defesa do Estado a das instituições democráticas).

- Competências e Habilidades: estabelecer as relações de independência entre o Estado brasileiro perante os demais Estados quer sejam democráticos ou ditatoriais, republicanos ou monarquias constitucionais, orientais ou ocidentais; perceber as restrições a direitos e garantias individuais; compreender a atividade parlamentar e as prestações de contas como um dever oficial; analisar que a segurança pública é dever do Estado e é exercida para a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio das polícias brasileiras.

- Atitudes e Valores: Formação de atitudes que levem a construir um sentimento de valorização pela democracia, respeito

pelas instituições de segurança pública e ao mesmo tempo um posicionamento crítico e coerente às situações da vida cotidiana que envolva cidadãos e poderes instituídos.

- Conteúdo Constitucional: **Título VI** - Do Art. 145 ao 169 (Da tributação e do Orçamento). - Habilidades e Competências: Entender a efetividade do Sistema Tributário Nacional no cumprimento de ser instrumento de distribuição de renda, objetivando o alcance do bem comum. Do orçamento – Perceber que o Estado tem no processo orçamentário Público a forma da gestão dos seus recursos e a sociedade tem no processo orçamentário um mecanismo eficaz de controlar a ação dos governantes, zelando pela boa aplicação dos recursos.

- Atitudes e Valores: Formação de atitudes que levem o educando perceber a importância da sociedade organizada no controle democrático e na fiscalização do gasto público, combatendo e denunciando a sonegação, a corrupção do dinheiro público.

- Conteúdo Constitucional: **Título VII** - Do Art. 170 ao 191 (Da Ordem Econômica e Financeira).

- Habilidades e Competências: Compreender que o sistema financeiro nacional deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir os interesses da coletividade.

- Atitudes e Valores: Formação de atitudes que possibilite uma leitura crítica do desenvolvimento do país frente a sua economia.

- Conteúdo Constitucional: **Título VIII** – Do Art. 193 ao 232 (Da Ordem Social).

- Competências e Habilidades: conhecer os fundamentos básicos da Ordem Social Brasileira sendo capaz de interpretar que é primado desse sistema o trabalho e seu objetivo é o bem estar e a justiça social; Compreender a dinâmica que envolve a ordem social utilizar no seu cotidiano, na problematização da realidade social versus o discurso constitucional; Perceber seus contrastes posicionando criticamente diante dos problemas da sociedade brasileira e as garantias constitucionais para os brasileiros e brasileiras.

- Atitudes e Valores: Formação de atitudes que possibilitem os educandos a vivenciarem uma realidade que valorize a participação crítica, ativa e cidadã na evolução do nosso Estado Democrático de Direito.

Os conteúdos aqui apresentados da disciplina de Direito Constitucional devem ser trabalhados com projetos de forma planejada e didática, para cada grau de ensino correspondente, com a preocupação principalmente de relacionar tais conteúdos ao cotidiano dos alunos, a fim de que esses sejam capazes de pensar, refletir, discutir e participar da sociedade para transformá-la de forma consciente e crítica, que tão bem os conhecimentos constitucionais podem patrocinar, especialmente na construção da cidadania dos alunos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Continuam prolíficas as produções de autores consagrados sobre alternativas à situação recente de contrastes em matéria, mormente, social e, como já referido (por outros termos) a promoção garantista do desenvolvimento é patamar central garantido nos termos constituídos desde 1988. A constituição nacional elenca um rol exemplificativo de direitos e garantias essenciais ao interesse coletivo. Nenhum de tais direitos exerce maior influência no progresso das gerações futuras quanto a EDUCAÇÃO. Por tal motivo foi dada ênfase, e pontuada uma série 'fatorial' vinculada à interação Ensino-Formação-Cidadania.

Apesar das dificuldades, abandonar o projeto nacional revitalizante é, sem embargo, fatal pessimismo. Ainda nos parece concebível – como demonstrado nas páginas anteriores –, que a porta do sucesso cognitivo e da “autonomia coletiva emancipatória” foi aberta pelos movimentos de cunho reformador nas esferas administrativas.

Futuras ponderações ainda restam necessárias. Contudo, esperamos haver inaugurado um campo novo, conduzindo a sociedade (acadêmica ou não) ao diálogo participativo salutar. Os

agentes de transformação são responsáveis pelo próprio destino, devem, todavia, seguir a trilha indicada pelo senso de justiça, ente caro à natureza humana. As competências produzidas com a implementação adequada de ensino-aprendizagem mudarão, espera-se, o cenário triste de crassa ignorância (imperante em lugares menos privilegiados) no referente aos reais espaços reservados a cada habitante do “país do futuro”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44 ed. São Paulo: Globo, 2005.

BENEVIDES, Maria Victória. Educação para Cidadania e em Direitos Humanos. 1998 In CARVALHO, J.S. (Org.). **Educação, Cidadania e Direitos Humanos**. Petrópolis: Vozes, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Conferência feita na Academia Piauiense de Letras. Disponível em:< <http://scielo.br/scielo.phd?pid>>. Acesso em: 12/11/11.

BRASIL, **Plano Estadual de Educação**. Brasília: MEC, 1988.

BRASIL. Secretaria da Educação do Estado do Ceará. República Federativa do Brasil. **Projeto Alvorada**. Ceará: SUPLEGRAF, 2001.

CHAUÍ, Marilena. **Um convite à Filosofia**. 13 Edição. 9 impressão. São Paulo: Ática, 2004.

DICIONÁRIO JURÍDICO. SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro, 2007.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**. Saberes Necessários à Prática Educativa. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HOUAISS, Antônio. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Moderna, 2009.

KIELING, Charles Antônio. **Manifesto da cidadania**. Caxias do Sul: Maneco Livraria & Editora, 2001, p. 100.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituição do Direito Civil**, Forence, 10 ed, 1987.

SIMOEN, Márcio. **A cidadania como possibilidade**. Belo Horizonte: Revista Diversa, Ano 3, n. 8, out. 2005. Disponível em:<<http://www.ufmg.br/diversa/8>>/. Acesso em: 15/11/ 2011.

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS Y PERSONALISIMOS EN LA ARGENTINA

Carlos César Massolo
Fernando Antón Calí

AGRADECIMIENTOS

A nuestras familias. A nuestros amigos. A las autoridades de la Universidad y de la Facultad por honrarnos con esta invitación. A ese hermoso país que es Brasil y a su Gente, que siempre nos recibe con afecto.

1. INTRODUCCIÓN

La temática de los Derechos Humanos en la Argentina viene siendo, desde hace muchos años, un capítulo muy especial y muy sensible de la vida del país.

Como ocurrió en muchos países de América Latina, la violación de estos derechos por parte del Estado fue sistemática, lo que constituyó un capítulo muy oscuro de la historia de nuestro país.

El retorno de la Democracia, en 1983, marcó una senda para la reconstrucción y consolidación de estos derechos y desde ese entonces numerosos instrumentos jurídicos vinieron a sostener la política de Derechos Humanos a nivel nacional

Habiendo transcurrido 35 años desde dicho advenimiento democrático, les proponemos abordar la evolución desde ese entonces.

Asimismo, reflexionaremos sobre ciertos conceptos que, a nuestro entender, merecen especial atención y análisis.

2. LA JERARQUIA NORMATIVA EN LA ARGENTINA

Como Brasil, Argentina es una república representativa y federal, con tres poderes: El Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial.

La Ley suprema es la Constitución Nacional. En el mismo rango se hallan los Tratados Internacionales y luego, en un rango inferior, la Ley.

La supremacía de los Tratados por sobre las leyes (Art. 75, inc. 22 CN) ha marcado fuertemente la aplicación de los Derechos Humanos en nuestro país y para su efectiva aplicación ha sido primordial la actuación de los Tribunales de Justicia, y – fundamentalmente- la palabra de la Corte Suprema Nacional (CSJN)

En efecto, a lo largo de esta exposición Uds. advertirán que en esta nación, que se precia de ser iuspositivista, muchos de los instrumentos más importantes o de las definiciones más claras en torno a los Derechos Humanos han provenido de dicho Máximo Tribunal Judicial, cuyo prestigio se mantiene vigente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ejemplo, fue quien diseñó los contornos de la denominada acción de amparo, a partir de dos casos emblemáticos

Caso “Siri” (Fallos 239:457): *El Sr. Siri era dueño de un periódico que había sufrido clausura policial. Interpuso un habeas corpus ante la justicia para su reapertura. La mayoría de la Corte Suprema afirmó que “Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas”; y basándose en ese principio admitió la acción.*

Caso “Kot” (Fallos 241:291): *La empresa Samuel Kot SRL era propietaria de una fábrica que había sido tomada por sus empleados como consecuencia de un conflicto laboral. La empresa interpuso un “recurso de amparo” invocando afectación de garantías constitucionales y la Corte acogió el planteo aclarando que la acción procedía aún frente a actos atribuidos a particulares ya que “tal distinción no es esencial a los fines de*

la protección constitucional". Quedó ampliada entonces la "acción de amparo" contra actos de particulares.

La Corte Suprema también fue determinante para la creación del Tribunal de Casación, en orden a garantizar la doble instancia judicial que imponía la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" ("Pacto de San José de Costa Rica") (art. 8 Nro. 2, h) y el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (art. 14 Nro.5)

Resolvió cuestiones inherentes al Derecho a la Vida, a la Salud de modo muy claro, marcando la senda a los Tribunales inferiores.

En definitiva, el Poder Judicial siempre ha sido esencial para la efectiva protección de los Derechos Humanos y la Corte Nacional, como su máximo exponente, ha marcado el camino.

3. LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Los Derechos Personalísimos son los Derechos Humanos más gravitantes, y resultan ser, El Derecho a la Vida, a la Libertad, A la Salud, a la Identidad, a la Intimidad, a la Imagen.

3.1 El Derecho a la Vida

A partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la vida se encuentra explícitamente garantizado en la Constitución Nacional, a través de su reconocimiento y protección en tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional.

Su expresión normativa más elocuente resulta ser la inexistencia de Pena de Muerte, cuestión que también se verifica en Brasil, con la salvedad de "Grave crimen de naturaleza militar cometido durante tiempos de guerra", aunque abolida para tiempos de paz en 1988.

En Argentina la Abolición de la Pena de Muerte es absoluta (Ley 23.077, Boletín Oficial, 27-08-1994)

El Derecho a la vida es el derecho que precede todos los demás derechos.

a) El Aborto en la Argentina: La Argentina ha tenido un tratamiento errático en relación a la persona humana.

El Código Civil (Ley 340, R.N. 1863/69, pag. 513) decía en su art. 70 “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”

Este concepto se vio ampliado en virtud de la Ley 23.054 (Boletín Oficial, 27.03.1984) que incorporó a nuestro ordenamiento la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida igualmente como Pacto de San José de Costa Rica en donde se dice, art. 1, “Toda persona tiene derecho a que respete su vida. Este derecho está protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción”

Esto permitió ampliar la concepción de “vida humana” a la fecundación extracorpórea, debate que aún continúa en nuestro país.

En la Argentina la interrupción del embarazo constituye un delito, salvo en situaciones particulares.

Así lo establece el art. 86 del Código Penal (03-11-1921) que señala que no es punible la práctica cuando sea realizado por un médico, con consentimiento de la mujer y si se ha hecho (1) con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; (2) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.

La Suprema Corte de Justicia Argentina (en fallo “F. A. L S/Medida Autosatisfactiva”, Fallos 335:197, 13.03.2012) confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut que, en marzo de 2010 autorizara la realización de la práctica de aborto respecto de la joven A. G de 15 años de edad, quien quedara embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrastro. De esta manera, rechazó el recurso extraordinario que, en representación del *nasciturus*, interpusiera el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut. La Corte aclaró que, no obstante que el aborto ya se había realizado, se configuraba uno de los supuestos de excepción que, según su jurisprudencia, la autoriza a pronunciarse. Esto

teniendo en cuenta: a) que el tiempo que implica el trámite judicial de cuestiones de esta naturaleza excede el que lleva su decurso natural, b) que era necesario el dictado de un pronunciamiento que pudiera servir de guía para futuros casos análogos y c) estaba comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

En los hechos solo se exige una declaración jurada de la víctima en torno al supuesto de violación, lo cual determinará que la institución o el médico practiquen el aborto o bien suministren medicación al efecto para lograr dicho cometido.

Recientemente la temática ha tenido gran exposición puesto que se ha aprobado con media sanción del Congreso el proyecto de ley que despenaliza el aborto.

En líneas generales, la interrupción del embarazo deja de ser punible en la medida que se efectúe hasta la semana 14 de gestación y cuente con el consentimiento de la mujer.

Podrá realizarse en cualquier momento del embarazo si el mismo es producto de una violación, o si corriera peligro la vida de la mujer o si resulta inexistente la posibilidad de sobrevivencia del feto (anancefalia)

La iniciativa contó con un apoyo masivo de muchas mujeres y jóvenes argentina/os.

b) La Muerte Digna. La Eutanasia. El Suicidio: La Ley 26.529 (BO, 20/11/2009) de Derechos de los Pacientes explicitó por primera vez una serie de derechos largamente discutidos en la Argentina. En primer término, la mencionada ley clarifica algunas cuestiones esenciales, como la propiedad de la historia clínica en cabeza de los pacientes, pero también incursiona en un terreno que hasta ese entonces carecía de concreción.

Estipuló el derecho de los pacientes a dar “directivas anticipadas” sobre su salud, esto es instrucciones en caso de ocurrir un evento de salud que impidiera decidir en ese momento.

De este modo, los pacientes pueden explicitar anticipadamente, en caso de coma, por ejemplo, su deseo de ser mantenido vivo en

forma artificial mediante instrumentos médicos, o -en cambio- rehusar estos tratamientos.

Esta ley fue modificada mediante Ley 26.742 (BO, 24-05-2012) modificando el inciso e) del artículo 2° de la Ley 26.529 que facultó al paciente *"a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. . .en el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. . ."*

La Eutanasia, en cambio, no está autorizada legalmente en Argentina, no se encuentra tipificada como delito específico, siendo que en caso de prácticas eutanásicas se considerará un homicidio.

El suicidio no está penado en Argentina básicamente porque de concretarse este no existiría sujeto para aplicar la sanción. El intento de suicidio, que implica la supervivencia del afectado, no está penado por razones de política punitiva, puesto que se entiende que se agravaría aún más el estado deficitario de la persona si a todo su cuadro se le sumara una penalidad.

3.2 Derecho a la Libertad

El Derecho a la Libertad es abarcativo de diversos aspectos.

Hablamos de Libertad cuando nos referimos a nuestra libertad ambulatoria, pero también hablamos de Libertad en términos de libre albedrío, es decir, la que garantiza que nuestros actos sean libres, consentidos, voluntarios y no impuestos.

Se habla también de Libertad Moral, que es aquella que se vincula con nuestras más íntima convicciones y preferencias. Desde aquí hablamos de Libertad Religiosa, Sexual.

a) Libertad Ambulatoria: El Derecho a la Libertad, fundamentalmente ambulatoria, es el que resulta afectado en caso de la comisión de ilícitos, pero el sistema Argentino garantiza que ello solo puede ocurrir en la medida que medie un Debido Proceso o Derecho de Defensa.

En materia penal muchas veces se dice que estamos frente a un sistema "garantista", de poca severidad, todo lo cual está en el foco de las críticas de la opinión pública.

A nuestro entender el sistema es correcto. El problema radica en que los procedimientos se realizan de manera deficiente, muchas veces por falta de infraestructura o de capacitación. Ello, lógicamente, deriva en nulidades que da por resultado delincuentes libres, ya sea por fallas en el procedimiento o por falta de pruebas.

En otros casos se da el paradigmático caso de víctimas que se defienden, a veces con muerte del delincuente, y terminan siendo juzgadas severamente por tales hechos.

b) Libre Albedrío: En cuanto al Libre Albedrío, o libre voluntad, ello viene avalado por normativa fundamentalmente civil, que garantiza la libertad de actos de las personas. Ello es determinante de la libertad contractual, de empresa, de ocupación. El Código Civil sanciona con Nulidad los actos realizados con uso de violencia física o moral, e inclusive cuando media notoria diferencia entre una y otra parte.

Este aspecto de la libertad ha sido esencial en la consagración de los Derechos del Consumidor, en donde la falta de información es determinante de la lesión de este principio. Se considera que si el consumidor no ha sido bien informado no ha elegido con libertad. Los Derechos del Consumidor (del mismo modo que en Brasil) tienen cada vez más recepción, y cada vez más se les facilita el acceso para reclamar y/o plantear juicios.

c) Libertad Moral: Finalmente tenemos a la Libertad Moral. La Ley es estricta al respecto y declara como prohibida toda condición

que imponga, por ejemplo, cambiar de religión, casarse con determinada persona, etc.

Esto abarca, por ejemplo, la libertad sexual, que en Argentina ha registrado una evolución notoria. Más allá que la sociedad viene aceptando desde hace ya mucho tiempo la diversidad sexual, muchos derechos sociales y económicos le eran cercenados a parejas del mismo sexo.

Si bien a la fecha al menos 26 países han reconocido este derecho, Argentina fue el primer país de Latinoamérica en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618 y Decreto 1054/2010 (BO, 22-07-2010)

Como en Argentina el matrimonio legal confiere una serie de derechos sociales y económicos de gran importancia, la institución ha tenido gran éxito.

Lamentablemente no ha avanzado con la misma velocidad la posibilidad de formar familia por parte de estos matrimonios. Si bien la adopción, por ejemplo, podría ser requerida por un matrimonio de dos hombres, ello, en la práctica se ve seriamente dificultado, ya que interviene en estos trámites la Justicia, cuyos integrantes -en muchos casos- tienen fuertes vínculos con la Iglesia.

Asimismo, tampoco se logró concretar la figura de la Maternidad Subrogada o Gestación Solidaria, y ello impide, por ejemplo, que una pareja de hombres pueda concretar el sueño del hijo propio, siendo que siempre que lo desee deberá recurrir a una mujer para dicha gestación, quien, conforme el Código Civil y Comercial será indiscutiblemente la madre. (art. 561)

d) La Discriminación: Esta temática nos traslada automáticamente al terreno de la Discriminación.

El art. 75 de la Constitución Nacional incs. 17 y 19, aluden al reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, y a la promoción de la igualdad de oportunidades y posibilidades, sin discriminación alguna.

El Art.43 de la Constitución de la Nación Argentina, concede la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y la Ley

23.592 (BO, 05-09-1988), en su art. 1º dice: *"Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de cualquier modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionado. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorias determinados por motivos tales como la raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos"*

El debate más rico que actualmente se está dando en la Sociedad Argentina se vincula, de algún modo, con esta cuestión. Me refiero a la cuestión de Género.

e) La Cuestión de Género: Argentina, como muchos países de tradición hispana, acarrean una formación cultural que podría llamarse "machista" y si bien formalmente las mujeres ocupan cada vez más espacios en la vida pública, en los ámbitos laborales y sociales, lo cierto es que hay cuestiones vinculadas al género que continúan muy arraigadas y están tan incorporadas en nuestra idiosincrasia que nos parecen casi naturales.

Por ejemplo, la licencia por nacimiento de hijo es de dos días para los hombres. Las mujeres, aún cuando hagan iguales tareas que un hombre, cobran menos salario. Las publicidades de ciertos productos se dirigen casi exclusivamente a las mujeres (por ejemplo, productos de limpieza), quienes a la vez, son reveladas como "expertas" en esos menesteres, a diferencia de los hombres que son presentados como "ineptos" para tales lides.

Recién en el año 1999 desaparecieron del Código Penal conceptos como el de "honestidad" y se reemplazó la alocución "abuso deshonesto" por "abuso sexual"; desapareció el concepto de "mujer honesta" en el estupro; se reemplazó "intenciones deshonestas" por la "intención de menoscabar la integridad sexual" en el rapto. Es decir, habría o no delito dependiendo de la existencia o no de la llamada "honestidad" de las víctimas.

El cuidado de los niños es atribuido casi exclusivamente a las mujeres, aun cuando se desempeñen en otros puestos, fuera de su casa, como los hombres.

Este cambio cultural se ha visto corporizado en las recientes movilizaciones que pretenden concientizar acerca de la violencia de género y también en ocasión de la despenalización del aborto.

f) Las Personas Con Discapacidad: En procura de garantizar la Igualdad también la legislación ha hecho fuerte hincapié en normativa que ampara a las personas mayores y/o con discapacidad. De cualquier modo, la Argentina, a nuestro entender tiene una gran cuenta pendiente con los mayores adultos, a quienes muchas veces (generalmente luego de los 40 años) se les torna de gran dificultad conseguir trabajo.

3.3 Derecho a la Integridad Física y a la Salud

a) Fuentes, Ámbito de Aplicación y Amplitud: Los Derechos previamente analizados (a la Vida, a la Libertad) se relacionan directamente con este Derecho a la Integridad Física y a la Salud, contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica, 1969–, que en su artículo 4º establece que *toda persona tiene derecho a que se respete su vida*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 23.313, BO 13-05.1986) –1966–, establece en su artículo 6º que *el derecho a la vida es inherente a la persona humana*.

Por su parte la Declaración Universal de Derechos Humanos –1948– establece en su artículo 3º que todo individuo tiene derecho a la vida y, en el artículo 25, párrafo 1º, reza: *toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación y el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios*.

Cabe destacar también la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (BO 08-05-1968) – 1965 –, que en su artículo 5º, apartado e), inciso IV),

establece que *es deber de los Estados garantizar el derecho a la salud pública y a la asistencia médica.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –1948– establece en su artículo 1º que *todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad*, y en su artículo 11 reza: *toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada.*

Asimismo la Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer (BO, 03-06-1985) –1979–, promulgada por la República Argentina en 1980, establece en su artículo 11, párrafo 1º, apartado f), *la protección de la salud*, y el artículo 12 prevé *el acceso a la atención médica.*

La Convención de los Derechos del Niño (BO 22-10-1990) –1989–, que en su artículo 24 establece que se reconoce el derecho *al disfrute del más alto nivel posible de salud y al servicio para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.*

No podemos obviar por su trascendencia e importancia, al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (BO, 13-05.1986) –1966–, que contiene las previsiones más completas y de mayor alcance sobre el derecho a la salud dentro del sistema internacional de los derechos humanos, entendiendo por salud conforme la Organización Mundial de la Salud (OMS), como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad.

En tal sentido resulta clarificadora la Observación General 14 del 11 de agosto de 2000, (apartado 8 del Pacto), que no sólo reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sino que abarca aquellas condiciones socioeconómicas que posibilitan llevar una vida sana, abarcando un sinnúmero de aspectos.

Lógicamente, tanto la legislación civil, como la jurisprudencia han consagrado la reparación económica a favor de toda víctima de un daño a la integridad física, como el daño estético, es decir, debe repararse toda proyección que ese daño pueda trasladarse sobre la vida individual, familiar, social, o de relación de la víctima, en un concepto que se ha denominado de la "reparación integral".

Finalmente y en este aspecto, cabe recordar el apartado 33 del Pacto en análisis que expresa que al igual que en los casos de todos los derechos humanos fundamentales, el derecho a la salud impone tres (3) niveles de obligaciones a los Estados: El deber de Respetar, La obligación de Proteger y La obligación de Cumplir.

Esta última obligación implica dar plena efectividad al derecho a la salud, y que su reconocimiento no se limite a meras declamaciones, sino que los Estados dicten todas las medidas necesarias tanto de carácter legislativo, como asimismo administrativas, presupuestarias y judiciales.

Tanto la nación como las provincias son responsables del debido cumplimiento de estas obligaciones internacionalmente contraídas, siendo el Estado nacional su garante último.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado numerosos fallos que han ratificado estos derechos y también el rol que el Estado debe cumplir antes esas situaciones y se diría que casi cualquier abogado de la Argentina ha promovido –con éxito– procesos judiciales por cuestiones vinculadas a la Salud.

Esta directriz ha determinado por ejemplo, que en Argentina ciertas enfermedades y patologías tengan coberturas médicas de un 100% por parte de Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga, y en defecto de estas, por parte del Estado. (Caso del Cáncer, Enfermedades Mentales, etc)

Esto, lógicamente, no deja de generar polémica, como por ejemplo, cuando se requiere al sistema de salud –por la vía judicial– la cobertura de prestaciones que a veces resultan fronterizas, como por ejemplo, asistencia de salud, vivienda, etc. a ancianos. O en supuestos en donde se prescriben prótesis importadas, muchísimo más onerosas que las que se comercializan en el país, o de origen nacional.

b) Libertad y Derecho a la Salud. Un Caso Judicial: Fue en el marco de la discusión de este derecho que se dio un interesante debate judicial.

¿El Derecho a la Salud puede ser impuesto?

¿Puede el propio sujeto afectado a negarse a ser cuidado en su salud?

En el año 1989 Marcelo Bahamondez (Fallos, 316:479) fue internado en el Hospital Regional de Ushuaia como consecuencia de una hemorragia digestiva y se negó a recibir transfusiones de sangre, por su condición de testigo de Jehová. Los médicos tratantes, acudieron a la justicia para que se autorice tal tratamiento.

El Juez de primera instancia y la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia autorizaron las transfusiones de sangre, no obstante la negativa del paciente, debido a que entendieron que la negativa de Bahamondez implicaba un suicidio realizado por medios no violentos. Dada esta situación, a través de su defensor oficial, Bahamondez llegó hasta el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación.

Si bien cuando se pronunció la Corte (cuatro años después) el paciente había sido dado de alta, sin habersele realizado ninguna transfusión, por lo que el debate era materialmente inoficioso, varios de sus jueces se pronunciaron al respecto, señalando que –dado el derecho existente en materia de libertad religiosa- si el paciente objetaba el tratamiento en razón de ello, no cabía imponerle ningún tipo de tratamiento médico, siendo admisible que lo rehusara ya que el art. 19 de la Constitución Nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio, ordenando la convivencia humana.

c) Libertad y Derecho a la Salud e Integridad Física en el Código Civil y Comercial: Ha quedado fuera de toda discusión el concepto de "cuerpo" como cosa. Igual suerte corren las partes renovables de este, en la medida que el sujeto no se haya desprendido material y jurídicamente de ellas. Se hace la salvedad de la "sangre humana", recurso que está regulado especialmente mediante la Ley 22.990 (BO, 15-09-1975)

Pero los alcances en torno a estos derechos quedaron claramente establecidos en el Código Civil y Comercial (Ley 26.994,

BO 08.10.2014), que comenzó a regir a partir del 01 de agosto de 2015

El art. 17 estipula que "Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales"

El art. 51 complementa este criterio destacando la "Inviolabilidad de la persona humana"

El art. 55 estipula que "El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable"

Y lo complementa el art. 56 que señala que *"Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable"*

El Art. 57 prohíbe toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia y el art. 58 estipula los requisitos exigidos para las investigaciones médicas en seres humanos.

Finalmente el art. 59 exige *"El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud"* destacándose que *"ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado"* y que *"nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario"*

Solo se excluye el consentimiento exigido si la actuación del médico es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

El art. 60 consagra el concepto de "directivas médicas anticipadas", esto es las que imparte la persona plenamente capaz respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad", aunque aclarando que *"las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas"*

Finalmente, el art. 61 estipula la libre disponibilidad del propio cadáver, al cual se le puede dar el destino deseado (fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar)

La consagración explícita de estos derechos soluciona muchísimos aspectos que se presentan fundamentalmente, en la práctica médica.

d) La Ley de Transplantes: Si bien desde el año 1993 la Argentina cuenta con una Ley de Transplantes y si bien, pese a su antigüedad, recoge muchos principios que se han consolidado mediante la sanción del Código Civil y Comercial, fue la Justicia la encargada de resolver la cuestión en aquellos puntos polémicos.

Por caso, La ley 24.193 (BO, 26.04.1993) no contemplaba la posibilidad de donación entre personas no relacionadas por un vínculo de parentesco (por ejemplo, entre amigos), y fueron los Jueces los que terminaron convalidando esta práctica.

La Ley 26.066 (BO 22-12-2005) modificó en gran parte la regulación vigente al establecer, en relación a implantes de órganos cadavéricos, que toda persona mayor de 18 años que antes de morir no haya manifestado expresamente su voluntad, en contra de la ablación de sus órganos, presume tácitamente la autorización, quedando a salvo la oposición de los parientes, dentro de los límites de la ley, lo que se ha denominado "Donante Presunto".

A la fecha de redacción de este artículo (Julio 2018) se aprobaba el proyecto de modificación de la ley mencionada, estableciendo que toda persona fallecida será donante, salvo que haya formulado oposición en vida.

3.4. Derecho a la Identidad

El Derecho a la Identidad es de especial relevancia en la Argentina, dados ciertos hechos y acontecimientos históricos que nos remontan a las primeras palabras de esta exposición.

En efecto, durante los años de Gobierno Militar se verificó la apropiación de menores de edad, niños muy pequeños, que fueron entregados ilegalmente a familias que los terminaron criando como sus hijos. Familiares de sangre encararon la búsqueda de estos menores procurando el castigo a los apropiadores, que eran -a la vez- quienes habían asumido el rol de padres o madres de estos menores.

Más allá de estos pormenores, que exceden el cometido de este trabajo, este estado de cosas determinó que se pusiera atención en este derecho, como esencial a la condición humana, es decir, tener noción del propio ser, de sus orígenes, de su entorno, de su historia.

Frente al advenimiento de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que incluyen la donación de embriones y/o de gametos, el concepto adquirió una nueva perspectiva.

Hablamos de una identidad genética (o de salud) y de una identidad que llamaremos *personal*. El Nuevo Código, en su art. 564 lo resuelve del siguiente modo: Se pueden obtener datos de salud del donante directamente del establecimiento médico, pero solo se revelará su identidad por "*razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial*"

En efecto, si bien la donación de óvulos o semen había sido hasta la sanción de Código Civil y Comercial, absolutamente anónima, el nuevo ordenamiento establece que tal anonimato cede frente al pedido expreso de la persona nacida mediante estas técnicas, aunque se exige intervención judicial en caso de que se requiera conocer la identidad personal del donante.

Un derecho similar le cabe, conforme art. 596 del CCyC, al adoptado, quien puede acceder al expediente administrativo en virtud del cual se otorgó su adopción.

Finalmente, cabe señalar que en Argentina rige la Ley de Identidad de género 26.743 entendiéndose por ello "*la vivencia*

interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (art. 2)

Esto autoriza a que toda persona pueda *“solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida” (art. 3)*

Si bien la norma constituye un notorio avance en materia de igualdad, la expresión del género en base a la *autopercepción* da lugar para la polémica.

En un caso emblemático, se dio recientemente la siguiente situación. Un empleado de ANSES, una agencia nacional que gestiona las prestaciones a jubilados, pensionados, etc, se presentó ante el Registro Civil manifestando *autoperibirse* como mujer y mudó su nombre de "Sergio" a "Sergia".

Como en la Argentina las mujeres obtienen su jubilación a los 60 años y los hombres a los 65, esto le permitió a este señor -hoy señora- acogerse a los beneficios jubilatorios cinco años antes de lo que hubiera correspondido en base a su condición de hombre.

Más allá de su derecho, muchos sostienen que el cambio de género fue dispuesto expresamente para obtener este beneficio y en la sociedad se debate, entonces, al respecto, sin que por el momento existan definiciones.

En base a este caso muchos sectores pide unificar la edad jubilatoria para ambos sexos.

3.5. Derecho a la intimidad, a la imagen. Derecho de réplica

a) Derecho a la Intimidad: Ya en el Código Civil -y en virtud de la reforma de la Ley 21.173 (BO 22-10-1975) - establecía en el art. 1071 bis, lo siguiente: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiéndolo correspondencia, mortificando a otros en

sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad. . . será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización . . . podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”

La norma, sin mayores variantes es reproducida por el código civil y comercial, bajo el título “Protección de la Vida Privada” (art. 1770)

La génesis finca en el art. art. 19 de la CN, cuando dice *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*

Aquí los constituyentes otorgaron rango constitucional al ámbito de intimidad de las personas, dentro del cual cada uno puede hacer lo que quiere siempre que no dañe derechos de terceros ni atente contra el orden público.

En este carril también hallamos a la Inviolabilidad de la correspondencia, que en el Código Civil y Comercial tiene expresa contemplación en su art. 318: *“La correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, . . . la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. . .”*

La novedad en relación al anterior articulado radica en que habla de correspondencia *“cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla”*, lo cual refiere claramente a los medios audiovisuales y no solo a la correspondencia en papel.

b) Derecho a la Imagen: En cuanto al derecho a la imagen, tradicionalmente esta estuvo protegida por el art. 31 de la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual. (BO 30-09-1933). El Código Civil ratifica y amplía este criterio, al establecer en el art. 53 Código Civil y Comercial lo siguiente:

“Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: (a) Que la persona

participe en actos públicos;(b) Que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, . . . ;(c) Que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante . . . Si hay desacuerdo . . . resuelve el juez. Pasados 20 años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre”.

La protección original era a la "imagen" y el código civil la extiende a la "voz"

A nuestro entender el Derecho a la Imagen es un derecho autónomo, pero se integrado al principio de la inviolabilidad y dignidad de la persona humana (arts. 51 y 52 CCyC), que a su vez está íntimamente ligado a la honra y a la privacidad.

Este derecho confiere a su titular la facultad de impedir, que otras personas capten o reproduzcan su imagen sin su consentimiento, y no se requiere, para tutelar este derecho que medie necesariamente un fin comercial.

c) Derecho de Réplica y Habeas Data: Si bien estos derechos son en rigor herramientas para la protección ante la eventual lesión de Derechos Personalísimos, consideramos que el Derecho a Réplica es digno de analizarse fundamentalmente por el origen que tiene el mismo, hoy indiscutido, pero de génesis jurisprudencial.

Hasta 1992, ni la Constitución ni la jurisprudencia reconocían ese derecho aplicado al campo mediático comunicacional. Recién en 1994, cuando la Ley Argentina incorporó el Pacto de San José de Costa Rica, este derecho tuvo expresa consagración. De cualquier modo, al no estar reglamentado, su implementación procede, en la mayoría de los casos, por la vía judicial.

En un programa televisivo se realizaba una entrevista a un polémico escritor -Dalmiro Sáez- que tuvo expresiones -para ese entonces irreverentes- acerca del cuerpo de la Virgen María, que estaba retratada en una pintura que supuestamente se hallaba en El Vaticano.

Un televidente argentino, Miguel Ángel Ejkmekdian se sintió agraviado en sus convicciones y sentimientos religiosos y demandó

a que el presentador del programa, Sr. Sofovich leyera una carta que le había enviado, repudiando las declaraciones del Sr. Sáez.

El presentador televisivo se negó y comenzó una batalla judicial en la que la Corte Suprema Nacional resolvió que tal derecho sí era aplicable en nuestro país y que la extensión de su aplicabilidad alcanza la defensa de intereses ideológicos de alguien que no ha sido mencionado de forma explícita en el programa. (Autos: *"Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros"*, Fallos 315:1942)

El propósito de este instrumento es esclarecer un dato, una información o noticia mal difundida, o aclarar una situación equivocada hecha pública. Se busca la corrección adecuada de esos aspectos o cuestiones erróneos, falsos o injuriantes, dados a conocer al público en general por un medio de comunicación.

En el mismo carril protectivo encontramos al Habeas Data, mecanismo procesal sumarisimo por el cual una persona puede acceder a un registro o banco de datos, sea público o privado, para controlar la veracidad de la información que sobre esa persona posee un tercero, con derecho -inclusive- de suprimir información si fuera falsa, o evitar que sea utilizada con fines distintos a los de creación del almacenamiento o con fines discriminatorios.

Este derecho fue dispuesto en virtud de la ley 25.326 (BO 02-11-2000) quedando reglamentado finalmente el ingreso y conocimiento de los datos propios que consten en distintas bases de datos.

Si bien la ley limita la acción a *"bases de datos destinadas a dar informes"* en los hechos el acceso es a toda base de datos.

Es una herramienta muy utilizada en nuestro país, sobretodo en razón de que las empresas absorben los datos de las personas para luego usarlos con fines comerciales.

3.6 Crisis en torno a la Protección de Ciertos Derechos

a) Protección Legal Insuficiente: La expansión de los medios audiovisuales, las nuevas aplicaciones informáticas y fundamentalmente la Internet han puesto en contradicción dos derechos fundamentales: La Libertad Vs. la Intimidad.

La dinámica de las redes permite que cualquier persona pueda publicar una foto, una historia, un video con impacto en millones de receptores, quienes, a su vez tienen la facultad de difundir esta publicación con solo apretar una tecla, y con un alcance que supera todas las fronteras.

Esta difusión es posible en razón del Libre derecho de expresión y de publicar las ideas, siendo la libertad -justamente- la base de la expansión de la increíble herramienta que resulta ser Internet

Pero sin perjuicios de los beneficios que ha traído -y que trae- esta interconexión global desde todo punto de vista, también es cierto que ha comprometido seriamente el honor y/o la intimidad, al punto que suprimir información en la red es muy difícil, e inclusive ha tornado ha tornado ineficaz el derecho a réplica.

El Derecho a réplica tiene razón de ser en un soporte físico, esto es, papel y fue pergeñado fundamentalmente para las publicaciones de difusión masiva. La intención es dar al afectado por la publicación -y ante la imposibilidad de impedir una difusión que ya se había concretado masivamente- un mecanismo para que su aclaración, su punto de vista, obtuviera idéntico carril de difusión. Lógicamente que esto no funciona del mismo modo en Internet, en donde si podría ser procedente el Habeas Data.

Sin embargo, los gigantes de Internet (léase, buscadores) no admiten modificar informaciones que son claramente falsas y/o agraviantes, amparándose en el derecho a la libertad de expresión, razón por la cual hasta la herramienta del habeas data se torna de poca eficacia.

Todo aquello que una persona vuelque en las redes, aún cuando lo haga bajo claves puede ser accedido de una u otra manera.

El público cree que estas claves, etc, garantizan su intimidad, pero lo cierto es que ello es bastante discutible, desde el momento que toda esa información queda alojada en servidores que pertenecen a empresas, que utilizan esos datos con distintos fines.

No todas las personas saben que cuando acceden a un servicio como *Facebook, Instagram, Twitter*, por mencionar solo algunos, están autorizando intromisiones en su intimidad que -en rigor- pocas veces son sopesadas como correspondería.

Los instrumentos legales para frenar a estos monstruos del Ciberespacio han resultado hasta ahora insuficientes, ya que nadie discute los mayores beneficios de la libertad en las redes por sobre los controles, que son vistos como una forma de censura.

b) Errática Reacción de los Tribunales Argentinos: Sin perjuicio de ello, es conocido por todos nosotros el perjuicio que puede provocar una difusión indeseada en las redes y lo cierto es que ante los casos concretos que se ventilaron en la Justicia Argentina, esta tuvo una reacción errática.

Concretamente en Argentina se dio el caso de una modelo, la Srta. Maria Belén Rodríguez, cuya imagen aparecía asociada a sitios de contenido erótico y/o pornográfico y que fue resuelto en el marco de los autos "*Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*" el 26.10.2014

La afectada pidió Daños y Perjuicios y solicitó el cese del mencionado uso y la eliminación de todas las vinculaciones, lo que fue aceptado en una primera instancia, pero la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, revocó parcialmente la sentencia de primera instancia, por cuanto rechazó el reclamo contra Yahoo, y lo admitió respecto de Google, reduciendo el monto indemnizatorio y, dejando sin efecto lo resuelto por el juez de primera instancia.

La Corte ha armonizado la interpretación entre los dos derechos que se encontraban en juego, por un lado el derecho a la libertad de expresión y de información, y por el otro el derecho al honor y a la imagen, ambos de raigambre constitucional.

La Corte determinó que es relativa las responsabilidades de los "buscadores" y que no tienen una obligación general de monitorear los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web. Se dijo que actúan

como meros intermediarios y, en principio, irresponsables por esos contenidos que no han creado.

Pero destacó la Corte que si el Buscador hubiera sido suficientemente advertido y continuara exhibiendo el material ilícito, a partir de allí le correspondería responsabilidad.

Tal vez más importante fue la definición de la Corte, en el sentido que no resultaba aplicable el Art. 31 de la Ley 11.723, es decir la norma que establece la exigencia del consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen, en razón, justamente, de tal calidad de “intermediarios” de Google, por ejemplo.

Finalmente, y de conformidad con el Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sostuvo que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser interpretada en forma restrictiva, y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad, razón por la cual, teniendo la tutela preventiva no resultaba aplicable.

La demanda fue rechazada totalmente, aunque con las disidencias de dos de sus Jueces, quienes sostuvieron que la vía intentada es una tutela judicial de un derecho personalísimo que resulta compatible con la libertad de expresión, concluyendo que la pretensión resulta admisible siempre y cuando se identifique con precisión cuáles son los enlaces asociados a su persona y se compruebe el daño que la vinculación ocasiona.

El fallo fue celebrado por los Gigantes de Internet, quienes muy lejos de sus declamaciones de libertad, persiguen evidentes propósitos comerciales.

c) La buena senda judicial – Fallos Ingleses y Europeos: Recientemente, en 13.04.2018 (NT1 & NT2 v Google LLC [2018] EWHC 799 (QB) Mr. Justice Warby, www.judiciary.uk, 13.04.2018), el Tribunal Superior del Reino Unido falló a favor de un empresario inglés que inició un juicio contra Google para que retire de los resultados en los que aparece relacionado con un delito cometido en el pasado.

El hombre, previamente, había solicitado a Google que eliminara los resultados de búsqueda sobre su condena, incluidos enlaces a artículos de noticias, afirmando que ya no eran relevantes.

Ya en 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2014, (Asunto C-131/12, 13.05.2014, Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos [AEPD], Mario Costeja González, <https://eur-lex.europa.eu>), falló a favor del español Mario Costeja González, quien le había solicitado a Google que eliminara información sobre su historial financiero.

El caso se vincula con un abogado español, que en el año 1998 vio aparecer su nombre en dos anuncios publicados en La Vanguardia como dueño de una propiedad sacada a subasta por un embargo a causa de deudas. El buscador indexó su nombre y dicho dato permaneció durante años siendo exhibido.

En 2009, el abogado intentó sin éxito que Google suprimiera el enlace que lo vinculaba con esa información. Un año después, la agencia de protección de datos española le dio la razón y ordenó Google a suprimir la información. Google apeló y la Justicia española remitió el caso al Tribunal europeo, que decidió la supresión de los datos indicados, siendo que los mismos carecían ya de relevancia, avalando lo que se conoce como "Derecho al Olvido".

En Argentina el Derecho al Olvido está regulado por la Ley de Habeas Data, citada más arriba, y establece que la exhibición de los datos no podrá ser más allá de los cinco años en retrospectiva.

4. CONCLUSIONES - LA IMPORTANCIA DE LA DEMOCRACIA EN LA IMPLEMENTACION Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Argentina, en estos últimos treinta años, ha dado grandes pasos en relación a los Derechos Personalísimos.

En todo este proceso es interesante observar que han contribuido todos los Poderes del Estado, quienes se han visto -en muchos casos- urgidos por los cambios sociales y por la opinión

pública, nacional e internacional, que cada vez más reclama por estos derechos.

Varios debates continúan pendientes y constituyen una deuda con la sociedad, como resultan ser los casos de la cuestión de género y del aborto.

También se exige un profundo debate acerca de la intimidad de las personas en el actual contexto de interconexión que existe a través de la tecnología.

Falta mucho, faltan precisiones y faltan herramientas aún, pero más allá de ello, habrá que hacer -por sobre todas las cosas- un reconocimiento especial a la Democracia, pues aún con sus imperfecciones y desvíos continúa siendo el sistema que nos permite avanzar y seguir conquistando derechos.

Todas las normas citadas, nacionales e internacionales, provienen de un debate democrático y libre, y si bien -como se dijera- hay mucho para mejorar e implementar, los instrumentos referidos resultan incuestionables y su implementación práctica ha sido más que satisfactoria.

Es por ello que, con fervor, adherimos a los aniversarios que motivan esta publicación y nos sumamos a las celebraciones, deseando que cada día se consoliden aun más los Derechos Personalísimos y que se superen los obstáculos y limitaciones que todavía persisten.

Nosotros, como hombres de Derecho, intentáramos estar a la altura de las circunstancias, aportando a la difusión y a la defensa de este patrimonio esencial de las personas, ello siempre en un ámbito de Plena Libertad y Democracia.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PONDERAÇÃO DE INTERESSES: O “INTERESSE PÚBLICO” À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

Roberta Alessandra Pantoni
Alexandre Walmott Borges

Introdução

A delimitação das feições e finalidades da Administração Pública acompanhou a evolução da concepção de Estado, mas foi com o Estado de Direito que suas bases, numa perspectiva contemporânea, começaram de fato a ser assentar.

O chamado Estado de Direito emergiu da formação do chamado Estado Liberal (também denominado Estado abstencionista). Este, fruto, por sua vez, das revoluções liberais ocorridas entre os séculos XVIII e XIX e da necessidade de controlar a atuação do Estado Absolutista tardio (Estado de Polícia)¹, trouxe como postulados fundamentais o princípio da separação dos poderes (pressuposto da formação do direito administrativo)², o princípio da legalidade como fundamento da atividade administrativa e a afirmação dos direitos de liberdade dos indivíduos (direitos de primeira geração ou dimensão) como limites à atuação estatal.

¹ No último período do Estado Absoluto parte da Europa conheceu o chamado “Estado de Polícia” cujos pontos fundamentais seriam o grande aumento da atividade administrativa e intromissão profunda e opressiva na vida dos particulares.

² O princípio da separação dos poderes, com antecedentes em Aristóteles e John Locke, consagrou-se e difundiu-se na formulação dada por Montesquieu significando a distinção das três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – atribuídas a três órgãos autônomos, que as exercem com exclusividade, ou ao menos preponderantemente.

Das insuficiências do Estado Liberal em enfrentar os períodos de crise econômica, precipuamente nos períodos da Primeira e Segunda Guerras, emergiu o que se convencionou chamar de Estado Social, caracterizado, por uma atuação positiva ou prestacionista, vez que voltado à implementação dos direitos sociais e econômicos (direitos de segunda geração ou dimensão) que passam a ser acolhidos pelas ordens jurídico-constitucionais da maioria dos países tido como ocidentais.

No contexto desta nova configuração de Estado, Estado Social, Estado-Providência, Estado Intervencionista ou Estado de Bem-Estar, a ordem jurídica transforma-se em instrumento para que se atinjam a metas sociais concretas, dentro de uma lógica distributivista e de organização de uma sociedade mais justa e igualitária.

Após a Segunda Guerra, inovações industriais e tecnológicas, impuseram a constitucionalização de novos direitos, agora de titularidade coletiva, denominados de pós-materiais (direitos de terceira e quarta geração ou dimensão)³. Dentre tais direitos, estaria a própria democracia, não mais sob a ótica da representação, mas pela via da participação direta dos particulares nas decisões estatais⁴. A democracia, como direito e princípio, passou a qualificar o próprio modelo estatal dos Estados que a acolheram.

Por certo, que da concepção do modelo de Estado adotado por uma dada Carta Política decorrem consequências no contexto das instituições públicas, sobretudo governamental e administrativa. No

³ Para um panorama da evolução/afirmação dos direitos fundamentais na história, bem como da discussão sobre ver: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁴ Sobre a "crise da democracia representativa" ou "déficit democrático"/"perda de vitalidade" da democracia contemporânea ver: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; BONAVIDES, Paulo. **Teoria da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003; COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos. **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo** São Paulo: Editora 34, 2004.

contexto do Estado Social a forma de agir da Administração modificou-se, face a novos papéis e ampliação de funções assumidas por aquela. Tal expansão se deu tanto em termos de estrutura (criação de novos entes administrativos, alguns inclusive com personalidade de direito privado), quanto em termos de atividade (novas atividades econômicas e sociais assumidas pela Administração Pública). No Estado (Social) e Democrático de Direito, todavia, a reivindicação será pelo aperfeiçoamento de tal estrutura por meio da criação de mecanismos de participação direta dos particulares nas decisões administrativas⁵.

Esta aproximação entre particulares e Administração Pública impõe, portanto, uma análise de como o “interesse público” deve ser entendido nos quadros do atual Estado (Social) e Democrático de Direito. Pretende-se, analisar especificamente a situação em que a Administração Pública, quando do momento do

⁵ Há uma vasta literatura dedicada à questão da “democratização”, “concertação” e “consensualização” da Administração Pública. Sobre tal temática vale a pena consultar: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos. **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Editora 34, 2004; MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 77, 01 jun. 2010. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585>.

Acesso em: 06 jan 2018.

MARRARA, Thiago (org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014; MODESTO, Paulo. **Participação popular na administração pública. Mecanismos de operacionalização**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 01 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2586>>. Acesso em: 10 jan. 2018; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010; PERES, Marcos Augusto. **Administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004; TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **Revista de Direito Público**. Rio de Janeiro, n. 209, p. 1-6, jul/set 1997.

agir e decidir administrativo, se confronta com uma situação de ponderação de interesses diversos. Para tanto, o parâmetro de análise adotado será a própria principiologia que rege a atividade da Administração Pública.

1. Administração Pública, função administrativa e a finalidade de satisfação do interesse público

A Administração Pública pode ser considerada sob dois aspectos: um subjetivo, como o conjunto de órgãos, pessoas jurídicas e agentes públicos a serviço do Estado, no desempenho de suas funções-deveres, e, outro objetivo, a expressão do Estado agindo em concretude para a satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual dos cidadãos e do progresso social.

Conforme Vasco Manuel Pereira da Silva (1995, p. 604), a

Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de Administração Pública que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao Poder político, em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo de que se serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder político e as operações, as atividades administrativas.

Neste sentido, seria a Administração Pública o “conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realidade de finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população.”(MEDAUAR, 1996, p. 45).

A doutrina busca identificar a função administrativa contrastando-a às outras funções estatais, partindo, portanto, de um critério residual. Assim, a função administrativa consistiria nas atividades não enquadradas, pela sua natureza, na legislação ou jurisdição.

Aduz Odete Medauar (1996) sobre a inaceitabilidade de se adotar um critério negativo para fixar um conceito. Salienta, ainda, que por outro enfoque, dizer que a função administrativa seria atividade subordinada, não autossuficiente, porque destinada à realização das diretrizes políticas fixadas por autoridades ou pela lei também mostra-se inadequado, visto que esta ideia decorre de uma concepção de Administração como mera executora da lei, o que não se coaduna com o atual modelo de Estado adotado pela Carta Política do Estado. Por outro lado, dizer que a função administrativa teria caráter de realização de tarefas e atribuições, sendo fundamental para sua identificação a projeção para os fins sociais não é totalmente inexata, porém este critério não serve para diferenciá-la da função legislativa e jurisdicional.

Marçal Justen Filho (2010, p. 39), define a função administrativa como o “conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob o regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional”

Assim, considerando que as atividades da Administração são desprovidas de unicidade, na medida em que elas se fragmentam em inúmeras, cada qual com suas características e técnicas próprias, Odete Medauar (1996, p. 54) identifica a função administrativa como sendo a atividade estatal que “coadjuva as instituições políticas de cúpula no exercício da atividade de governo; organiza a realização das finalidades públicas impostas pelas instituições políticas de cúpula; produz serviços, bens e utilidades para a população.”

A função administrativa, portanto, traduz a ideia de atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para benefício de um terceiro. Conforme Egon Bockman Moreira (2010, p. 35), o termo “função”, na esfera administrativa, significa vínculo incindível que une o poder outorgado ao agente e o dever que lhe é imposto ao alcance de determinado escopo estabelecido.

Como se trata de atividade administrativa pública, o fim ao qual se visa é sempre de interesse público, que assumirá a

conformação que lhe for dada por lei. (MOREIRA, 2010). Para o autor a administração pública “concretiza atividade qualificada pela tutela de interesses públicos indisponíveis, titularizados pela coletividade, diferentemente do particular que almeja, em regra, interesses particulares” (MOREIRA, 2010, p. 28).

Nesse sentido, emerge a *priori* a suposta ideia de uma supremacia de um interesse público sobre o particular, noção a ser analisada mais adiante.

2. Interesse público e Estado Democrático de Direito

A noção de interesse público, nos quadros do Estado Democrático de Direito, consubstancia-se na medida e finalidade da função administrativa, apresentando-se como princípio legitimador dos atos no âmbito da Administração Pública. Inicialmente a noção de interesse público estava ligada à separação entre esfera pública e privada, típica do século XIX, de maneira que ao poder público era dado atender interesses públicos, e ao particular cabia o trato dos interesses individuais. Por esta concepção, os interesses públicos e privados sempre seriam opostos.

Com a expansão do Estado intervencionista já se registravam interferências estatais em diversas áreas, muitas das quais pertencentes ao âmbito privado, resultando no fenômeno chamado por “publicização do privado”; e, concomitantemente, de maneira oposta, grandes grupos privados passaram a colaborar na administração das atividades de interesse geral, gerando a chamada “privatização do público” (MEDAUAR, 1999, p. 113). Todos esses fatores levaram à indeterminação do que se compreende por interesse público.

A expressão “interesse público”, por ser dotada de uma imprecisão conceitual e terminológica, é muitas vezes utilizada como equivalente ao bem comum, interesse geral, interesse coletivo ou interesse social. Não raro, costuma ser caracterizada em oposição ao interesse individual, ou seja, interesse privado de cada pessoa

(MELLO, 2001), o que pouco ou de nada contribui para a exata compreensão da expressão.

Desta feita, coloca-se mais adequado conceituar interesse público, não pelo que ele é, mas sim pelo não é (conceituação negativa/excludente). (JUSTEN FILHO, 2010). Assim, pode-se dizer que o interesse público perseguido pela Administração não é simplesmente um somatório de interesses individuais; não se identifica, ademais, com o interesse dos agentes públicos.

A atividade administrativa pauta-se na impessoalidade, de modo a imunizar o ato praticado de qualquer cunho individualista. E não é por razão outra que, pela especialidade de sua atuação, apresenta nítida distinção com a administração da coisa privada. (BACELLAR FILHO, 2003). Logo, a noção de interesse público não se confunde com o interesse do agente público, pois decorre diretamente da dimensão normativa do princípio da impessoalidade.

O interesse público não configura, tampouco interesse próprio do Estado ou da Administração Pública. A identificação do interesse público utilizando-se como critério a sua titularidade por si só não se justifica, pois há interesses públicos que não são necessariamente estatais, como por exemplo, os das organizações não governamentais. Tal critério conduziria ao raciocínio de que o interesse seria público porque atribuído ao Estado; e, se atribuído ao Estado, seria necessariamente público.

Com efeito, o Estado, tal como o particular, é também ele uma pessoa (jurídica), que existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. (MELLO, 2001). Isso faz com que tenha interesses que lhe são inerentes como tal (pessoa ou como parte numa dada relação jurídica). Esses não seriam interesses públicos propriamente ditos, mas interesses “particulares” do aparelho estatal ainda que tenham como escopo, mediatamente, o atingimento de interesses públicos. Tais interesses assemelham-se aos interesses de qualquer outro sujeito.

Esta distinção permite verificar a existência de interesses com características diversas, ou seja, aquilo que a doutrina classifica de

“interesse público primário” (originário) e “interesse público secundário” (instrumentais ou derivados)⁶.

De acordo com essa classificação, os interesses públicos primários são indisponíveis e os interesses públicos secundários possuem natureza instrumental, com características patrimoniais e que, por esse motivo, disponíveis, existindo para operacionalizar os primeiros.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2007, p. 225-226), para que o Estado possa servir de forma adequada à sociedade é necessário identificar quais “interesses” deverão ser por ele satisfeitos. Tais interesses são qualificados como interesses públicos que passam a ser denominados de interesses públicos primários ou interesses públicos secundários e que podem ser diferenciados por meio da função desempenhada pelo Estado.

Nesse sentido, de acordo com o entendimento do autor, as funções desempenhadas pelo Estado podem ser classificadas de “atividades-fim” e “atividades-meio”, sendo que as primeiras se referem às funções desempenhadas pelo Estado com vistas à satisfação dos interesses públicos primários e que dizem respeito às próprias necessidades da sociedade. Assim, o Estado para atingir as suas atividades-fim, tutela interesses extremamente relevantes para a sociedade, sendo por esta razão, considerados supremos e indisponíveis. Consoante o autor, pelo fato de estarem relacionadas aos administrados, referem-se ao que denomina de Administração Pública externa.

Já as “atividades-meio” servem para operacionalizar os interesses institucionais do Estado, referentes aos seus atos, pessoas,

⁶Conforme Diogo Figueiredo de Moreira Neto, deve-se à doutrina alemã o desenvolvimento da teoria do duplo grau que parte da distinção entre categorias ou níveis de poder: a categoria primária (*primäre Stufe*) e a categoria secundária (*sekundäre Stufe*), cabendo à esfera do público a decisão primária de poder, que se compreende em sua competência de agir, e à esfera do privado, a decisão secundária de poder, perfeitamente negociável, de escolher a melhor solução para atuar. Na doutrina italiana a teoria prosperou sob a denominação de *teoria del doppio grado*. (MOREIRA NETO, 2003, p.139).

serviços, entre outros, destinando-se, portanto, à satisfação dos interesses públicos secundários ou instrumentais e conformam-se ao que denomina de Administração Pública Interna. Por outro lado, para executar as atividades-meio, a indisponibilidade, em regra, é relativa, admitindo negociação e recaindo sobre os “interesses públicos derivados”. (MOREIRA NETO, 2007, p. 225-226).

Ante a isto, tanto a definição do interesse público, sua respectiva (in)disponibilidade, quanto a eventual “supremacia” sobre quaisquer outros interesses, igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico constitucionalizado, tais como as liberdades, os direitos e garantias fundamentais, passam a depender de análise fundamentada e ponderada em cada caso concreto, afirmando-se, desde logo, a impossibilidade jurídica de qualquer ação estatal desvinculada do fundamento constitucional e legal que possa lhe dar sustentação. Nesta tarefa, os princípios constitucionais assumem, portanto, papel de absoluta relevância.

3. Os princípios constitucionais administrativos: o art. 37 da Constituição Federal de 1988

O regime jurídico-administrativo constitucional consubstancia-se pelo conjunto de princípios de matriz constitucional que regem e orientam a compreensão do Direito Administrativo.

Entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 40) que os princípios são o “mandamento nuclear do sistema” jurídico, e por isso seu alicerce. São disposições fundamentais que devem servir de critério para exata compreensão e inteligência das normas que compõe todo o ordenamento jurídico, vez que definem a lógica e a racionalidade do sistema normativo.

Em sentido análogo, argumenta Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 23-25) que os princípios constitucionais são “os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado” e “conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado”.

A violação de um princípio implicaria, portanto, numa ofensa não apenas a um “comando específico, mas a todo o sistema de comandos”, representando assim, “insurgência contra todo o sistema e subversão de seus valores fundamentais”. (MELLO, 2001, p. 40).

Dada sua carga axiológica, os princípios acabam por apresentar duas funções específicas no ordenamento jurídico: uma função hermenêutica, de modo a servirem de parâmetros de interpretação das demais normas jurídicas; e uma função integrativa, suprimindo os espaços normativos em que não se verificam normas expressas para uma dada situação.

Como baliza de interpretação, são normas que ordenam que “algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”; “são mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. (ALEXY, 2011, p. 90).

Como normas aglutinadoras dos valores fundamentais de um sistema, são dotadas, portanto, de força vinculante, normatividade e imperatividade (HESSE, 1991), possuindo força normativa plena e sendo capazes de influenciar diretamente os destinatários de seus comandos, condicionando, assim, na esfera administrativa, toda a atividade da Administração.

O texto constitucional dispõe de forma expressa, no *caput* do art. 37, sobre os princípios a serem observados por toda a Administração Pública no exercício da função administrativa⁷.

É pacífico na doutrina e jurisprudência, outrossim, a existência de outros princípios implícitos do texto constitucional, ou da própria legislação infraconstitucional, que integram o arcabouço principiológico do direito administrativo, o que modifica a

⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

perspectiva de um Direito Administrativo respaldado somente na lei, ampliando-se, assim, o alcance e o sentido da legalidade. Neste trabalho serão analisados apenas os princípios cuja axiologia necessita de maior aprofundamento para fins da compreensão da temática desenvolvida, quais sejam, os princípios (explícitos) da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência e o princípio (implícito) da razoabilidade.

3.1 Princípio da legalidade e a finalidade da lei

Referido como um dos sustentáculos da concepção de Estado de Direito e do próprio regime jurídico-administrativo, o princípio da legalidade vem definido no inciso II do art. 5.º da Constituição Federal quando nele se faz declarar que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

No campo da Administração Pública, como unanimemente reconhecem os constitucionalistas e os administrativistas, sua incidência implica em que o administrador "só pode atuar nos termos estabelecidos pela lei". Não pode este por atos administrativos de qualquer espécie (decreto, portaria, resolução, instrução, circular etc.) proibir ou impor comportamento a terceiro, se ato legislativo não fornecer, em boa dimensão jurídica, amparo a essa pretensão.

O limite negativo do princípio da legalidade aplicável à Administração Pública é o aspecto diferencial em relação à legalidade que reage as atividades privadas, pois nessa seara o particular está juridicamente autorizado a fazer tudo o que a lei não proíbe, restando-lhe uma ampla margem de liberdade para agir.

A Administração Pública, ao contrário, está adstrita aos estritos limites da legalidade, e assim o é porque exerce função, ou seja, competência em nome de outrem, e como tal, os interesses que tutela são indisponíveis, devendo ter prévia autorização legal para agir. (MOREIRA, 2010, p. 126).

Deste modo, a afirmação de que a Administração Pública deve atender à legalidade em suas atividades implica a noção de que a

atividade administrativa é a desenvolvida em nível imediatamente infralegal, dando cumprimento às disposições da lei.

Em outras palavras, a função dos atos da Administração é a realização das disposições legais, não lhe sendo possível, portanto, a inovação do ordenamento jurídico, mas tão somente a concretização de presságios genéricos e abstratos anteriormente firmados pelo exercente da função legislativa.

O objetivo do princípio seria o de definir os limites da atuação administrativa. A legalidade, como limite positivo e negativo à atuação administrativa, condiciona a validade dos atos expedidos pela Administração à previa regulação legal, de forma que serão inválidos aos atos praticados em contradição ou desconformidade com a ordem normativa imposta.

A legalidade que aqui se coloca é aquela vista tanto pelo seu aspecto formal, quanto pelo seu aspecto substancial, daí “princípio da juridicidade” (ROCHA, 1994, p. 68), de modo que, apenas a entendendo desta maneira, é possível atender à satisfação dos interesses públicos, com conteúdo também redefinido.

Os princípios jurídicos se inter-relacionam, sendo permitido reconhecer que um tem seu nascedouro noutra. É isso que ocorre como princípio da finalidade, decorrência direta do princípio da legalidade. Ao prescrever um mandamento, a norma contida em uma regra ou em um princípio, sinaliza para o fim perseguido. Toda competência prescrita traz consigo a finalidade da atuação administrativa exigida ou permitida. Por isso, atendida a norma em todos os seus elementos, restará cumprida a finalidade legal, daí a impossibilidade de dissociar legalidade e finalidade.

O princípio da finalidade impõe que o administrador atue com rigorosa observância à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, e à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. Com isso, pensar o direito administrativo exclusivamente como um conjunto de normas seria subestimar, de forma danosa, a complexidade e a riqueza do fenômeno jurídico administrativo. Assim, a submissão da “Administração Pública não é apenas à lei, deve haver respeito à legalidade sim, mas encartada

no plexo de características e ponderações que qualificam como razoável requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teologia constitucional.” (MELLO, 2001, p. 207).

3.2 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade impede que o exercente da função administrativa “titularize” os interesses e bens públicos, deles fazendo uso pessoal e indevido. Ele pode ser definido como aquele que determina que os atos realizados por aquela, ou por ela delegados, devam ser sempre imputados ao ente ou órgão em nome do qual se realiza; e ainda, que sejam destinados genericamente à coletividade, sem consideração, para fins de beneficiamento pessoal, próprio ou de terceiros, ou imposição de situações restritivas àqueles a quem porventura se dirijam.

Tal princípio traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas, não podendo haver simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas que possam vir a interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa seria senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. (MELLO, 2001, p. 207). Por esta razão é que tende a doutrina a identificar o princípio da impessoalidade com o princípio da igualdade, sem reserva-lhe mais do que uma repetição de conteúdo.

3.3. Princípio da moralidade

A positivação do princípio da moralidade impõe aos agentes públicos a observância e o cumprimento dos valores acobertados pela ordem normativa, exigindo que sua atuação tenha em vista a finalidade insculpida na lei. Não se pode reduzir, contudo o princípio da moralidade às prescrições legais em sentido formal. Ainda que não haja lei que vede tal ou qual conduta, esta poderá ser

tida como ofensiva à moralidade administrativa, como norma de superior estatura, porque princípio constitucional.

Assim, ao administrador público brasileiro, por conseguinte, não bastará cumprir os estritos termos da lei. Tem-se por necessário que seus atos estejam verdadeiramente adequados à moralidade administrativa, ou seja, a padrões éticos de conduta que orientem e balizem sua realização. Se assim não for, inexoravelmente, haverão de ser considerados não apenas como imorais, mas também como inválidos para todos os fins de direito. Assim, a ofensa a tal princípio pode implicar à invalidade do ato administrativo. Guarda o princípio da moralidade, relação direta com os princípios da boa-fé imparcialidade.

3.4 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência, outrora implícito em nosso sistema constitucional, tornou-se expresso no caput do art. 37, em virtude de alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98. Diz-se que a Emenda nº 19/98 não trouxe alterações no regime constitucional da Administração Pública, mas, apenas explicitou um comando até então implícito, pois, é evidente que um sistema balizado pelos princípios da moralidade de um lado, e da finalidade, de outro, não poderia admitir a ineficiência administrativa.

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico. Não qualifica normas, qualifica atividades. Numa ideia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas acarretam em relação ao grau de utilidade alcançado.

Assim, o princípio da eficiência, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe a Administração e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra de consecução do maior benefício com o menor custo possível, cujo aferimento não se fará necessariamente por um cálculo financeiro, como adiante se verá.

Discorrendo sobre o tema, esclarece Hely Lopes Meirelles (2004, p.96):

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Ser eficiente, portanto, exige primeiro da Administração Pública o aproveitamento máximo de tudo aquilo que a coletividade possui, em todos os níveis, ao longo da realização de suas atividades. Significa racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes. Mas não só. Em seu sentido jurídico, a expressão, que se considera correta, também deve abarcar a ideia de eficácia da prestação, ou de resultados da atividade realizada. Uma atuação estatal só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório, levando-se em conta o universo possível de atendimento das necessidades existentes e os meios disponíveis.

Tem-se, pois, que a ideia de eficiência administrativa não deve ser apenas limitada ao razoável aproveitamento dos meios e recursos colocados à disposição dos agentes públicos. Deve ser construída também pela adequação lógica desses meios razoavelmente utilizados aos resultados efetivamente obtidos, e pela relação apropriada desses resultados com as necessidades públicas existentes.

Estará, portanto, uma Administração buscando agir de modo eficiente sempre que, exercendo as funções que lhe são próprias, vier a aproveitar da forma mais adequada o que se encontra disponível (ação instrumental eficiente), visando chegar ao melhor resultado possível em relação aos fins que almeja alcançar (resultado final eficiente).

3.5 Princípio da razoabilidade e seu conteúdo de proporcionalidade

O princípio da razoabilidade se verifica no rol dos princípios constitucionais explícitos na Administração Pública, mas se encontra nas suas entrelinhas, sendo por essa razão considerado um princípio implícito. Ele confere elasticidade à norma, permitindo que o agente competente dela se utilize com os devidos temperamentos exigidos em face da necessidade havida, sempre com vistas à satisfação da finalidade genérica e específica da norma com a qual esteja lidando.

O princípio da razoabilidade é de especial valia quando lei confere ao administrador público certa margem de discricionariedade, dando-lhe liberdade para escolher, dentre as opções por ela antecipadas, aquela que melhor satisfaça o interesse público.

Face a uma delimitação precisa do que significa o princípio da razoabilidade, nota-se na doutrina uma divergência bastante grande sobre ele. Assim, tem-se a “razoabilidade como vedação da arbitrariedade” (DI PIETRO, 2010), “razoabilidade como exigência de justiça” (BARROSO, 2001), “razoabilidade como um ‘*standard jurídico*’” (FIGUEIREDO, 2008; BUCCI, 2002), “razoabilidade como requerimento de bom senso e sensatez” (GASPARINI, 2005), “razoabilidade como dever de racionalidade” (BASTOS, 2002). E, para parte da doutrina, a “razoabilidade como imposição de proporcionalidade”, entendendo-a como “um mandamento de ponderação” (JUSTEN FILHO, 2010; FREITAS, 2007, ROCHA, 1994).

De toda forma, ele terá uma inexorável relação de imbricação com o princípio da proporcionalidade, face à sua identificação a este, a partir de três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido escrito. Neste sentido José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 191) argumenta ser ele “princípio conformador dos atos do poder público”, de acordo com o qual a “limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjetivamente radicáveis se deve revelar idônea e necessária para atingir os fins legítimos concretos que cada um daqueles atos visam,

bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins.”

De toda forma é certo que a razoabilidade é princípio regente da atividade administrativa que impõe padrões da racionalidade a serem seguidos por quem exerce função administrativa.

Significa adequação do ato com as razões de ordem lógica que o justificam. A razoabilidade não é apenas um critério de interpretação, mas um princípio constitucional com densidade normativa. E por esta razão, relaciona-se com todos os princípios que regem a Administração Pública. (OLVEIRA, 2006)

4. Rumo às considerações finais: os princípios da “supremacia” e indisponibilidade do interesse público na dogmática jurídico-administrativa e o dever de ponderação de interesses envolvidos

Foi em função da finalidade da função administrativa de satisfação do interesse público, pelo Poder Público, que a doutrina administrativista construiu, dentre outros, o denominado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público, tendo irradiado todas as consequências de sua incidência no regime jurídico administrativo. (BINNENBOJM, 2005)

A *práxis* administrativa tem erigido o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular a uma espécie de cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais, possibilitando a emergência de uma política autoritária na qual os direitos e garantias individuais devem sempre ceder aos interesses estatais. (SCHIER, 2005)

Todavia, face às transformações por que passa o Estado, diante da emergência do Estado Democrático de Direito, torna-se necessário investigar a compatibilidade da prevalência *a priori* do princípio da supremacia do interesse público com a ordem constitucional que reconhece a centralidade do sistema de direitos fundamentais.

Marçal Justen Filho (2010) registra que, frequentemente, os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público são utilizados, para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática.

Uma das características do Estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjunta de posições subjetivas contrapostas e a variação de arranjos entre diferentes grupos. Nesse contexto, a utilização do conceito de interesse público tem de fazer-se com cautela, diante da pluralidade e contrariedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade. [...] Na sociedade moderna, há uma pluralidade de sujeitos, com interesses contrapostos e distintos. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 59)

Observa Paulo Ricardo Schier (2005, p. 218) que a Constituição em algumas situações reconhece previamente a prevalência de alguns interesses públicos; em outras ponderando *in abstracto*, reconhece previamente a prevalência dos direitos, liberdades e garantias individuais perante o Estado, como regra. Mas isto não autorizaria a extração de um princípio geral de supremacia do interesse público sobre o privado e nem, como se poderia suscitar, da supremacia do interesse privado sobre o público.

Diz que quando a Constituição pretende fazer com que os interesses do Estado (primários ou secundários) prevaleçam sobre os privados, normalmente se refere direta ou indiretamente a isso, dado que o Estado carece de autorização para que possa agir e realizar os seus interesses. Os direitos privados, ao contrário, presumem-se realizáveis independentemente de prévia autorização constitucional.

Com efeito, interesses públicos e privados são reconhecidos na Constituição em condições de igualdade, sendo a regra a da unidade: a realização de um importa na realização do outro, sendo excepcionais as situações de exclusão mútua. Os interesses públicos e privados não se contradizem, não se negam, não se excluem; ao contrário harmonizam-se.

Nas palavras de Humberto Ávila (2004, p. 111), há uma “conexão estrutural” entre público e privado na medida em que “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins.”

Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). O que se verifica aqui é, conforme aponta Gustavo Binnenbojm (2005, p 142), que “a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público.”

A Administração Pública, no cumprimento de suas atribuições, deve perseguir a proteção dos interesses dos cidadãos e o melhor cumprimento de seus fins. Isto significa afirmar que o interesse público é melhor atendido quando também se consideram os interesses dos particulares.

Conforme Celso Antonio Bandeira de Mello (2001, P. 51-52),

não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais. É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses [...].

Não há, portanto, um princípio de supremacia do interesse público sobre o particular, não podendo a Administração exigir do particular um comportamento ou manejar seu poder com base neste; o que há é a unidade da reciprocidade, o não sacrifício *a priori* de nenhum interesse, o que implica a uma ponderação entre interesses correlacionados. (MEDAUAR, 1996)

Deve-se realizar a ponderação de interesses *in concreto*, à luz dos valores constitucionais envolvidos, que podem pesar, ora em favor de interesses públicos, ora de interesses privados.

Nesta seara, importante se faz a contribuição de Robert Alexy (2011, p. 110-113) no tocante à ponderação dos interesses numa dada situação concreta. Segundo o autor, a ponderação há de ser feita em três planos: a) definir a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios; b) definir a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, ou seja, a importância da satisfação do princípio oposto; c) realizar a ponderação em sentido específico, ou seja, verificar se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.

Percebe-se que a precedência depende das consequências jurídicas dos princípios, sendo, pois, um pressuposto fático do princípio precedente. Logo, a dimensão do peso é apenas uma metáfora, já que não é possível quantificar os interesses em colisão de forma abstrata ou absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa.

Deste modo, a prevalência só existiria após a ponderação concreta entre os princípios “colidentes”. “Não haveria, pois, a supremacia antecipada e automática, mas posterior e fundamentada” (ÁVILA, 2004, p.273).

A assertiva não pressupõe o abandono do interesse público, mas sim da noção de supremacia absoluta, em qualquer situação de conflito em face de interesses privados. O interesse público, portanto, continua sendo esteio e baliza do regime jurídico-administrativo, refundado, todavia, pela constitucionalização do Direito Administrativo e na conexão estrutural-dialógica Sociedade/Estado.

Com efeito, observa Gustavo Binnenbojm (2006, p. 86) que a partir de parâmetros substantivos erigidos pela Constituição, a identificação do interesse que haverá de prevalecer deverá ser feita mediante uma “ponderação proporcional” dos interesses em conflito, elegíveis no caso concreto. E enfatiza:

Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, ponderada e razoavelmente, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais. (BINNEMBOJM, 2006, p. 86).

Assim, como resultado de tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que se poderia ser chamado de 'melhor interesse público', que por sua vez consistirá no fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out/nov/dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 226, p. 187-263, out/dez 2001.

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- _____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BINNENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) **Interesses públicos ‘versus’ interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117-170.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Teoria da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- _____. **Do estado liberal ao estado social**. 5. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos. **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo** São Paulo: Editora 34, 2004.
- COMPARARTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy Editora, 2006.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Rosimeire Ventura. O princípio da eficiência na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 226, p. 251-263, out./dez 2001.

LIMA, Rogério Silva. O princípio da proporcionalidade e o abuso de poder no exercício do poder de polícia administrativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, v. 773, p. 123-127, mar. 2000.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. (Coleção temas de direito administrativo).

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 77, 01 jun. 2010. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585>. Acesso em: 06 jan 2018.

MARRARA, Thiago (org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

MODESTO, Paulo. **Participação popular na administração pública. Mecanismos de operacionalização. Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 01 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2586>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MOREIRA, EgonBockman. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 128-156, jan/mar 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumman. Rev. Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. (Coleção Temas de Direito Administrativo).

- PERES, Marcos Augusto. **Administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 17, p. 5-33, jan/març. 1997.
- _____. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) **Interesses públicos'versus' interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 217-246.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- SILVA, Vasco Manuel Pereira da. **Em busca delActo Administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1995.
- TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **Revista de Direito Público**. Rio de Janeiro, n. 209, p. 1-6, jul/set 1997.

A FAMÍLIA DO SÉCULO XXI

Maria Berenice Dias

Como era no século passado?

A indissolubilidade do casamento tradicionalmente era consagrada nas Constituições brasileiras. Por décadas, a lei punia quem ousasse descumprir os deveres matrimoniais ou se relacionar com uma pessoa casada, atingindo até os filhos queiram fruto de relacionamentos extraconjugais. Estas interdições, no entanto, de nada adiantaram. Somente produziam severas injustiças.

Não há – e nunca houve – como obrigar alguém a cumprir a promessa feita no altar de amar o outro na pobreza, na tristeza e na doença, até que a morte os separe! Como diz a música, é improvável, é quase impossível viver sem ter alguém para amar. Difícil impor aos cônjuges que abram mão do direito de buscarem a felicidade e se submetam eternamente ao significado etimológico desta expressão. *Cônjuge*, vale lembrar, vem do latim “cum jugo” – peça de madeira ou arreo que mantém juntos os bois que puxam uma carroça.

Aliás, a tentativa de perpetuação da família nunca foi verdadeira. Havia o desquite. Para a sua concessão era necessária a identificação de um culpado, condenação que geralmente era imposta à mulher. A infidelidade sempre foi um pecado feminino e motivo de orgulho dos homens perante os amigos. Reconhecida a mulher como “adúltera”, perdia ela a guarda dos filhos, não tinha direito a alimentos e era condenada à retirada do nome do marido, o qual tinha sido obrigada a adotar quando do casamento.

Como as pessoas podiam se separar, mas não casar novamente, a saída era constituir vínculos extramatrimoniais. Este agir recebia o

nome de “concubinato”, e era visto com enorme preconceito pela sociedade. Não gerava nenhum efeito patrimonial e nem produzia quaisquer consequências jurídicas, simplesmente por não serem eles “oficialmente” casados.

A vedação de reconhecimento destes relacionamentos, que sequer podiam ser formalizados, privilegiava o homem e sempre vinha em desfavor da mulher. Com a pecha de “concubina”, além do rechaço social, a mulher era alvo também do assédio sexual. Quando do fim do relacionamento pela separação ou pela morte do seu par, não tinha direito a nada: nem alimentos, nem direitos sucessórios. Era punida com a condenação à invisibilidade, como se não existisse.

Somente depois de a Justiça gerar legiões de mulheres famintas é que a “concubina”, reconhecida como “companheira”, passou a perceber indenização por serviços domésticos.

Muito depois é que essas uniões foram identificadas como “sociedade de fato”, sociedade irregular no âmbito do Direito das Obrigações, que ensejava a divisão do patrimônio mediante a prova do aporte financeiro de cada um dos sócios. No entanto, as “prendas domésticas”: cuidado com a casa, o marido e os filhos não dispunham de valor econômico. Como o varão era o provedor da família, detinha a titularidade do patrimônio. Conclusão: restava ele como proprietário exclusivo dos bens, provocando flagrante enriquecimento sem causa.

Por meio de emenda constitucional, caiu o princípio da indissolubilidade do casamento. A Lei do Divórcio (Lein. 6.015/1977) transformou o desquite na “separação judicial”, havendo a necessidade da implementação de prazos para a sua concessão.

Onze anos depois, em 1988, com a promulgação da atual Constituição da República, é que, acolhendo o que sinalizavam os tribunais, aconteceu amais profunda mudança no âmbito das relações familiares, qual seja, a pluralização do conceito de família. Além do casamento, foram reconhecidas como entidade familiar, as uniões extramatrimoniais entre um homem e uma mulher e o núcleo

de convívio de um dos pais com os seus filhos, que passou a ser chamado de família monoparental.

Além da absoluta igualdade entre o homem e a mulher no exercício das funções parentais, foi proibido qualquer tratamento discriminatório entre os filhos, fossem eles frutos de uma união matrimonial, estável ou por adoção.

As mudanças, suas causas e efeitos

Alguns dos grandes marcos civilizatórios que mudaram a história do mundo foram a eclosão dos direitos humanos, o movimento feminista e a revolução sexual. Com direito ao voto, as mulheres adquiriram acesso ao estudo e ao trabalho. Abandonaram o papel de coadjuvantes e o dever de obediência ao marido. Rompeu-se o tabu da virgindade como atributo qualificador da mulher. O livre exercício da sexualidade deixou de desqualificá-las e, de objeto de desejo as mulheres tornaram-se sujeitas de direitos.

A liberdade das pessoas de migrarem de um relacionamento afetivo a outro, sem que este agir configurasse pecado ou infração legal, tirou da marginalidade estruturas de convívio que sempre existiram, mas que não geravam responsabilidades, encargos e nem deveres. A aceitação social desta mobilidade forjou a construção de uma nova ética.

Assim, o evoluir da sociedade levou a uma verdadeira transformação da própria família. Da rigidez legal e do conservadorismo social passou-se ao pluralismo das entidades familiares, com alargamento de seu conceito, abrigando estruturas não convencionais, em que nem sequer o número ou o sexo dos partícipes é determinante para seu reconhecimento.

Esta foi a grande contribuição do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – que, ao isolar o afeto como elemento identificador das relações interpessoais, desatrelou o conceito de família da instituição do casamento. A consagração do princípio da afetividade levou ao reconhecimento de outras estruturas familiares como merecedoras da tutela jurídica.

Daí falar-se em Direito das Famílias de forma a albergar no conceito de entidade familiar todas as conformações que têm como elemento identificador o comprometimento ético decorrente do laço da afetividade.

Casar ou não casar?

A família sempre foi abençoada por todas as religiões, que buscam perpetuá-la por meio do casamento, considerado um sacramento. É invocada a interferência divina para garantir sua indissolubilidade: o que Deus uniu o homem não separa!

O distanciamento entre Estado e igreja subtraiu do matrimônio sua auréola de sacralidade. Muitos fatores levaram ao esgarçamento do seu conceito, de maneira que se passou a falar em entidade familiar e não mais em família matrimonializada. Como referido, o movimento feminista tirou o véu de pureza que a virgindade envolvia a mulher. O indivíduo tornou-se sujeito de direito e a dignidade humana o seu valor maior. Com todos estes ingredientes, a sociedade mudou de feição produzindo eco nas estruturas de convívio.

Antes do divórcio, havia o desquite, figura que mudou de nome, mas manteve o mesmo conceito. O desquite e a separação rompiam, mas não dissolviam o vínculo do casamento. Ambos desobrigavam o cumprimento dos deveres matrimoniais, sem, no entanto, permitir novo casamento. Sabe-se lá qual o significado da manutenção por tanto tempo desta distinção, que, felizmente, acabou com a Emenda Constitucional n. 66/2010. Apesar de algumas referências no Código de Processo Civil de 2015, a separação está mesmo sepultada e enterrada.

A Constituição concede a mesma e igual proteção à família, independente de sua origem ou modo de constituição, via casamento ou união estável. A simples recomendação – aliás, para lá de inútil – de ser facilitada a conversão da união estável em casamento, não hierarquiza os dois institutos. Não coloca o casamento como modelo.

Tanto o casamento como a união estável geram direitos, obrigações e iguais efeitos patrimoniais, que precisam ser solvidos quando da sua extinção. Nada justifica posturas diferenciadas pelo fato de os integrantes da entidade familiar terem comparecido ao cartório civil ou ao tabelionato.

Ainda assim, de modo para lá de desarrazoado, principalmente em sede de direito sucessório, o Código Civil deferiu-lhes tratamento distinto. Considera o cônjuge herdeiro necessário e o companheiro não. Ao atribuir a quem compartilhou a vida com o falecido fração do acervo sucessório que cabe aos filhos ou aos pais, estabelece outra e desarrazoada diferenciação. Este naco da herança – conhecido como direito de concorrência sucessória – tem diferente base de incidência e distintos percentuais.

A depender do regime de bens, o viúvo recebe parte dos bens particulares do falecido, quais sejam: os bens adquiridos, antes do casamento, por doação ou por herança. Já o companheiro sobrevivente recebe um quinhão dos bens que foram adquiridos durante a união. A repartição, no entanto, é feita frente a todos os herdeiros, incluindo parentes até o quarto grau (tio-avô, sobrinho-neto ou até mesmo algum primo). Inclusive – e absurdamente – o companheiro sobrevivente recebe um terço dos bens comuns. Já os parentes, mesmo distantes, ficam com dois terços e mais todos os bens particulares do falecido.

Esta injustificável discrepância foi corrigida pelo Supremo Tribunal Federal em 2017 (RE 878.694, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10/05/2017). A decisão, que dispõe de eficácia vinculante, equiparou casamento e união estável em nome do princípio da igualdade.

Deste modo, quando morre um dos cônjuges ou um dos companheiros, descabido que a parte da herança que o sobrevivente irá receber a título de concorrência sucessória seja calculada de modo diverso, exclusivamente em razão da forma de constituição do vínculo de convívio. Por força da decisão, o companheiro sobrevivente tornou-se herdeiro necessário, recebendo a totalidade da herança se inexistentes descendentes e ascendentes.

De outro lado, o fato de o objeto da ação tratar de direito sucessório não limita o reconhecimento da inconstitucionalidade da desequiparação legal. Os efeitos da decisão se alastram a qualquer diferença discriminatória caso existente entre cônjuges e companheiros.

Qual a justificativa para este tratamento discriminatório? Porque um “sim” provoca tantas diferenças? A alegação de que deve ser assegurada a liberdade de as pessoas escolherem a forma de como querem viver não convence.

Todos são livres para permanecerem sozinhos ou viverem com alguém. Porém, no momento que optam em ter alguém para chamar de seu, constituem uma entidade familiar e precisam assumir as responsabilidades decorrentes do dever de mútua assistência e de solidariedade recíproca, independente da forma de sua constituição: casamento ou união estável.

Não há mais como reconhecer eventual hierarquização e nem fazer qualquer diferenciação entre casamento e união estável. Esta equalização nada mais significa do que a imposição de uma postura ética ao afeto.

Famílias além da moldura legal:

União homoafetiva

O receio de comprometer o conceito de família, limitado à ideia da procriação e, por consequência, à heterossexualidade do casal, nunca permitiu que as uniões entre pessoas do mesmo sexo fossem aceitas. Por serem relacionamentos estéreis – ao menos até o surgimento das técnicas de reprodução assistida – sempre foram rejeitados.

As pessoas LGBTI+ – lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, intersexuais e todas as identidades que fogem do padrão binário, ainda são consideradas, por uma parcela da população enfeitada por falsas crenças religiosas, como uma abominação, uma aberração. Assim, eles são alvo de toda a sorte de discriminação, a ponto de qualquer um sentir-se legitimado a tentar

eliminá-los. Cumpre notar que o Brasil é o país que registra o maior número de agressões e homicídios contra quem se afasta do chamado padrão de comportamento convencional: um homem e uma mulher, casamento, filhos e o cumprimento do “débito conjugal” até a morte.

A Constituição Federal trouxe o conceito de entidade familiar. No entanto, limitou-se a reconhecer como base da sociedade merecedores da especial proteção do Estado o casamento, a união estável entre um homem e uma mulher e a unidade familiar constituída por um dos genitores com sua prole.

A dificuldade de reconhecer que não é a possibilidade procriativa, mas sim a convivência afetiva, que caracteriza a família sempre impediu que a união de pessoas do mesmo sexo fosse albergada no âmbito do Direito das Famílias como uma união estável com acesso ao casamento.

Tudo isso não conseguiu fazer com que deixassem de existir as uniões homoafetivas – expressão que valoriza a presença do vínculo da afetividade como seu elemento constitutivo. Mas estas também precisaram percorrer o mesmo calvário que foi imposto às uniões extramatrimoniais.

Mesmo quando reconhecida a existência de um vínculo de convivência familiar, de forma pública, contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, a demanda judicial era distribuída às varas cíveis. Chamadas de sociedade de fato, a Justiça limitava-se a conferir-lhes sequelas de ordem patrimonial restritas ao âmbito do Direito das Obrigações. Somente quando um dos “sócios” conseguia provar sua efetiva participação na aquisição dos bens amealhados durante o período de sua vigência, era determinada a partição proporcional do patrimônio, operando-se verdadeira “divisão de lucros”.

Contudo, é indispensável admitir que os vínculos homoafetivos – muito mais do que relações homossexuais – configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito. Embora não reconhecidos pelo ordenamento jurídico, amoldam-se no conceito de entidade familiar,

que tem por base o dever de mútua assistência. Por elementar princípio de igualdade, mister que aos pares do mesmo sexo sejam concedidos os mesmos direitos dos companheiros heterossexuais. O dever de mútua assistência entre os parceiros parte de uma perspectiva ética, que tem origem no dever de solidariedade.

A partir do momento em que o afeto tornou-se elemento identificador da família e tal fato foi reconhecido pelo Poder Judiciário, as demandas envolvendo uniões homoafetivas migraram, finalmente, para as varas de família e foram albergadas no âmbito do Direito das Famílias, com a garantia de iguais direitos.

O advento da legislação que visa coibir a violência doméstica teve o mérito de ser o primeiro marco legal a fazer referência expressa às uniões de pessoas do mesmo sexo. A Lei Maria da Penha expressamente reconheceu que as situações que configuram violência doméstica independem de orientação sexual (Lei 11.340/2006, art. 2º e art. 5º, II e parágrafo único).

O preceito é de enorme repercussão. Como assegura proteção legal a fatos que ocorrem no seio de uma família, sem distinção da orientação sexual, como não poderiam deixar de ser, reconhece que as uniões homoafetivas são entidades familiares,

Frise-se, a Lei, ao afirmar que está sob seu abrigo a mulher, independente de sua orientação sexual, assegura proteção a lésbicas, travestis e transexuais do gênero feminino. Em todos esses relacionamentos, situações de violência justificam a concessão de medidas protetivas.

De outro lado, ao definir como família qualquer relação íntima de afeto, a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Assim, tanto as uniões formadas por um homem e uma mulher, como as formadas por duas mulheres ou por dois homens, configuram famílias.

Em sede de Direito das Famílias a função do legislador é estabelecer pautas de conduta como forma de garantir o convívio social. Condenar à invisibilidade é fonte de grandes injustiças, e os resultados são sempre perversos. São desastrosas as tentativas legais que, singelamente, tentam inibir comportamentos ao negar direitos.

Na tentativa de inibir o reconhecimento de vínculos familiares que desatendem aos segmentos mais conservadores da sociedade, a lei não pode ter postura repressiva ou punitiva. É o caso do Estatuto da Família que, de modo escancaradamente inconstitucional, reconhece como família a união entre um homem e uma mulher com seus filhos.

Ora, o dever maior do Estado é assegurar respeito à dignidade humana, dogma que se assenta nos princípios da liberdade e da igualdade. Esta é uma realidade, contra a qual não adianta lutar. Simplesmente ignorar o que está diante dos olhos não faz nada desaparecer. Na ausência de lei, o dever primordial do julgador é preencher os espaços que o agir das pessoas, fora das estruturas de convívio existentes, escapa ao referencial normativo.

Como existe o direito subjetivo à livre orientação sexual e à identidade de gênero, há o dever jurídico de que esse direito seja reconhecido, positivado e respeitado. Daí o desafio assumido pela Ordem dos Advogados do Brasil, ao criar a Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero no âmbito do Conselho Federal, que, em conjunto com movimentos sociais e as mais de 200 Comissões espalhadas pelo Brasil, elaborou o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. Encaminhado ao Senado Federal por iniciativa popular e, acompanhado por mais de 100 mil assinaturas e por mais de 200 entidades sociais (PLS n. 134/2018).

Famílias simultâneas

A determinação legal que impõe o dever de fidelidade no casamento e o dever de lealdade na união estável não consegue se sobrepor a uma realidade histórica, fruto de uma sociedade patriarcal e muito machista. Vínculos afetivos concomitantes nunca deixaram de existir. A “outra” era chamada de “teúda e manteúda”. Era ainda alvo do repúdio social por manter um relacionamento que sempre recebeu denominações pejorativas: concubinato adúltero, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé, concubinação.

Este é um fato que ninguém duvida. Mesmo casados ou tendo uma companheira, homens partem em busca de novas emoções sem

abrir mão dos vínculos familiares que já possuem. Ainda que tal conduta configure adultério – que nem mais crime é – maridos assim agem. Ao depois, a fidelidade não é pressuposto para a configuração da união estável.

Somente homens dispõem de habilidade para se desdobrarem entre dois ou mais relacionamentos concomitantes. Dividem-se entre mais de uma casa, mantêm duas mulheres e têm filhos com ambas. O concubinato adúlterino passou a ser chamado de famílias simultâneas ou relacionamentos paralelos, quer se trate de um casamento e uma união estável, quer duas ou até mais uniões estáveis.

Fechar os olhos a esta realidade e não responsabilizar esta postura é ser conivente, é incentivar este tipo de comportamento. O homem pode ter quantas mulheres quiser porque a Justiça não lhe impõe quaisquer ônus. Livrá-lo de responsabilidades é punir quem, durante anos, acreditou em quem lhe prometeu, um dia, amor exclusivo. A mulher fica à disposição do homem, dependendo de sua disponibilidade. E, ao ser abandonada, fora do mercado de trabalho, vê-se de repente sem condições de sobrevivência.

Ao bater à porta do Judiciário, a mulher não pode ouvir um solene: “Bem feito, quem mandou te meter com homem casado!” É o que ocorre toda a vez que se negam efeitos jurídicos a estes relacionamentos. Somente é reconhecida uma sociedade de fato se a mulher alegar que desconhecia a duplicidade de vidas do parceiro. Caso confesse que desconfiava ou sabia da traição, a nada faz jus. É punida pelo adultério que foi cometido por ele. Já a esposa saber do relacionamento do marido não tem qualquer significado. O homem que foi infiel, desleal às duas mulheres, é “absolvido”. Permanece com a titularidade de seus bens e desonerado da obrigação de alimentos. Conclusão: manter duas entidades familiares concomitantes assegura privilégios ao homem, que conta com a conivência da justiça ao lhe garantir total irresponsabilidade.

Esta é a solução largamente chancelada pela jurisprudência.

Não há como deixar de reconhecer a existência de união estável sempre que o relacionamento atende aos requisitos de

ostensividade, publicidade e notoriedade. O só fato de o homem ter uma família não quer dizer que não teve o desejo de constituir outra. Dito elemento de natureza subjetivo resta escancarado quando são comprovados longos anos de convívio.

A Justiça não pode ser cega, fazer de conta que não vê. É preciso impor os deveres inerentes à entidade familiar a quem assume um relacionamento afetivo, independente de manter ou não outra união.

Poliamor

O nome pode ser uma novidade, mas sua existência não.

A moderna expressão poliamor identifica a concomitância de vínculos afetivos entre mais de duas pessoas. Formam uma única entidade familiar, compartilhando ou não o mesmo lar, diferentemente das famílias simultâneas, em que seus integrantes constituem entidades familiares distintas, não residem sob o mesmo teto e, no mais das vezes, as mulheres não se conhecem.

Trata-se, neste caso, de duas famílias, enquanto naquele, ou seja, no chamado amor plural, a vida é por todos compartilhada.

É possível afirmar até que são relações mais honestas do que as uniões paralelas, em que existe verdadeiro jogo de dissimulações e mentiras.

Tentar engessar a família ao modelo do casamento é deixar ao desabrigo da juridicidade uma legião de famílias que constituem a sociedade dos dias de hoje.

Mereceu enorme repercussão a notícia de o relacionamento de um homem com duas mulheres ter sido objeto de uma escritura pública. Mas há que se reconhecer como transparente a instrumentalização levada a efeito, que traz a livre manifestação de vontade de todos, quanto aos efeitos da relação mantida a três. Lealdade não lhes faltou ao formalizarem o desejo de ver partilhado, de forma igualitária, direitos e deveres mútuos, aos moldes da união estável, a evidenciar a postura ética dos firmatários. Não há como deixar de reconhecer sua validade.

Claro que justificativas não faltam a quem quer negar efeitos jurídicos ao ato notarial. A alegação é que afronta o princípio da monogamia e desrespeita o dever de fidelidade. Foi de tal ordem que chegou a haver um pedido de providência junto ao Conselho Nacional de Justiça para que os tabeliães se abstivessem de lavrar escrituras tendo por objeto a declaração de uma relação poliafetiva. Surpreendentemente, em sede liminar, foi determinado aos tribunais que recomendassem aos notários que se abstivessem da lavratura de novas escrituras do tipo até o julgamento do pedido pelo órgão colegiado.

Claro que recomendação não é proibição, o que, de qualquer forma é absolutamente inconcebível. Afinal, descabe qualquer juízo de reprovabilidade a quem se limita a certificar que alguém compareceu em sua presença e, aparentando encontrar-se em juízo perfeito, pediu que o delegatário fizesse constar o que ele afirma. Nada mais. Se a declaração dispõe de eficácia jurídica ou não, descabe a ele julgar e, eventualmente negar-se a firmar documentalmente o que lhe é afirmado. De outro lado, nada impede que, havendo uma família formada por três pessoas, firmem elas, em diferentes tabelionatos, três escrituras declaratórias de união estável, figurando dois dos de seus integrantes em cada uma delas.

O fato é que descabe a realização de juízo prévio e geral de reprovabilidade frente a formações conjugais plurais e, muito menos, a subtração de qualquer sequela à manifestação de vontade firmada livremente pelos seus integrantes.

Eventual rejeição de ordem moral ou religiosa à múltipla conjugalidade não pode gerar proveito indevido de um frente aos demais partícipes da união. Negar a existência de tal entidade familiar é simplesmente condená-la à invisibilidade. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Sequer seria possível invocar o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se entre eles os bens adquiridos na sua constância.

A sociedade sempre tentou, sem sucesso, engessar a forma de as pessoas viverem e amarem. Esta resistência – historicamente e ainda hoje – é acompanhada pelo legislador, que tem enorme resistência em flexibilizar direitos que dizem com relações interpessoais, no âmbito privado.

Cabe repetir, condenar qualquer núcleo da ordem da afetividade à invisibilidade é fonte de grandes injustiças. Subtrair obrigações e negar direitos gera sempre resultados perversos, chancelando irresponsabilidades que levam ao enriquecimento sem causa.

Qual o limite no futuro?

No século passado o amor somente era aceito dentro do casamento, que era indissolúvel. Isto é, o amor tinha que ser eterno. Este sonho de infinitude acabou quando as pessoas descobriram que, primeiro, precisam amar a si próprios.

Da ideia sacralizada do matrimônio, passou-se ao pluralismo das entidades familiares, com alargamento de seu conceito, abrigando estruturas não convencionais, em que nem sequer o número ou o sexo dos partícipes é determinante para seu reconhecimento.

Não mais se acredita que só se ama uma vez na vida. Há amores sucessivos e até sobrepostos. Estes ainda são mal vistos, mas sempre existiram.

As mudanças foram muitas, e significativas. As causas foram várias, mas o resultado foi um só: foi decretada a liberdade de amar!

Além do casamento, existem outros espaços em que amor gera efeitos jurídicos. A união estável é a prova. A continuidade e a ostensividade dos vínculos vivenciais constituem entidade familiar merecedora da tutela do Estado. É por isso que se afirma, com razão, que a Constituição jurisdicizou o afeto.

A tríade casamento, sexo e filhos não mais serve para definir família. Não é por outro motivo que se passou a falar em Direito das

Famílias, assim, no plural. Afinal, a família é mesmo plural. Há corações de todos os tamanhos e a capacidade de amar é infinita.

As mudanças sociais demoram a ser incorporadas ao sistema legal, por conta do conservadorismo irresponsável do legislador, que tem medo de desagradar o seu eleitorado e perder a reeleição. Daí o papel significativo do Poder Judiciário, que precisa encontrar respostas a quem clama por justiça. Como ausência de lei não significa ausência de direitos, o compromisso ético dos juízes faz com que busquem soluções, muitas vezes à margem da lei e, outras tantas, até contra lei.

Não há lei – nem dos homens nem do deus de qualquer crença ou religião – que consiga impedir o ser humano de buscar a realização do sonho de ser feliz.

Se as relações se estabelecem da forma não legal ou não convencional, cabe ao juiz identificar a existência de um vínculo familiar para abrigá-las sob o manto da juridicidade. Essa é a única forma de se fazer justiça – enxergar a realidade e flagrar as situações merecedoras de tutela.

Até parece singelo ou piegas, mas é imperioso repetir o significado da vida e a finalidade do Estado. Se o cidadão busca a felicidade, cabe ao Estado garantir-lhe esse direito. Quando o legislador se omite, essa função é exercida pelo Poder Judiciário, sem que com isso se possa falar em afronta à divisão dos poderes ou ativismo judicial.

As mudanças sempre têm início no meio social e acabam sendo trazidas aos tribunais. Os juízes trabalham mais rente aos fatos e, aos que têm mais sensibilidade, resta a missão pioneira de atentar a estas evoluções e julgar segundo a feição atual da sociedade. A consolidação de novos paradigmas deveria forçar sua inserção na lei e na própria Constituição.

As famílias mudaram e, com elas, também as necessidades e os desafios para protegê-las. São muito expressivas as vitórias obtidas nos tribunais neste século graças à coragem de especialistas de vanguarda, doutrina e jurisprudência, que têm permitido que mais direitos sejam garantidos a mais pessoas.

O que a sociedade brasileira ainda precisa é de uma legislação abrangente que reúna em um microsistema todos estes direitos. Por esta razão, o IBDFAM, apresentou o Projeto de Lei intitulado Estatuto das Famílias, que atualmente tramita no Senado Federal (PLS 470/2013).

Cabe à lei estabelecer pautas de conduta como forma de garantir o convívio social. A função principal do julgador, ao menos em sede de Direito das Famílias, é preencher os espaços que o agir das pessoas, fora das estruturas de convívio pré-existentes, escapa do referencial normativo.

Talvez a última barreira que se precisa romper seja o reconhecimento de que o amoré livre. Vínculos afetivos surgem entre pessoas, de diferente ou do mesmo sexo. Entre duas ou mais pessoas.

Ao invés de rótulos, de presunções legais, da necessidade da chancela estatal, o indispensável é exigir um comportamento ético a todos os que se envolvem afetivamente.

Esta é a única limitação cabível quando se fala em afeto e em suas múltiplas facetas. Todos podem amar quem quiserem, mas precisam assumir os ônus decorrentes da confiança que foi gerada no outro. Talvez este seja o único limite ao amor: a responsabilidade pelos seus afetos.

LEGISLAÇÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS: prisão por dívida alimentar

Léia Comar Riva

Embora seja certo que a prisão por dívida alimentar – e a experiência o demonstra – é o único meio eficaz em condições de remover a recalcitrância de grande número de devedores inadimplentes, também é certo que expressiva jurisprudência a tem condenado com veemência, preconizando a excepcionalidade de sua aplicação. (CAHALI, 2009, p. 752).

Introdução

O Brasil e a Argentina são signatários de vários tratados e convenções internacionais de direitos humanos e trazem positivado em suas Constituições, extenso rol de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos. A prisão em razão do débito alimentar é prevista tanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 como nas legislações nacionais e internacionais. Apesar de encontrarmos autores que justificam a prisão, entre outros motivos, por ser exigência decorrente do direito fundamental a uma tutela efetiva (Constituição Federal brasileira, art. 5º, XXXV) (DIDIER JÚNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 715) e a satisfação das necessidades básicas, em geral, dos filhos, que não podem custeá-las (BOSSERT; ZANNONI, 2001, p. 568), em geral, os tribunais a admitem, somente após esgotados todos os meios compulsórios.

O presente trabalho tem como objetivo reexaminar as discussões acerca da prisão do alimentante inadimplente junto à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e parte do direito aplicado no Brasil e na Argentina.

O procedimento metodológico constitui-se de pesquisa bibliográfica e documental e da análise interpretativa, a qual fundar-se-

á “[...] na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas” (SPINK; LIMA, 2010, p. 102), com o aporte teórico de Severino (1979, p. 60-62); Eco (2010, p. 42), Spink e Lima (2004, p. 102) e Marchi (2009, p. 66). Marchi (2009, p. 66, *itálico do autor*), ladeado por outros autores, informa que pesquisadores da seara jurídica utilizam-se da denominada “[...] ‘tese em estilo clássico’, isto é, ‘a tese de erudição’: é aquela preparada em biblioteca, com a leitura atenta da bibliografia, e fundada na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas”. A pesquisa bibliográfica fundamentar-se-á na contribuição teórica de doutrinadores nacionais e estrangeiros sobre o tema.

Para compreender o tema, num primeiro momento, investigar-se-ão as determinações previstas na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos referentes à possibilidade de prisão do devedor¹ do débito alimentar. Em seguida, procurar-se-á levantar algumas determinações acerca dos alimentos e da prisão decorrentes do seu não pagamento junto aos direitos brasileiro e argentino. Ao final serão realizadas as últimas considerações da pesquisa.

1. Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (O Pacto de San José da Costa Rica)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada 1969 durante a Conferência Especializada em Direitos Humanos, realizada em San José, Costa Rica, é o tratado internacional que rege

¹ Sobre a diferença entre o emprego das palavras dever ou obrigação, no Brasil, Azevedo (1993, p. 113-114, *itálico do autor*) leciona que a “palavra *dever* melhor se ajusta, em seu sentido, às atribuições impostas aos que atuam como devedores, no âmbito do Direito de Família. [...] Entendemos que a palavra obrigação se apresenta com um sentido amplo e com um restrito, sendo que, naquela obrigação equivale a qualquer espécie de dever, seja moral, social, religioso, dentre outros, incluindo o dever jurídico, na área do Direito de Família; já, neste, em sentido estrito, o significado da palavra obrigação cinge ao âmbito, especificamente, do Direito Obrigacional, com o aspecto econômico que lhe é inerente. [...] Deixaremos o termo obrigação para significar, somente, as relações jurídicas de caráter essencialmente econômico, do Direito das Obrigações”. Essa interpretação não parece ser a mesma utilizada na Argentina, uma vez que em sua legislação é recorrente o uso da palavra “obrigação”.

o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Esse documento elenca o rol dos Direitos Civis e Políticos a ser utilizado no Continente Americano, e seu Protocolo Adicional, também conhecido como *Pacto de San Salvador*, trata dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem são os instrumentos normativos mais importantes do Sistema Interamericano, pois reconhecem maior número de direitos e de forma mais ampla. A Convenção, da mesma forma que a Constituição Nacional Argentina, além dos direitos por elas consagrados, contam com um órgão de proteção, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional com competência para proferir sentença de caráter obrigatório. (FERNÁNDEZ, 2011, p. 123).

Desde 1992, o Brasil também é signatário da Convenção Americana, a qual foi promulgada pelo Decreto n. 678, de 6.11.1992, e por meio do art. 1º do Decreto Legislativo n. 89 de 1989, ficou reconhecida a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos termos daquele documento.

Na Argentina a Convenção foi ratificada mediante a Lei 23.054, sancionada em março de 1984 e trouxe várias mudanças na legislação interna devido a natureza e a importância dos direitos protegidos por ela. (AZPIRI, 2005, p. 395). Além disso, segundo o mesmo autor, ao ratificarem a Convenção, os Estados assumem o compromisso de adequarem suas legislações internas para efetivar os direitos e liberdades reconhecidas. (AZPIRI, 2005, p. 395).

Após um minucioso estudo da matéria, Gomes e Mazzuoli (2013, p. 7-8) apontam por um lado, a ausência de um estudo profundo da Convenção pela doutrina brasileira e por outro lado, a falta de conhecimento a respeito dela e sua aplicação no Brasil.

De fato, não se tem visto no dia-a-dia forense pedidos judiciais calcados em sequer um de seus dispositivos, salvo o caso de prisão civil por dívida, já referido. Nas sentenças judiciais, por seu turno, muito raramente se vê uma referência ao *Pacto*, e quando tal ocorre trata-se de citações textuais de artigos do tratado sem um mínimo de desdobramento intelectual sobre o conteúdo e verdadeiro significado da norma em causa. Nas Universidades, da mesma forma, não se estuda a sistemática de processamento do Estado perante o sistema interamericano (Comissão e Corte Interamericana). (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 8).

Sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil, Gomes e Mazzuoli (2013, p. 18-19) entendem que “[...] qualquer tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil têm índole e nível de *norma constitucional*, quer sejam anteriores ou posteriores à EC 45/2004” e defendem que de “[...] acordo com a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos não há falar-se em qualquer prevalência de uma norma interna – inclusive a Constituição do Estado – sobre uma norma internacional de proteção”. Isso ocorre tanto em relação à proveniente do sistema global como dos sistemas regionais, quando forem mais favoráveis ao ser humano.

Apesar disso, no tocante à posição dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil a matéria sempre é complexa e sua aplicação nem sempre é defendida de forma unânime pelo Supremo Tribunal Federal e pela Doutrina. Após a edição da EC n. 45 de 2004 que acresceu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, tem se entendido de forma majoritária que os tratados internacionais sejam elevados “à categoria de equivalentes às emendas constitucionais”. (MACHADO, 2013, p. 114).²

²Acerca dos diversos posicionamentos sobre a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, no Brasil, Machado (2013, p. 114) sintetiza: “O tratamento sobre direitos humanos estaria acima da Constituição. Tese ainda não consagrada no Brasil. [...]. Antes mesmo do atual § 3º do art. 5º da CF (equivalente às emendas), já se defendia a possibilidade de recepção dos tratados de direitos humanos com valor material da norma constitucional [...], só que com base na cláusula material ou de

No que diz respeito ao conteúdo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tem-se que ela inicia com o Preâmbulo, o qual se refere ao caráter complementar da mesma com relação ao Direito Interno dos Estados e demonstra:

que os Direitos Humanos não se esgotam na Convenção, mas sim se somam aos demais direitos fundamentais reconhecidos no âmbito interno dos Estados. Da mesma forma se verifica a complementariedade e a interação da Convenção com os demais instrumentos de proteção em nível global, que não se excluem, mas antes se complementam, revelando novamente a dimensão cosmopolita dos Direitos Humanos, enunciados por organizações de Estados que se reúnem numa Liga de Nações na tutela dos direitos essenciais à garantia da dignidade da pessoa humana e manutenção da paz. (SANTOS, 2012, p. 102).

O texto da Convenção Americana de 1969 encontra-se dividido em três partes. A primeira, que dispõe sobre os Deveres dos Estados e Direitos Protegidos, é composta por cinco capítulos (I *usque* V), os quais, respectivamente, preveem a Enunciação dos Deveres, os Direitos Cíveis e Políticos, os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Suspensão de Garantias, Interpretação e Aplicação e os Deveres da Pessoa. No Capítulo II, dessa divisão, entre outros, encontram-se as determinações acerca da proteção da família, do casamento e dos filhos. A segunda Parte traz as disposições sobre os Meios de Proteção e seus quatro capítulos (VI *usque* IX), e na seguinte ordem versam sobre os Órgãos Competentes, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as Disposições Comuns. A terceira e última

abertura do § 2º do mesmo art. 5º. Esse também foi o voto vencido do Ministro Celso de Mello do STF, durante o julgamento do RE 466.343. Agora, com o mencionado § 3º, as convenções de direitos humanos podem ter, material e formalmente, valor de norma constitucional [...] Se não equivalentes às emendas constitucionais, as convenções de direitos humanos são supralegais, acima da lei e abaixo da CF. Esse é o valor mínimo que podem possuir. Essa foi a tese vencedora norteadada pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, do STF, quando do julgamento do RE 466.343”.

Parte cuida das disposições gerais e transitórias, e seu capítulo X da assinatura, ratificação, reserva, emenda, protocolo e denúncia e o capítulo XI das disposições transitórias. (RIVA, 2018, p. 95-96).

Ao explicar sobre a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Guerra (2013, p. 112) mostra sua importância como órgão de proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e comenta que hoje, se ocorrer uma “[...] sentença desfavorável no âmbito estatal, o indivíduo ainda poderá recorrer ao sistema externo, isto é, o caso será encaminhando à Comissão e posteriormente à Corte”. E se essa “[...] emitir sentença favorável ao indivíduo, reconhecendo-se assim responsabilidade do Estado, irá obrigá-lo (Estado) a reparar os danos causados, cuja sentença prolatada pela Corte Interamericana é inapelável”. (GUERRA, 2013, p. 112).

Quanto às normas externas e à jurisprudência da Corte interamericana, “os Estados, ao se tornarem signatários da Convenção Americana, geram para si um dever, qual seja, o de adequar sua legislação e jurisdição interna para que estas estejam em consonância” com elas. (GUERRA, 2013, p. 198).

2. Tratamento isonômico da prisão civil do alimentante inadimplente: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e as legislações brasileira e argentina

O direito à integridade pessoal vem expresso, entre outros, no art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual determina que se reconheça a pessoa em sua indivisibilidade e intangibilidade como um ser único e irrepetível e que toda pessoa tem direito de ter respeitada sua integridade física, psíquica e moral. (WLASIC, 2011, p. 244). O respeito à integridade física (biológica), psíquica (mental) e moral (que diz respeito com a sua honorabilidade), “nada mais significa que expressão da dignidade da pessoa humana (contemplada no art. 1º, III, da CF, como fundamento da República Federativa do Brasil). Cuida-se a dignidade do valor-síntese do modelo de Estado (constitucional e de Direito) que adotamos”. (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 48-49).

O direito à liberdade e à segurança pessoais vem expresso na citada Convenção, art. 7º, o qual, em seu inciso 7º dispõe: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedido em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

A liberdade prevista no art. 7º citado é a física, a qual consiste no direito de ir, vir e permanecer; é “a liberdade de locomoção que, no Brasil, dá ensejo à impetração de *habeas corpus* (quando essa liberdade é cerceada ou ameaçada). A inviolabilidade desses direitos acha-se contemplada no art. 5º da CF”. (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 62, itálicos dos autores).

No Brasil, são várias as possibilidades legais e constitucionais de prisão a nível penal, mas, na área civil só é aceita a prisão decorrente do inadimplemento voluntário e inexcusável, da obrigação alimentar (Constituição brasileira de 1988, art. 5º, LXVII).

A prisão, segundo Azevedo (1993, p. 45), é o “ato de apoderamento físico, em que o apripionado fica limitado em sua liberdade e sob a sujeição de alguém; atualmente, sujeito à autoridade legitimada à realização desse ato”, por seu turno, a prisão civil é a que se realiza no âmbito do Direito Privado, a qual se “consoma em razão de dívida impaga, ou seja, de um dever ou de uma obrigação descumprida e fundada em uma norma jurídica de natureza civil”. Em continuidade o Ilustre Professor das Arcadas explica que a prisão civil não visa à imputação de uma penalidade ou castigo, já que não se trata de uma pena; ela se “impõe para coagir o faltoso ou omissor a fazer o que é sua obrigação ou dever, não importando, pois em condenação criminal, uma vez que é tão-somente meio legal compulsório de obter o cumprimento de determinado dever”. (AZEVEDO, 1993, p. 45).

Atualmente, o entendimento ocorre no mesmo sentido, Didier Júnior, Cunha, Braga e Oliveira (2017, p. 722) anotam que a prisão civil “não é uma pena, sanção ou punição, ostentando a função de medida coercitiva, destinada a forçar o cumprimento da obrigação por parte do devedor. Cumprida a obrigação, a prisão atende à finalidade que se pretende alcançar, que era o pagamento da

dívida”. Portanto, quando a dívida for paga a ordem de prisão não mais subsiste e deverá ser suspensa pelo juiz (art. 528, § 6º, do Código de Processo Civil brasileiro de 2015).

Afora a possibilidade da prisão civil expressa na Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5º, LXVII), admita em caráter excepcional em razão do inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentar, existia também a do depositário infiel. Quanto a este, após a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos³ e a publicação da Súmula Vinculante 25 do STF de 16.12.2009⁴, “não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico”, (MORAES, 2011, p. 339), só restou tal possibilidade em razão do inadimplemento da prestação alimentícia.

A Argentina também é signatária da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e consagra, em sua Constituição Nacional, direitos previstos na mesma (FERNÁNDEZ, 2011, p. 123), e entre eles está o da proteção integral à família. Tal determinação inclui garantia de efetividade dos vínculos dos filhos com ambos os pais e prestação de alimentos. (WLASIC, 2011 p. 370 e 372).

Portanto, as Constituições Nacional e Argentina se harmonizam com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, apesar da precedência da nossa quanto à possibilidade da prisão civil.

³Nesse sentido: STF - Pleno – RE 349.703/RS – rel. Min. Carlos Britto, 3.12.2008, DJe - 104, 5.6.2009. “Possibilidade de prisão civil por dívidas somente na hipótese de descumprimento inescusável de prestação alimentícia: STF – Depositário Infiel – Prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de San José da Costa Rica, limitando a prisão por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel”. (STF – 1ª T. – HC 89634/SP – rel. Min. Marco Aurélio, DJe-079, 30.4.2009). (MORAES, 2011, p. 339 e 341).

⁴ É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

3. Prisão civil do devedor de alimentos no ordenamento jurídico brasileiro

As primeiras Constituições brasileiras foram omissas quanto ao tratamento da prisão civil por dívida. A Constituição brasileira de 16.07.1934, em seu art. 30 determinou: “Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”. As Constituições de 18.09.1946 e de 24.01.1967, também com a Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969 estabeleceram com redação quase idêntica, que “Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”. (AZEVEDO, 1993, p. 63).

Como mencionado, nossa atual Constituição Federal de 05.10.1988, artigo 5º, inciso LXVII determina: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inexcusável de obrigação alimentar e a do depositário infiel”. Esta última deixou de ser aplicada entre nós após a subscrição pelo Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

É taxativa a hipótese da aplicação da prisão civil em nosso ordenamento jurídico, e impossível “seu alargamento por determinação do legislador ordinário, uma vez que, qualquer equiparação legal a uma dessas possibilidades não retirará seu substrato de validade diretamente da Constituição e, conseqüentemente, será inconstitucional”. (MORAES, 2011, p. 338).

Com respaldo na atual Constituição brasileira, a prisão por débito alimentar é prevista em outros textos infraconstitucionais como o art. 19 da Lei n. 5.478, de 25.7.1968, Lei de Alimentos, e, no art. 528, *caput* e §§ 3º a 7º, do Código de Processo Civil de 2015.

No tocante à Lei de Alimentos, determina o art. 19: “O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias”, em seus parágrafos seguintes, conforme redação dada pela Lei n.

6.014, de 27.12.1973, consta, respectivamente: o “cumprimento integral da pena de prisão não eximirá o devedor do pagamento das prestações alimentícias, vincendas ou vencidas e não pagas”, da “decisão que decretar a prisão do devedor, caberá agravo de instrumento”, sendo que esse “não suspende a execução da ordem de prisão”.

No Código de Processo Civil brasileiro de 2015 estão previstos quatro diferentes meios de execução da prestação alimentícia, quais sejam: o desconto em folha (art. 529); a expropriação (arts. 529, parágrafos 8º e 9º, 523 e seguintes, 530 e 831 e seguintes); a coerção indireta, com o uso do protesto do pronunciamento judicial (arts. 528, parágrafo 1º, c.c. 517), que pode ser determinado *ex officio*; e a prisão civil (arts. 528, *caput* e parágrafos 3º a 7º), que depende de requerimento do exequente. Nos termos do art. 805, da mesma legislação processual, não há ordem de preferência entre esses meios executivos, o “meio utilizado deve ser escolhido atentando-se para duas circunstâncias essenciais, a serem ponderadas no caso concreto: de um lado, sua idoneidade e aptidão para conferir tutela efetiva ao credor; de outro, a menor onerosidade para o devedor”. (DIDIER JÚNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 718).⁵

Ainda, junto à legislação processual, a prisão por dívidas decorrentes do não pagamento da pensão alimentícia - desde que preenchidos os requisitos legais e rejeitada a justificativa ou em face da inércia do executado- já se encontrava prevista no art. 733, do Código de Processo Civil de 1973. Na época o juiz também só decretaria a prisão com vistas a compelir, *in extremis*, ao adimplemento, já que a concretização da medida executiva extrema sempre suscitou questões de maior importância. (ASSIS, 1996, p. 164).

Durante a vigência do Código anterior preponderava o entendimento de que a prisão só era reconhecida por título judicial e os constantes em título extrajudicial, como nos acordos, “deveriam

⁵ Ainda, segundo os autores, esse posicionamento não é unânime, “havendo quem entenda ser a opção entre os meios executivos livre, ficando à critério do exequente”. (DIDIER JÚNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 1.035).

ser executados pelo rito de execução extrajudicial, sem a possibilidade de cominação da prisão civil". (DIDIER JÚNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 1.033). Ainda, segundo o autor, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o legislador pôs fim à discussão e

Criou dois procedimentos de execução de prestação alimentícia: o cumprimento de sentença que certifica prestação alimentícia, para os títulos judiciais (arts. 528-533, CPC), e a execução de alimentos, para os títulos extrajudiciais (arts. 911-913, CPC). E, não só no cumprimento de sentença, como também na execução de título extrajudicial, admite-se a execução por coerção (com prisão civil, art. 911, parágrafo único do CPC, excluído o protesto por não haver um pronunciamento judicial a ser protestado, art. 911, CPC, embora seja possível protestar o inadimplemento do título extrajudicial, como se faz normalmente), por desconto (art. 912, CPC), e por expropriação (art. 913, CPC). (DIDIER JÚNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 1.034).

A autorização para que os parentes, na relação familiar *exiure sanguinis* (AZEVEDO, 1993, p. 132) se cobrem, reciprocamente, "os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação", encontra respaldo no Código Civil de 2002, arts. 1.649 e seguintes. Citados artigos prescrevem, entre outros, os graus de parentesco da responsabilidade alimentar, quando não houver cumprimento espontâneo; a reciprocidade do direito à prestação de alimentos entre pais e filhos e a extensividade a todos os ascendentes, recai a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros, e caso não haja ascendentes, o dever alimentar recairá sobre os descendentes, guardada a ordem sucessória e na falta desses, aos colaterais de segundo grau.

Apesar de a experiência - de quase trinta e cinco anos de atuação na área como advogada, docente ou pesquisadora - demonstrar que o decreto condenatório é a medida mais eficaz para compelir o devedor a pagar a pensão alimentícia em atraso, algumas discussões têm batido às portas dos nossos Tribunais, e a jurisprudência brasileira, com

soluções nem sempre isonômicas, têm inferido que “para o decreto condenatório faz-se necessário comprovar-se que o devedor de alimentos não quer pagar, não fazendo qualquer empenho, nesse sentido; depois, deve somar-se a essa situação a inescusabilidade desse cumprimento obrigacional” (AZEVEDO, 2013, p. 341); que a prisão civil como técnica coercitiva só poderá ser aplicada em situações excepcionais⁶; que não deve ocorrer prisão nas hipóteses de incapacidade econômica e desemprego do devedor, por caracterizarem inadimplemento involuntário e escusável (STF, HC 106079); que a prisão dos avós por não pagar pensão a netos é ilegal se o pai pode arcar com a obrigação (STJ, HC 38314) (LOBO, 2017, p. 389); que, ainda em relação aos avós, poderá ser aplicada medida coercitiva diversa do regime fechado (VII Jornada de Direito Civil, 2015, Enunciado n. 599) e que, em casos de colisão de dois direitos fundamentais, quais sejam, o direito à liberdade de locomoção do devedor e o direito a alimentos do filho credor, ambos necessários para assegurar a existência de uma vida digna, a solução deve ser dada à luz da ponderação de interesses e do princípio da proporcionalidade. (RIVA, 2018, p. 233).

A instauração de procedimento criminal por abandono material de filho está prevista no *caput* do art. 244 do Código Penal brasileiro, quando o descumprimento da inegável obrigação alimentar dos pais junto a seus filhos assumir caráter grave.

4. Direitos e deveres dos pais e parentes junto à legislação argentina: alimentos

A solidariedade que existe entre os membros da família se materializa, segundo Azpiri (2005, p. 521 e 530), de acordo com a lei, no dever de prestar mutuamente os alimentos necessários a sua subsistência; por um lado, os alimentos são recursos que um determinado parente deve prestar ao outro para que este possa

⁶Nesse sentido: (STJ; HC 415.215; Proc. 2017/0227779-5; SP; 3ª T.; Relª Min. Nancy Andrighi; DJE 08.02.2018; p. 4.539); (TJAP; HC 0002173-46.2017.8.03.0000; T.P.; Rel. p/o Ac. Des. Manoel Brito; DJEAP 26/10/2017; p. 42).

satisfazer os gastos necessários a sua subsistência. Esse dever se encontra previsto arts. 537 e seguintes do Código Civil argentino.

Os alimentos resultantes da *patriapotestad*, também ordenados no mesmo Código, têm características diferentes, porque, nos casos de alimentos devidos pelos pais a seus filhos, não se tem que provar a necessidade do alimentado e cabe, diante da falta de cumprimento voluntário da pensão alimentícia, a prisão do alimentante inadimplente nas esferas civil e penal.

O delito pelo inadimplemento dos deveres de assistência familiar deveria representar um elemento de eficácia relevante para compelir o cumprimento da cota alimentária. A sanção de prisão é aplicada aos pais sujeitos à obrigação de prestar alimentos indispensáveis para a subsistência, entre outros, de seus filhos menores. (BOSSERT; ZANNONI, 2001, p. 65).

Na Argentina o *Código Civil y Comercial de la Nación* (2014, p. 97 e seguintes), aprovado pela Lei 26.994 e promulgado pelo Decreto 1.795/2014, no Livro II, Título IV, Capítulo II, Seção I⁷, artigos 537 e seguintes, determina sobre os direitos e deveres dos parentes⁸, que em relação aos alimentos, se devem na seguinte ordem: ascendentes e descendentes, entre os quais estão obrigados preferencialmente os mais próximos em graus; os irmãos unilaterais e bilaterais. Entre eles os que estiverem em melhores condições de prestá-los. Se dois ou mais deles estão em condições de fazê-lo, serão obrigados em partes iguais, mas o juiz pode fixar taxas diferentes, dependendo da quantidade de bens e familiares dependentes de cada responsável. Os parentes por afinidade só na linha reta e em primeiro grau são devedores da obrigação alimentar.

A obrigação de prestar alimentos não pode ser compensada e nem o direito de reclamá-los ou recebê-los, ser sujeito a transação, renúncia, transferência, avaliação ou qualquer embargo. Os alimentos não são repetíveis. A prestação de alimentos compreende

⁷Título IV. Parentesco. Capítulo II. Deberes y derechos de los parientes. Sección I. Alimentos.

⁸ Tradução livre do art. 529, do Código Civil e Comercial da Argentina: “parentesco é a relação jurídica entre as pessoas por causa da natureza, técnicas de reprodução humana assistida, adoção e afinidade”.

o necessário à subsistência, habitação, vestuário, assistência médica, correspondente à condição de quem recebe e na medida das suas necessidades e das possibilidades econômicas do alimentante. Se o destinatário for um menor, inclui, além disso, o necessário para sua educação.

A prestação deve ser paga mensalmente, em dinheiro, mas o obrigado pode solicitar, desde que justifique o motivo, a realização de quitação de outra forma. Existem vários mecanismos para garantir o adimplemento da obrigação alimentar e a cessação da obrigação dá-se:(a) se o destinatário incorre em qualquer causa de indignidade; (b) pela morte do devedor ou do destinatário; (c) quando desaparecem os pressupostos da obrigação. O pedido de cessão, aumento ou redução de alimentos tramita por procedimento que deve ser o mais curto previsto pela lei local.

Ainda, o mesmo Código Civil, Livro II, Título VII, Capítulo V, artigos 658 e seguinte, prevê, entre os direitos e deveres dos progenitores, a obrigação alimentar. Em meio a outras determinações, encontra-se estabelecido que os pais têm a obrigação e o direito de criar seus filhos, em regra até os vinte e um anos de idade e de alimentá-los e educá-los de acordo com sua condição e recursos de que possuem. A obrigação compreende a satisfação das necessidades de alimentação, educação, vestimenta, habitação, assistência, despesas médicas e as demais necessárias para que os filhos adquiram uma profissão ou ofício. Os alimentos são pagos em dinheiro ou em espécie e são proporcionais às possibilidades econômicas dos obrigados e às necessidades do alimentando. Os encargos cotidianos realizados pelo progenitor que assumiu o cuidado pessoal do filho têm valor econômico e constituem contribuição de sua manutenção.

Várias pessoas podem demandar o progenitor que não adimple com sua obrigação alimentar como o progenitor responsável pelo filho, o próprio filho e, subsidiariamente, qualquer parente ou o Ministério Público. Em certas circunstâncias como no caso de estudos ou preparação profissional e desde que esteja impedido de prover os meios necessários ao seu sustento, o filho maior também

tem direito a alimentos. A mesma legislação fixa a pensão em casos de cuidados compartilhados e o direito do filho de reclamar dos demais ascendentes que não sejam os progenitores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do material coligado é capaz de mostrar o impacto jurídico da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, *Pacto de San José da Costa Rica*, junto aos países que a subscreveram.

Em relação à prisão, em virtude do débito alimentar, verificou-se que, como essa medida- excepcional e sem caráter punitivo - já era prevista junto às legislações brasileira e argentina, antes de subscreverem a Convenção Americana de 1969, por um lado, não se encontram elementos capazes de assegurar a influência da Convenção na fixação da medida, mas, por outro lado, tal previsão em documento internacional de proteção aos direitos humanos, subsidia sua aplicação junto aos países signatários.

Observa-se que as legislações argentina e brasileira guardam semelhanças básicas quanto aos alimentos, tais como os caracteres da obrigação, aos parentes obrigados, os requisitos para exigibilidade, a forma de prestação e a cessação da obrigação alimentar. No tocante à incidência da privação da liberdade do obrigado inadimplente, a exemplo do Brasil, na Argentina também ocorrem várias discussões acerca de sua aplicação e, apesar de não ser a principal medida para garantir o pagamento da pensão por parte dos pais para com seus filhos menores, o decreto de prisão apenas acontece após exauridas outras possibilidades mais brandas.

No Brasil, embora o instituto dos alimentos exista desde o direito civil pré-codificado; portanto, bastante antigo, a prisão civil do devedor inadimplente surge somente na primeira metade do século passado, com o objetivo de reforçar a imposição do cumprimento da obrigação e apenas nos casos de descumprimento voluntário e inexcusável. Assim, a imposição da medida coercitiva civil é medida excepcional, aplicada unicamente em casos extremos.

Levantou-se que novos questionamentos surgem, ao lado da inescusabilidade e da incapacidade econômica e desemprego do devedor, como o do inadimplemento por parte dos avós e da colisão de direitos fundamentais, para os quais a doutrina, a lei e a jurisprudência brasileiras têm considerado várias possibilidades de adimplemento do débito alimentar, além da prisão, a fim de resguardar a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica e a efetividade da tutela jurisdicional.

Constata-se, de acordo com as lições do Mestre Yussef Said Cahali, legadas na epígrafe, que, apesar da inserção dos valores consagrados pelos Direitos Humanos em nossas legislações, por um lado, a prisão ainda é “o único meio eficaz em condições de remover a recalcitrância de grande número de devedores inadimplentes”, e por outro, a jurisprudência permanece “preconizando a excepcionalidade de sua aplicação”, o que mostra o longo caminho a ser percorrido para que os filhos sejam protegidos por aqueles que lhes devem maiores cuidados: a família e o Estado.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: em Infojus, 2014. Disponível <http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf> Acesso em 22 jun. 2018.

ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1993.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013.

AZPIRI, Jorge Osvaldo. **Derecho de familia**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. **Manual de derecho de familia**. 5. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea, 2001.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

FERNÁNDEZ, Lucía Gómez. Los instrumentos jurídicos del sistema interamericano. In: NAPOLITANO, Silvina S. González; PULVIRENTI, Orlando D. (Coord.). **Introducción al estudio de los derechos humanos**. Buenos Aires: Errepar. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2013

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

RIVA, Léia Comar. **Proteção integral à família: sistemas internacionais e nacionais de garantia dos direitos fundamentais**. São Carlos: Pedro & João, 2018.

SANTOS, Alberto Silva. **A internacionalização dos direitos humanos e o sistema interamericano de proteção**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. rev. São Paulo: Cortez & Moraes Ltda, 1979.

SPINK, Mary Jane; LIMA, Helena. Rigor e visibilidade: a explicitação dos passos da interpretação. In: SPINK, Mary Jane (Org.). **Práticas discursivas e produção de sentidos no cotidiano: aproximações teóricas e metodológicas**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

WLASIC, Juan Carlos. **Manual crítico de derechos humanos**. 2. ed., atual. Buenos Aires: La Ley, 2011.

O SISTEMA PENAL EXASPERADOR DA PUNIBILIDADE: reflexões a partir da criminologia crítica e dos direitos humanos

Isael José Santana

Lisandra Moreira Martins

Larissa Rosa

Introdução

O presente artigo tem por objeto a análise do sistema penal historicamente instituído para um rigorismo exacerbado que, contudo, não produz os efeitos práticos positivos para o problema da criminalidade.

A partir do estudo pela criminologia, será abordado como a velocidade do “não pensar”, patrocinada pela exploração midiática e da atividade lucrativa da venda de sensação de insegurança, com o espetáculo penal, pode demonstrar uma crescente violência silenciosa que dilacera os direitos humanos e manipula uma multidão ao senso comum e a busca incessante de mera satisfação e não de justiça.

Na sequência, a reincidência criminal é trazida como um exemplo da busca desenfreada e automática da aplicação de instrumentos do sistema penal que visam agravar ao máximo a pena, mas que transparece a ineficácia do Estado na promessa de maior reprimenda e solução da criminalidade, já que estigmatiza e reforça o sistema seletivo, o qual tem por escopo também a capacidade econômica e a manutenção do controle pelo poder. Para tanto, serão apresentados alguns dados estatísticos levantados pelo último estudo do Levantamento Nacional de Informações

Penitenciárias – IPEA a respeito, relacionando-os a seletividade penal de acordo com teorias desenvolvidas pela criminologia crítica.

Logo mais, a justiça restaurativa vem sendo trabalhada como uma possível solução para dirimir os conflitos penais com a participação da vítima, a qual pode obter uma melhor reparação pelos danos sofridos, bem como amenizada a revitimização, e do réu, o que facilita a redução da reincidência criminal, tudo isso como um processo garantir dos direitos humanos.

Desta forma, o presente artigo é uma junção de pensamentos que lutam em prol de um sistema penal que zela pelos direitos humanos procurando caminhos conciliam a difícil tarefa da repressão penal concomitante com as garantias individuais, também um alerta ao perigo do discurso vazio, mas sedutor, do punitivismo como *prima ratio*.

Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, com a pesquisa bibliográfica nos referenciais teóricos citados no decorrer do texto, não se esgotando a discussão nesse artigo, pelo contrário, é mais um passo para o infindável caminho da construção de uma ciência que preza a valorização humana.

1. Criminologia e o pensar

A criminologia tem como escopo, desde os seus primórdios, entender a questão da criminalidade, ou seja, como ocorre o fenômeno da infração ao bem juridicamente protegido, seja partindo do pressuposto da norma posta, seja partindo do sujeito como fonte primária deste descumprimento legal, passando por processos que ensejam as variantes que criam condições ou estabelecem espaços destinados a influenciar a prática de crimes.

Tem-se enfrentado uma difusão tecnológica que permite que um crime seja divulgado quase em tempo real, muitos os são, com acesso de milhões de pessoas frente a uma informação globalizada. A possibilidade de acesso a um fato é inegável e sem qualquer possibilidade de retração, considerando que a própria informação faz parte de um sistema democrático.

Seria desnecessário apontar a opção por crimes de maior violência, ou mesmo de maior apelo junto ao público geral, assim, crimes ocorrem a todo momento em espaços diversos, no entanto, nos chegamos a informação de forma seletiva, pois a violência tem apelo emocional muito maior que fatos de importância ímpar como a política por exemplo, mas esta chegará as manchetes, ou as redes, especialmente se estiver ligada ao crime.

Poderíamos tratar aqui do fascínio que tem o crime, como mencionado, especialmente o com maior grau de violência, mas a questão é tão histórica que demandaria um espaço maior e uma pesquisa mais direcionada, não menos importante, mas que foge a pressuposto do presente artigo. Ao observar Vigiar e Punir, a execução do parricida na Praça de Greve não é menos diferente do que fatos atuais onde se postam frente a carceragem ou dos tribunais, incluindo aqui os júris para se pode observar, “ torcer” e se deliciar com o destino funesto do humano.

Neste processo temos a criminologia buscando pensar a criminalidade e sendo atropelada pela velocidade do “não pensar” que abarrota todos os espaços públicos em que muitos se tornaram julgadores, aliada à desenfreada busca por condenação e violência estatal eis que legitimada desde a fraude denominada Revolução Francesa, sem negar o evento histórico como resultado de um processo histórico de luta.

A fraude se consubstancia nas promessas da modernidade e mesmo com a mudança da forma de poder os anseios jamais se estabeleceram como fato, sempre foram mais uma palavra do que um fato, assim como Novaes (2002) se refere a liberdade. Lembrando a importância dos autores que remeteram e ainda remetem a luta permanente pelos princípios imposto a todos e ignorados por muitos.

A questão que se coloca como fraude está nas obrigações de um Estado que posteriormente reafirmaria sua função social, após a segunda guerra, mas que serviu sempre as elites, Robespierre “o incorruptível” leitor de Jean Jacques Rousseau após o poder

implantou o terror executando seus adversários e vivendo a existência nababesca dos palácios diametralmente ao povo.

Os crimes cometidos em nome do poder são sempre piores daqueles cometidos em razão das condições históricas de vida, ainda lembrando que as normas são feitas segundo os interesses de determinada classe que ascende a representação popular, mas em regra não são membros da maioria a quem a norma é aplicada. Trata-se, portanto, de desconsiderar a formação do sujeito que tem por função dizer sobre que não se tem propriedade a considerar que a experiência vivida supera as de natureza teóricas, sem que se desconsidere a teoria, mas ela é precisa estar ancorada na historicidade das relações entre as pessoas.

Nesta esteira, a criminologia tem por desafio a proteção do sujeito contra ele mesmo, uma vez que os representantes do Estado não são os representantes do povo, este em regra, com capacidade econômica e cultural reduzidas pelas formas de vida, e por processos de marginalização permanente que tem na restrição da liberdade a regra de obediência, e não e jamais o entendimento de tais normas.

A violência que se estabeleceu com a tutela do Estado foi considerada legítima, no entanto, é preciso saber se além de legítima está abarcada pela justiça. O que se tem é um abismo social que remete a população menos incluída economicamente ao espetáculo penal, como se dele sobressaísse um prazer na vingança daqueles que não se submetem docilmente, na concepção de Foucault (1987), a opressão capitalista do direito de não ter.

O espetáculo conforme proposto por Debord (2000), em que pese todos seus conflitos, estava fundado em uma sociedade formada para o consumo e para a passividade dos fatos da política que influencia a vida cotidiana, é como se esta fosse uma caricatura daquilo que se deva viver, embora nunca se viva.

Consome-se informação e esta vem determinada ideologicamente para o quem a produz e seria ingenuidade crer em objetivos que estiverem alinhado a direitos humanos e fundamentais, são pelo contrário, a busca incessante de consumo e a escolha dos que podem consumir e aqueles que devem ser marginalizados para

que seus corpos sejam destinatários da lei, da pena, da invisibilidade.

Tal invisibilidade passa antes, quando de interesse, pela visibilidade midiática, como o caso do jovem que cometeu crime contra a ex-namorada Eloá, tenho quase certeza de que a maioria seria incapaz de pronunciar o nome do mesmo, ainda que tenha o nome de um Senador da República, a ele após os fatos e a exploração diuturna da mídia está destinado ao esquecimento, assim como todos que ingressam ao cárcere.

A criminologia com toda sua extensão e interdisciplinaridade não mais pode se manter somente nas esferas dos fatos e seus entornos, não pode mais ser a ciência do ser em tempos em que o não ser prevalece, pois o consumo atinge não só coisas, mas e especialmente pessoas, são objetos das coisas as pessoas, e estas pensam como podem como diria o poeta de Alegrete.

Neste ponto, fixa-se a nova criminologia que tem como pressuposto entender a criminalidade e ainda expor a visão limitada pela mídia de uma parte considerável da sociedade e não estamos limitando tal afirmação aos que têm pouco acesso à cultura formal e sim a uma imensa parte que pensa apenas pela mídia e que se arvora de ser culto, sem desconsiderar ainda a formação histórica fundada na exclusão do outro, como forma de se estabelecer enquanto sujeito de uma sociedade.

Mais precisamente o que se tem como desafio da criminologia é permitir que uma reflexão fundada na história e que seja processada pelos fatos econômicos e sociais para nos remeter que o “ pensar” não é a repetição, mas a fundamentação, o que tem se tornado raro nas ilações raivosas contra aqueles que não pertence ao pensamento excludente que permeia todos os espaços, em especial, como mencionado os tecnológicos, como a rede mundial de computadores e, por exemplo, a multiplataforma WhatsApp.

O não-pensar permite a aplicação indiscriminada do senso comum e oposição ao pensar comunitário do espaço público como proposto no pensamento de Arendt(2000) assim a aplicação de institutos que visam agravar a pena em razão da ação que culminou

em novo delito, denominada reincidência é em si o reconhecimento da incompetência do Estado nos objetivos do cumprimento da pena no que diz respeito a reinserção harmônica do sentenciado, conforme a lei de execução penal em vigência.

Neste sentido ainda Marat (2008) vai inserir a reflexão da coparticipação ou coculpabilidade na qual o cidadão respeita a lei posta em contrapartida recebe do Estado a garantia de seus direitos a dignidade, sem eles a cidadania é mera abstração longe dos pressupostos dos direitos humanos e fundamentais.

Assim, a igualdade proposta impõe responsabilidade a todas as partes do Contrato Social e não apenas a uma delas. Esta forma de pensar as funções de um Estado que pleonasticamente é denominado de “democrático de direito”, mas para o ser, minimamente democrático é necessário que seus cidadãos possam (re)pensar o Estado.

Não se referimos a nenhuma crise na esfera penal, pois o que é historicamente estabelecido não é uma “crise” e sim um fato, e este tem como natureza o desejo de vingança que em nada se assemelha com justiça, onde se estabeleceu um processo seletivo de destilamento do ódio contra minorias em direitos.

O desafio da criminologia é inserir-se em um processo de inclusão na análise da criminalidade a mídia como fator criminogênico, não só pelo processo de incitação à violência, como pela ação de uma repetição de conceitos e valores que atentam contra dignidade humana envolvendo um inconsciente coletivo que pulsa pela expansão penal e agravamento das penas, sem que tenha qualquer resultado que visem atingir os objetivos da proposta de estado moderno.

A acomodação do cotidiano do consumidor consumido pela mídia leva a idolatria dos justiceiros, o abandono dos direitos elementares frente as garantias constitucionais, o avanço de um paralelismo que esdruxulamente encontra satisfação na imputação da dor ao outro, como se a humanidade não pudesse existir senão no outro.

Quando Gabriela Ministral diz que a humanidade ainda há de humanizar-se, está somente lembrando do longo caminho a se percorrer ante as diárias afrontas aos humanos, que precisa construir e se reconstruir em um processo que envolva o outros que espelha a alteridade necessária para se entender a criminologia.

Poder-se-ia tratar aqui dos conceitos postos por tantos sobre a ciência da criminologia, mas optou-se pelo viés da violência silenciosa que invade todos os dias os espaços do pensar humano, substituindo-os pela mera satisfação do entretenimento irrefletido, vazio de humanidade, provocador da dor maior que é o não pensar.

2. A Seletividade Penal revelada na Reincidência Criminal

Após a explanação sobre o necessário pensar pela criminologia crítica diante de uma notória aplicação desenfreada dos instrumentos do sistema penal, com a popularização da criminalidade somada a ineficácia do Estado na solução desse problema social, importante analisar uma das consequências desse processo estigmatizador observada na aplicação indistinta da reincidência criminal, outrora mencionado.

O instituto da reincidência criminal está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a colonização e com objetivos não muito bem definidos, contudo, não é mera coincidência a criação em meio a uma cultura totalmente punitivista. Passando pelas Ordenações Afonsinas, vigentes em Portugal quando do descobrimento do Brasil, pelas Manuelinas até as Filipinas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004), a reincidência criminal acompanhou o próprio surgimento do Direito Penal brasileiro.

No Código Criminal de 1830, advindo após a proclamação da independência em 1823 e da outorgada Constituição de 1824, a reincidência criminal foi prevista como um agravante (artigo 16, § 3º) e foi alvo de críticas por não ter definido as modalidades de aplicação, tampouco a definição de delitos da mesma natureza.

Sem a pretensão de percorrer toda evolução histórica da reincidência criminal, prende-se a atenção ao fato de que esse

instituto presente e aplicado há anos é atrelado à própria função da pena, contudo, a finalidade da pena também não é vista de forma precisa no ordenamento jurídico brasileiro. Em meio a tantas teorias (*v.g.* absolutas ou retributivas, relativas ou preventivas, prevenção geral, prevenção especial.), é tarefa penosa trazer a teoria que prevalece e analisar a compatibilidade com os ditames constitucionais. Como pena e reincidência caminham juntas, é o estudo em conjunto que melhor se direciona a finalidade de uma agravante que gera consequências gravosas na vida do réu, tais como por exemplo, impede que o regime inicial de cumprimento da pena seja o aberto ou semiaberto, salvo tratando-se de pena de detenção (artigo 33, §2º, *b* e *c*, do Código Penal); impede a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos ou multa, na hipótese de crime doloso (artigo 44, II, artigo 60, §2º do Código Penal); pode provocar a conversão da pena substitutiva por uma privativa de liberdade (artigo 44, §5º, do Código Penal), agrava a pena do condenado em quantidade indeterminada dentro dos limites da sanção cominada (artigo 61, I, do Código Penal); é preponderante no concurso de circunstâncias agravantes (artigo 67, última parte, Código Penal), dentre outras.

No entanto, se a própria finalidade da pena é questão de calorosos debates nos meios acadêmicos, não havendo clareza sequer da política criminal aventada na Constituição Federal que norteie a quem e a quem a pena server, com a reincidência não fica em patamar distinto.

E nessa senda, a reincidência criminal permanece constantemente em elevados índices, por meio dos quais é possível verificar uma forte seletividade penal oriunda de um sistema falido na sua finalidade em destaque, qual seja, a ressocialização.

Com isso, forma-se um círculo vicioso entre pena-reincidência-prisão, o qual alimenta o sistema penitenciário, que hoje conta com uma população carcerária de mais de 720 mil presos, com déficit de vagas na casa dos 350 mil presos, de acordo com os últimos dados coletados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias –Infopen. E assim segue a presunção de que o recluso

é submetido a tratamento reabilitador (BITTENCOURT, 2001), quando na verdade é sabido que o resultado na maioria dos casos é no sentido oposto.

Além disso, por meio dos dados da reincidência criminal é possível perceber o envolvimento de indivíduos marginalizado socialmente, reproduzindo-se a exclusão social. Desta forma, os altos índices de reincidência não podem ser atribuídos apenas ao fracasso da prisão, mas ainda ao “sistema penal como um todo, das condições sociais de injustiças promovidas. Dessa forma, considera que a reincidência não pode ser atribuída apenas ao fracasso da prisão, mas também a fatores pessoais e sociais” (BITTENCOURT, 2001, p. 164).

Conforme o criminólogo Alessandro Baratta (2013) há um *second code* que reproduz relações sociais marginalizando uma população criminoso representante da desigualdade social. E é exatamente essa a função natural do sistema penal, qual seja, reproduzir uma realidade social já existente (ZAFFARONI; OLIVEIRA, 2010).

Tem-se que o crime possui destinatário pré-selecionada, sendo uma construção social para determinada classe social, com muitas leis incriminadoras, centenas de tipos penais voltados a uma minoria e isto ocorre desde a própria seleção dos crimes. Nesse sentido, interessante mencionar que o perigoso é, na maioria dos casos, quem tem “menos”, ou seja, quem tem um “déficit”. **Déficits físicos, psíquicos, afetivos, culturais, sociais. Eliminando ou reduzindo o déficit, eliminada ou reduzida a periculosidade social** (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011). **Basta visitar as prisões para encontrar sempre e em toda parte sujeitos com tais “déficits”. Desta forma, a saída só pode ser reduzir as diferenças sociais, principalmente os déficits socioeconômicos.**

As estatísticas da reincidência em diversos países, dos mais variados parâmetros políticos, econômicos e culturais, são pouco animadoras, além de não apresentarem índices confiáveis, na maioria dos casos, ou sequer existir estudo em torno dessa

problemática. Contudo, quando apurados e analisados detidamente, esses dados desvendam pela reincidência à seletividade penal.

Desta feita, o sistema penitenciário superlotado, conforme já mencionado, conta com uma população vulnerável, com pessoas na maioria de estratos sociais pobres, em que desde a infância são marginalizadas pelo Estado com a pobreza, fome, violência, falta de acesso à educação. E essa clientela da prisão simboliza de maneira muito nítida a seletividade penal (ANDRADE, 2012).

Aliás, “os índices de reincidência mostram que o sistema penal selecionou de forma eficaz, desde o início, a própria clientela” e, o cárcere, nesse sentido, “pode ser útil na gestão da criminalidade e da reincidência se e enquanto for capaz de operar segundo a finalidade de neutralização seletiva” (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p. 66 e 64). Conforme esclarece Vera Regina Pereira de Andrade (2003), os pobres (minorias criminais) não são propícios ao crime, mas estão na mira da criminalização, com maiores chances de serem etiquetados como delinquentes.

A seletividade do direito penal e na aplicação de determinados institutos limita-se a eleger pessoas de classes vulneráveis, não apenas socialmente, mas também biologicamente. Com tantos déficits o sistema penal se incumbem de nutrir a deterioração do indivíduo, o que explica a reincidência, já que irá ocasionar “um processo de condicionamento e vai tornar a pessoa uma vítima de um sério prejuízo em sua capacidade de autodeterminação, fácil candidata a novas criminalizações” (SÁ, 2011, p. 282).

Neste contexto, agrega-se à preocupação a reincidência criminal que necessita de alteração tanto normativamente como estatisticamente. Considerar apenas a periculosidade do reincidente para puni-lo mais gravemente e obstar sua saída do sistema prisional, sem levar em conta os fatores sociais diretamente relacionados à sua vida e, principalmente, a falha do Estado ao tomar para si, com a promessa de ressocialização— isto considerando que que 65,9% dos reincidentes cumpriram a pena integralmente, de acordo com os dados do IPEA; a responsabilidade da aplicação da promissora pena, apenas revigora a desproporção na punição

daqueles que foram realmente ‘selecionados’ pelo sistema penal. Pelos dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), de 2015, apresentados no relatório de pesquisa sobre a reincidência criminal no Brasil, fruto de um acordo de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ipea (001/2012), verifica-se a seletividade estampada nos índices apurados.

A taxa geral de reincidência varia muito a depender da pesquisa, dos critérios utilizados e da região em estudo, contudo, é sempre alta, indicando as menores estimativas em torno de 30%. Conforme aponta o relatório do IPEA, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já mencionou que o índice de reincidência era de 70% em 2011. O próprio Depen, em junho de 2008, divulgou que 43,12% dos apenados de todo o país no primeiro semestre daquele ano eram réus primários com uma condenação; 23,87% eram primários com mais de uma condenação e 33,01% eram reincidentes.

Esclarece-se, contudo, que algumas formas de considerar a reincidência se destacam nas pesquisas estatísticas, porém, a adotada é do reincidente como qualidade do agente, independentemente do número de condenações que gerou esse rótulo ou o manteve. Além do objetivo de levantar dados sobre a taxa de reincidência legal, a pesquisa do IPEA visou traçar o perfil dos apenados reincidentes. Para tanto, estudou 817 apenados de cinco estados. Entre esses processos válidos para o cálculo da taxa de reincidência, foram constatadas 199 reincidências, então, a taxa de reincidência, calculada pela média ponderada, totalizou 24,4%.

Além disso, pelos dados do IPEA também é possível constatar a seletividade penal apontada, pois a maioria das pessoas envolvidas no crime é de baixa condição econômica, acrescentado que não há dados de crimes como, por exemplo, contra a ordem econômica, tributária ou sistema financeiro, fato que pode ser explicado pela teoria do etiquetamento ou *labelling approach*. Por essa teoria, o crime deve ser estudado como o centro de uma teoria da criminalidade, analisado, então, a partir de duas instâncias: “da definição do comportamento delitivo por normas abstratas” e da “reação das

instâncias oficiais contra esse comportamento delitivo definido anteriormente” (BRETAS, 2010, p. 68).

Por meio da teoria do etiquetamento é possível entender que a reincidência gira em torno de uma seletividade já estabelecida no sistema penal, tanto na criminalização primária como na secundária. Nesse sentido, vem sendo mantida e aplicada no ordenamento jurídico brasileiro inculcada num sistema que ainda expresso controle pelo poder e controle oriundo desse.

Por fim, salutar mencionar que a referida pesquisa ainda demonstra a porcentagem de reincidentes que já estavam presos no momento da condenação. Deles, 54,3% estavam presos pelo crime referente ao processo pesquisado e 4,5% por outro crime. A prisão, portanto, vem sendo utilizada como o mecanismo central do funcionamento do sistema de justiça criminal, com baixa efetividade na prevenção da criminalidade e forte impacto na construção de carreiras delinquentiais. Quanto ao conteúdo da decisão definitiva, os apenados reincidentes foram mais condenados a penas privativas de liberdade. Entre os reincidentes, apenas 6,6% foram condenados a penas alternativas, enquanto 89,3%, a penas privativas de liberdade. Esse fato se explica, pois uma das condições para a aplicação de penas alternativas é justamente a não reincidência.

Diante do exposto, busca-se alternativas para alterar esse cenário de total instabilidade do sistema penal, que minimamente produz algum efeito positivo, com resultados que justificam a sua própria existência. É por isso que novas propostas vem surgindo, conforme a seguir abordado.

3. A justiça restaurativa no contexto brasileiro: uma proposta viável para a garantia dos direitos humanos?

A justiça criminal teve seu desenvolvimento pautado pela aparente dicotomia entre dois modelos: o retributivo e o restaurativo. Inicialmente, com o modelo retributivo, busca-se o controle social, capitaneado pelo Estado, que, no interesse dos cidadãos, estipulou através da legislação as condutas indesejadas

como criminosas. A partir de então, aqueles que praticassem condutas criminosas deveriam ser punidos, notadamente através da prisão.

O processo penal, neste parâmetro punitivista, é previsto como o caminho para se chegar à determinação de culpa e à aplicação da sanção estabelecida para tal conduta delituosa. As partes envolvidas no conflito são renegadas, a ponto de a vítima ser praticamente excluída (exceto pelo seu valioso “testemunho”) e o infrator ser tratado como indivíduo definido por sua conduta delituosa, que deve ser punido.

No entanto, observa-se que as necessidades buscadas pelos cidadãos foram modificadas no decorrer do tempo. As vítimas, usualmente excluídas, passaram a reivindicar participação mais efetiva na resolução do conflito, a fim de gerar a melhor possibilidade de reparação. O infrator, por sua vez, muito embora tenha garantias procedimentais, ocupa uma posição de marginalização e estigmatização que não são (não deveriam ser) tolerados no Estado Democrático de Direito.

Os instrumentos de justiça restaurativa surgem exatamente para ocupar estas lacunas deixadas pelo sistema retributivo. Neste sentido, uma maior participação das partes envolvidas é desejada e procura-se efetivar um procedimento menos preocupado com a punição e mais interessado em resolver o conflito de forma global. Isso significa que as necessidades da vítima devem ser observadas e os danos por ela sofridos devem ser reparados; o infrator, por sua vez, deve entender os prejuízos que causou com a sua conduta e procurar sanar aqueles danos reparáveis.

Mundialmente, a justiça restaurativa já tem ganhado espaço como instrumento de efetivação de direitos. Alguns motivos justificam esta crescente: a crise de legitimidade do sistema penal, a busca de abordagens alternativas do delito e do conflito, reivindicações da vítima e da sociedade, e a insatisfação generalizada com os resultados do processo penal pautado pelo modelo tradicional.

A seletividade do sistema penal e os processos de criminalização primária e secundária abalam o discurso de eficiência dos aparelhos repressivos que seriam dotados de competência para controlar as ações humanas criminalizadas e consideradas como intoleráveis. Essa percepção de disfunção e crise do atual sistema brasileiro é generalizada. A simples adoção de penas alternativas não está sendo suficiente para resolver o problema, é preciso adotar uma nova lente para a análise do crime e suas consequências (ZEHR, 2008).

A lente usualmente utilizada é a representativa da Justiça retributiva, para a qual o crime é o centro do conflito; fere-se o interesse do Estado, através do cometimento de um crime definido em lei, e a justiça é alcançada com a distribuição sistemática de culpa e punição do infrator.

A análise do ato delituoso é uma transgressão às leis impostas e, conseqüentemente à sociedade que as impôs. A infração é um ato proibido por lei (por ser danoso ou imoral) e quem o comete merece ser punido; não há uma interpretação com relação ao contexto e à complexidade da situação concreta, ou seja, os danos são definidos em abstrato. A ideia, teoricamente, é tratar todos da mesma forma, mas o que se observa é uma injustiça ao se tratar casos desiguais de forma idêntica. Neste sentido Howard Zehr (2008, p. 76):

A justiça é retratada como uma deusa vendada que segura uma balança. Portanto, seu foco está na isonomia do processo, não nas circunstâncias de fato. O processo penal visa ignorar diferenças sociais, econômicas e políticas, procurando tratar todos os ofensores como se fossem iguais perante a lei. Como o processo busca tratar os desiguais igualmente, as desigualdades sociais e políticas existentes são ignoradas e mantidas. De forma paradoxal, a justiça acaba mantendo desigualdades em nome da igualdade.

Ao desconsiderar as peculiaridades do caso concreto para resolver o conflito penal, o modelo retributivo falha na elaboração de soluções proporcionais, afinal, resolverá apenas parte das necessidades advindas do delito, ignorando fatores determinantes

como as questões sociais, políticas e econômicas que podem influenciar na dinâmica da ocorrência do crime.

O Estado como representante maior da sociedade vem em seu socorro para perseguir a punição do infrator. De certa forma, o Estado passa a ser a vítima da ação, podendo iniciar ou prosseguir com o processo penal (muitas vezes independente da vontade da vítima). A partir do momento em que o Estado é vislumbrado como vítima, a verdadeira vítima será sistematicamente excluída do processo, suas necessidades e vontades pouco importarão neste contexto, e a sua participação será reduzida a ponto de ser tratada como testemunha de luxo, para o caso em que o seu testemunho é indispensável.

Na prática, isso significa que o representante do ofensor (advogado de defesa) terá um embate com o representante do Estado (promotor de justiça), sob o crivo do profissional que atuará como árbitro (juiz). As partes propriamente ditas (vítima e autor) possuem pouca ou nenhuma influência para o decorrer da resolução do conflito penal.

O que se busca com o processo é retribuir o mal perpetrado pelo autor, ou seja, com a ação penal busca-se distribuir objetivamente a culpa pelo delito e punir o infrator, com base na legislação posta. O que se vislumbra é o desenvolvimento de uma sequência de atos que não permite a reflexão sobre pontos peculiares e individuais de cada caso concreto.

Com a preocupação de determinar a culpa, tende-se a valorizar o passado (qual delito foi cometido, por quem) em detrimento da efetiva resolução dos problemas que o ofensor criou (e também dos problemas que levaram à ofensa), análise esta que poderia ser feita para prevenir problemas futuros, como a reincidência (ZEHR, 2008, p. 64).

A pena é vista como objetivo principal a ser buscado com o processo penal, sendo validada para retribuir o mal causado, gerando sanção ao infrator, mas também é apontada como prevenção para novos delitos (o que ainda se tem dificuldade para comprovar). Este modelo elegeu a prisão (punição que pressupõe a

privação de liberdade) como principal pena, sendo que, em sua origem, esta veio como proposta para substituir as formas anteriores de punição: o suplício e as penas proporcionais (PALLAMOLLA; ACHUTTI, 2014, p. 75-87).

De forma diferente, o modelo restaurativo de justiça observa mais atentamente o dano causado à vítima, suas necessidades e direitos. A análise do ato delituoso é feita de forma concreta, avaliando o contexto e a forma em que a infração ocorreu. Peculiaridades são observadas a fim de estipular a obrigação de restaurar, bem como para indicar qual a forma de responsabilização que será necessária para aquele caso concreto.

O crime é definido pelos danos à pessoa e ao relacionamento, além disso, o crime não é analisado de forma isolada, mas está reconhecidamente ligado a outros danos e conflitos. A intenção é compreender a ofensa em seu contexto total: ético, social, econômico e político. Os erros geram dívidas e obrigações. A culpa, no entanto, pode ser redimida pelo arrependimento e pela reparação (que varia conforme o grau de responsabilidade). Nesta linha de raciocínio, é importante que o infrator responda pelos seus atos e assuma a responsabilidade por eles; assim, o papel do contexto é reconhecido nas escolhas, mas sem negar a responsabilidade pessoal.

O Estado coopera na medida em que proporciona o encontro entre a vítima e o ofensor. Além disso, comumente, deverá participar da discussão a respeito da responsabilização dos envolvidos. No entanto, a administração do conflito permanece nas mãos das partes, que poderão, através do diálogo, buscar as soluções possíveis para ele.

A satisfação dos interessados é apontada como o objetivo do modelo restaurativo. A reparação (simbólica, psicológica e/ou material) é vista como benéfica tanto à vítima quanto ao ofensor, pois ambos terão papéis centrais na resolução do conflito e, para tanto, recebem maiores poderes para interferir nos procedimentos adotados. Valoriza-se uma construção horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos no conflito,

consenso que será formado a partir do respeito pela singularidade da situação concreta (MELO, 2005, p. 53-78).

A punição dá lugar à responsabilização, na medida em que o acusado, a partir do diálogo com a vítima, compreenderá os danos causados e terá a oportunidade de assumir a responsabilidade de saná-los. Afasta-se a ideia de que a reparação deve vir obrigatoriamente acompanhada de uma sanção, especialmente a privativa de liberdade, pois se vislumbra que a resolução do conflito pouco tem a ver com o flagelo do acusado.

A participação da comunidade é destacada, podendo esta assumir importante papel na resolução do conflito. Por exemplo, serve muitas vezes como ponto de contato entre os interesses discutidos, pois é comum que a vítima e o ofensor estejam inseridos em uma mesma comunidade; além disso, pode atuar como entidade de apoio para a vítima, ao representar uma cobrança social para que o acordo reparador seja cumprido ou para oferecer a ela redes de apoio específicas conforme os danos suportados.

As pesquisas têm apontado que tanto as vítimas quanto os ofensores que passaram por processos restaurativos mostraram-se mais satisfeitos com o processo e com o resultado do que os outros que passaram pelo processo tradicional da justiça criminal. As vítimas que tiveram a oportunidade de ter contato com o ofensor (ainda que tenham inicialmente relutado participar da mediação) revelaram temer menos a revitimização e também descrevem que obtiveram uma reparação melhor quanto aos danos sofridos. Em relação aos ofensores (aqueles que completaram o processo restaurativo), as obrigações de restituição foram cumpridas e menores índices de reincidência foram detectados (PALLAMOLLA, 2009, p. 111-112; TIAGO, 2007).

A nova lente proposta pelos moldes de justiça restaurativa propõe a visão de que o crime viola pessoas e relacionamentos, criando a obrigação de reparar erros; sendo que a justiça será alcançada com a reparação da vítima, recuperação do ofensor e reconciliação de ambos, trazendo segurança para a sociedade

(restauração). É uma proposta inovadora que deveria ser ao menos ventilada para os sistemas penais em crise, como o brasileiro.

O sistema brasileiro é essencialmente moroso e ineficaz. Com o fracasso de diversas políticas públicas de contenção da violência, o Estado não é vislumbrado como ente capaz de resolver os conflitos através do modelo de repressão do crime. O modelo de prevenção, por sua vez, é considerado inadequado, em razão da ampliação frequente do objeto de atuação do direito penal (SICA, 2007, p. 1).

A atuação seletiva e estigmatizante do sistema de justiça penal brasileiro “expõe sua incapacidade para desempenhar sua função (declarada) de prevenção e contenção da criminalidade e, por outro lado, demonstra sua função (real) de excluir e marginalizar parcela da população social e economicamente mais vulnerável” (PALLAMOLLA, 2009, p. 136).

Considerando-se que um sistema penal somente será considerado legítimo quando houver coerência entre o discurso jurídico penal e o seu valor real na aplicabilidade diária, ou seja, a sua atuação deve estar de acordo com o discurso realizado (ZAFFARONI, 1991, p. 16), o sistema brasileiro é falho e merece novas perspectivas.

O fato de ser o processo penal brasileiro essencialmente retributivo não impede a adoção de técnicas características do modelo restaurativo, que podem ser aplicadas como complemento ao processo atual, auxiliando na integração da vítima e do infrator na dinâmica de resolução do conflito penal. As práticas restaurativas não surgiriam, a princípio, para substituir a punição, especialmente nos casos em que o delito cometido é grave. A esfera de retratação e reparação do infrator para com a vítima seria diferente da esfera de punição a que o infrator será submetido pelo Estado, a depender do caso concreto.

A população, já acostumada com a conciliação e com a mediação no âmbito cível, ainda deve ser apresentada ao modelo criminal destas técnicas. Será necessário um amadurecimento no tratamento do infrator e, principalmente, na forma de conceituação do delito. É preciso que as pessoas também passem a considerar as

peculiaridades que envolvem o contexto social, econômico e político de cada indivíduo para compreender alguns fenômenos criminais.

É preciso que se alerte, por fim, que, apesar de promissora, a implementação de técnicas restaurativas em um contexto essencialmente punitivo deve ser feita com cautela, pois o que pode ocorrer é a incorreta adaptação destas ferramentas ao sistema tradicional, fazendo que com um instrumento de valorização do diálogo e das relações horizontais seja utilizado para a perseguição dos mesmos valores já criticados do modelo retributivo, como, por exemplo, a dominação de uns sobre os outros em relações verticais.

Considerações Finais

Diante do que fora exposto, pretendeu-se demonstrar que o sistema penal exasperador é revelado de diversas formas no ordenamento jurídico brasileiro, porém, a criminologia traz um passo importante para análise da mídia como fator criminogênico, na medida em que ela colabora para diversos processos de incitação à violência e repetição de falas atentatórias à dignidade humana.

Com a demonstração da presença da reincidência criminal durante todo o histórico do Direito Penal brasileiro sendo milenar, a exposição de alguns efeitos por ela gerados e os dados estatísticos apresentados a respeito, pode-se relacionar esse instituto à seletividade penal abordada com a visão da criminologia crítica, a qual verifica um controle social por meio do poder e estigmatização de uma parcela da população que pertence a estratos sociais de poucas condições financeiros, sendo deficientes socialmente (educação, lazer, segurança, trabalho).

Tendo em vista o contexto jurídico brasileiro, que é essencialmente retributivo e extremamente desigual, pretendeu-se analisar, por fim, se as práticas restaurativas seriam uma alternativa viável para a garantia dos direitos humanos. Neste ponto, o trabalho desenvolveu-se a partir do estudo dos modelos de justiça criminal, especialmente o restaurativo, que serviu de referencial no que

concerne aos parâmetros e propostas que se pretendeu levantar para uma análise crítica da situação jurídico-penal brasileira.

Verificou-se que, no Brasil, alternativas para o modelo processual penal tradicional (evidentemente falido) já estão sendo buscadas, no entanto, os mecanismos restaurativos ainda procuram o seu espaço no âmbito criminal.

Concluiu-se que, para que as práticas restaurativas representem uma perspectiva real de garantia dos direitos humanos, o processo de construção de técnicas restaurativas compatíveis com o contexto brasileiro deve ser contínuo, ou seja, dependerá de competência para identificar os casos de sucesso a serem reproduzidos, na tentativa de solidificar uma estrutura básica, mas também dependerá de persistência diante dos fracassos e das constantes manifestações de descrença por parte daqueles que desconhecem os valores desta nova proposta de solução de conflitos penais.

Referências

ALMEIDA, Débora de Souza de. **Reincidência criminal**: reflexões dogmáticas e criminológicas. Curitiba: Juruá, 2012.

ANDRADE, Vera Regina de. **Sistema penal x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Sistema penal x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6.ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Fundamentos da criminologia crítica**. Curitiba: Juruá, 2010.

DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015

INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Atualização - Junho de 2016; Organização Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa. Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Relatório de pesquisa sobre a reincidência criminal no Brasil**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 03jul.2018.

MARAT, Jean-Paul. **Plano de Legislação Criminal**. Tradução de Carmensita Ibaxe e João Ibaxe Jr. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça Restaurativa e seus Desafios Histórico-Culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. p. 53-78.

NOVAES, Adauto (org.). *O avesso da liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras. 2002.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

_____. ; ACHUTTI, Daniel. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: Possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. In: **Sistema Penal e Violência**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 75-87, jan.-jun. 2014.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1987. (Os Pensadores).

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo: RT, 2011.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: um novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TIAGO, Tatiana Sandy. Implementação da justiça restaurativa por meio da mediação penal. In: AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (orgs.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol 4**. - Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-iv-doutrina-artigos-dos-pesquisadores/implementacao-da-justica-restaurativa-por-meio-da-mediacao-penal>>. Acesso em: julho de 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v.1 – parte geral.6.ed. São Paulo: RT, 2004.

_____; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

A VÍTIMA COMO PROTAGONISTA DA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAIS: uma perspectiva necessária para a concretização de direitos

Larissa Rosa
Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

Introdução

Este trabalho tem com objetivo principal delinear as possibilidades de participação da vítima no processo penal.

Inicialmente, parece importante destacar o conceito de vítima que será adotado para os objetivos deste trabalho. Não obstante existam vários conceitos possíveis (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p. 86-90), aquele proposto pela Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crime e Abuso de Poder, adotada pela Organização das Nações Unidas e pela Resolução n. 40/34 da Assembléia Geral das Nações Unidas (BRASIL, 2009, p. 275) parece ser adequado para servir de parâmetro:

1. "Vítimas" refere-se a pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, seja mental seja físico, sofrimento emocional e perda econômica, ou que sofreram dano substancial de seus direitos fundamentais, por meio de ações ou omissões que violam a lei penal vigente nos Estados-Membros, incluindo as leis que condenam o abuso de poder criminal.

O recorte temático se tornou necessário para enquadrar a vítima como indivíduo essencial para a resolução do conflito penal. Para tanto, o estudo não deve ficar limitado às previsões legais, mas deve também aprofundar no sentido de vislumbrar se a legislação é sequer cumprida.

Para o desenvolver do texto, serão destacados os dois principais modelos de justiça criminal: o retributivo e o restaurativo. Para tanto, as diferentes perspectivas que dizem respeito à importância da vítima para a solução dos conflitos penais serão abordadas com relação a cada modelo de justiça criminal.

Tradicionalmente, os países ocidentais têm adotado um modelo punitivo que se enquadra na forma retributiva de avaliar o delito. Nesta hipótese, a principal finalidade do processo penal é esclarecer o delito, para que se possa determinar um culpado que deverá ser punido na forma prevista em lei.

Assim sendo, é possível questionar se a participação da vítima neste contexto de punição é vista como essencial e necessária (pelo sistema e, principalmente, pelas pessoas envolvidas com o processo de resolução dos conflitos).

De modo complementar, serão estudadas as características de um modelo restaurativo, que adota ferramentas consensuais de solução de conflitos, o que possibilita uma maior preocupação com os sujeitos envolvidos no conflito penal, leia-se que há uma participação mais efetiva da vítima, do infrator e até mesmo da comunidade.

Por fim, serão esquematizadas as principais características do modelo adotado no Brasil, o qual é, sem dúvida, essencialmente punitivo, ou seja, busca primordialmente com seus instrumentos e procedimentos a punição do infrator.

Nesta linha de raciocínio, serão abordadas as ferramentas de resolução consensual dos conflitos que foram implantadas no ordenamento brasileiro. Serão destaques os instrumentos que valorizam a participação da vítima já previstos no Código de Processo Penal e na Lei n. 9.099/95, e também aqueles que foram incluídos no Projeto de novo Código de Processo Penal.

A partir do estudo do cenário nacional com relação à legislação existente, será questionada a eficácia destas ferramentas consensuais que foram (e estão sendo) adotadas pela legislação pátria, na medida em que se confrontam com a necessidade de punição imposta pelo modelo implantado no Brasil.

Assim sendo, pretende-se refletir se a participação da vítima está sendo possibilitada nos reais moldes de resolução consensual ou se os instrumentos adotados pelo ordenamento brasileiro são isolados e não permitem a evolução do sistema penal para algo além da punição do infrator.

Para alcançar o objetivo proposto, o trabalho irá se desenvolver a partir de uma orientação vitimológica, que servirá de referencial para uma análise crítica da situação jurídico-penal brasileira, especialmente no que tange à participação da vítima para a resolução dos conflitos penais como uma perspectiva necessária para a concretização de direitos estabelecidos.

1. O papel da vítima nos modelos de justiça criminal

A justiça criminal possui basicamente dois modelos: o modelo retributivo e o modelo restaurativo.

Historicamente estes dois modelos são considerados opostos por possuírem características que, a princípio, se rivalizam. No que concerne ao foco deste trabalho: o papel da vítima, realmente pode-se visualizar algumas diferenças que devem ser ressaltadas, a fim de se obter uma análise dos contextos possíveis para a participação da vítima na resolução do conflito penal.

1.1 A vítima e o modelo retributivo de justiça

A denominação “justiça retributiva” demonstra que o foco está na infração cometida e no autor do delito. O que se busca com o processo é retribuir o mal causado pelo autor, distribuindo-se objetivamente a culpa pelo delito e punindo-se o infrator. Como consequência, a vítima não tem papel relevante no desenrolar do processo de resolução do conflito.

Neste modelo, valoriza-se a classificação abstrata do que pode ser considerado como infração delituosa (comportamento danoso ou imoral) e qual será a sanção imposta para aquele que praticar tal comportamento.

A partir do momento em que se define previamente a transgressão e os danos possíveis, limita-se a individualização do acontecimento. Neste contexto, não há uma ponderação sobre a complexidade da situação concreta.

O delito é analisado como um evento estanque isolado de qualquer característica social, psicológica, política ou econômica. Presume-se que o indivíduo é livre para fazer suas escolhas e pode prever as consequências dessa escolha. Assim sendo, a punição é vista como merecida, ainda que o contexto de justiça social diga o contrário (ZEHR, 2008, p. 68-69).

A determinação da culpa é vista como objetivo a ser buscado, a fim de se alcançar o objetivo principal que é a aplicação da pena, que representa (ou deveria representar) não só a retribuição pelo mal causado, mas também prevenção para novos delitos. Desta forma, o passado (determinação de qual delito foi cometido e por quem) assume importância ímpar em detrimento do futuro (efetiva resolução do problema criado pela prática do delito).

O Estado aparece como realizador da justiça e, portanto, como perseguidor da punição do infrator. Para tanto, poderá iniciar ou prosseguir com o processo penal (muitas vezes até contra a vontade da vítima).

Pode-se dizer que, a partir desta linha de raciocínio, o Estado passa a ser visto como a vítima do acontecimento delituoso e a verdadeira vítima não é mais incluída no processo de resolução do conflito. Assim, exceto nos casos em que o seu testemunho é indispensável, as suas necessidades e anseios são claramente ignorados.

Nesse sentido, Hulsman e Celis (1993, p. 82) afirmam que “o sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele”.

A alienação da vítima traz como resultado a não resolução do conflito gerado pelo delito. Afinal, o comportamento delituoso gera consequências importantes para a vítima, que procura, com os instrumentos que lhe são disponibilizados (usualmente, apenas o

processo penal), esclarecer o ocorrido e receber a reparação condizente (que nem sempre será econômica).

Esse afastamento da vítima do seu próprio conflito gerará um novo processo de vitimização. Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas (2001, p. 159) explica que esta vitimização secundária:

[...] com certa frequência, resulta mais negativa que a primária, causa um incremento no dano causado pelo delito, ampliando a sua dimensão psicológica ou patrimonial. No contato com a administração da Justiça ou da Polícia, as vítimas experimentam, muitas vezes, o sentimento de estar perdendo o seu tempo ou mal gastando o seu dinheiro; outras sofrem incompreensões derivadas da excessiva burocratização do sistema ou, simplesmente, são ignoradas. Em alguns casos e com relação a determinados delitos, as vítimas são tratadas como acusados e sofrem a falta de tato ou a incredulidade de determinados profissionais.

Parece que um sistema penal essencialmente punitivo não alcançará essa resolução global do conflito, pelo menos não enquanto ignorar sistematicamente a vítima (ou até mesmo gerando nova vitimização) e enquanto existir a proposta de um modelo adversarial que encoraja o conflito de interesses entre as partes e não a resolução consensual do conflito.

1.2 A vítima e o modelo restaurativo de justiça

O modelo restaurativo surge como tentativa de servir como alternativa para o modelo retributivo, na medida em que este vem sendo cada vez mais criticado e seus resultados vêm apontando menor sucesso com o passar do tempo, notadamente com relação à inclusão da vítima.

Com relação à vítima, o modelo de justiça restaurativo representa uma grande evolução, visto que a satisfação dos seus interesses é parte do objetivo e não somente um possível reflexo do processo penal.

O foco da justiça restaurativa está nos danos e consequentes necessidades de todos os envolvidos no conflito: vítima, ofensor e comunidade.

Este simples fato de devolver às pessoas envolvidas o domínio sobre seus conflitos representa uma verdadeira revolução, visto que é essencial para a solução do conflito penal que a via adequada seja adotada perante o caso concreto, afinal, não há sistema fechado que possa propor mecanismos de eficácia absoluta (HULSMAN, CELIS, 1993, p. 102-109).

Assim, o modelo restaurativo propõe que a análise do ato delituoso seja realizada de forma individualizada, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto. O delito não é considerado por si só, mas em um contexto social, econômico e político.

Objetiva-se a resolução do conflito e não apenas a distribuição da culpa e punição do infrator. Nesta linha de raciocínio, as partes são consideradas protagonistas para a resolução do conflito penal. Já o Estado terá papel importante ao possibilitar o encontro entre as partes e a estrutura física de pessoal para a resolução dialogal do conflito. Contudo, diferentemente do modelo retributivo, o Estado não “roubará” o conflito das mãos dos verdadeiros interessados.

Se, por um lado, os erros geram dívidas e obrigações, de outro, a culpa pode ser redimida pelo arrependimento e pela reparação (que deverá variar conforme o grau de responsabilidade).

Certamente, a satisfação da vítima será alcançada com maior facilidade, visto que terá a oportunidade de expor o mal causado pelo delito e qual reparação (material, psicológica ou simbólica) espera do infrator.

O empoderamento da vítima é visto como essencial para a concretização deste modelo de justiça criminal. Para tanto, existem alguns instrumentos que surgem como práticas restaurativas que possibilitarão a participação da vítima na resolução do seu conflito.

Para efeito do estudo do tema proposto, serão abordados dois instrumentos: a mediação ente vítima e ofensor e as conferências de família.

A mediação entre a vítima e o ofensor (VOM – *Victim-OffenderMediation*) surge como a principal prática restaurativa (a mais aplicada) e, normalmente, é usada de forma complementar ao sistema punitivo, buscando incluir as partes do conflito na resolução dele.

Em países como os Estados Unidos e Canadá a mediação penal vem sendo utilizada nos últimos vinte anos.

Basicamente, a mediação penal consiste em um encontro ente a vítima e o ofensor, oportunidade em que tentarão, através do diálogo e com a ajuda de um mediador, chegar a um acordo reparador. Norbert Rouland (2008, p. 13) ensina:

Mais do que na prova da falta ou da culpa, os mediadores – o mais das vezes não juristas – se empenharão em restabelecer a paz entre as partes descobrindo com elas soluções de acerto satisfatórias, em geral baseadas em arranjos que tornarão inútil o recurso à justiça oficial (nos Estados Unidos, graças a essas práticas, somente 5% a 10% das pendências chegam aos tribunais). Aqui, ainda, o sucesso desses procedimentos requer certas condições. É preciso que as partes sejam relativamente próximas (laços de vizinhança, associativos ou parentais) e de um nível socioeconômico sensivelmente igual. Além disso, as pendências não devem ser graves. Isso deixará modesto o campo de aplicação dessas justiças? Muito pelo contrário. Nossa vida cotidiana está cheia de poeira dos pequenos litígios.

Historicamente, a mediação penal realmente tem sido utilizada apenas para delitos considerados de menor gravidade e, em sua maioria, patrimoniais. No entanto, recentemente a sua aplicação tem obtido sucesso também quando aplicada para delitos considerados mais graves, inclusive delitos violentos.

A flexibilidade é ponto importante na mediação penal, tanto que variações são encorajadas, como por exemplo: a família e os amigos da vítima e do ofensor podem ser convidados a participar; grupos de vítimas e de ofensores podem ser formados; na mediação indireta, o mediador pode atuar separadamente com a vítima e com o ofensor, antes de proporcionar o encontro entre eles (PALLAMOLLA, 2009, 108-109).

A gravidade do delito, as condições em que ele ocorreu, as consequências suportadas pela vítima, o estigma observado pelas partes e outros aspectos relevantes devem ser observados para a elaboração individualizada da proposta de mediação penal.

Portanto, não há um molde a ser seguido, entretanto, normalmente, a mediação ocorre da seguinte forma: o mediador se encontrará com a vítima e com o ofensor em separado, a fim de avaliar se as partes estão preparadas para tal processo; após, ocorrerá o encontro entre a vítima e o ofensor, momento em que a vítima poderá expor ao ofensor os impactos (físicos, emocionais e financeiros) que suportou em razão do delito e o ofensor terá a oportunidade de assumir sua responsabilidade no evento e também poderá relatar diretamente à vítima informações sobre o motivo de o delito ter ocorrido; a partir desta troca de experiências, a vítima e o ofensor serão encorajados a estabelecer conjuntamente uma forma de reparação para a vítima.

A mediação pode ter lugar em diversos momentos: antes da ação penal, antes do processo, depois da instrução e antes ou após a sentença. É certo, porém, que a mediação terá resultado mais efetivos se aplicada o quanto antes, pois os envolvidos, se adentrarem nos procedimentos exaustivos e estigmatizadores do processo penal, serão mais influenciados a se enxergarem como adversários e a desvalorizar a solução do conflito através do diálogo.

Leonardo Sica (2007, p. 53) ensina que a mediação penal tem com objetivo “superar o déficit comunicativo que resultou ou que foi revelado pelo conflito e, contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação de danos e da paz jurídica”.

Algumas pesquisas realizadas (PALLAMOLLA, 2009, p. 111-112) têm concluído que as vítimas e os ofensores que passaram por processos de mediação penal mostraram-se mais satisfeitos com o processo e com o resultado do que os outros que passaram pelo processo tradicional da justiça criminal.

No geral, as vítimas relatam que a oportunidade de ter contato com o ofensor traz um menor temor de revitimização e a reparação obtida foi satisfatória. Em relação aos ofensores (que completaram o

processo restaurativo), pode-se observar um comprometimento maior com as obrigações de restituição e reparação e também são detectados menores índices de reincidência.

O segundo instrumento de prática restaurativa é chamado de conferências de família (FGC – *familygroupconferencing*). Esta prática foi adotada na Nova Zelândia a partir de 1989.

Das conferências de família participam a vítima, o infrator, os familiares de ambos e pessoas que lhes dão apoio. Também é comum a participação de profissionais, como: policiais, assistentes sociais, psicólogos etc.

O procedimento é semelhante ao da mediação penal. A diferença essencial é que todos os participantes podem contribuir para a elaboração do acordo reparador. Os objetivos continuam sendo os mesmos: que o infrator reconheça o dano causado à vítima e aos demais e assuma a responsabilidade por seu comportamento. Assim, percebe-se que a maior diferença para a mediação penal é o reconhecimento de que o delito pode gerar mais vítimas do que aquela pessoa atingida diretamente, e, a partir dessa constatação, todas as vítimas são convidadas a participar da resolução do conflito.

O diálogo, ponto comum entre as práticas restaurativas, pressupõe que exista uma estrutura física e de pessoal que inspire um ambiente seguro para que as partes sintam-se à vontade. A reparação e a reconciliação apenas serão alcançadas se as partes puderem expor sua versão do ocorrido, se forem ouvidas com respeito, se tiverem a oportunidade de ouvir o que o outro tem a dizer, se houver tempo para que o procedimento seja concluído, prazo que não pode ser estipulado em abstrato, pois dependerá das peculiaridades de cada caso. Afinal, cada delito repercute de uma forma em cada vítima, em cada ofensor, em cada comunidade.

Desta forma, não basta criar um momento processual para as práticas restaurativas, é necessário que os envolvidos na efetivação das medidas estejam empenhados para reverter o modelo adversarial que as partes têm em mente para possibilitar o sucesso da ferramenta.

Neste contexto, podemos concluir que o empoderamento da vítima é alcançado na medida em que é considerada personagem principal para a resolução do conflito. A imagem que se busca de que o infrator e a vítima não são adversários e que podem chegar juntos a uma solução para o conflito que se criou pode parecer distante, mas, através da correta aplicação dos instrumentos de efetivação disponíveis, esse objetivo estará certamente mais próximo do que estaria em um sistema essencialmente retributivo.

2. O contexto brasileiro

Neste momento, busca-se avaliar como se dá a participação da vítima no sistema processual penal brasileiro.

Objetivamente falando, o processo penal é, em regra, de iniciativa pública. O representante do Ministério Público será o responsável por iniciar a ação penal, através da peça processual denominada denúncia. Esta poderá depender de representação da vítima ou de quem a represente, nos casos previstos em lei (artigo 24 do Código de Processo Penal - CPP).

Desta forma, no processo de iniciativa pública, a atuação da vítima estará limitada às suas declarações, que serão prestadas na qualidade de uma testemunha de luxo, e à possibilidade de intervenção como assistente de acusação.

A função de assistente de acusação será exercida pela vítima ou quem a represente. E, como o próprio nome diz, a intervenção é pontual e secundária em relação ao Ministério Público. O assistente da acusação poderá: propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, participar do debate oral e apresentar razões para os recursos interpostos.

Observa-se que, não obstante o encorajamento para que a vítima tome parte de um interesse que é, em verdade, seu, pode-se concluir que a vítima permanece alheia ao seu próprio conflito, na medida em que terá papel acessório para o desenrolar do processo. Mais do que isso: a vítima, na qualidade de assistente da acusação, não terá a oportunidade de participar em fase pré-processual.

Diante do que foi abordado, conclui-se que a participação da vítima não abrange sequer o contraditório que se espera de um processo penal democrático. O momento processual e a previsão legal podem até existir, no entanto, o que se percebe é a sistemática exclusão da efetiva participação da vítima.

De outro lado, na ação penal de iniciativa privada vislumbra-se uma maior atividade da vítima, já que será ela ou quem tenha qualidade para representá-la que dará início ao processo penal através da apresentação da queixa crime (art. 30 do CPP). Contudo, os casos que são submetidos à iniciativa da vítima são apenas aqueles previstos em lei, ou seja, remontam a um grupo muito restrito de delitos.

Há também a possibilidade da ação penal ser privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP), o que significa dizer que, se o Ministério Público (titular da ação penal pública) não oferecer manifestação dentro do prazo legal, a vítima poderá oferecer a queixa subsidiária no prazo de seis meses, contados a partir do final do prazo do órgão de acusação.

As Leis n. 11.690/08 e 11.719/08 trouxeram algumas alterações para o Código de Processo Penal. No contexto de valorização da vítima, as duas principais novidades são a previsão de criação de estruturas para apoio multidisciplinar à vítima de crime e a possibilidade de fixação na sentença condenatória de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração.

A nova redação do artigo 201, do Código de Processo Penal, assegurou à vítima alguns direitos, como a comunicação dos atos processuais (§2º), a reserva de espaço separado antes da audiência (§4º), preservação de sua intimidade, vida privada, honra e imagem (§6º) e indica (§5º) que: “Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado”.

Como é cediço, as consequências de um crime não respingam apenas na esfera jurídica; a vítima, para se sentir amparada,

necessita de suporte em diversas áreas, daí a importância deste atendimento multidisciplinar.

No Estado de São Paulo, foram criados, em 1998 pelo Governo do Estado, os Centros de Referência e Apoio à Vítima (CRAVI), que é um programa da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania que serve como referência para ações e políticas públicas que promovam o reconhecimento e o acesso aos direitos das vítimas de violência, garantindo suporte psicológico, social e jurídico àqueles que sofrem com os danos gerados pela violência (vítima, seus familiares e/ou pessoas ligadas a ela afetivamente). O atendimento é público e gratuito e é realizado por equipe multidisciplinar formada por psicólogos, assistentes sociais e defensores públicos.

A nova redação do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, por sua vez, determina que o juiz fixará na sentença condenatória “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. De forma complementar, os artigos 63 a 68, do Código de Processo Penal, regulam a ação civil decorrente do delito.

José Paulo Baltazar Júnior (2009, p. 286) destaca que a fixação do valor mínimo busca tornar mais célere a reparação do dano para a vítima, já que, quanto ao patamar mínimo, não há necessidade de processo civil de liquidação, ressalvando que não há prejuízo de eventual liquidação para a apuração do valor do dano efetivamente sofrido.

Como se pode concluir, apesar de novas formas de valorização da vítima, o Código de Processo Penal não traz muitas oportunidades de participação efetiva da vítima para a resolução do seu próprio conflito.

Para tentar mudar este cenário, a Constituição Federal (art. 98, I) determinou a criação dos Juizados Especiais, o que no âmbito criminal representou um avanço em diversos aspectos.

Assim sendo, a Lei 9.099/95 trouxe inovações para o processo penal, prevendo a inserção de institutos despenalizadores e alguns mecanismos que possuem características do modelo consensual de resolução de conflitos. Para a perspectiva de estudo abordada neste

trabalho, serão destacados: a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

A composição civil pretende a reparação dos danos suportados pela vítima (um dos objetivos declarados da Lei n. 9.099/95). Contudo, o que se tem observado é o insucesso da conciliação, isso porque ela tem tido lugar em um momento extremamente célere em que diversas audiências são marcadas em um espaço de tempo muito curto, o que usualmente tem causado a ineficiência da ferramenta. Aqui se fala em insucesso não pela quantidade de acordos obtidos (dados que podem mascarar a realidade), mas pela qualidade do momento de conciliação proposto às partes.

Neste espaço curto de tempo, a vítima não terá condições de expressar as suas necessidades e anseios e muitas vezes será repreendida por ser inconveniente para o prosseguimento célere do processo.

O fato de o juiz presidir a audiência de conciliação adiciona mais um fator de influência para que as partes não sejam livres para se expressar e para buscar uma solução conjunta. Isso porque, para a vítima, o magistrado representa o Estado, que roubou o seu conflito, e para o infrator a postura demonstrada pelo juiz pode antecipar o que o espera em um julgamento caso não aceite as propostas feitas.

Diante disso, seria importante a presença de um conciliador ou de um mediador que fosse altamente capacitado e valorizado para este momento processual, que pode representar não somente a finalização de um processo penal, mas a satisfatória solução de um conflito penal.

Superada a fase da composição civil, não sendo esta alcançada e não sendo caso de arquivamento, ter-se-á a transação penal como próximo passo. Neste momento processual, o representante do Ministério Público fará uma proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, evitando-se a instauração do processo penal.

Nos casos de ação penal privada, a doutrina (GRINOVER et al., 2005, p. 163; MACHADO, 2013, p. 342; LIMA, 2014, p. 225) tem visto

com bons olhos a possibilidade do querelante, auxiliado por seu advogado, formular a proposta transaccional.

Em seguida, não sendo possível a transação penal, poderá ser proposta pelo representante do Ministério Público a suspensão condicional do processo para os casos em que a lei autoriza.

Esta é uma etapa em que há mínima participação da vítima, não obstante o fato de que, caso aceita a proposta, a ação penal não terá prosseguimento e a vítima estará vinculada à proposta de reparação do dano que for feita pelo representante do Ministério Público. Parece uma incoerência do sistema.

Neste sentido, Fernando Andrade Fernandes (2001, p. 675) propõe a participação da vítima na elaboração da proposta de suspensão condicional do processo:

Particularmente no que se refere à suspensão condicional do processo, face à previsão legal da presença da vítima no momento da conciliação, afirma-se que a transação sem a sua presença será um acordo pela metade, não resultará na plena solução do conflito, visto que ela não poderá formalmente intervir na fixação da reparação dos danos a que fica condicionada a suspensão. Sugere-se então que o juiz determine a intimação da vítima para comparecer à audiência especial de conciliação, viabilizando dessa forma uma adequada fixação da reparação bem como a pacificação entre ela e o acusado.

Importante ressaltar, por fim, que os Juizados Especiais Criminais recebem apenas as contravenções penais e os crimes que a lei define pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa. Este critério definido demonstra que o legislador brasileiro entende que o espaço de diálogo deve estar limitado aos delitos tidos como menos graves.

Os princípios informativos da Lei n. 9.099/95 são: a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade (art. 2º). Na prática, o problema tem sido fazer coexistir estes princípios com a adequada aplicação dos instrumentos de consenso. Para que a vítima tenha a possibilidade de participar efetivamente da resolução do conflito, não é possível que se estipule um prazo

máximo para que a solução apareça. Conforme abordado anteriormente, o sucesso das técnicas consensuais de resolução dos conflitos baseia-se no diálogo e na troca de experiências, o que só pode se alcançado com a disponibilidade de tempo e empenho dos envolvidos.

Entretanto, o que tem ocorrido é uma aceleração exagerada do procedimento para que a celeridade seja alcançada. E, com isso, o que se tem obtido é um processo rápido, mas que não respeita as peculiaridades do caso e que não permite a participação e interação da vítima com o ofensor de forma responsável, pois isso demandaria tempo. Desta forma, parece que todos os instrumentos promissores instituídos pela Lei n. 9.099/95 têm perdido o seu propósito inicial em nome da celeridade.

Um novo horizonte de estudos se apresenta com o projeto do novo Código de Processo Penal (projeto de Lei n. 8.045/2010) que propõe significativas mudanças para o ordenamento jurídico brasileiro. Mais uma vez, em respeito ao recorte temático proposto neste trabalho, serão abordados os aspectos que mais interferem na participação da vítima para a solução do conflito penal.

Inicialmente, o projeto já traz uma novidade interessante ao conceituar vítima (art. 90):

Considera-se “vítima” a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e as circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais ou patrimoniais, ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais.

De forma inovadora, o projeto também elenca alguns direitos que devem ser assegurados às vítimas (art. 91):

São direitos assegurados a vítima, entre outros:

- I – ser tratada com dignidade e respeito condizentes com a sua situação;
- II – receber imediato atendimento médico e atenção psicossocial;

- III – ser encaminhada para exame de corpo de delito quando tiver sofrido lesões corporais;
- IV – reaver, no caso de crimes contra o patrimônio, os objetos e pertences pessoais que lhe foram subtraídos, ressalvados os casos em que a restituição não possa ser efetuada imediatamente em razão da necessidade de exame pericial;
- V – ser comunicada:
- a) da prisão ou soltura do suposto autor do crime;
 - b) da conclusão do inquérito policial e do oferecimento da denúncia;
 - c) do eventual arquivamento da investigação;
 - d) da condenação ou absolvição do acusado;
- VI – obter cópias de peças do inquérito policial e do processo penal, salvo quando, justificadamente, devam permanecer em estrito sigilo;
- VII – ser orientada quanto ao exercício oportuno do direito de representação, de ação penal subsidiária da pública, de ação civil por danos materiais e morais, da adesão civil à ação penal e da composição dos danos civis para efeito de extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei;
- VIII – prestar declarações em dia diverso do estipulado para a oitiva do suposto autor do crime ou aguardar em local separado até que o procedimento se inicie;
- IX – ser ouvida antes de outras testemunhas, respeitada ordem prevista no *caput* do art. 276;
- X – peticionar às autoridades públicas para se informar a respeito do andamento e deslinde da investigação ou do processo, bem como manifestar as suas opiniões;
- XI – obter do autor do crime a reparação dos danos causados, assegurada a assistência de defensor público para essa finalidade;
- XI – intervir no processo penal como assistente do Ministério Público ou como parte civil para o pleito indenizatório;
- XIII – receber especial proteção do Estado quando, em razão de sua colaboração com a investigação ou processo penal, sofrer coação ou ameaça à sua integridade física, psicológica ou patrimonial, estendendo-se as medidas de proteção ao cônjuge ou companheiro, filhos, familiares e afins, se necessário for;
- XIV – receber assistência financeira do poder público, nas hipóteses e condições específicas fixadas em lei;

XV – ser encaminhada a casas de abrigo ou programas de proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar, quando for o caso;

XVI – obter, por meio de procedimentos simplificados, o valor do prêmio do seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores.

Apesar destas modificações, que procuram incentivar a valorização da vítima, o projeto extingue a ação privada, subsistindo apenas a ação penal privada subsidiária da pública (art. 48). Desta forma, o processo penal será sempre de iniciativa pública (art. 45), podendo ser condicionado à representação da vítima em alguns casos previstos em lei (art. 46).

Após a análise da legislação vigente no país e também do projeto de lei que poderá vigorar, percebe-se que o sistema penal brasileiro não é carente de instrumentos que podem viabilizar a participação da vítima, mas ainda possui um caráter essencialmente punitivo que limita algumas tentativas de evolução (no sentido de inclusão da vítima).

Assim sendo, parece que as ferramentas de resolução consensual dos conflitos penais, que procuram uma maior inclusão da vítima neste procedimento, acabam por se tornar acessórias. Nesta linha de raciocínio, a participação da vítima é bem-vinda até o ponto em que auxilia na punição do infrator, ou seja, a participação da vítima não é vista como um fim (possibilidade de solucionar satisfatoriamente o conflito), mas apenas como uma etapa de um processo que tem como objetivo final a imposição de sanção penal ao infrator.

Sobre a predominância de práticas punitivas, Ana Gabriela Mendes Braga (2012, p. 31) ressalta que:

A necessidade de que o direito penal responda ao fato criminoso por meio da punição é tão forte que a “pena” constitui a própria denominação desse ramo do direito. A preferência pelo uso do termo *penal* em detrimento de *criminal* evidencia a relação quase intrínseca entre crime e pena.

Desta forma, o que existe é a adoção de institutos estanques, isolados, que procuram simular maior participação da vítima, contudo, como não são adotados os valores e princípios de valorização do diálogo, observa-se que os valores punitivos característicos da justiça retributiva absorvem qualquer tentativa de se firmar práticas consensuais, principalmente ao considerar as práticas de resolução consensual como perda de tempo.

Ora, para que se possa falar em verdadeira mudança, não basta que os institutos estejam previstos na legislação; é preciso que os valores consensuais sejam respeitados e, por consequência, que a vítima seja respeitada. Neste sentido, deve existir uma “troca de lentes”¹ por parte de todos envolvidos na resolução do conflito penal. A abordagem com relação aos instrumentos que possibilitem a participação da vítima deve ser encarada com seriedade e não com base nos preceitos usualmente utilizados para o processo penal punitivo.

Nota-se que as principais razões para a falta de credibilidade do sistema judiciário brasileiro são: a ineficácia, a burocracia e a morosidade. As políticas públicas adotadas pelo Estado brasileiro não tem tido sucesso na contenção da violência. Desta forma, a repressão e a prevenção anunciadas estão falhando e o Estado não é visto como ente capaz de resolver os conflitos penais (SICA, 2007, p. 1).

Neste mesmo sentido, Raffaella Pallamolla (2009, p. 136) ressalta que o sistema de justiça penal brasileiro é seletivo e estigmatizante na medida em que “expõe sua incapacidade para desempenhar sua função (declarada) de prevenção e contenção da criminalidade e, por outro lado, demonstra sua função (real) de excluir e marginalizar parcela da população social e economicamente mais vulnerável”.

Levando em consideração essas avaliações, parece ser a hora de valorizar as partes do conflito e pensar que o delito viola pessoas e

¹ A “troca de lentes” é expressão consagrada pelo autor Howard Zehr, pioneiro no campo da Justiça Restaurativa, e representa a necessária mudança de foco sobre o crime e sobre a vítima, a fim de que novos resultados possam efetivamente ser observados pelos modelos de justiça criminal adotados.

relacionamentos e que a justiça pode ser alcançada com a reparação da vítima, com a recuperação do ofensor e com a reconciliação de ambos. Talvez, a partir desta nova visão, a justiça possa ser finalmente alcançada.

Estas reflexões coadunam com o que ensinam Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2012, p. 503):

Que se permita o diálogo, sempre que possível, entre o autor do fato e a vítima; que a vítima seja comunicada de todo o andamento do feito, dos seus direitos etc.; de outro lado, que a decisão do juiz criminal, na medida do possível, resolva o conflito, isto é, que permita a reparação do dano, mesmo porque a prisão, que constitui o eixo do modelo clássico, não soluciona nada, não resolve o problema da vítima e tem um custo social muito alto. Por tudo isso, deve ser reservada para casos extremos (*ultima ratio*).

É preciso, no entanto, que o discurso de valorização da vítima seja coerente com as práticas processuais adotadas no cotidiano da justiça penal.

Ressalta Eugênio Raul Zaffaroni (1991, p. 16) que um sistema penal somente será considerado legítimo quando houver coerência entre o discurso jurídico penal e o seu valor real na aplicabilidade diária, ou seja, a atuação deve estar de acordo com o discurso realizado.

Todavia, enquanto a distribuição da culpa e a sanção do infrator forem os objetivos do processo penal brasileiro e as ferramentas de solução consensual forem apenas complementares a estes objetivos (meras etapas), dificilmente será reconhecida a importância da vítima como personagem principal para a solução do conflito penal.

Considerações finais

O presente trabalho não tem a intenção de exaurir o tema sobre a importância da participação da vítima no processo penal, mas teve como objetivo apontar as diversas formas de participação possíveis e

também os mecanismos de participação já implantados no sistema penal brasileiro.

A partir da análise dos modelos de justiça criminal retributivo e restaurativo foi possível vislumbrar que o modelo restaurativo propõe uma visão de interação da vítima ao processo penal que pode ser vista como ideal, pois representa a retomada do conflito por parte da vítima.

No Brasil, foi possível identificar que o sistema é predominantemente punitivista e, por isso, possibilita pouca participação da vítima na resolução do conflito penal. No entanto, algumas ferramentas de inclusão da vítima já estão sendo previstas nas legislações pátrias.

A Lei n. 9.099/95 trouxe institutos despenalizadores que indicaram uma nova oportunidade de modificação da forma como a vítima é tratada. O projeto de Novo Código de Processo Penal também está trazendo evoluções no sentido de valorização da vítima e de sua participação.

Contudo, além destas análises, este trabalho procurou ressaltar que a deficiência do Brasil não está na falta de previsão legal, pois, conforme se tentou demonstrar, as ferramentas de inclusão da vítima existem; o que está faltando é a incorporação dos valores corretos no momento da aplicação desses instrumentos.

A valorização da vítima somente será possível a partir do momento em que o diálogo e as formas consensuais de resolução de conflitos conquistarem o respeito dos operadores do direito e, conseqüentemente, da população. Isso, todavia, não será possível enquanto a participação da vítima for utilizada como um meio para atingir a punição do infrator e não como um fim em si mesmo.

Referências

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A sentença penal de acordo com as leis de reforma. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Cultura da paz, mediação e justiça restaurativa: ferramentas para repensar a relação sociedade-cárcere. In: BENTES, Hilda Helena; SALLES, Sérgio de Souza.. (Org.). **Mediação e Educação em Direitos Humanos**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 27-43.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009.

CORDEIRO, Euller Xavier. **A participação da vítima no processo penal**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2001.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção ciências criminais; v. 5).

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIEDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia: evolução no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**: antropologia jurídica da modernidade. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção justiça e direito).

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: um novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

JUSTIÇA ENQUANTO IGUALDADE: Evolução histórica do conceito e sua relação com grupos historicamente excluídos

Tiago Vinicius André dos Santos

Introdução

De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes a questão da justiça dava um sentido a todo o estudo e aplicação do direito em tempos pré-modernos, contudo, o papel da discussão mudou muito. Falar de justiça é falar sempre de igualdade, de tal maneira que há no sistema jurídico um postulado de justiça que outra coisa não é senão o princípio da igualdade: tratar os casos igualdade de forma igual. O fato é que ao longo da modernidade ocorre uma mudança dos termos de comensurabilidade, o que define as igualdades e, fundamentalmente, deixa-se de inquirir das formas de igualdade adequadas às regras de distribuição em situações de indivisibilidade. Dessa maneira, o sentido final de um sistema jurídico, a justiça como igualdade, fugiu ao âmbito dos juristas pouco a pouco, ou pelo menos fugiu naquilo que é a justiça distributiva, a qual passou a pertencer ao universo e à disciplina da política (2004, p. 24).

A despeito destas mudanças sobre a questão da igualdade o fato é que no século XXI organizações internacionais de Direitos Humanos (Organização das Nações Unidas - ONU, Organização dos Estados Americanos - OEA, entre outros) preocupadas com a questão da igualdade vem contribuindo de forma bastante efetiva sobre este conceito jurídico fomentando a discussão sobre a justiça distributiva e isso passa a ser importante na medida em que essas organizações estimulam o debate à compreensão da igualdade em favor, por exemplo, de grupos historicamente excluídos.

Partimos do pressuposto, para a elaboração deste capítulo, de que o direito pertence à classe dos fatos institucionais, portanto, de fatos reais, a despeito de existir apenas na relação dos sujeitos entre si e dos sujeitos com as coisas pela mediação da linguagem. Uma vez que o direito é um fato institucional e esse fato institucional não pode separar-se da linguagem - cujos conceitos criados relacionam-se com instituições de aplicação do direito (quadros e aparelhos de poder e de Estado) - passa a ser importante, por exemplo, entender os conceitos relativos aos direitos para minorias (negros, deficientes físicos, homossexuais, etc.). O que pretendemos é, na realidade, compreender a percepção da justiça com relação a grupos historicamente excluídos do processo de distribuição de riqueza e elegemos para a análise o conceito de justiça distributiva do período pré-moderno e a concepção de igualdade no período iluminista.

O texto foi dividido em cinco sessões: i) as decisões do sistema interamericano de direitos humanos e a leitura em chave do direito a igualdade étnico racial com outros direitos sociais; ii) o princípio da igualdade e desigualdades do sistema social; iii) a afirmação histórica dos Direitos Humanos; iv) a igualdade enquanto concepção de justiça distributiva: transição para a modernidade; v) contradições do Iluminismo e a questão racial.

1 – Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a percepção da desigualdade com relação a população afro-brasileira.

As interações jurídicas entre o Estado brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) permitem a imposição de obrigações positivas ao país e estas são precedidas de criteriosa análise dos parâmetros jurídicos, das políticas implementadas ou da omissão do Estado, frente a um determinado caso individual. Partimos do pressuposto que o produto dessas interações, que se revelam por meio das análises constantes nas recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), possibilitam o adensamento e o aperfeiçoamento de reflexões no

campo da teoria do direito à igualdade em Estados marcados por diferenças sociais abissais.

Como afirma Víctor Abramovich os problemas relativos ao elevado grau de desigualdade e exclusão social se refletem na degradação de algumas práticas institucionais e no funcionamento dos Estados que, a despeito de democráticos não são capazes de reverter e impedir práticas arbitrárias de seus próprios agentes (2009, p. 17). A violência policial, marcada pelo recorte social e/ou racial, é um exemplo emblemático no Brasil e nos demais estados do continente americano (PINHEIRO, 1998; CALDEIRA, 2006). Por ser esta acentuada desigualdade e exclusão uma peculiaridade regional dos Estados que fazem parte do SIDH, refletir sobre os direitos civis, portanto, um direito individual, a partir de novas demandas de igualdade de grupos e coletividades torna-se uma tarefa desafiadora e este desafio vem sendo enfrentado pela CIDH e a Corte IDH. Quando demandados a se posicionarem diante de um caso individual concreto, procuram examinar não apenas os casos ou conflitos isolados, mas também os contextos sociais e institucionais em que esses conflitos se desenvolveram e adquiriram sentido. Para tanto, o SIDH se baseia em uma concepção de princípio da igualdade, fruto da evolução de sua jurisprudência, que situa fatos específicos em *padrões estruturais de discriminação contra grupos ou setores sociais determinados* (ABRAMOVICH, 2009, p. 17).

Com relação à população afro-brasileira a as forças policiais, observa-se este padrão estrutural de discriminação, não apenas nos números estatísticos divulgados amplamente pelos organismos internacionais de direitos humanos, a demonstrarem, por exemplo, o impacto desproporcional dos “autos de resistência seguidos de morte” com relação aos jovens negros, mas também, pela constatação de fatores marcantes da cultura e da formação do Estado, como por exemplo: i) a criminalização e o controle social sobre escravos e pessoas de pele negra ou “assemelhada”; ii) a criminologia e o impacto do pensamento positivista na formação do pensamento racista brasileiro; iii) a constatação do nascimento de uma força repressiva historicamente enraizada na formação social agrária e

escravista, iv) a constatação de que, na atuação da força policial a violência é a norma institucional, e por fim, v) a íntima ligação entre os envolvidos na criminalidade comum e os marginalizados da sociedade excludente brasileira, a quem se destina esta violência policial no Brasil de hoje e a população negra de ontem (SILVA JUNIOR, 1999; FERNANDES, 1974; CALDEIRA, 2006).

Todos estes fatores demonstram quão desafiadora é a tarefa de identificação da discriminação diante de situações de desigualdade de caráter estrutural e que no Brasil é agravado em razão de dois motivos: o mito da democracia racial, isto é, a crença na ausência de hostilidade manifesta e de violência entre brancos e negros e a utilização do direito penal, pelos operadores do direito, como principal instrumento de combate a violência policial - e a consequente dificuldade de provar o “ódio racial”.

É justamente neste ponto que se justifica, para este capítulo, a contribuição do SIDH enquanto inspiradora de reflexões e práticas jurídicas no âmbito interno. É possível identificar nas análises da CIDH, parâmetros, princípios e conceitos importantes para a ampliação dos parâmetros legais relativos à discriminação e violência policial no âmbito interno brasileiro. Dois antecedentes importantes da CIDH, sobre a atuação do Estado frente a ação de agentes estatais em matéria de discriminação racial, são ilustrativos sobre o tema.

O primeiro, diz respeito ao *Caso Simone André Diniz v. Brasil*. Discriminada por ser negra, Simone não foi aceita para uma vaga em emprego doméstico. O caso é relevante por sua abrangência social, porquanto a CIDH projeta a discriminação individual sofrida pela vítima a um padrão de discriminação racial, com especial atenção aos obstáculos legislativos e jurisprudenciais nacionais que impedem as vítimas de sanarem as violações sofridas (ARANTES, 2007). O segundo, diz respeito ao *Caso Wallace de Almeida v. Brasil* em que a CIDH responsabilizou o Brasil por um padrão de violência policial dirigido a jovens negros nas favelas do Rio de Janeiro. Considerou-se que a execução extrajudicial de um jovem desse grupo sócio-racial era um fato representativo desse padrão, o qual, por sua vez, expressava

uma tendência racista na atuação da força policial estadual, com a cumplicidade da autoridade federal (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009).

Em ambos os casos, a Comissão Interamericana faz importantes reflexões jurídicas e factuais sobre a desigualdade estrutural com recorte racial no Brasil e elabora um amplo panorama do racismo institucional¹, elucidando as sutilezas da discriminação e a percepção dos negros pelas instituições policiais e judiciárias brasileiras. Quanto as reflexões jurídicas, discorrem sobre a discriminação indireta², discriminação *de facto*³, e *racial profiling*⁴.

A evolução jurisprudencial da CIDH e da Corte IDH, quanto ao princípio da igualdade, permite abordar temáticas sociais, como é o caso da violência policial e da discriminação com relação a grupos historicamente discriminados, a partir de uma reinterpretação do alcance dos direitos civis e políticos estabelecidos na *Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH*. A despeito da vigência de um Estado democrático, bem como do arcabouço normativo

¹ Conceituado como a prática decorrente do fracasso coletivo de uma organização em prover um serviço profissional e adequado às pessoas por causa de sua cor, cultura ou origem étnica. Ele se manifesta por meio de normas, práticas e comportamentos discriminatórios adotados no cotidiano de trabalho, resultantes da ignorância, da falta de atenção, do preconceito ou da incorporação e da naturalização de estereótipos racistas. E tem como resultado um tratamento diferencial e desigual para os diversos grupos sociais, comprometendo a qualidade e o funcionamento dessas instituições e dos serviços prestados à população e colocando determinado grupo racial em desvantagem.

² É aquela cuja comprovação da motivação discriminatória é desnecessária para a censura judicial de uma medida aparentemente neutra, que, todavia, tem impacto diferenciado sobre indivíduos ou grupos.

³ A discriminação de facto também consiste em ofensa ao princípio da igualdade perante a lei. Ela ocorre quando existe uma norma jurídica válida, cuja aplicação concreta pelas autoridades competentes dá-se de forma sistematicamente antisonômica e prejudicial a um determinado grupo.

⁴ Compreende a prática dos agentes de polícia e de outros funcionários responsáveis pelo cumprimento da lei de se basearem, de algum modo, na raça, cor, descendência nacional ou origem étnica, como motivo para sujeitar pessoas a atividades de interrogatório ou para determinar se um indivíduo está em atividade criminosa.

internacional e nacional que destina direitos diferenciados a favor de grupos historicamente excluídos no Brasil, as ações tomadas pelo Estado para romper com as concepções racistas, reiteradas historicamente no processo da política de segurança elaborada no país, são insuficientes ou quase inexistentes (RAMOS; MUSUMECI, 2005). Contudo, a interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos, para além do estabelecimento de *standards* de ação para os Estados, adiciona elementos, princípios e conceitos na linguagem jurídica do discurso dos direitos humanos que podem ser apropriados no âmbito interno.

2 – Princípio da Igualdade e desigualdades do Sistema Social

Como ressalta Fábio Comparato, a igualdade é um dos primeiros fundamentos do conceito universal de direitos humanos. Esta qualidade do indivíduo, como essência da pessoa é fruto de um processo histórico, um dos mais longos da espécie humana que se inicia no período axial (entre 600 e 480 A.C) e é concluído com a Proclamação solene da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Nela afirma-se em seu artigo primeiro que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”

Contudo, a o conceito de igualdade e da própria justiça, passou por algumas transformações como veremos logo adiante, porém, antes daremos atenção a questão da desigualdade em sua dimensão social a saber: estamental e de classes; desigualdades sociais no mundo moderno; igualdade como virtude e como norma de organização social.

2.1 – Desigualdade estamental e de classes

No mundo antigo e medieval a desigualdade, com as devidas exceções, sempre foi um princípio dominante e incontestado. Até mesmo nos momentos excepcionais, tratava-se de uma igualdade

muito relativa. Em Atenas, no período do apogeu da democracia, o número de cidadãos, isto é, de pessoas consideradas livres e iguais em direitos não ultrapassava 15% da população total (COMPARATO, 2006, p. 559-560). Os restantes eram privados de alguns ou de todos os direitos, por serem considerados seres inferiores: eram as mulheres, os metecos (isto é, os estrangeiros) e os escravos.

Até o advento do mundo moderno, as desigualdades de posição social sempre foram de duas ordens, segundo Comparato: elas se estabeleceram na base de um sistema de privilégios ou com fundamento na riqueza patrimonial. A sociedade dividida em estamentos, ordens ou castas foi a regra em todas as civilizações antigas. A ordem ou estamento difere da classe social, na medida em que cada estamento rege-se por um direito próprio, ao passo que na sociedade de classes há um só sistema jurídico, comum a todas elas. Assim, enquanto a ordem estamental é legalmente hierarquizada, com o reconhecimento de privilégios a determinados grupos, as classes sócias não se distinguem pelo seu estatuto jurídico, mas pela diferença de fortuna entre uma classe e outra; mais exatamente, pela separação ente uma classe minoritária, que monopoliza os bens de produção, e outra, composta pela maioria da população, despida dessa propriedade dos bens de produção, e que deve submeter-se à classe empresarial. Além disso, na antiga sociedade estamental a desigualdade jurídica não existia apenas entre os diferentes estamentos, mas vigorava também no interior de cada clã, tribo ou família alargada. Só o chefe ou *pater* – e a palavra significava, nas origens, antes *poder* do que geração ou paternidade – tinha plena capacidade jurídica; ou seja, só ele podia exercer direitos e contrair obrigações.

2.2 – Desigualdades sociais no mundo moderno

Na civilização feudal, que precedeu imediatamente o surgimento do mundo moderno no Ocidente, voltou a instaurar-se o regime da desigualdade social em ordens ou estamentos. A

igualdade de condição jurídica entre os homens foi até mesmo considerada, então, um desvalor, uma verdadeira desordem. No Tratado das ordens e simples dignidades, que fez publicar na França em 1.610, Charles Loyseau justificou, com argumentos de diversa natureza, a justiça e excelência da divisão da sociedade em três ordens ou estamentos, a saber: “Uns dedicam-se particularmente ao serviço de Deus; outros, a conservar o Estado pelas armas; outros, a alimentá-lo e mantê-lo pelos exercícios da paz” (COMPARATO, 2006, p. 562).

Impressiona, segundo Comparato, à defesa política e teleológica da desigualdade estamental o fato que ela veio a lume quase um século depois que Lutero já haver lançado publicamente, o seu desafio radical à estrutura hierárquica da Igreja Católica. A desigualdade dos escravos frutos das guerras também foi objeto de análise do Prof. Comparato. Com a conquista pelos portugueses aos mouros da praça de Ceuta, no Norte da África, os povos da Europa começaram a avançar dominadoramente sobre outras terras, fora do velho continente. Sem dúvida a escravidão dos povos vencidos – pelo menos dos guerreiros, representou, desde sempre, uma consequência normal de todas as guerras. Mas a questão ética que então se pôs era nova para a consciência cristã: - Podem os fiéis escravizar os infiéis em guerras justas nas novas terras conquistadas? Essas guerras de conquista são justas? (COMPARATO, 2006, p. 563).A igreja católica respondeu afirmativamente o que acabou por viabilizar a produção em larga escala do açúcar e da cana, indústria que os portugueses haviam implantado, pioneiramente, em suas ilhas atlânticas (Açores e Madeira), já na primeira metade do século XV por meio do trabalho escravo.

A escravidão das populações africanas, assim instaurada, distinguiu-se, porém, daquela anteriormente praticada pelos árabes na África, pois esta atingia, sem discriminação, brancos e negros, e tinha um caráter antes de tudo doméstico: os escravos serviam a sua família e ao seu senhor. Para os europeus, de modo diverso, o tráfico teve por objeto, desde o início, tão-só a população negra, e inseriu-se, a partir do século XVI, no empreendimento das culturas

agroexportadoras, organizadas em forma capitalista nos grandes domínios rurais do continente americano. As mesmas necessidades de exploração capitalista das ricas jazidas de minério e pedras preciosas, descobertas na América ibérica, explicam também a expansão do regime servil dos aborígenes a todo o continente. A pseudojustificativa ética dessa prática nefanda foi a propalada inferioridade das populações escravizadas.

2.3 – A igualdade como virtude e como norma de organização social

Para superar as desigualdades sociais é indispensável saber, antes de tudo, que tipo de igualdade se quer instituir, e como fazê-lo; ou seja, ter clareza quanto ao objetivo e precisão quanto ao objetivo e precisão da ação política.

Ao criticar o comunismo de bens, preconizado por Platão em *A República*, Aristóteles observou que o postulado ou hipótese de base da argumentação socrática, qual seja, a igualdade absoluta dos cidadãos na polis, era evidentemente inaceitável. A “cidade” disse ele, “constitui pela sua própria natureza uma pluralidade, de tal sorte que, se a sua unificação for levada ao extremo, de cidade ela se torna família, e a família indivíduo. Em qualquer cidade, há sempre diferenças específicas entre os cidadãos, as quais devem ser respeitadas.

A unidade política que implica uma igualdade absoluta entre os cidadãos, só deve existir quanto àquilo que representa a essência de cada cidade, que é a sua constituição, vale dizer, o consenso comum quanto à justiça de suas instituições. A igualdade cívica é, antes de tudo, uma virtude que deve ser encorajada pela educação que deve ser adaptada de acordo com a *politéia*, pois cada uma tem seus próprios costumes ou maneira de ser, os quais a conservam, mantendo sua unidade.

Enquanto norma de organização social Platão defendeu, no *Protágoras*, a absoluta igualdade de voto e de palavra que tinha todo cidadão ateniense. Na discussão com o sofista, Sócrates observa que, toda vez que se trata de decidir sobre um assunto de ordem técnica,

como por exemplo a construção de navios, a assembleia só quer ouvir o parecer dos que são qualificados a se pronunciar sobre o assunto, em razão de sua competência profissional. Por isso, quando um leigo na matéria sobe à tribuna para dar a sua opinião a esse respeito, a assembleia manifesta imediata irritação e o força a se calar. Quando, porém, ao invés de um assunto técnico, o que se vai decidir é algo que diz respeito à administração da cidade, qualquer cidadão – um ferreiro, um sapateiro, um carpinteiro, etc. – sente-se no direito de dar conselhos ao povo, sem que a assembleia esboce o mais leve protesto. Num regime político nessa ordem, conclui Sócrates, os assuntos mais importantes da vida da cidade, que dizem respeito à justiça e não a questões puramente técnicas, não podem ser bem decididos.

O que se procurava saber, também, é se na vida política deve ser aplicado um princípio da igualdade absoluta ou, ao contrário, de igualdade proporcional, que leva em conta diferenças de situação ou qualidade entre as pessoas.

A primeira espécie de igualdade foi assimilada por Aristóteles àquela justiça que ele classificou como contratual, aplicável às relações comerciais. Até hoje, na teoria do direito privado, designam-se como sinalagmáticos os contratos bilaterais em que há, necessariamente, igualdade de valor material no intercâmbio de prestações entre as partes; contratos cujo paradigma é a compra e venda.

Já a segunda espécie de igualdade, Aristóteles assimilou-a à justiça por ele denominada proporcional ou distributiva (ou de sentido), que é aplicável às relações de direito público. Assim, quando se trata de escolher os ocupantes de cargos públicos, a boa regra consiste em seguir o critério do mérito ou do valor pessoal, pois, as pessoas nunca são absolutamente iguais sob esse aspecto. De modo análogo, em se tratando de distribuição pública de bens materiais aos cidadãos, é de justiça que os pobres recebam sempre mais do que os ricos. Em sentido contrário, em matéria de impostos, os pobres devem ser isentos, ou sofrer uma tributação bem mais leve que os cidadãos abonados.

De acordo com Comparato a distinção básica entre essas duas espécies de igualdade constitui um critério seguro para a solução

dos problemas de organização social ou de justiça política, no mundo contemporâneo (COMPARATO, 2006, p. 570).

Deve-se assim, assentar em definitivo, conforme a proclamação solene da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que todos os homens são absolutamente iguais na partilha da comum dignidade de pessoas, merecendo, portanto, rigorosamente o mesmo respeito, não obstante as diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, e apesar da enorme desproporção patrimonial que apresentam as famílias, classes sociais ou povos, quando comparados uns com os outros.

3 – Afirmação histórica dos Direitos Humanos

Direitos humanos são aqueles que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano, sem quaisquer distinções de origem, nacionalidade, etnia, cor da pele e outras características do biotipo, do sexo e da orientação sexual, classe social, profissão, condição de saúde física e mental, faixa etária, opinião política, religião, nível de instrução e julgamento moral. Sendo direitos *comuns a todos*, são, necessariamente *universais*; não se referem a um membro de uma nação ou de um Estado - mas à *pessoa humana* na sua universalidade.

Liberdade, igualdade e fraternidade - ou solidariedade - são os valores históricos que dão sustentação ética aos direitos humanos na contemporaneidade. Mas a ideia e os sentimentos vem de longe, numa construção reunindo democracia e direitos humanos como conquistas políticas e morais da humanidade.

A igualdade é a própria essência da justiça, assinalou Aristóteles em *Ética a Nicômaco*. A partir dessa afirmação que nos vem da antiguidade clássica, podemos acompanhar o percurso de questões cruciais que marcam a história da humanidade, em torno da ética e da justiça. É evidente que uma visão geral de tal percurso foge aos limites deste trabalho de conclusão desta disciplina; trata-se, aqui, de introduzir o tema que está na raiz da compreensão dos direitos humanos.

De acordo com o filósofo Karl Jaspers, o curso inteiro da História poderia ser dividido, em função de uma determinada época, entre os séculos VIII e II a.C, a qual formaria, por assim dizer, o eixo da humanidade. Daí a designação, para essa época, de *período axial*. Antes deste período, em todas as civilizações a vida ética era dominada pelas crenças e instituições religiosas sem que houvesse nenhuma distinção objetiva entre religião, moral e direito. Entre 600 e 480 a. C., coexistiram, sem se comunicarem entre si, os maiores doutrinadores de todos os tempos.⁵ Todos eles, cada um a seu modo, foram autores de visões de mundo, a partir das quais se estabeleceu a grande linha divisória: as explicações mitológicas anteriores são abandonadas e o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das ideias e princípios expostos durante este período. Isto decorreu de uma maior racionalização das ideias, quando o homem se coloca no centro de suas reflexões. O homem, então, passa a ser *um obstáculo à compreensão, uma dificuldade proposta à razão humana* (COMPARATO, 2003, p. 08).

Neste contexto, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, a ela inerentes.

Contudo, apesar da ideia de uma igualdade essencial de todos os seres humanos ter despontado no período axial, foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar um grande número dos povos da terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (1948, artigo 1º). Essa convicção, portanto, de que todos os seres humanos têm o direito a serem igualmente

⁵Zaratrasta na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsê e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaias em Israel. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 08.

respeitados representou a conclusão de um longo processo histórico, talvez o mais longo de todos os tempos, na evolução da espécie humana (COMPARATO, 2006, p. 558).

Este longo processo é narrado pelo professor Comparato em seu livro *A afirmação histórica dos direitos humanos*, em que demonstra como se foram criando e estendendo, progressivamente, à todos os povos, as instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração, a miséria e a discriminação (COMPARATO, 2003, p. 01).

Ao fazer um profundo estudo sobre os principais documentos de proteção aos direitos humanos (desde a *Magna Carta* – 1215 até o *Estatuto do Tribunal Penal Internacional* - 1998), Comparato concluiu que o sentido e a evolução histórica dos direitos humanos consistem na revelação segundo a qual todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, são dotados da mesma dignidade. Em resumo, é a igualdade de essência da pessoa que forma o *núcleo do conceito universal dos direitos humanos* e a partir dela reconhece-se a dignidade da pessoa humana.(COMPARATO, 2003, p. 01).Em razão da radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social ou raça -, pode afirmar-se superior aos demais. O que significa dizer que nenhum tipo de tratamento discriminatório atentatório a dignidade humana deva mais ser tolerado em nossa sociedade. A discriminação, seja ela qual for, significa em verdade, a desconstrução histórica desses direitos que tem ajudado a civilização humana a construir uma sociedade mais ética, justa e solidária.

Desta breve digressão histórica, resta claro que, embora, naturais, os direitos humanos são históricos, numa contradição apenas aparente. O pensador italiano Norberto Bobbio consolidou o reconhecimento dessa historicidade ao afirmar que os direitos do homem nascem em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004, p. 05). O sociólogo Ignacy Sachs é mais específico:

não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos (1998, p. 156).

Para o jurista espanhol Joaquim Herrera Flores, os direitos humanos compõem a nossa racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Realçam, sobretudo, a esperança de um horizonte moral, pautada pela gramática da inclusão, refletindo a plataforma emancipatória de nosso tempo.

Os direitos humanos compõem um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, explicitam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos no nível nacional e internacional (1999, p. 48)

O jurista português Gomes Canotilho discute a questão da historicidade dos direitos humanos salientando a influência de fatores culturais *no terreno da história política, ou seja, no conjunto de ideias e mentalidades, o imaginário, a ideologia dominante a consciência coletiva, a ordem simbólica e a cultura política* (CANOTILHO, 2004, p. 09).

Para o Professor Dalmo de Abreu Dallari, a ideia moderna do Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, e implica a afirmação dos valores influenciados pelos ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção desses valores fundamentais da pessoa humana (1998, p. 145).

A base do conceito do Estado Democrático é, sem dúvida, a noção de governo do povo, para o povo e pelo povo. Percebemos, portanto, que a ideia moderna de democracia, não está longe daquela encontrada na Grécia antiga, onde os cidadãos participavam ativamente nas funções do governo. Esta supremacia

de preferência pelo governo popular decorreu de três grandes movimentos político-sociais que transpõem, do plano teórico para o prático, os princípios do Estado Democrático. O primeiro desses movimentos foi o da Revolução Inglesa, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no *Bill of Rights*, de 1689. Neste documento, estabelecia-se limites ao poder absoluto do monarca e a influência do protestantismo, limites que contribuíram para a afirmação dos indivíduos, nascidos livres e iguais; justificava-se, portanto, o governo da maioria, que deveria exercer o poder legislativo assegurando a liberdade dos cidadãos.

O segundo movimento foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência, em 1776. Seguindo as orientações previstas nessa Declaração é que se organizaram, primeiramente, as antigas treze colônias e, mais tarde, os Estados Unidos da América, procurando-se garantir sempre a supremacia da vontade do povo, a liberdade de associação e a possibilidade de manter um permanente controle sobre o governo – controle este que é exigência da democracia como regime político.

Por fim a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Declarou-se então que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos e que constitui finalidade da sociedade política a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, a saber: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Além disso, de acordo com essa Declaração, todos os cidadãos teriam o direito de concorrer, pessoalmente ou por seus representantes, para a formação e expressão da vontade geral (influência do pensamento de Rousseau).

Esses ideais revolucionários determinaram as diretrizes na organização do Estado que passou a exigir três princípios fundamentais dos regimes democráticos, quais sejam, a supremacia da vontade popular, a igualdade de direitos e a preservação da liberdade.

Concluindo, voltamos a Perez Luño quando afirma que, embora os direitos humanos sejam inerentes à própria condição

humana, seu reconhecimento e sua proteção são frutos de todo um processo histórico de luta contra o poder e de *busca de um sentido para a humanidade* (LUÑO, 1999, p. 48).

4 - Igualdade enquanto concepção de justiça distributiva: transição para a modernidade.

De acordo com o professor Lopes até o século XVII a justiça distributiva, a justiça das partilhas, não era assunto estranho aos juristas e por diversas razões, dentre elas, o fato de que o assunto era familiar aos juristas porque a introdução ao estudo do direito fazia-se dentro de um arcabouço filosófico e que a distinção entre justiça distributiva e justiça comutativa (trocas, como visto acima) era um ponto de partida fundamental. Além do mais era comum que os órgãos judicantes fossem simultaneamente órgãos de administração. As cortes eram assembleias de aconselhamento dos príncipes ou de deliberação em comum tanto sobre matérias comutativas quanto sobre matérias distributivas (2004, p. 198-199).

A legislação era como um anexo do fazer justiça, pois, legislar significava em última instância determinar a regra da justiça para os casos em geral. Contudo, a modernidade alterou substancialmente esse quadro: a justiça de trocas permaneceu com o direito e a justiça das partilhas de coisas comuns deslocou-se para a política. Começando com textos de vários jusnaturalistas, a justiça distributiva tendeu a perder lugar central na descrição do mundo do direito. A imposição contratualista concentrou a vida jurídica em um sistema de relações subjetivas bilaterais. Nas relações bilaterais a troca, e não a cooperação, ganhou precedência. A própria sociedade mercantil ou civil passou a ser descrita como um contrato bilateral, abandonadas as suas estruturas distributivas ou plurilaterais, só retomadas recentemente.

Para que as questões de justiça distributiva se destacassem do universo mais especificamente jurídico colaborou o fato de a divisão acadêmico-disciplinar entre direito público e direito privado ter se dado ao longo do século XVIII. Tornou-seo estudo do direito público

uma disciplina com autonomia suficiente tanto do direito privado, quanto da política propriamente dita.

Ao longo da modernidade a ligação estreita entre direito, regras e justiça foi perdida de algum modo, afirma Lopes. A linguagem do direito moderno desenvolveu uma zona determinada pela exclusão de certos temas que o autor chama de *campo de comutação*, pois, esta definida pela exclusividade do tema das trocas e da bilateralidade dos contratos. Em linhas gerais pode se dizer que o objeto de direito moderno definiu-se em contraste com a política, pois, os temas de distribuição foram transferidos para esta última. Seja como ciência política, ciência da administração ou ciência do público, o que diz respeito ao bem-estar da comunidade e aos bens indivisíveis passou para o domínio da política.⁶

5 – Contradições do Iluminismo

O período do Iluminismo *nos aparece como um enigma*, constata a Professora Gislene Aparecida dos Santos. Ao mesmo tempo em que defende a tolerância e a universalidade dos “direitos do homem”, o pensamento iluminista – base da democracia liberal - oferece elementos restritos ao parâmetro europeu e, em consequência, intolerantes quanto às diferenças entre este e os outros povos (SANTOS, 2001, p. 21). Este mesmo paradoxo foi objeto de análise, entre outros autores, de Lynn Hunt, que aprofunda a questão a partir dos termos do documento e do contexto histórico da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, fruto da Revolução Francesa. Baseada numa afirmação de autoevidência⁷, a declaração encarnou a promessa dos direitos humanos, os quais requereriam três qualidades, quais sejam, devem ser *naturais* (inerentes

⁶Sobre a história sumária do deslizamento do sentido da justiça distributiva ver LOPES, 2004, p. 205-251.

⁷ A autora se refere a *Declaração da Independência* especialmente a consideração elaborada por Thomas Jefferson: “Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade”.

aos seres humanos), *iguais* (os mesmos para todos) *euniversais* (aplicáveis por toda a parte). Contudo este mesmo documento – dentre outros de afirmação dos direitos humanos do século XVIII – excluía de sua consideração e respeito aqueles sem propriedade, os escravos, as mulheres e os negros livres (SANTOS, 2001, p. 21).

Estabeleceram-se as bases filosóficas, no Iluminismo, para se pensar a humanidade enquanto totalidade. Pressupor a igualdade e a liberdade como naturais levava à determinação da unidade do gênero humano e a certa universalização da igualdade, entendida como um modelo imposto pela natureza. Não por acaso, neste mesmo período (século XVIII) ocorre uma repentina cristalização das afirmações dos direitos como universais. Apesar desta visão humanista dos direitos humanos, já existia nesta época uma reflexão, ainda tímida, sobre as diferenças básicas existentes entre os homens, raça é introduzido na literatura mais especializada em inícios do século XIX por Georges Cuvier.

Delinea-se uma certa reorientação intelectual, uma reação ao Iluminismo em sua visão unitária da humanidade, alcançando as declarações de direitos; uma investida contra os pressupostos igualitários das revoluções burguesas, com um novo suporte intelectual concentrado na ideia de raça. O discurso racial surgia, portanto, no final do século XIX, como variante do debate sobre a cidadania, o qual abrangia a ideia de nação e de povo (SCHWARCZ, 1993, p. 46-47).

Como destaca a professora Gislene dos Santos, no Brasil, a partir de 1.870 tais correntes de pensamento⁸ dão impulso às grandes discussões travadas entre intelectuais e políticos acerca do destino racial do Brasil, em função da grande quantidade de indivíduos de "cor preta". Discutiam: Como construir uma nação se não há povo? Como garantir a presença de europeus por meio da imigração, formando o povo ideal para o Brasil? Como coibir o enegrecimento da população brasileira? Como criar um código

⁸ Das quais Shwarcz destaca o positivismo, o evolucionismo e o darwinismo e poderão ser melhores compreendidos em sua obra. p. 47-66.

penal próprio para lidar com uma população de mestiços, africanos, negros e brancos? Como identificar os criminosos antes mesmo que realizem qualquer ação criminosa, já que estava subentendida a identificação entre criminalidade e população negra e mestiça?

Tais teorias foram construídas e discutidas em espaços acadêmicos, do Brasil e da Europa, por intelectuais respeitados em suas épocas como Louis Coutye Cesare Lombroso, assim como os brasileiros Nina Rodrigues e Sílvio Romero, entre outros (SANTOS, 2010).

O termo *raça*, portanto, antes de aparecer como um conceito fechado, fixo e natural – leia-se biologizado –, é entendido como um objeto de conhecimento, cujo significado estará sendo constantemente renegociado e experimentado nesse contexto histórico específico: o enfraquecimento e o final da escravidão, e a realização de um novo projeto político para o país. As teorias raciais se apresentavam enquanto modelo teórico viável na justificação do complicado jogo de interesses que se montava. Como destaca Lilia Schwarcz para além dos problemas mais prementes relativos à substituição de mão de obra ou mesmo a conservação de uma hierarquia social bastante rígida, era necessário estabelecer critérios diferenciados de cidadania. É nesse sentido que o tema racial se transforma em um novo argumento de sucesso para o estabelecimento das diferenças sociais (SCHWARCZ, 1993, p. 17-18).

Nina Rodrigues, adepto das teses do darwinismo social e influenciado pelos estudos de Lombroso, defendia a necessidade de se criarem Códigos Penais, um para brancos e outros para negros e índios, pois, para as “raças inferiores” os atos criminosos seriam atos comuns.

“Pode-se exigir que todas estas raças distintas respondam por seus atos perante a lei com igual plenitude de responsabilidade penal? Acaso, no celebre postulado da escola clássica e mesmo abstraindo do livre arbítrio incondicional dos metaphysicos, se pode admitir que os selvagens americanos e os negros africanos, bem como seus mestiços, já tenham adquirido o desenvolvimento physico e a somma de faculdades psychicas, suficientes para reconhecer, num caso dado, o valor legal do seu acto (discernimento) e para se decidir livremente a commettel-o ou não (livre arbítrio)? – Por ventura pode-se conceder que a consciencia do direito e do dever que teem essas raças inferiores,

seja a mesma que possui a raça branca civilizada? – ou que, pela simples convivência e submissão, possam aquelas adquirir, de um momento para o outro, essa consciência, a ponto de se adoptar para ellas conceito de responsabilidade penal idêntico ao dos italianos, a quem fomos copiar nosso código?” (RODRIGUES, 1894, p. 36).

Se durante a escravidão os negros eram considerados seres inferiores (portanto legitimamente escravizáveis), com a abolição e a persistência das teorias racistas, a discriminação e o desprezo só aumentaram. Se a diferença já existia, neste momento ela é ampliada.

Cumprir observar ainda que, enquanto raça passa a ser um conceito que define a particularidade da nação para os homens da lei e um índice tenebroso na visão dos médicos, no plano normativo constitucional, nossa primeira Constituição republicana, em 1891, abole os privilégios estamentais e contempla a igualdade formal, ao prescrever em seu art. 72, parágrafo 2º, *todos são iguais perante a lei*. Os constitucionalistas da época exaltavam, inclusive, seu caráter progressista.

Considerações finais

A partir do século XIX as desigualdades dissolviam-se nas regras de capacidade: mulheres, filhos, e escravos eram os sujeitos incapazes da vida civil que se deveriam manter sob a proteção (o poder) do pai de família. Apesar das ideias do iluminismo defenderem a igualdade, esta não era para todos e o desenvolvimento de uma ideologia que hierarquiza seres humanos passa a despontar neste período. A consideração positiva de grupos socialmente excluídos a partir de uma ideologia racista, no campo do direito, é algo recente e decorre, sobretudo, da politização do sistema judicial. Muito embora a percepção do racismo não apenas como desigual fruição de direito, mas como violação da própria dignidade da pessoa humana tenha despontado nos círculos acadêmicos após o processo de internacionalização de direitos humanos o fato é que, os sistemas de desigualdades persistem e o

direito, apesar de importante, é insuficiente para as demandas contemporâneas de igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 6, n. 11, p. 7-39, dez. 2009.

ARANTES, Paulo de Tarso Lugon. O caso Simone André Diniz e a luta contra o racismo estrutural no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n.31 p. 127-149, jul/dez 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova edição: 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Crimes e Direitos Individuais: Reestruturando a Questão da Violência na América Latina. In: JELIN, Elizabeth & HERSHBERG, Eric. **Construindo a Democracia: Direitos Humanos, Cidadania e Sociedade na América Latina**. Tradução de Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: Edusp e NEV/USP, 2006, p. 281-301.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 20ª ed., 1998.

FERNANDES, Heloisa Rodrigues. Política e Segurança. **Força Pública do Estado do Estado de São Paulo: Fundamentos Históricos-Sociais**. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1974, p. 70; 106,107.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história.** Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Ed. 34/FGV, 2004.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* 6º ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Polícia e consolidação democrática: o caso brasileiro. In: _____ et al. **São Paulo sem medo – Um diagnóstico da violência urbana.** Rio de Janeiro: Garamond, 1998, p. 175-190.

RAMOS, Silvia, MUSUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira e CESeC, 2005.

RODRIGUES, Raimundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Guanabara, 1894.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania, In: Direitos Humanos no Século XXI, 1998. Ignacy Sachs, O Desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos, in **Estudos Avançados** 12 (33), 1998.

SANTOS, Gislene Aparecida. **A invenção do ser negro.** São Paulo/Rio de Janeiro: Pallas/EDUC/FAPESP, 2001.

SANTOS, Gislene Aparecida. Filosofia, diversidade e a questão do negro: argumentos criados no seio da filosofia podem nos auxiliar a entender a questão racial contemporânea? **Revista da ABPN**, v. 1, n. 2 - jul-out de 2010, p. 24-25.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930.** São Paulo, Companhia das Letras, 1993.

SILVA JUNIOR, Hédio. Direito Penal em preto e branco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 327-338, jul./set. 1999.

ACESSIBILIDADE LINGUÍSTICA COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: PERSPECTIVAS PARA A PROMOÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

Maria Teresa Casadei

1. INTRODUÇÃO

Não é tarefa fácil falar sobre a promoção e efetivação dos Direitos Humanos e da justiça social quando o tema se reporta ao afastamento de direitos básicos causados pela ausência de comunicação e compreensão da língua oficial adotada por um país. Estamos tratando de extenso rol de direitos humanos fundamentais positivados e à disposição, mas indesfrutáveis, inertes, incapazes de produzir efeitos na sociedade simplesmente porque não se fala ou não se compreende o idioma oficial em contato.

Vive-se o caos quando a comunicação não é possível, mas também se vive um reinado por quem domina o seu idioma e outros tantos quantos lhes forem possíveis. Quem mais sabe falar, mais compreende, mais domina e até manipula, dependendo de suas matrizes éticas. A Torre de Babel seria pouco para ilustrar...

Parece nada atual o problema associado a comunicação quando se vive na era digital dos direitos. Mas será que em pleno século XXI, aos 30 anos da Constituição Federal Brasileira e aos 70 da Declaração Universal de Direitos Humanos, podemos dizer que a comunicação não é um impeditivo para o acesso aos direitos humanos fundamentais? Basta um olhar aos povos indígenas no Brasil para refletir sobre a acessibilidade linguística na era dos direitos.

A acessibilidade é tema recorrente na atualidade, mas logo que se fala em acessibilidade, pensa-se no acesso de pessoas com

dificuldades de locomoção, e restringe-se, assim, o tema às pesquisas de engenharias, arquitetura e informática. Todavia, essa limitação não comporta a amplitude da palavra acessibilidade, que neste aspecto será estudada como ferramenta capaz de auxiliar na composição das dificuldades e barreiras impostas pela língua.

Infelizmente, não há ainda a preocupação para tornar acessível as leis brasileiras a todos os brasileiros. E não adianta imaginar que esse é um problema para ser solucionado de forma isolada, a partir da base de conhecimentos apenas de uma ou outra ciência. Temos elementos e matéria prima que necessitam da conformação de conceitos e institutos, bem como da partilha de conhecimento entre várias ciências. Temos como exemplo a Sociolinguística, o Direito, a Antropologia, a Etnografia, dentre outros campos de estudo, a trazer fundamentos necessários para retratar o problema que surge quando se fala em inclusão social de pessoas que desconhecem a legislação pela falta de contato com a língua oficial de um país. Verifica-se, portanto, tratarmos de um problema que envolve esforço coletivo para a compreensão e dimensionamento para, enfim, se alcançar a justiça. Este trabalho cuida da análise pela lente do Direito, das soluções apontadas pela Ciência Jurídica, a fim de tornar efetivo o acesso aos direitos, por uma questão de justiça social.

Sob esta perspectiva, o desenvolvimento deste capítulo traz um cotejo das principais normas e convenções da ONU a respeito do tema, bem como conceitos de acessibilidade, linguagem, justiça social, Direitos Humanos, e o processo de inclusão social a partir da tradução da língua portuguesa para línguas indígenas das principais normas do Direito Brasileiro, a fim de minimizar os abusos e exploração pela ignorância.

A proposta é fazer aflorar o âmago do questionamento sobre a acessibilidade dos povos indígenas à legislação brasileira para fins de proteção de seus direitos, verificando-se, ao final, se é possível falar em justiça social e promoção dos Direitos Humanos dissociando-se de técnicas, ferramentas e instrumentos de tradução e políticas públicas que imponham seu uso efetivo.

2. COMPREENDENDO O PROCESSO DE LINGUAGEM E COMUNICAÇÃO

A linguagem pode ser definida como uma forma de comunicação humana por intermédio de signos. Todos os seres humanos, exceto aqueles que possuam distúrbios graves psíquicos e neurológicos, falam (FIORIN, 2013, p.13). Sendo a linguagem a forma universal de comunicação, o direito à linguagem e à expressão da linguagem não poderia ter outra concepção que não a da universalidade vista como um direito vinculado à dignidade humana. Se no campo do direito a linguagem deve ser estendida ao máximo, ou seja, se a linguagem é um direito amplo, indistinto, universal, é inerente aos povos a liberdade de se comunicar pela linguagem.

A forma de expressão mais conhecida e difundida é a linguagem falada, através da linguagem articulada ou escrita. Justamente pela universalidade, esse é um direito que assiste a qualquer povo ou etnia, e não obstante, se toda e qualquer pessoa tem direitos decorrentes de sua dignidade como condição intrínseca, a linguagem é também um direito humano assegurado à pessoa humana, pois é essencial ao seu desenvolvimento.

Expressamos nossa linguagem escrita por meio de signos, que em conjunto criam sentidos a nossa forma de expressar a partir de códigos criados, o que torna acessível e possível desvendar a comunicação (LYONS, 1979). Assim, a linguagem como instrumento de promoção da acessibilidade é uma nova ferramenta que auxilia a inclusão social e conseqüentemente, a promoção da justiça social.

Vários documentos e de diversos organismos da Organização das Nações Unidas - ONU dispõem sobre o acesso a linguagem como forma máxima de expressão dos Direitos Humanos. Alguns destes documentos são confrontados no decorrer deste texto, conforme veremos.

3. A LÍNGUA OFICIAL COMO OBSTÁCULO QUE SEPARA ETNIAS: A REALIDADE INDÍGENA NO BRASIL

Para compor o cenário da realidade brasileira, interessante observar os resultados do Censo Demográfico de 2010 (IBGE, 2010). Ao todo, 274 línguas indígenas foram registradas no país, utilizadas pelos indivíduos pertencentes às 305 etnias diferentes das quais fazem parte mais de 817 mil indígenas. Embora as pesquisas reconheçam a necessidade de estudos linguísticos mais aprofundados, uma vez que os dados do Censo são autodeclaratórios, e algumas dessas línguas declaradas podem constituir-se variações de uma mesma língua, ainda assim, esses números ultrapassaram as estimativas da Fundação Nacional do Índio até então.

Ainda a respeito dos dados do IBGE, 17,5% dos indígenas com 05 anos de idade ou mais, não falam o idioma oficial do Brasil, o português (IBGE, 2010). Destes, a maior parte (28,8%) está concentrada nas terras indígenas, onde encontram algum amparo para viver dentro dos padrões sócio-culturais originários, enquanto somente 3,5% encontram-se domiciliados fora das terras indígenas (Figura 1).

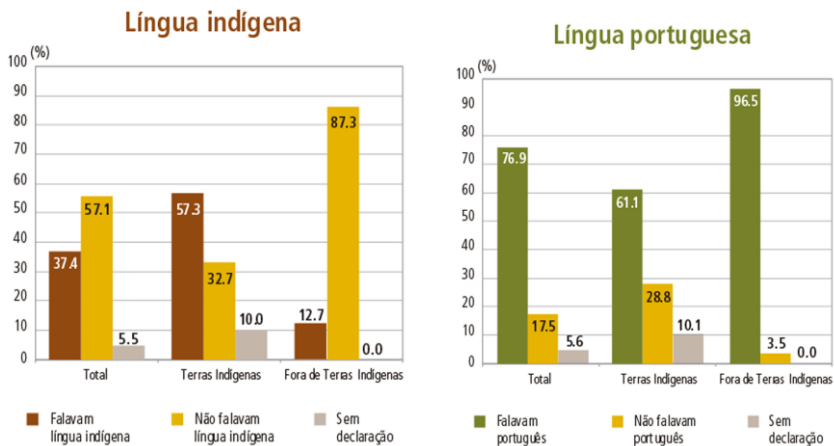


Figura 1. Distribuição percentual das pessoas indígenas de 5 anos ou mais de idade, por tipo de língua falada no domicílio, segundo a localização do domicílio.

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

Podemos inferir que os 17,5% dos indígenas que não compreendem a língua oficial do Brasil estão de algum modo desconectados de seu próprio território. Mesmo mantendo alguma relação com o restante da população brasileira, morando ou não em terras indígenas, estas pessoas só poderão ter conhecimento do que acontece no país e no mundo por intermédio de outras pessoas que tenham domínio das duas línguas e que traduzam essas informações.

Esse abismo existente entre os que falam o português e os que somente falam línguas indígenas tornam estes uma minoria, um grupo social à margem do conhecimento das leis que garantem direitos para si. E, como população minoritária, carecem de políticas públicas diferenciadas, que os considerem em suas diversidades.

Os estudos sociológicos apontam que as *minorias* têm sido pouco consideradas ao longo da história, em termos teóricos, estatísticos, ideológicos e políticos, vez que a *maioria* é sempre equiparada à normalidade. Contudo, as *minorias* podem representar aspectos sociais relevantes que só devem ser avaliados com uma análise qualitativa adequada (COSTA, 1987, p.227-228).

O obstáculo intransponível que se torna a língua oficial de um país como o Brasil, não apenas pode afastar os indígenas de seus direitos, como também pode acirrar o quadro de preconceito racial, vez que reforçam a discriminação a partir de expressões estereotipadas pelas divergências.

Os problemas se ampliam quando se observam os números: diante das 274 línguas indígenas, temos uma única oficial, o português, o que pode gerar uma situação tanto quanto conflituosa aos brasileiros. Como agir então diante dessas divergências?

O acesso à informação e ao conhecimento deve ser permitido e estimulado por garantir seus direitos mais basilares enquanto ser humano, mas, por outro lado, suas características sócio-culturais devem ser preservadas, inclusive o direito de manter sua língua originária e não o idioma oficial imposto.

Borges *et al* (2002) fazem um alerta de que as políticas públicas para essas populações não podem levá-los à perda da identidade ou referência cultural, tecendo uma forte crítica:

A Fundação Nacional do Índio (Funai) e a legislação em vigor são assistencialistas, paternalistas e integracionistas, isto é, consideram os “índios” “populações transitórias” que devem ser tuteladas a fim de superar sua “incapacidade relativa” e alcançar a “qualidade de cidadãos plenamente capazes” para o exercício da cidadania. Assim, por trás desse processo de “integração” à sociedade brasileira, existe um projeto que visa fazer os “índios” deixarem de ser “índios”!

É nesta linha tênue que separa a integração do simples acesso à informação que torna o problema relatado ainda mais complexo.

4. CONFLITOS DE LINGUAGEM, EXPLORAÇÃO E RELAÇÕES DE PODER: ONDE O PROBLEMA APARECE

Muitos indígenas já em vias de integração buscam em serviços sazonais a fonte do sustento de sua família e deixam suas aldeias, partindo para a cidade e polos urbanos em busca de trabalho. Esse é o caminho trilhado por muitos indígenas que não mantêm, ou, sequer procuram vínculo duradouro no trabalho e estão sempre em busca de aproveitamento econômico imediato através de serviços temporários.

Nesse contexto, a língua torna-se o empecilho ou a facilidade quanto às possibilidades de se transpor desafios de comunicação. Porém, o que é mais comum de ocorrer é a primeira hipótese. E, sendo um empecilho, desde o momento da contratação até o pagamento, os indígenas são ludibriados. Alguns não sabem distinguir ou reconhecer uma nota de cem reais ou uma de dois. Os protagonistas do ludíbrio são na maioria das vezes os próprios aliciadores de mão de obra.

Sobre o aspecto da linguagem, relatos de indígenas demonstram que a dificuldade esbarra sempre na comunicação e o

medo, na verdade, é a insegurança pela falta de domínio da língua portuguesa:

A Comissão ajudou bastante. Ajudou na comunicação, na amizade que a gente tem. A gente tem acesso. Porque, muitas vezes, o patrício tem medo de falar com Ministério Público, Ministério do Trabalho... Tem medo. (...) Eu não. Eu converso com qualquer um; eu não tenho dificuldade de falar com todo mundo. Mas estou falando dos meus patrícios... não sabem reclamar os direitos deles, muitos, até hoje... (PAULETTI, 2014).

Percebe-se que a ausência de mecanismos que permitam a comunicação entre os povos, principalmente no que se refere à tradução da linguagem e vocabulário jurídico aos trabalhadores indígenas, é uma forma de exclusão social. Esses trabalhadores são usados, manipulados e discriminados por não saberem se comunicar, expressar, e defender direitos, submetendo-se a situações ilegais e abusivas quanto ao ambiente de labor (ZIMMERMANN NETO, 2005). Afinal, como defender e opinar sobre aquilo que não se conhece e está inacessível?

Por outro lado, a etnolinguística, que representa o estudo da linguagem das sociedades sem escrita como os indígenas, por exemplo, faz-nos refletir até que ponto é saudável incutir a língua portuguesa no ambiente indígena de forma a comprometer a tradição e cultura destes povos. Afinal, “cada comunidade de fala é única; cada falante é um caso individual” (TARALLO, 1986).

Pauletti (2014) denuncia a exploração da mão de obra indígena, de índios das tribos Kaiowá-Guarani e Terena, no Estado de Mato Grosso do Sul. Os números dão conta de que sete mil índios prestaram serviço nas plantações de cana-de-açúcar e usinas de álcool sem qualquer direito trabalhista em 1993, ano em que 16 suicídios entre indígenas foram registrados.

Eles são agenciados por outros índios e não possuem registro de trabalho. Crianças e adolescentes entre 09 e 16 anos trabalham no corte de cana até dez horas diárias, são mal alimentadas e recebem a metade

do salário de um adulto. Os índios sequer têm direito ao descanso. Assim, as empresas lucram mais, pois a produção aumenta sem qualquer gasto adicional, e não há encargos sociais. Algumas usinas chegaram a demitir todos os trabalhadores não-índios, que foram substituídos pelos índios, que, segundo as empresas, “não fazem greve”. (sic.) (PAULETTI, 2014, p.58-59)

Esses relatos dão conta do quadro negativo instalado, que ferem os direitos humanos: a mão de obra indígena passava a ser mais lucrativa uma vez que podia ser explorada mediante ao desconhecimento dos direitos trabalhistas e as dificuldades com a língua.

Mas não é só no ambiente de trabalho que os indígenas sofrem nas relações de poder. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul julgou em 2017 algumas ações envolvendo instituições financeiras que ludibriavam indígenas, abusando da relação de confiança estabelecida para beneficiar-se da condição de ingenuidade e desconhecimento da língua portuguesa. O Judiciário acolheu os pedidos feitos por indígenas, indenizando-os além dos danos materiais, em danos morais advindos desta relação contratual espúria. Podemos considerar esta série de decisões como inédita em seus termos, valendo o registro do elemento considerado imprescindível para o deferimento da indenização segundo o TJMS:

A autora é pessoa idosa, sendo indiscutível a suscetibilidade de pessoas em situações semelhantes – **índigenas, sem instrução e que residem em aldeia** – a fraudes e golpes que são aplicados com o intuito de contratar empréstimos a serem descontados nos benefícios de aposentadoria. (TJMS, 2017)

Ao mesmo tempo em que existem os conflitos, também não se pode deixar de registrar que a sobrevivência e a convivência harmoniosa entre índios e demais povos depende circunstancialmente da comunicação, que por sua vez, se materializa pelo domínio da língua oficial do Brasil.

5. DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE POVOS INDÍGENAS E A LINGUAGEM: O PERIGO DO RETROCESSO

A Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas reconhece tanto o direito dos indígenas manterem vivas suas línguas originárias, como também versa sobre a garantia de acessarem informações em línguas não indígenas sem que haja qualquer discriminação. A Declaração evidentemente não apresenta os meios, mas impõe uma reflexão a respeito da diversidade da cultura indígena, o que inclui suas línguas e formas de comunicação.

Artigo 16

1. Os povos indígenas têm direito a estabelecer seus próprios meios de informação em seus próprios idiomas e a acessar a todos os demais meios de informação não indígenas sem discriminação alguma.

2. Os Estados adotarão medidas eficazes, para assegurar que os meios de informação estatais reflitam devidamente a diversidade cultural indígena.

Os Estados, sem prejuízo da obrigação de assegurar plenamente a liberdade de expressão, deverão incentivar aos meios de comunicação privados a refletir devidamente a diversidade cultural indígena.

Por sua vez, a convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil, recebida pelo Decreto 5.051 de 19 de Abril de 2004, já tratava da matéria de forma até mais evidente (BRASIL, 2004), vejamos:

Artigo 28

1. Sempre que for viável, dever-se-á ensinar às crianças dos povos interessados a ler e escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais comumente falada no grupo a que pertençam. Quando isso não for viável, as autoridades competentes deverão efetuar consultas com esses povos com vistas a se adotar medidas que permitam atingir esse objetivo.

2. Deverão ser adotadas medidas adequadas para assegurar que esses povos tenham a oportunidade de chegarem a dominar a língua nacional ou uma das línguas oficiais do país.

3. Deverão ser adotadas disposições para se preservar as línguas indígenas dos povos interessados e promover o desenvolvimento e prática das mesmas.

Artigo 29

Um objetivo da educação das crianças dos povos interessados deverá ser o de lhes ministrar conhecimentos gerais e aptidões que lhes permitam participar plenamente e em condições de igualdade na vida de sua própria comunidade e na da comunidade nacional.

Neste ponto, existe um conflito no texto normativo que, ao mesmo tempo em que contribui para a preservação da própria língua indígena, também estipula a promoção do domínio da língua oficial. Não obstante essa aparente contradição, a Convenção 169 da OIT ainda resguarda as traduções escritas como uma forma de se promover a acessibilidade linguística, vejamos:

Artigo 30

1. Os governos deverão adotar medidas de acordo com as tradições e culturas dos povos interessados, a fim de lhes dar a conhecer seus direitos e obrigações especialmente no referente ao trabalho e às possibilidades econômicas, às questões de educação e saúde, aos serviços sociais e aos direitos derivados da presente Convenção.

2. Para esse fim, dever-se-á recorrer, se for necessário, a traduções escritas e à utilização dos meios de comunicação de massa nas línguas desses povos.

Foi com esse propósito que o Tribunal Regional do Trabalho da 24^a Região elaborou uma cartilha versando sobre direitos laborais e a traduziu para duas línguas indígenas de povos nativos de Mato Grosso do Sul, demonstrando a preocupação com a efetividade do acesso a esse grupo de indivíduos que permaneciam isolados pela falta de compreensão da língua oficial brasileira (BRASIL, 2012; BRASIL, 2011a; BRASIL, 2011b).

Nesse mesmo viés de preocupação, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul também editou a Cartilha de orientação relativa a Lei Maria da Penha para distribuir às indígenas, em especial, da

região de Dourados, devido ao alto índice de mortalidade decorrente de violência doméstica nas aldeias. A cartilha apresenta informações relacionadas à Lei n. 11.340 de 07 de Agosto de 2006 em língua Guarani e Terena, e, sob o aspecto metodológico, foi construída em forma de perguntas e respostas. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul também foi o pioneiro a instituir uma portaria que determina a presença de um tradutor em audiências realizadas em processos que tiverem indígenas como partes interessadas.

Esses exemplos aproximam a realidade da justiça social e tornam possível a efetivação dos direitos, demonstrando que o acesso a estes depende da implementação do “direito de conhecer o direito” a partir da tradução.

5.1. Acessibilidade e o Princípio do Não Retrocesso Social

Encontramos implícito o “princípio do não retrocesso social”, em nossa Constituição Federal. Seu significado comporta a compreensão de vedação do atraso retrógrado. Resulta na proibição de se reduzir ou suprimir direitos fundamentais ao passo do de tudo que já fora conquistado, materializado e positivado. É como atribuir um estado de pedra, de imutabilidade, às cláusulas que convergem para assegurar direitos fundamentais.

Devemos reconhecer que compete ao Estado o compromisso em manter os direitos fundamentais já conquistados, quer sejam eles oriundos de acordos, tratados internacionais, ou constituições. Contudo, cabe aos poderes instituídos, o mister de aproximar a realizada da letra fria da lei. Para ter eficácia, um ato normativo precisa de vida! E vida não acontece apenas quando um direito é garantido na lei. De fato, nasce nela, mas depende de vida real...vida em sociedade, na sociedade, pela sociedade e para a sociedade. É o que chamamos de concretização de direitos.

Alguns dos dispositivos aqui estudados que asseguram o exercício de direitos humanos fundamentais, chamados por ora de “acessibilidade linguística”, exigem intervenção legislativa

infraconstitucional para a sua concretização. Por vezes dependem de políticas públicas e vinculam órgãos estatais ao compromisso de efetivá-los. Também trazem a proibição do retrocesso na efetivação de tais direitos.

Evidente na maior parte dos casos o acerto da Corte Suprema brasileira (STF) na efetividade do princípio do não retrocesso social, assegurando direitos fundamentais previstos na Constituição, mas que dependem de atuação legislativa infraconstitucional, o que tem feito com rotina por meio de decisões em mandados de injunção. Mas quando falamos de acessibilidade linguística, difícil encontrar exemplos e experiências dentro de nossas Cortes para aqui partilhar.

6. ACESSIBILIDADE LINGUÍSTICA E A JUSTIÇA SOCIAL

Acessibilidade é um termo recorrente usado para designar a possibilidade e condição de alcance que determinada pessoa dispõe, inclusive aos meios de comunicação. A Lei Federal n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000, define acessibilidade como a *“possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida”*.

Percebe-se que o conceito de acessibilidade restringe-se por definição legal ao acesso aos portadores de alguma dificuldade que os impede de alcançar espaços, mobiliário, equipamentos urbanos, edificações e transporte. No entanto, a hipótese que poderia se aplicar ao caso debatido neste artigo está contida na parte final, em que o acesso aos meios de comunicação também devem ser preservados a esse mesmo grupo de pessoas. Veja que a disposição legal é limitada. Primeiro, porque restringe o acesso aos portadores de alguma limitação, quer seja por condição física ou mental. No entanto, a acessibilidade não pode se condicionar a isto somente. A acessibilidade que nos interessa aqui é a que se define pelo acesso permitido a qualquer pessoa a um mundo limitado pelas divergências linguísticas.

Se a diferença linguística presume inacessibilidade e dificuldade de comunicação, o que dizer quando essa dificuldade ocorre em detrimento da segregação de indivíduos nacionais do mesmo país? De fato, essas restrições são constrangedoras e inibidoras dos Direitos Humanos, considerando que é da liberdade humana a capacidade de se comunicar na língua que bem pretende adotar. Porém, essa liberdade expressa também a necessidade de se permitir o acesso a um mundo completamente diferente quando se trata de adoção de línguas oficiais que eventualmente podem inibir o acesso a certos direitos simplesmente pela dificuldade que alguns possuem em se manter atualizados.

As minorias étnicas possuem dificuldades linguísticas relatadas e registradas. Essas dificuldades encontram-se no campo da comunicação. Ser compreendido e conseguir compreender são as maiores dificuldades daqueles que se desalojam de suas moradas em busca de trabalho. E primar pela acessibilidade linguística é a melhor forma de se promover a integração social.

Sobre a acessibilidade voltada à cultura e linguagem, podemos citar diretamente o Decreto Legislativo nº485, de 20 de dezembro de 2006, em que o Congresso Nacional aprova a redação da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Veja que no Brasil ainda foi editado o Decreto 6.177 de 01 de Agosto de 2007 (BRASIL, 2007), que promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005.

7. Princípio do **acesso equitativo**

O **acesso equitativo** a uma rica e diversificada gama de expressões culturais provenientes de todo o mundo e o **acesso** das culturas aos meios de expressão e de difusão constituem importantes elementos para a valorização da diversidade cultural e o incentivo ao entendimento mútuo.

Como se vê, a acessibilidade não é exclusiva às pessoas com deficiência física nos termos em que comumente é chamada. Não pode ser limitada a esse sentido. E o uso da língua como forma de expressão da linguagem deve ser ponderado a fim de permitir que os povos possam interagir e tenham condições para que isso ocorra.

Não se podem esquecer os conceitos de “sociedade” apurados pelos especialistas e precursores da Sociologia, ciência que data do início do século XIX, que afirma o homem como um ser sociável e que vive em relações de interdependência. Ninguém pode viver isolado. E se a sociedade brasileira é uma comunidade de pessoas humanas que se reconhecem na sua mútua dignidade, exercendo-a como cidadãos, toda tentativa de vitimização, destrói a comunidade, aviltando alguns de seus membros ao rebaixá-los, do status de cidadão - a pessoa humana titular de todos os direitos civis, políticos e sociais em uma determinada comunidade política - à categoria de vítima dos outros membros dessa comunidade. Os vínculos fundantes das relações entre os brasileiros, nos termos da Constituição, são vínculos de justiça social, que estabelecem o que todos devem a todos como pessoas humanas com igual dignidade, e não vínculos de justiça comutativa, entre ofensores e prejudicados. O que é devido a um cidadão brasileiro, como o direito à educação, o é na sua condição de pessoa humana membro da comunidade nacional, e não de vítima que exige uma indenização.

Mas é possível se falar em justiça social a partir da democratização do direito na língua indígena? A resposta passa pela compreensão de que não há outro caminho senão convergir esforços para o desenvolvimento de trabalhos que desmistifiquem o direito para esses povos. Razão pela qual é necessário que exista uma conduta de ajustamento para amoldar essa divergência comunicativa que os distanciam da justiça social.

De fato, é preciso recorrer, se necessário for, às traduções escritas e à utilização dos meios de comunicação de massa nas línguas desses povos para evitar a exploração laboral ou outras formas de exploração. E a ferramenta parece ser a tradução.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os referenciais teóricos e com base nos documentos inscritos da ONU e seus organismos, é possível se falar em promoção dos Direitos Humanos e da justiça social a partir das traduções de textos da legislação brasileira para a língua materna dos povos indígenas.

Com base nas principais normas e convenções da ONU a respeito do tema, traçou-se conceitos de acessibilidade, linguagem, justiça social, Direitos Humanos, e o processo de inclusão social a partir da tradução do idioma oficial de um país para a língua materna de povos tradicionais.

A experiência concretizada no Brasil e de iniciativa sul-mato-grossense foi evidenciada a partir da obrigatoriedade da presença de um tradutor nas audiências realizadas no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, e a produção de documentos de orientação pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, contendo a tradução da língua portuguesa para a língua indígena das principais normas de Direito do Trabalho, com a finalidade de diminuir a exploração da mão de obra indígena pelo desconhecimento.

A essa obrigação legal e recomendação internacional, chamamos de “Acessibilidade Linguística”, tema palpitante, desconhecido dos próprios linguistas e operadores do Direito. A acessibilidade vista sob o viés do Direito não se trata apenas do acesso de pessoas com dificuldades de locomoção. Também não se restringe às pesquisas de ciências exatas, como engenharias, arquitetura e informática. Logo, a “acessibilidade” dada pela tradução de escritos oficiais, imprescindível para o exercício da cidadania, comporta-se como ferramenta útil e capaz de auxiliar na composição das dificuldades e barreiras impostas pela língua.

O fato é que os fundamentos necessários para retratar o problema que surge quando se fala em inclusão social de pessoas que desconhecem a legislação pela falta de contato com a língua oficial de um país devem ser buscados primeiramente nas teorias da linguagem, bem como a partir de ciências como a Sociolinguística,

Etnolinguística, Sociologia e Antropologia, dentre outras. Só então é possível perceber a importância do Direito, como ramo a emprestar métodos eficazes e noções para promoção do acesso linguístico. Sem compreender a importância da língua para uma cultura e identidade social, bem como a necessidade de se preservá-la, conferindo-lhe autonomia e independência aos povos, não se pode pensar em justiça. Na sequência, pensar na tradução como instrumento específico, inserida no campo da Linguística, capaz de materializar a acessibilidade dos povos indígenas à legislação brasileira para fins de proteção de seus direitos laborais, é verificar ser impossível falar em justiça social e promoção dos Direitos Humanos dissociando-se dos conceitos de linguística, linguagem e de tradução.

REFERÊNCIAS

- ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1999.
- BITTAR, Eduardo C. B. (org.) **Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão**. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: ANDHEP; Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.
- BORGES, Edson; MEDEIROS, Carlos Alberto; D'ADESKY, Jacques. **Racismo, preconceito e intolerância**. São Paulo: Atual, 2002.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (Região, 24^a). **Caderno de Direitos Trabalhistas**. 2. ed. Campo Grande: Tribunal Regional do Trabalho (Região, 24^a), 2012.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (Região, 24^a). **Caderno de Direitos Trabalhistas = KUATIÁ MBA'APO NDERECHO**. 2. ed. Campo Grande: Tribunal Regional do Trabalho (Região, 24^a), 2011a.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (Região, 24^a). **Caderno de Direitos Trabalhistas = Koyuhópeti Óvoku Koyúhoti Koituketihiko**. 2. ed. Campo Grande: Tribunal Regional do Trabalho (Região, 24^a), 2011b.

BRASIL. **Decreto 6.177 de 01 de Agosto de 2007**. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005.

BRASIL. **Decreto 5.051 de 19 de Abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

CASADEI, Maria Teresa. **O Efeito da Variação Linguística nas Traduções para Línguas Indígenas: Acessibilidade, Ideologia e Poder**. 2016. 180 f. Dissertação. Mestrado em Estudos de Linguagens, UFMS, Campo Grande, 2018.

CASELLA, Paulo Borba. (org) **Comunidade Europeia e seu ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 1994.

COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia: Introdução à ciência da sociedade**. São Paulo: Moderna, 1987.

COMPARATO; Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **Educação, Estado e poder**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

FIORIN, José Luis (org.). **Linguística? Que é isso?** São Paulo: Contexto, 2013.

IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br>>.

LYONS, John. **Introdução à linguística teórica**. Trad. Rosa Virgínia Mattos e Silva e Hélio Pimentel. Revisão: Isaac Nicolau Salum. São Paulo: Nacional, 1979.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. New York: ONU, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

PAULETTI, Maucir (org.). **Memorial da Comissão Permanente de Investigação e Fiscalização das Condições de Trabalho em Mato Grosso do Sul**. Campo Grande: Majupá, 2014.

TARALLO, Fernando. **A pesquisa sociolinguística**. 7ª. Ed. São Paulo: Ática, 2005.

TJ/MS, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Apelação n. 0804925-34.2016.8.12.0002**. Relator: Des. João Maria Lós. DJ: 05 de setembro de 2017. TJMS, 2017.

ZIMMERMANN NETO, Carlos F. **Direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIREITOS HUMANOS: a lei de inclusão das pessoas com deficiência e o direito à igualdade

David Augusto Fernandes

O presente artigo objetiva apresentar o processo evolutivo dos Direitos Humanos, no que concerne as pessoas com deficiência, conduzindo a inclusão das mesmas na sociedade, lastreada em vários ordenamentos jurídicos e, em particular, no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Enfoca as dificuldades das pessoas com deficiência em participar de maneira igualitária na malha social. Tal impedimento contraria as regras universais informadoras dos direitos humanos que, de modo geral, estabelecem o direito à dignidade como princípio essencial e a devida obrigação do Estado em assegurar a igualdade dessas pessoas, à medida que possam participar de forma ativa no ambiente social. A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste trabalho fundamentou-se na abordagem crítica dos ordenamentos jurídicos pátrios e internacionais sobre o tema, bem como na discussão dos posicionamentos doutrinários, no sentido de se chegar a uma visão do posicionamento ideal do Estado na administração de procedimentos traduzidos em ações equilibradas para assegurar dignidade na vida dessas pessoas.

INTRODUÇÃO

Apesar dos inúmeros conflitos deflagrados entre nações das diversas regiões do planeta, o desenvolvimento socioeconômico mundial, especialmente a partir no final do século XX, propiciou a valorização do ser humano, por intermédio de ações humanitárias.

Tais ações vêm sendo principalmente implementadas por organismos internacionais em atuação decisiva para inibir o segregação social de pessoas com deficiência, portanto, desprovidas de condições de concorrer de forma igualitária no ambiente social. Neste sentido, conquistam paulatinamente o direito de inclusão dessas pessoas na sociedade.

Na contemporaneidade, identificam-se vários ordenamentos jurídicos direcionados às pessoas com deficiência, no sentido de promover a integração dessas pessoas na malha social, isto graças a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de artigos existentes em nossa Carta Magna. Tal percepção social é fato recente, pois se verifica, no decorrer dos séculos, que a existência destas pessoas foi ignorada devido a um sentimento generalizado de indiferença, desprezo e preconceito nas mais diversas sociedades e culturas, tendo inclusive sido utilizadas como cobaias em experimentos humanos. Apesar dos contratemplos, estas pessoas, de uma forma ou de outra, sobreviveram e têm demonstrado como são importantes para sociedade em diversas áreas de atuação.

Assumindo como tema o direito à inclusão das pessoas com deficiência, o presente artigo tem como objetivo discutir a questão da diferença existente entre as pessoas que, entretanto, não pode servir para estabelecer sua diferenciação no seio da sociedade, mas sim proporcionar sua adaptação de maneira mais eficaz, para que concorram em condições igualitárias no ambiente social em que vivam.

Para o desenvolvimento deste trabalho foram investigados ordenamentos jurídicos pátrios, assim como os internacionais além de posicionamentos doutrinários sobre o tema em comento. Para a maior compreensão do tema, se apresentam inicialmente as narrativas sobre a deficiência no transcurso dos séculos. Em paralelo a esta abordagem é exposta a evolução dos direitos assegurados a todos os componentes da sociedade, assim como às pessoas com deficiência. A igualdade é tratada no tópico seguinte, quando são alinhavados os pontos para que sua ocorrência seja plausível na sociedade.

Logo adiante, é exposta a responsabilidade da ação do Estado no sentido de que a igualdade se torne realidade para as pessoas com deficiência. A proteção destas pessoas é ponto crucial exposto neste trabalho, por isso se demonstra como vem ocorrendo em nosso País, inclusive com citação de dados estatísticos. Mediante esta apresentação, são abordadas as condições para que a inclusão e igualdade das pessoas com deficiência se materializem de forma digna e perene na sociedade brasileira. Nas considerações finais, tecemos nossa opinião sobre o importante tema.

1. VISÃO DA DEFICIÊNCIA DESDE AS ÉPOCAS REMOTAS

Graças à atuação dos arqueólogos, ao longo dos tempos, foram constatadas evidências de que há mais de cinco mil anos, no Egito Antigo, pessoas com deficiência possuíam integração plena nas diferentes classes sociais (faraó, nobres, altos funcionários, artesãos, agricultores, escravos etc.). Na arte egípcia, os afrescos, os papiros, os túmulos e as múmias estão repletos dessas revelações. Os estudos acadêmicos baseados em restos biológicos de mais ou menos 4500 a.C. ressaltam que as pessoas com nanismo não tinham qualquer impedimento físico para as suas ocupações e ofícios, principalmente de dançarinos e músicos (GUGEL, 2017)¹.

Tais informes também podem ser observados em 2500 a.C., mediante relatos indicativos da existência das pessoas com deficiência e suas formas de sobrevivência, entre as quais podemos

¹Existe no Oriental Institute Chicago a escultura de um músico anão – V Dinastia. Os especialistas revelam que os anões eram empregados em casas de altos funcionários, situação que lhes permitia honrarias e funerais dignos. A múmia de Talchos, da época de Saíta (1150 a 336 a.C.), em exposição no Museu do Cairo, traz indicações de que era uma pessoa importante. Já os papiros contendo ensinamentos morais no antigo Egito, ressaltam a necessidade de se respeitar as pessoas com nanismo e com outras deficiências. Também pode servir uma como referência uma pequena placa de calcário, da XIX Dinastia e originária de Memphis, que traz a representação de uma pessoa com deficiência física, sua mulher e filho, sendo que este era o Porteiro de Roma de um dos tempos de deuses egípcios fazendo uma oferenda à deusa Astarte, da mitologia fenícia.

mencionar: “anomalias físicas ou mentais, deformações congênitas, amputações traumáticas, doenças graves e de consequências incapacitantes, sejam elas de natureza transitória ou permanente” (SILVA, 1987, p. 21).

Na Escola de Anatomia, na cidade de Alexandria, em 300 a.C., existiam registros da medicina egípcia direcionada ao tratamento de males que afetavam os ossos e os olhos das pessoas adultas². Existindo, também, passagens históricas fazendo referência aos cegos do Egito e ao seu trabalho em atividades artesanais (SILVA, 1987, p. 22)³.

Ainda na Grécia Antiga, era obrigatória em Esparta a apresentação de todos os recém-nascidos ao Conselho Espartano, possuindo deficiência ou não, ocasião em que uma comissão de sábios avaliava a criança no sentido de verificar ser ela normal e forte, quando era devolvida ao pai, com a obrigação de cuidá-la até a idade de sete anos. Decorrido este período, o Estado tomava para si a responsabilidade de educá-lo na arte da guerra. Caso contrário, fosse a criança “feia, disforme e franzina”, indicando possuir limitação física, seria encaminhada a um local denominado *Apothetai* (depósitos), que era um abismo onde era jogada (SILVA, 1987, p. 105-130⁴; GUGEL, 2017)⁵.

² O Egito Antigo foi por muito tempo conhecido como a Terra dos Cegos, porque seu povo era constantemente acometido de infecções nos olhos, que resultavam em cegueira. Os papiros contêm fórmulas para tratar de diversas doenças, dentre elas a dos olhos. Papiro médico, contendo procedimentos para curar os olhos - Museu Britânico.

³ Com nas famosas múmias do Egito, pode-se constatar que alguns faraós apresentavam distrofias e limitações físicas, entre eles: Siphah, século XIII a.C., e Amon, século XI a.C.

⁴ O Direito Romano não reconhecia a vitalidade de bebês nascidos precocemente ou com características “defeituosas”. Entretanto, o costume não se voltava, necessariamente, para a execução sumária da criança (embora isso também ocorresse). De acordo com o poder paterno vigente entre as famílias nobres romanas, havia uma alternativa para os pais: deixar as crianças nas margens dos rios ou locais sagrados, onde eventualmente pudessem ser acolhidas por famílias da plebe, escravos ou pessoas empobrecidas. A utilização comercial de pessoas com deficiência (cegos, surdos, deficientes mentais, deficientes físicos e outros

Com o advento do Cristianismo, houve uma modificação da forma pela qual as pessoas com deficiência eram vistas e tratadas no ambiente social em que viviam. Tal proceder foi corporificado no Concílio da Calcedônia, em 451, quando foi aprovada a diretriz que determinava literalmente aos bispos e a outros párocos a responsabilidade de organizar e prestar assistência aos pobres e enfermos das comunidades, motivando a criação de instituições de caridade e auxílio em diferentes regiões, como o hospital para pobres e incapazes na cidade de Lyon, construído pelo rei franco Childebert, no ano de 542 (SILVA, 1987, p. 160-166)⁶.

tipos de pessoas nascidos com má formação era também para fins de prostituição ou entretenimento das pessoas ricas) manifesta-se, talvez pela primeira vez, na Roma Antiga. Os estudos históricos revelam que havia imperadores romanos com deficiência, principalmente malformação nos pés. São os casos de Galba (Servius Sulpicius Galba, 3 a.C. a 69 d.C.) e Othon (Marcus Silvius Othon, de 32 a 69 d.C.).

⁵ Platão, no livro *A República*, e Aristóteles, no livro *A Política*, trataram do planejamento das cidades gregas indicando as pessoas nascidas “disformes” para a eliminação. A eliminação era por exposição, ou abandono ou, ainda, atiradas do aprisco de uma cadeia de montanhas chamada Taygetos, na Grécia. Platão, em seu livro *A República*, Livro IV, 460 c, afirma: “Pegarão então os filhos dos homens superiores, e levá-los-ão para o aprisco, para junto de umas que moram à parte num bairro da cidade; os dos homens inferiores, e qualquer dos outros que seja disforme, escondê-los-ão num lugar interdito e oculto, como convém”. Por sua vez Aristóteles, no livro *A Política*, Livro VII, Capítulo XIV, 1335 b, afirma: “Quanto a rejeitar ou criar os recém-nascidos, terá de haver uma lei segundo a qual nenhuma criança disforme será criada; com vistas a evitar o excesso de crianças, se os costumes das cidades impedem o abandono de recém-nascidos deve haver um dispositivo legal limitando a procriação se alguém tiver um filho contrariamente a tal dispositivo, deverá ser provocado o aborto antes que comecem as sensações e a vida (a legalidade ou ilegalidade do aborto será definida pelo critério de haver ou não sensação e vida)”.

⁶ O rei Luís IX, cujo reinado ocorreu entre 1214 e 1270, fundou o primeiro hospital para pessoas cegas, o Quinze-Vingts. Quinze-Vingts significa $15 \times 20 = 300$. Era o número de cavaleiros cruzados que tiveram seus olhos vazados na 7ª Cruzada. Salutar salientar que, ao mesmo tempo em que avançava o tratamento, pelo menos caridoso em relação aos deficientes, a Igreja Católica continuava a inibir a possibilidade de que os deficientes atuassem como padres. Reforçando esta premissa, os Cânones *Apostolorum*, que foram elaborados no correr dos três

Na Idade Média a responsabilidade das pessoas com deficiência é feita pelos senhores feudais, havendo neste período várias conotações em relação a eles: místicas, mágicas e misteriosas. Contudo, a falta de higiene se ergue entre todos como o maior propiciador da manutenção da condição degradante destas pessoas, favorecendo as epidemias e seus males. Na visão do homem medieval, as incapacidades físicas, os sérios problemas mentais e as malformações congênitas eram quase sempre considerados naquele período como sinais da ira divina e denominados de “castigo de Deus”. Aliado a este conceito, a Igreja Católica se insere praticando comportamentos discriminatórios e de perseguição, substituindo a caridade pela rejeição daqueles que fugiam de um padrão de normalidade, fato ainda mais latente no período da Inquisição, nos séculos XII e XIII (GASPAR, 2011)⁷.

O Renascimento possibilitou o florescimento de uma filosofia humanista associado ao avanço da ciência, levando a um maior esclarecimento social e ao reconhecimento de direitos. Tal situação provocou mudança sociocultural, favorecendo a libertação quanto a dogmas e crendices típicas da Idade Média. Desta forma, também o homem menos privilegiado foi beneficiado, influenciando a imensa legião de pobres, dos enfermos, enfim, dos marginalizados. E, dentre eles, sempre e sem sombra de dúvidas, se destacavam os portadores de problemas físicos, sensoriais ou mentais (SILVA, 1987, p. 226; GASPAR, 2011)⁸.

primeiros séculos da Era Cristã, aborda restrições claras ao sacerdócio para aqueles candidatos que possuíssem certas mutilações ou deformidades. Gelásio I, papa que reinou entre 492 e 496, reafirmou essa contrariedade na aceitação de sacerdotes com deficiência, ao exigir que os postulados não poderiam ser usufruídos por analfabetos, nem por aqueles que tivessem alguma parte do corpo incompleta ou imperfeita.

⁷ Hanseníase, peste bubônica, difteria e outros males muitas vezes incapacitantes disseminaram-se pela Europa Medieval. Muitas pessoas que conseguiram sobreviver, mas com sérias sequelas, passaram o resto dos seus dias em situações de extrema privação e quase na absoluta marginalidade.

⁸ No século XVI foram dados passos decisivos na melhoria do atendimento às pessoas portadoras de deficiência auditiva que, até então, eram consideradas, via

No Brasil, à época do Império, em pleno século XIX, são dados os primeiros passos para a inclusão das pessoas com deficiência, com o Decreto nº 82, de 18 de julho de 1841, determinando a fundação do primeiro hospital “destinado privativamente para o tratamento de alienados”, o Hospício Dom Pedro II, instalado no Rio de Janeiro com vinculação à Santa Casa de Misericórdia. O estabelecimento começou a funcionar efetivamente em 9 de dezembro de 1852. Em 1854, foi fundado o Imperial Instituto dos Meninos Cegos e, em 1856, o Imperial Instituto dos Surdos-Mudos (LANNA JÚNIOR, 2010, p. 22)⁹.

Ainda no século XIX, surge, especificamente nos Estados Unidos da América, a preocupação com as pessoas com deficiência, mas direcionada àquelas que adquiriram limitações físicas em decorrências de guerras ou outros conflitos militares. Após a Guerra Civil, foi construído, na Filadélfia, em 1867, o Lar Nacional para Soldados Voluntários Deficientes, sendo posteriormente criadas novas unidades para este fim específico (GASPAR, 2011).

No início do século XX mantém-se a preocupação com a inclusão das pessoas com deficiência, havendo na literatura infantil discussão sobre o futuro das crianças desamparadas, conforme salientado por Gugel¹⁰. Trata-se do período em que em Londres realizou-se a Primeira Conferência sobre Crianças Inválidas, tendo como tema principal a integração na sociedade das crianças com deficiência. Ao mesmo tempo, nos Estados Unidos, na cidade de Saint Louis, organizou-se o I Congresso Mundial dos Surdos para

de regra, como “ineducáveis”, quando não possuídas por maus espíritos. Ao longo dos séculos XVI e XVII, em diferentes países europeus, foram sendo construídos locais de atendimento específico para pessoas com deficiência, fora dos tradicionais abrigos ou asilos para pobres e velhos. Apesar das malformações físicas ou limitações sensoriais, essas pessoas, de maneira esporádica e ainda tímida, começaram a ser valorizadas enquanto seres humanos.

⁹ Durante o século XIX, apenas os cegos e os surdos eram contemplados com ações para a educação. É importante destacar que a oferta de atendimento concentrava-se na capital do Império.

¹⁰ O livro de J. M. Barrie, com o tema de Peter Pan, o menino que não queria crescer, inspirou peças teatrais, assim como os movimentos sociais de 1904.

discutir os métodos de comunicação por sinais e o do oralismo (GUGEL, 2017)¹¹.

No século passado, devido à ocorrência de duas grandes guerras mundiais e outras setoriais, foram direcionados esforços para a criação de programas de reabilitação daqueles afetados diretamente e indiretamente pelos vários conflitos bélicos, que limitaram suas condições físicas e mentais (GASPAR, 2011; GUGEL, 2017; SOUZA, 2018¹²). Porém, para que essa reabilitação fosse efetiva, ocorreu a evolução no ambiente social, com o reconhecimento dos direitos das pessoas, conforme abordamos no próximo tópico.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o cimento sobre os postulados essenciais direcionados neste trabalho, onde o

¹¹ A Rehabilitation International – uma rede de pessoas com deficiência, provedores de serviços e órgãos governamentais destinada a melhorar a qualidade de vida das pessoas com deficiência – realizou em 1969 uma análise completa sobre a incidência de deficiência no mundo. Foi nessa análise que se descobriu “que uma pessoa em cada 10” possuía algum tipo de deficiência. Posteriormente, a Rehabilitation International efetuou projeções para os outros anos sempre aplicando a mesma proporção. No início da década de 1970, a Organização Mundial de Saúde realizou estudos confirmando a proporção encontrada pela Rehabilitation International.

¹² No período entre guerras é característica comum nos países europeus – Grã-Bretanha e França, principalmente, e também nos EUA – o desenvolvimento de programas, centros de treinamento e assistência para veteranos de guerra. Na Inglaterra, por exemplo, já em 1919, foi criada a Comissão Central da Grã-Bretanha para o cuidado do deficiente. Período em que a sociedade civil atenta e preocupada com os problemas sociais em curso, organizou-se para buscar soluções de melhorar os mecanismos de reabilitação. A primeira organização a se constituir foi a Sociedade Escandinava de Ajuda a Deficientes, atualmente conhecida como Rehabilitation Internacional. Depois da Segunda Guerra Mundial, esse movimento se intensificou no bojo das mudanças promovidas nas políticas públicas pelo *Welfare State*. Dado o elevado contingente de amputados, cegos e outras deficiências físicas e mentais, o tema ganha relevância política no interior dos países e também internacionalmente, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU). A “epopeia” das pessoas com deficiência passaria a ser objeto do debate público e ações políticas, assim como outras questões de relevância social, embora em ritmos distintos de um país para o outro.

primeiro reconhece que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e devem comportar-se fraternalmente uns com os outros. Em segundo, a Declaração destaca que toda pessoa tem todos os direitos e liberdades reconhecidas, de forma que possam participar no ambiente social de forma igualitária (LA CALLE, 1998, p. 117).

2. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS

Na visão de Norberto Bobbio, a Declaração Universal de Direitos Humanos representou apenas o momento inicial da fase final de um processo mais abrangente, o da conversão universal em direito positivo dos direitos do homem. Pensa-se habitualmente na dificuldade em programar medidas eficientes para sua garantia numa comunidade como a internacional, na qual ainda não ocorreu o processo de monopolização da força que caracterizou o nascimento do Estado moderno. Mas há também problemas de desenvolvimento, que dizem respeito ao próprio conteúdo da Declaração. Com relação ao conteúdo, ou seja, à quantidade e à qualidade dos direitos elencados, a Declaração não pode apresentar nenhuma pretensão de ser definitiva (BOBBIO, 1992, p. 32).

Continua o autor afirmando ser certamente, com relação ao processo de proteção global dos direitos do homem, o ponto de partida para uma meta progressiva. Ao contrário, com relação ao conteúdo, isto é, com relação aos direitos proclamados, representa um ponto de parada no processo de modo algum concluído. Os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após o acontecimento catastrófico da Segunda Guerra Mundial, numa época com início na Revolução Francesa e que desembocara na Revolução Soviética (BOBBIO, 1992, p. 33).

Interessante observar que a própria expressão “Direitos Humanos” só penetrou no cotidiano internacional com a Carta da ONU, quando teve início a internacionalização dos direitos

humanos e, por isso, se acentua sua universalização. O Estado sozinho é considerado ineficiente para cuidar de matéria de tal relevância (MELLO, 1997, p. 2).

A Assembleia Geral das Nações Unidas teve o objetivo de apresentar o homem como um ser livre, liberto de constrangimentos e temores, capacitado a cumprir uma visão social sem as peias de interferências alheias abusivas que tolhem o pensamento e subjagam vontades. A Declaração dá realce aos direitos fundamentais, na demonstração da dignidade dos direitos do homem e da mulher, com o fim de criar um clima de paz, harmonia e colaboração, não só nos lares como em todos os ambientes da interação humana. A pedra angular no arcabouço dos direitos humanos foi fixada com o dogma de que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (artigo 1º).

No mesmo sentido e antecipando-se um pouco às Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou, em maio de 1948, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, estabelecendo a base para um sistema interamericano de proteção desses direitos. Ainda no mesmo ano, a OEA aprovou a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais. Podemos inferir que o tema naquele período era recente e os doutrinadores não esperavam que este conceito fosse enraizado, de forma próspera, na sociedade internacional, apresentando suas dúvidas sobre sua eficácia em um mundo pós-guerra, pois foram vários anos de atrocidades praticadas no curso da Segunda Guerra Mundial, tanto pelos aliados como pelos países do Eixo¹³.

É notável a dificuldade em encontrar fórmulas aptas para exprimir as ideias humanitárias comuns aos Estados signatários, conciliando as diferenças referentes a tradições jurídicas, sistemas políticos e fé religiosa. Essas diferenças não existem apenas entre os Estados ocidentais e os Estados de democracia popular, entre o

¹³ Sobre o tema vide: ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: imperialismo. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1976, p. 241 e MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 5.

mundo cristão e o mundo islâmico, entre as tradições continentais de direito civil e as anglo-saxônicas de *common law*. Todas foram superadas em prol do bem comum (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2002, p. 356).

Conforme delineado nesse item, constata-se que a sedimentação dos Direitos Humanos foi permeada na sociedade internacional durante vários séculos, até chegar aos nossos dias, quando sua exigência já é comum no ambiente internacional como no interior de cada Estado, propiciando sua fruição em diversas áreas do ambiente social, assim como no tema em comento.

Bobbio testifica que, após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos proliferaram a sedimentação em três artérias distintas: a) aumentou a quantidade dos bens merecedores de tutelas. Aos direitos de liberdade (de religião, de opinião, de imprensa etc.) somaram-se direitos sociais realizáveis somente graças à intervenção direta do Estado; b) novos sujeitos tornaram-se visíveis, como a família, as minorias étnicas e religiosas e mesmo a humanidade em seu conjunto, adquirindo a titularidade de alguns direitos, fato perceptível no debate sobre o direito das gerações futuras; c) o homem não é mais visto como um ente genérico, mas em razão da especificidade que possui como criança, velho, doente etc. Verificou-se, a esse respeito, a passagem do homem genérico para o homem específico, classificado com base em múltiplos critérios de diferenciação, tais como sexo, idade e condição física. Cada um desses aspectos revela diferenças específicas, que não podem ser tratadas da mesma maneira (BOBBIO, 1992, p. 69).

Aplicando-se uma exegese na visão deste doutrinador, poderemos concluir que a pessoa com deficiência não pode ser vista genericamente, mas sim de forma específica, no que tange a ter assegurados seus direitos na inserção no ambiente social, através de políticas públicas promovidas pelo Estado, inibindo o desnivelamento desta pessoa em comparação com as demais e conduzindo-a ao convívio social igualitário.

O princípio da solidariedade comporta objetivos sociais interdependentes, de modo que a não concretização de um deles

comprometerá a realização de todos os outros. Realça-se a dificuldade para a efetivação dos direitos humanos de conteúdo econômico, social e cultural, pois a política pública não é ato isolado, mas sim interligado, composto de uma série de atos, dos mais variados tipos e de forma continuada.

Os direitos fundamentais são associados ao valor de liberdade no sentido de autodeterminação do indivíduo, imune a qualquer constrição estatal. Asseguradas de forma equânime a todos, as liberdades básicas viabilizam o desenvolvimento das duas capacidades morais que, na visão de Rawls, caracterizam o cidadão em uma sociedade democrática bem ordenada, onde este adquire a capacidade de ter a própria concepção de bem e de ter uma concepção de Justiça (BINENBOJM, 2002, p. 233; RAWLS, 2001, p. 365).

3. A IGUALDADE

A igualdade constitui um ideal ético que acompanha a História da Humanidade desde as suas manifestações civilizatórias mais expressivas, como na Grécia Antiga e na República Romana, percorrendo uma trajetória até alcançar o constitucionalismo moderno na formatação jurídica da igualdade perante a lei. Nesta acepção, a igualdade jurídica constitui como sujeição de todas as pessoas a uma única e mesma lei em consideração por qualquer privilégio ou diferenciação arbitrária, sendo esta a visão que o constitucionalismo moderno lhe emprestou (PINTO, 2013, p. 255).

A igualdade é o valor associado mais diretamente à ideia de justiça, tendo o liberalismo proclamado a igualdade como direito natural do homem, o que constou do ideário de todas as revoluções burguesas (BINENBOJM, 2002, p. 238). A igualdade jurídica e a não discriminação são duas faces da mesma moeda, na qual a primeira convoca também uma preocupação de diferenciação e tem sua consagração, na União Europeia, do princípio da igualdade jurídica (PINTO, 2013, p. 256).

Com o surgimento do Estado Social, associa-se o princípio da igualdade ao da não discriminação, introduzindo o debate sobre a diferenciação material de categorias específicas, entre as quais a das pessoas com deficiência, sinalizando que passou haver uma estreita ligação entre igualdade, universalismo e não discriminação, propiciando afirmar-se que houve o banimento do princípio de proibição da desigualdade (PINTO, 2013, p. 256).

O princípio da igualdade direciona-se a todos e não apenas ao cidadão, tendo aqui uma visualização mais ampla daquela que está presente na generalidade das constituições dos Estados-membros da União Europeia, que se reporta apenas aos cidadãos. Tal diferenciação é compreensível, já que o Tratado da União Europeia engloba todos os Estados-membros e, em consequência, a seus cidadãos (PINTO, 2013, p. 258).

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais celebrada em 4 de novembro de 1950, na cidade de Roma, planifica em seu artigo 14 a proibição da discriminação de forma ampla. Tal postulação conduz a levar a igualdade a ser associada a chances ou oportunidades, que é igualdade na liberdade, sem que isto importe em resultados. Para Rawls as desigualdades sociais e econômicas têm que satisfazer duas condições: primeira, devem se relacionar com postos e posições abertos para todos em condições de plena igualdade de oportunidades; segunda, devem redundar no maior benefício dos membros menos privilegiados da sociedade, incluído neste rol as pessoas com deficiência¹⁴ (RAWLS, 2000, p. 48).

Pode-se aferir que a igualdade de resultados propõe uma justiça distributiva que tenha por critério único a necessidade, independentemente do mérito, da capacidade ou do esforço empregado individualmente.

¹⁴ Neste sentido, as oportunidades devem ser oferecidas de forma equânime para todos os cidadãos, na busca pela aquisição dos bens materiais e imateriais da cultura. Conduz a que todos os recursos humanos devem ser empregados para garantir que as pessoas tenham as mesmas oportunidades e os mesmos direitos, incluindo neste rol as pessoas portadoras de deficiência.

Na década de 1970 a ONU volta-se para as pessoas com deficiência mental, ao editar a Declaração dos Deficientes Mentais (DDM), na qual testificou que deve haver um redirecionamento da sociedade, objetivando proceder à inclusão da pessoa com deficiência mental ao seu ambiente social, proporcionando-lhes viver em pé de igualdade na sociedade. Esta e as demais convenções que se seguiram têm por objetivo prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e propiciar a sua plena integração à sociedade, conforme salientado que no artigo 7º:

Se alguns deficientes mentais não são capazes, devido à gravidade de suas limitações, de exercer afetivamente todos os seus direitos, ou se tornar necessário limitar ou até suspender tais direitos, o processo empregado para esses fins deverá incluir salvaguardas jurídicas que protejam o deficiente contra qualquer abuso. Salientando que esse procedimento deve seguir em uma avaliação da capacidade social do deficiente por profissionais qualificados, onde tal limitação ou suspensão ficará vinculada a revisões periódicas e reconhecerá o direito de apelação as autoridades superiores (FADERS, Resolução nº 2.856, de 20 de dezembro de 1971).

Neste mesmo decênio, por força da Resolução nº 31/123, da 30ª sessão, de 16 de dezembro de 1976, a Assembleia Geral da ONU instituiu, oficialmente, o ano de 1981 como o Ano Internacional das Pessoas Deficientes (AIPD), quando foram estabelecidos seus objetivos principais (AIPD, 2017)¹⁵, visando a conduzir as pessoas

¹⁵ 1. Ajudar os deficientes no seu ajustamento físico e psicossocial na sociedade;
2. Promover todos os esforços, nacionais e internacionais, para proporcionar aos deficientes assistência adequada, treinamento, cuidadosa orientação, oportunidades para trabalho compatível e assegurar a sua plena integração na sociedade;
3. Estimular projetos de estudo e pesquisa, visando a participação prática e efetiva de deficientes nas atividades da vida diária, melhorando as condições de acesso aos edifícios públicos e sistemas de transportes;

com deficiência à condição de cidadãos com direitos iguais aos cidadãos sem deficiência.

Constata-se que o Tratado da União Europeia (TUE) aborda em vários de seus artigos a igualdade, considerando-o como valor fundacional daquela Instituição, sendo que os artigos 20º e 21º se referem, respectivamente, primeiro ao princípio da igualdade e o seguinte ao da não discriminação. Este Tratado é considerado mais abrangente que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). O nascedouro da proibição da não discriminação originou-se no direito da União Europeia em virtude do receio manifestado especificamente pela França, direcionado à igualdade de gênero, tendo posteriormente, se ampliado para a proibição de discriminação da deficiência¹⁶ (CANOTILHO, 2013, p. 261).

O princípio da não discriminação decorre do princípio da igualdade, complementando-o, conforme pode ser constatado no Protocolo nº 12 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 2000 (GDDC, 2000). O princípio em comento, modelado em norma de direitos fundamentais, assume como um valor absoluto, como um direito subjetivo e ainda como uma técnica jurídica, levando a dizer que o princípio da não discriminação distingue critérios válidos e inválidos de distinção entre pessoas e situações.

O conceito de igualdade de condições permeia todos os artigos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, afirmando e reafirmando que, somente com uma sociedade que promova condições igualitárias e equiparadas, teremos os direitos

4. Educar e informar o público sobre o direito das pessoas deficientes de participarem e contribuírem nos vários aspectos da vida econômica, social e política;

5. Promover medidas eficazes para a prevenção de deficiências e para a reabilitação das pessoas deficientes.

¹⁶ Existem hoje na UE a Resolução legislativa do parlamento europeu, de 2 de abril de 2009, sobre a referida proposta de diretiva do Conselho que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente de sua religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

humanos das pessoas com deficiência assegurados e garantidos (RODRIGUES, 2014, p. 52).

Para proporcionar um maior equilíbrio e conduzir a igualdade entre as pessoas, foram elaboradas várias convenções¹⁷ no decorrer dos anos, principalmente direcionadas a permitir a inclusão de pessoas com deficiência¹⁸ e inibir qualquer forma de discriminação¹⁹ a elas. Desta forma, agem no sentido de sedimentar a atenção que esta camada social deve merecer e ter o direito à igualdade respeitado (PLANALTO, Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001).

¹⁷ Convênio sobre a Readaptação Profissional e o Emprego de Pessoas Inválidas da Organização Internacional do Trabalho (Convênio 159); a Declaração dos Direitos do Retardado Mental (AG. 26/2856, de 20 de dezembro de 1971); a Declaração das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (Resolução nº 3.447, de 9 de dezembro de 1975); o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução nº 37/52, de 3 de dezembro de 1982); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador" (1988); os Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental (AG. 46/119, de 17 de dezembro de 1991); a Declaração de Caracas da Organização Pan-Americana da Saúde; a resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no continente americano [AG/RES.1249 (XXIII-O/93)]; as Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência (AG. 48/96, de 20 de dezembro de 1993); a Declaração de Manágua, de 20 de dezembro de 1993; a Declaração de Viena e Programa de Ação aprovados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos das Nações Unidas (157/93); a resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no Hemisfério Americano [AG/RES. 1356 (XXV-O/95)] e o Compromisso do Panamá com as Pessoas Portadoras de Deficiência no Continente Americano [AG/RES. 1369 (XXVI-O/96)].

¹⁸ O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

¹⁹ O termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

Mas, para que tal se planifique, existe a necessidade da intervenção do Estado, assumindo seu papel, sendo este um dos objetivos para o qual as convenções foram criadas.

Salienta Gonzaga (2012, p. 85) que a igualdade perante a lei (artigo 12 da CIDPD)²⁰ foi inteiramente redigida com duplo propósito: assegurar às pessoas com deficiência a igualdade perante a lei, o que fez de maneira principal²¹ e, também o direito à igualdade real, com equiparação de oportunidades e respeito às suas diferenças, o que, por sua vez, ocorreu nos mais variados temas, entre eles: o direito à saúde, ao trabalho, à educação, entre outros²².

4 - A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO

No plano internacional, todo Estado possui a responsabilidade de agir caso ocorra violações aos direitos humanos, lastreado em vários ordenamentos internacionais ligados ao tema em estudo, entre eles a Convenção de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Internacional sobre os Direitos das pessoas com deficiência que tenham ratificado. De igual modo, o Estado, em sua esfera interna, deve inibir a ocorrência de desigualdade entre seus cidadãos, por

²⁰ Decreto n 6.949, de 25 de agosto de 2009 (Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência).

²¹ Como em seu Artigo 5.

²² Salienta a autora que a igualdade descrita no artigo mencionado é um direito ou valor humano fundamental e vem celebrada como princípio em todas as declarações de direitos existentes mundo afora. Ela é vista sob dois prismas: o formal e o material. A igualdade formal é justamente a igualdade perante a lei, referida no título, enquanto a igualdade material é a igualdade real, que diz respeito à “garantia de igualdade de oportunidades e não apenas de certa ‘justiça de oportunidades’”. Mas como assegurar igualdade real se as pessoas com deficiência, em diversas legislações, não são consideradas como detentoras de capacidade legal? A capacidade legal é a que se destina à prática de atos da vida civil, ao manejo dos direitos (comprar, vender, assinar contrato em geral). Enquanto todas as pessoas são titulares de direitos, nem todas podem praticá-los validamente. **Vide** também os artigos 84-87 (Do reconhecimento igual perante a lei) do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015) (grifo nosso).

circunstâncias das quais não deu causa ou não teve influência na sua ocorrência. Tal inércia conduz à responsabilização deste Estado. Reforçando este pensamento, constata-se que o Estado deve assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais a todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Vale esclarecer que toda ação ou omissão, por parte do Estado, que conduza à inobservância das obrigações em matéria de proteção dos direitos humanos, implicará em responsabilidade internacional (PLANALTO, Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009)²³.

²³ Conforme pode ser observado no artigo 4º, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Artigo 4 - Obrigações gerais

1. Os Estados-partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados-partes se comprometem a:

- a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;
- b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência;
- c) Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência;
- d) Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção;
- e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada;
- f) Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços, equipamentos e instalações com desenho universal, conforme definidos no Artigo 2 da presente Convenção, que exijam o mínimo possível de adaptação e cujo custo seja o mínimo possível, destinados a atender às necessidades específicas de pessoas com deficiência, a promover sua disponibilidade e seu uso e a promover o desenho universal quando da elaboração de normas e diretrizes;
- g) Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento, bem como a disponibilidade e o emprego de novas tecnologias, inclusive as tecnologias da

A Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada pelo *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*, explicita que o Estado tem obrigação de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (1.1) (PLANALTO, *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*). Por seu turno é assegurado a todas as pessoas a igualdade perante a lei, ou seja, tem direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei (24) (PLANALTO, *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*).

5 - PROTEÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Conforme assinalado anteriormente, a pessoa com deficiência, mesmo de forma singela, tem o amparo social desde os tempos remotos e, com o passar dos séculos, ocorreu algum progresso em seu atendimento, mas ainda não condizente com sua condição de cidadão, pertencente ao ambiente social e possuidor de direitos, que deve ter um amparo condigno, conforme o ordenamento internacional vigente, assim como as legislações existentes em nosso País, que não alcançam sua plenitude.

Desde a entrada em vigor da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, prevendo a obrigatoriedade de incluir em censos nacionais

informação e comunicação, ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, adequados a pessoas com deficiência, dando prioridade a tecnologias de custo acessível;

h) Propiciar informação acessível para as pessoas com deficiência a respeito de ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, incluindo novas tecnologias bem como outras formas de assistência, serviços de apoio e instalações;

i) Promover a capacitação em relação aos direitos reconhecidos pela presente Convenção dos profissionais e equipes que trabalham com pessoas com deficiência, de forma a melhorar a prestação de assistência e serviços garantidos por esses direitos.

questões específicas sobre as pessoas portadoras de deficiência, o Censo Demográfico de 1991 pesquisou somente dados sobre as deficiências graves (os cegos, os surdos ou mudos). Já no Censo Demográfico 2000 a investigação foi mais abrangente, ampliando o conceito de limitação de atividades para identificar a incapacidade. O conceito utilizado segue recomendações internacionais, especialmente da International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) 2001, divulgada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), incluindo diversos níveis de limitação de atividades, e permite distinguir os graus de incapacidade de enxergar, ouvir e locomover-se (IBGE, 2000).

Os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) revelam que 6,2% da população brasileira têm algum tipo de deficiência. A Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) considerou quatro tipos de deficiências: auditiva, visual, física e intelectual. O levantamento foi divulgado pelo IBGE e feito em parceria com o Ministério da Saúde²⁴ (VILLELA, 2015).

Ainda segundo o IBGE, 0,8% da população brasileira tem algum tipo de deficiência intelectual e a maioria (0,5%) já nasceu com as limitações. Do total de pessoas com deficiência intelectual, mais da metade (54,8%) tem grau intenso ou muito

²⁴ Dentre os tipos de deficiência pesquisados, a visual é a mais representativa e atinge 3,6% dos brasileiros, sendo mais comum entre as pessoas com mais de 60 anos (11,5%). O grau intenso ou muito intenso da limitação impossibilita 16% dos deficientes visuais de realizarem atividades habituais como ir à escola, trabalhar e brincar.

O Sul é a região do país com maior proporção de pessoas com deficiência visual (5,4%). A pesquisa mostra que 0,4% são deficientes visuais desde o nascimento e 6,6% usam algum recurso para auxiliar a locomoção, como bengala articulada ou cão guia. Menos de 5% do grupo frequentam serviços de reabilitação.

O estudo mostra também que 1,3% da população tem algum tipo de deficiência física e quase a metade deste total (46,8%) tem grau intenso ou muito intenso de limitações. Somente 18,4% desse grupo frequentam serviço de reabilitação.

intenso de limitação e cerca de 30% frequentam algum serviço de reabilitação em saúde.

As pessoas com deficiência auditiva representam 1,1% da população brasileira e esse tipo de deficiência foi o único que apresentou resultados estatisticamente diferenciados por cor ou raça, sendo mais comum em pessoas brancas (1,4%), do que em negros (0,9%). Cerca de 0,9% dos brasileiros ficou surdo em decorrência de alguma doença ou acidente e 0,2% nasceu surdo. Do total de deficientes auditivos, 21% tem grau intenso ou muito intenso de limitações, que compromete atividades habituais²⁵ (IBGE, 2010).

Os percentuais mais elevados de deficiência intelectual, física e auditiva foram encontrados em pessoas sem instrução e em pessoas com o ensino fundamental incompleto. A Pesquisa Nacional de Saúde consultou 64 mil domicílios, em 2013 (VILLELA, 2015).

Conforme assinalado no Censo do IBGE de 2000 sobre dados de deficientes mentais, foram definidas as pessoas com retardamento mental resultante de lesão ou síndrome irreversível, que se caracteriza por dificuldades ou limitações intelectuais associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: comunicação, cuidado pessoal, autodeterminação, cuidados com saúde e segurança, aprendizagem, lazer, trabalho etc. (IBGE, 2000). Lastreado no Censo em comento, verifica-se que o contingente de pessoas que se declararam portadoras de deficiência atingiu, em 2000, 24,6 milhões, que representavam 14,5% da população total, sendo que, para cada 100 mulheres com alguma deficiência, existiam 96,9 homens. Portanto, o excedente do sexo feminino correspondia a 2.668.222 pessoas.

A Região Sudeste é a que apresenta a menor proporção de pessoas que declararam serem portadoras de deficiência (13,1%),

²⁵ Conforme apurado no Censo de 2010, a população brasileira proporcionalmente possui 18,8% de deficiência visual, 5,1% deficiência auditiva, 6,9% deficiência motora e, 1,4% deficiência mental, sendo que os três primeiros divididos nos graus alto, médio e fraco.

enquanto o Nordeste apresentou o maior percentual de portadores de deficiência, 16,8%²⁶ (IBGE, 2000).

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, ficou materializado um ordenamento jurídico mais abrangente e direcionado a esta camada da população, que necessita de um atendimento prioritário para estabelecer um convívio mais digno no ambiente social. Para que tal ocorra, existe a necessidade de implementar ações efetivas que eliminem ou, ao menos, suavizem os obstáculos que as pessoas com deficiência enfrentam para usufruírem de seus direitos e de uma vida digna.

Pode-se considerar, como espinha dorsal da Lei em comento, o artigo 3 (I)²⁷ associado ao artigo 53. O artigo 3 define a acessibilidade²⁸ como a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida. O artigo 53, em complementação, afirma que a acessibilidade é o direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver

²⁶Na análise da população portadora de deficiência através das classes de tamanho da taxa média geométrica de crescimento anual da população residente dos municípios, no período de 1991-2000, foram observadas algumas variações entre o conjunto de municípios com perda populacional com os demais estratos. Para o conjunto de municípios com perda populacional, as proporções foram maiores em todos os tipos de deficiências enumeradas.

Neste diapasão temos que 12,1% das pessoas revelaram ser incapazes, com alguma ou grande deficiência permanente de enxergar. Estes municípios são pequenos em sua maioria e, portanto, não possuem uma rede de atendimento de saúde adequada para diagnosticar e tratar dos problemas tão logo se iniciem, como é o caso da acuidade visual.

²⁷ Artigo 9 (1) da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPD).

²⁸ No corpo constitucional encontra-se nos artigos 227, § 2º, e 244.

de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social²⁹ (PLANALTO, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015; BARCELLOS; CAMPANTE, 2012, p. 117).

A própria CIDPD, reconhece, em seu Preâmbulo, a “importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais” (PLANALTO, Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009; BEZERRA, 2014, p. 75).

Portanto, contata-se que a acessibilidade se apresenta como um direito em si mesmo e, também, como um direito meio, sem a qual não é possível, muitas vezes, exercer, com dignidade, autonomia e independência, outros direitos também humanos e fundamentais, como é o caso do direito à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à moradia, entre tantos outros (BEZERRA, 2014, p. 75).

Continua a autora explanando que a CIDPD tem como propósito proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência. Neste sentido, traduz o modelo social da deficiência, sedimentando o conceito de inclusão, em que a sociedade precisa se adequar para bem incluir as pessoas com deficiência, independentemente de suas características pessoais, retirando-as da condição de invisibilidade na qual muitas ainda hoje se encontram. Para tanto, deve-se levar em consideração que a

²⁹Conforme Barcellos; Campante (2012), a acessibilidade, nesse contexto, é o mecanismo por meio do qual vai eliminar as desvantagens sociais enfrentadas pelas pessoas com deficiência, pois dela depende a realização dos seus demais direitos. Não é possível falar em direito das pessoas com deficiência à educação, à saúde, à inserção no mercado de trabalho, ou a quaisquer outros direitos, se a sociedade continuar a se organizar de maneira que inviabilize o acesso dessas pessoas a tais direitos, impedindo-as de participar plena e independentemente do convívio social. A acessibilidade, nesse sentido, é uma pré-condição ao exercício dos demais direitos por parte das pessoas com deficiência. Sem ela não há acesso possível às pessoas com deficiência. Por isso a acessibilidade é tanto um direito em si quanto um direito instrumental aos outros direitos. Vide, também, artigo 10º do EPD.

deficiência está diretamente relacionada ao ambiente e ao meio em que se vive, pois, dependendo das condições que apresentem, propiciará ou inviabilizará a sua utilização e o seu acesso por todas as pessoas (BEZERRA, 2014, p. 74).

Observe-se que as limitações individuais porventura existentes não representam a raiz dos problemas relacionados às deficiências, mas as limitações impostas pela própria sociedade, podendo ser adicionado a este rol o Poder Público, com o oferecimento de serviços, ambientes e informações acessíveis apenas para alguns, resultando em obstáculos às pessoas, ainda mais àquelas com alguma deficiência, quando as impede de exercitar, inclusive, outros direitos (CNPQ, 2017)³⁰. Portanto, as causas que originam a deficiência não são religiosas ou científicas, elas são sociais ou preponderantemente sociais (PALACIOS, 2008, p. 45; BEZERRA, 2014, p. 74).

Muito falta ainda para a sociedade brasileira respeitar os direitos das pessoas com deficiência e reconhecer, na acessibilidade, uma grande ferramenta de igualdade de tratamento e de oportunidades, não se admitindo a possibilidade de escolha em relação a quem se quer servir ou quem dela deve participar (PALACIOS, 2008, p. 45; BEZERRA, 2014, p. 74)³¹.

³⁰ O Guia de Museus e Centros de Ciências Acessíveis da América Latina e do Caribe oferece uma lista de espaços científico-culturais latino-americanos que se dedicam à popularização da ciência e tecnologia com recursos específicos para pessoas com deficiência. Essa é a proposta do primeiro *Guia de Museus e Centros de Ciências Acessíveis da América Latina e do Caribe*. A publicação conta com a participação de 110 empreendimentos de dez países da América Latina e do Caribe: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, México, Nicarágua, Panamá, Porto Rico e Uruguai. Este Guia é fruto da pesquisa "Diagnóstico de Acessibilidade em Museus e Centros de Ciências no Brasil e na América Latina" desenvolvida em 2016 e conta com uma lista de museus e centros de ciências interativos, museus de história natural e antropologia, planetários, observatórios astronômicos, zoológicos e aquários.

³¹ A acessibilidade, como princípio e como direito, é condição para a garantia de todo e qualquer direito humano das pessoas com deficiência, podendo-se afirmar que ela constitui um valor diretamente ligado à condição humana, posto relacionada ao princípio da igualdade de oportunidades e ao da dignidade do

Bezerra testifica que a necessidade de ser garantida a acessibilidade é encontrada até mesmo no conceito de pessoa com deficiência, trazido pela CIDPD, sendo ela uma ferramenta para o alcance da igualdade de oportunidade, posto que a interação dos impedimentos dela, diante de diversas barreiras (arquitetônicas, atitudinais, de comunicação, entre outras), pode resultar em obstrução de sua participação plena e efetiva na sociedade (Artigo 1º, da CIDPD). (BEZERRA, 2014, p. 75)³².

homem, pois não se pode admitir diferenciação na oferta de produtos, serviços e informações, ou na utilização de ambientes, por motivo de deficiência, exceto quando utilizada como forma de facilitar o exercício e a garantia de outros direitos, como ocorre com a chamada diferenciação positiva, conforme a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência ou Convenção de Guatemala, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 3.956/01.

³² Com efeito, tamanha a importância conferida à acessibilidade que, segundo a CIDPD, a recusa de adaptação razoável pode ser enquadrada como uma “discriminação por motivo de deficiência”, conforme lastreado no artigo 2º, da CIDPD:

Discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada na deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, gozo ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusiva a recusa de adaptação razoável.

No que tange à adaptação razoável, cuja falta pode importar em ato de discriminação, deve ser ela entendida como sendo aquela adaptação individual necessária, mesmo que a acessibilidade para os demais interessados, inclusive para aqueles com alguma deficiência, já esteja garantida. Ou seja, é a adaptação na sua forma mais individualizada possível, mesmo que para as demais pessoas, com e sem deficiência, a oferta da acessibilidade já esteja sendo disponibilizada nos moldes previstos na legislação pátria, levando-se em consideração, também, as normas técnicas de acessibilidade da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Assim, a adaptação razoável não pode dispensar a oferta regular da acessibilidade.

Cumprе ressaltar que, em se tratando de acessibilidade ao meio físico, a legislação nacional apenas permite uma adequação parcial nos casos de falta de acessibilidade em bens culturais imóveis (cujas soluções destinadas à eliminação, redução ou superação de barreiras na promoção da acessibilidade devem estar de

O EPD enuncia o Desenho Universal, significando a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia (Artigo 3º, II). Percebe-se que a concepção e a implantação de projetos que tratem do meio físico, de transporte, de informação e comunicação, inclusive de sistemas e tecnologias da informação e comunicação, e de outros serviços, equipamentos e instalações abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, devem atender aos princípios do desenho universal, tendo como referência as normas de acessibilidade (Artigo 55). Ressalve-se que tal procedimento deve estar presente desde a etapa de concepção de todas as políticas públicas, ou seja, desde a elaboração de um padrão que servirá de norma ao descrito no artigo 55, da EPD.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme delineado no decorrer deste artigo, as desigualdades existentes entre os seres humanos são perceptíveis desde as épocas remotas. No decorrer da História se verifica que seres humanos considerados diferentes receberam tratamento que transita do indiferente para o ténue e até para o aceitável. Mais recentemente tal situação se tornou perceptível pelo Estado, conduzindo a uma preocupação mais efetiva com as pessoas com deficiência, levando à promoção de sua adaptação ao ambiente social para que possam, em condições igualitárias, concorrer na sociedade de forma competitiva,

acordo com o que estabelece a Instrução Normativa nº 01 do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, de 25 de novembro de 2003, de acordo com o disposto no artigo 30, do Decreto nº 5.296/04) ou em algumas poucas situações já consolidadas, mesmo assim em caso de comprovada inviabilidade técnica, mas sem trazer como aspecto preponderante o custo que a adequação causaria para o proprietário do imóvel ou o responsável pela oferta do produto ou serviço.

à medida que são afastados os obstáculos caracterizadores de sua desigualdade.

Ao longo do presente artigo, foram focalizados vários dispositivos legais que asseguram à pessoa portadora de deficiência um atendimento adequado pelo Estado, em várias situações por ela vivenciadas no ambiente social. Para tal atendimento alcançar sucesso, é necessário que as legislações existentes se mantenham em consonância com a mudança social, não perdendo sua objetividade na repressão daquelas ameaças que possam impactar a dignidade da pessoa humana. Mormente em nosso País, a aplicabilidade de um ordenamento de ponta nesta área caminha vagarosamente e de forma tímida, levando a temer-se pelo direito da igualdade para a inclusão social da pessoa com deficiência em nosso Estado.

Devem ser utilizadas como diapasão as legislações internacionais que acompanham, em pé de igualdade, o desenvolvimento social para possibilitar que a dignidade da pessoa humana não fique defasada com esse avanço. Entre a fundamentação filosófica a concretização jurídica, o pragmatismo nos mostra que a consagração positiva dos direitos sociais em documentos constitucionais não é capaz de superar as dificuldades opostas à sua implementação no mundo real.

Chega-se à conclusão de que apenas com a motivação contínua, em que se mobilize a ação assídua e constante do Poder Público, com o oferecimento de serviços, ambientes e informações acessíveis a todos, inclusive à clientela alvo deste estudo, será possível deixar ao largo todas as dificuldades e devaneios que venham inibir a materialização dos direitos assegurados às pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIPD. ANO INTERNACIONAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraDownload.do? select...co...](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraDownload.do?select...co...)> Acesso em: 16 jul. 2017.

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: imperialismo. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1976.

BARCELLOS, Ana Paula de; CAMPANTE, Renata Ramos. A acessibilidade como instrumento de promoção de direitos fundamentais. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110-132.

BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. Artigo 9 – Acessibilidade. In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Org.). **Novos comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR); Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014, p. 73-78. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/.../convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as ideias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223-250.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. Tradução: João Ferreira. Brasília: EdUNB, 2002.

CANOTILHO, Mariana. Não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coord.). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Portugal: Almedina, 2013, p. 260-268.

CNPQ. Guia de Museus e Centros de Ciências Acessíveis da América Latina e do Caribe. Disponível em: <http://cnpq.br/web/guest/noticiasviews/-/journal_content/56_INSTANCE_a6MO/10157/5963962>. Acesso em: 6 jan. 2018.

FADERS. Resolução ONU n° 2.896, de 20 de dezembro de 1971. Disponível em: <<http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6/41>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

GARCIA, Vinicius Gaspar. As pessoas com deficiência na história do mundo. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/pcd-mundial>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

GDDC. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Protocolo n° 12 a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://direitoshumanos.gddc.pt>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

GONZAGA, Eugênia Augusta. **Direitos das pessoas com deficiência**. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2012.

GUGEL, Maria Aparecida. A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php>. Acesso em: 9 jun. 2017.

IBGE. Censo de 2000. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tendencias_demograficas/comentarios.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2017.

_____. Censo Demográfico de 2010. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000006460511142011051416506447.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

LA CALLE, María Jose de La Fuente. **Los deberes del hombre, garantía de sus derechos fundamentales y de la convivencia social**. In: La Declaración Universal de los Derechos Humanos em su 50 aniversario. Organização: Manuel Balado y J. Antonio Garcia Regueiro. Barcelona: Bosch, 1998, p. 117-130.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins. **História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos; Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre**

los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Colección Cermies**, Madrid, n. 36, 2008.

PINTO, Ricardo Leite. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coord.). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**: Portugal: Almedina, 2013, p. 255-259.

PLANALTO. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Pacto de San José da Costa Rica). **Diário Oficial da União**, Brasília, de 9 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 28 dez. 2017.

_____. Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001 (Convenção da Guatemala). **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 18 jul. 2017.

_____. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 2 jan. 2018.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **O liberalismo político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RODRIGUES, Naira. Artigo 5 - Igualdade e não discriminação. In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Org.). **Novos comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR); Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014. Disponível em:

<<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/.../convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

SILVA, Otto Marques da. **A epopeia ignorada (A pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje)**. São Paulo: CEDAS, 1987.

SOUZA, Daniel Pereira Mira de. **Acessibilidade aos portadores de deficiência física: uma garantia constitucional**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59060/acessibilidade-aos-portadores-de-deficiencia-fisica-uma-garantia-constitucional/3?utm_medium=twitter&utm_source=dlvr.it>. Acesso em: 6 jan. 2018.

VILLELA, Flávia. IBGE: 6,2% da população têm algum tipo de deficiência. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/2015/08/ibge-62-da-populacao-tem-algum-tipo-de-deficiencia>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO SOCIAL EM FACE DAS NOVAS CONTINGÊNCIAS SOCIAIS NA SOCIEDADE DE RISCO

Fernando de Brito Alves
Luiz Gustavo Boiam Pancotti

INTRODUÇÃO

A pretensão aqui é de demonstrar que os modelos jurídicos criados na sociedade de classe não apontam mais a segurança social que outrora suportavam as relações sociais.

Os arquétipos de organizações sociais foram positivados no sistema do direito como forma de garantia da segurança jurídica, com vistas à solucionar situações de crise instituída em uma sociedade industrial. Dentro de uma sociedade de classe, estes instrumentos satisfaziam estas necessidades.

Por sua vez, a sociedade de risco quebra estes valores, pois não existe mais sociedade de classes naquela concepção da sociedade industrial. A sociedade moderna distribui os riscos de forma generalizada, desigual, e desproporcional, isto porque os riscos criados na sociedade moderna são *globalizados*.

A pretensão é de fomentar a discussão sobre a sociedade de risco na modernidade reflexiva, em conjunção de Ulrich Beck e Anthony Giddens em face das contingências sociais, alertando sobre a questão das probabilidades e o manejo do risco, bem como a sua diferença com a situação de perigo.

Analisa-se a sociedade de risco nas descobertas de novas situações de perigo e o uso da tecnologia como instrumento social para a sua aferição, mensuração e, se possível, diminuição da existência dos riscos sociais.

1. – A BUSCA DE SEGURANÇA JURÍDICA

NIKLAS LUHMANN¹ pergunta porque é que o indivíduo seria honesto no escuro, sem a observância dos demais? Porque ele assim o deseja ou porque há regras e procedimentos de controle dos comportamentos? Hoje se questionam os limites do direito como instrumento de controle social².

A questão da responsabilidade é um instrumento analítico que permite articular estas duas dimensões. A responsabilidade política e ética é um deles³. A responsabilidade como conceito, por um lado, abrange o funcionamento do sistema administrativo — prestar contas dos atos e decisões, cumprir prazos e procedimentos, desempenho profissional, comportamentos neutros e impessoais, etc. — e, por outro, afeta a produção (ou não) de confiança do cidadão no sistema.

A adesão dos indivíduos ao processo de modernização e de racionalização da administração é, além de um ato que diz respeito ao próprio interesse, um **ato de confiança** na forma como a ética profissional é respeitada pela autoridade.

O conceito de responsabilidade assegura o princípio da segurança das sociedades cada vez mais complexas.

Houve, por assim dizer, evolução no conceito do que vem a ser responsabilidade da Sociedade Agrária para a Sociedade Industrial, e desta para a Sociedade Moderna, sendo o risco social o fator de transição entre as duas últimas.

¹ LUHMANN, Niklas. Sociologia del riesgo. Universidad Iberoamericana/ ColeccionTeoria Social. Traducción Silvia Pappe, BrunhildeErker y Luís Felipe Segura. Coordinador de Traducción: Javier Torres Nafarrete. 3ª EdicionEnEspañol. Mexico D.F. 2006.

² BOBBIO, Norberto. Da Função à Estrutura: Novos estudos da teoria do direito. Barueri/SP: Manole, 2007.

³ LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento, Brasília, Ed. Univ. de Brasília, 1980.

Assim, a *Responsabilidade* nada mais é do que a obrigação jurídica que um indivíduo tem em razão de uma conduta contrária à desejada tomada como pressuposto de um ato coercitivo⁴.

Em razão dos reflexos da evolução da sociedade moderna (modernidade reflexiva), este conceito evoluiu, pois não se toma mais como paradigma, para fins de responsabilidade jurídica, aquela feita de forma individual. Ela sai de sua compreensão subjetiva e individual e se direciona para a concepção da responsabilidade coletiva/objetiva, por sua vez suplantada pela *teoria do risco social*.

O *fundamento* se dá pelo imperativo da nova realidade sócio-político-econômica. Com efeito: face à uma sociedade de classe (industrial), a ordem jurídica respondia à falta de segurança diante da solução de um risco individual por meio da indenização individual (reparação do dano – material ou moral). Atualmente, diante da existência de riscos e, portanto, danos metaindividuais, *globais*, o modelo jurídico anteriormente idealizado para garantir a segurança social não oferece mais aporte para a paz social. Há ocasiões em que o Estado possui mecanismos de reparação, ainda que em parte, destes prejuízos sociais, como se viu no Brasil para aqueles que sofreram a Síndrome de Talidomida⁵. Por outro giro, indaga-se se há situações em que é possível reparar um dano social decorrente de acidente nuclear?

O risco coletivo surge como consequenciados efeitos da Sociedade Moderna.

Isto porque a evolução da tecnologia da informação, atrelado ao esgarçamento das relações sociais contribuíram para retirar da culpa individual o fundamento da responsabilidade civil. Trata-se da

⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de: João Batista Machado. Editora: Martins Fontes. São Paulo. 1995, p. 133.

⁵ A talidomida é um medicamento desenvolvido na Alemanha em 1954, que pode gerar casos de focomelia — síndrome caracterizada pela aproximação ou encurtamento dos membros junto ao tronco do feto — se tomado durante a gravidez. Em 1982, por meio da Lei 7.070, concedeu pensão alimentícia vitalícia às vítimas da síndrome, alterada posteriormente pela lei 8686/93.

responsabilidade coletiva, consequência de uma sociedade que incorporou o risco como preço a pagar pelo progresso tecnológico. Trata-se da denominada *socialização do risco*.

A partir disto, os danos decorrentes de atividades lícitas foram admitidos em benefício da convivência social, em que pese seu componente *risco* ser por essa mesma sociedade suportados, v.g. a obtenção de uma licença ambiental para o desempenho de uma atividade empresarial que utiliza os recursos naturais como fonte de insumo.

A questão da responsabilidade, relativamente às incertezas dos indivíduos e aos riscos que surgem na vida em sociedade, tem vindo a sofrer significativas transformações ao longo do processo de individualização das sociedades.

Por um lado, o processo social de individualização tem conduzido a um distanciamento dos indivíduos relativamente às comunidades tradicionais de pertença e a uma dependência institucional, laboral e urbana, que dificilmente podem, de maneira eficaz, funcionar como fatores de integração.

É nessa nova relação de dependência que se situa a expansão das incertezas com as quais o indivíduo se confronta. Por outro lado, a noção de risco é evolutiva e inseparável da idéia de probabilidade — cálculo das consequências possíveis.

A idéia de risco supõe que as ações não estão garantidas à partida.

Além do mais, a *sociedade de risco* é uma sociedade orientada para o futuro: assim, desligar-se do passado e das comunidades e instituições de integração introduzem incertezas quanto ao futuro da ação⁶.

O que nos importa, desta forma, é esclarecer que a responsabilidade civil individual clássica observada como modelo jurídico tradicional para a solução de uma situação de crise não possui a mesma efetividade que possuía outrora para a sociedade de

⁶ GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 130.

risco. Isto porque a segurança jurídica pretendida naquele primeiro momento estava situada dentro de uma sociedade de classe (industrial), não mais concebida na sociedade moderna. Evidente: como ressarcir um prejuízo decorrente de um ato terrorista contra um grupo social que amargura estas seqüelas ao longo de sua história?

Não se busca tão somente a intenção de expressar a racionalidade em uma metarregra jurídica, mas uma regra de otimização, visto como uma regra de um meio prudente e justo que pretende conceber a diferença daquilo que será útil para a sociedade ou não.

Atualmente, o ordenamento jurídico vigente reconhece expressamente, tanto a responsabilidade subjetiva (estribada na culpa), quanto à responsabilidade objetiva (independente de culpa), senão vejamos:

O Código Civil brasileiro de 2002, conquanto repetindo, em grande parte, *ipsis litteris*, alguns dispositivos do código de 1916, e corrigindo a redação de outros, consagrou a responsabilidade civil objetiva no parágrafo único do art. 927 e previu, no art. 186, a reparação do dano exclusivamente moral.

O artigo 927 do Novo Código Civil ao disciplinar o instituto da responsabilidade civil foi claro ao dizer que aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, sendo que haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, *risco* para os direitos de outrem. Neste mister, verifica-se a adoção da responsabilidade objetiva do particular em reparar o dano em decorrência da *teoria do risco*.

1.1 - Sociedade do Risco

O risco, na perspectiva de BECK, define as sociedades modernas, foi por este motivo que o autor as designou como *sociedades de risco*.

BECK define a *modernização reflexiva* como a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O “sujeito” dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental⁷.

Por sociedade de risco BECK entende um conceito que designa uma *fase no desenvolvimento da sociedade moderna* que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial⁸.

A sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer das disputas políticas. Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos aos seus próprios efeitos e ameaças. De maneira cumulativa e latente, estes últimos produzem ameaças que questionam e finalmente destroem as bases da sociedade industrial: “O conceito de sociedade de risco designa um estágio de modernidade em que começaram a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial.”⁹

Este conceito de risco surge associado ao conceito de modernização reflexiva. A sociedade de risco é uma fase de transição da sociedade industrial para uma sociedade pós-moderna.

Existem riscos individuais e *riscos globais*. Trabalho atualmente não é mais um projeto de vida. Buscam mais fluidez nas relações de trabalhos. Não se concebe mais a possibilidade de criar uma carreira em um emprego e levar de forma eterna para sempre. A permanência no emprego perdeu a estabilidade que outrora tinha, passando a adquirir um viés mais de temporariedade. Isso afeta o mercado de trabalho, pois faz com que a flexibilização dos institutos jurídicos laborais sejam modificados (terceirização; trabalho temporário; pjtização). Assim, a estabilidade das relações

⁷ BECK, U., Giddens, A. e Lash, S. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1995. p. 15

⁸ BECK, U., Giddens, A. e Lash, S. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1995. p. 16

⁹ BECK, U., Giddens, A. e Lash, S. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1995. p. 17.

empregatícias trazia uma segurança individual que atualmente não se vislumbra. Portanto na modernidade o risco é global. A distribuição dos riscos é desigual. O risco que a civilização corre não possui evidência, surge aí a necessidade da reflexão científica sobre a modernização.

Existe uma distinção entre a cientificização reflexiva e a cientificização simples. A cientificização reflexiva é a cientificização voltada a si mesmo.

A invisibilidade imediata dos riscos da modernização coloca os cientistas e políticos como intérpretes do perigo numa posição chave. Através deles um risco pode sofrer minimização ou dramatização, o risco é aberto para processos sociais de sua definição.

Os riscos relativizam as posições de classe. Ricos e pobres, empresários e assalariados sofrem ou podem sofrer as consequências da poluição.

Os riscos produzem também novas desigualdades internacionais. Elas são novas porque não correspondem necessariamente com as dicotomias antigas entre metrópole e periferia.

1.2 - Risco Social

O risco sempre existiu e sempre existirá. No entanto a tecnologia serve como instrumento social para a sua aferição, mensuração e, se possível, diminuição. Daí o poder público utilizar-se do mecanismo de proteção social como técnica de neutralização dos efeitos maléficos das contingências sociais.

A negação de um risco, qualquer que seja sua índole, constitui também, por sua vez, um risco. O conceito de risco seria um conceito que tem que se determinar em oposição a noção de segurança. Isso conduz rapidamente a ideia de que se quer e se deseja a segurança, mas que sob as condições atuais de mundo não pode fazer-se outra coisa a não ser aventurar-se e correr riscos.

A definição de risco apresenta oscilações mediante os diversos contextos sociais onde é produzida. Como dito anteriormente: a busca pela constante reparação faz que os critérios da responsabilidade transcendam a mera individualidade, atingindo o campo da transindividualidade.

A assim chamada socialização dos riscos colocaria, por antecipação, o direito à indenização pelos desassossegos temidos¹⁰, pois o que é possível acontecer pode ou não se transformar em realidade.

Diante da aceitabilidade da sociedade da existência dos riscos, o Estado oferece modalidades reparatórias que designam a vertente da socialização do risco, como, por exemplo, o acidente de trabalho.

O risco em relação à questão acidentária remete-nos para probabilidades ou possibilidades sobre a ocorrência de eventos futuros, surgindo também associado a uma certa *contingência* decorrente das diversas dinâmicas do mundo social. Para NIKLAS LUHMANN¹¹, um ator sabe das consequências do seu agir e procede na consciência tanto do possível sucesso da sua ação como de possíveis danos. Isto é, a vida em sociedade, em face da existência das incertezas futuras, exige de cada pessoa a adoção de certos comportamentos e tomadas de decisões, sob pena de algumas decisões humanas acarretar consequências prejudiciais, isto é, desastres, catástrofes, danos. Portanto, o risco traduz a ideia da controlabilidade dos efeitos colaterais e dos perigos produzidos pelas decisões, onde o conhecimento serve para transformar os riscos imprevisíveis em riscos calculáveis.

Desta forma, verifica-se a adoção da responsabilidade pelos riscos no Acidente do Trabalho por meio de duas indenizações cumuláveis: a com base no Risco Integral decorrente do seguro

¹⁰ SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa e socialização do risco. Belo Horizonte: B. Álvares, 1962. p. 339.

¹¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Universidad Iberoamericana/ Colección Teoría Social. Traducción Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Coordinador de Traducción: Javier Torres Nafarrete. 3ª Edición en Español. México D.F. 2006, p. 45.

social exigida perante o INSS; e a com base no Risco Social exigida pelo empregador (Art. 7º, XXVIII da CF/88 c.c. art. 121 da Lei 8.213/91 c.c. p.ú. art. 927 do NCC).

Denomina-se como risco social o dever de indenizar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Foi ela desenvolvida especificamente para justificar a reparação dos acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião dele, independentemente de culpa do empregador. O risco social, portanto, é o aprofundamento doutrinário do risco profissional, onde se enfrenta de forma específica o acidente do trabalho como risco social, pondo em voga o princípio da solidariedade social em razão da tutela do valor social do trabalho.

A teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência denexo causal. Mesmo na responsabilidade objetiva, embora dispensável o elemento culpa, a relação de causalidade é indispensável. Pela teoria do risco integral, todavia, o dever de indenizar se faz presente tão-só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. Neste mister é que a tecnologia ingressa como fator de aferição dos riscos.

O conceito de técnica é o que determina o que observamos e o que não observamos, proporcionando ao mesmo tempo uma orientação em quanto a quais causas e quais efeitos vão correlacionar-se e quais não.

A *contingência* é então muito mais do que o acaso, a aleatoriedade ou o risco que o indivíduo corre, quando se encontra com um perigo inesperado. O progresso técnico é fator de risco, pois o uso de novos procedimentos, de novos materiais pela indústria, de novas moléculas no setor farmacêutico, por exemplo, pode ser fonte de danos não-detectáveis a priori¹², por isso, a sociedade se responsabiliza por estes riscos.

¹² BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e Contingência. Revista Socitec e-prints. Florianópolis/SC. v. 1 n. 2 Jul-Dez. 2005.P. 38

A contingência denomina algo que não é necessário, nem impossível. O conceito de contingência também se estende à percepção do mundo que depende de distinções (entre aquilo que está dentro do sistema e aquilo que está no seu ambiente). Essas distinções podem ser feitas desta ou daquela maneira, são então “contingentes”. A necessidade da redução de complexidade deriva-se dessa abertura fundamental do agir e perceber humano. Sistemas sociais têm a função de reduzir a complexidade e controlar a contingência, possibilitando assim um agir direcionado e com sentido pelo ator social.

1.3 - Risco e Perigo

A distinção entre risco e perigo supõe que há uma insegurança em relação a danos futuros.

O risco de uma decisão pressupõe a consciência de danos possíveis, assim como o cálculo da decisão de viajar de avião conta com a probabilidade de chegar sem acidente aéreo ao lugar do destino. Quando acontece um desastre, o que é improvável, mas não impossível, o dano assumido torna-se algo real¹³.

A dicotomia risco/perigo possui como pressuposto o interesse pela segurança. A distinção entre risco e perigo faz possível uma marcação para ambos os lados, mas não aos dois lados de uma vez, como os lados de uma moeda: cada lado pertence a uma unidade, mas a sua visualização é feita em ocasiões distintas.

Assim, conforme esclarece NIKLAS LUHMANN¹⁴, a diferença entre risco e perigo surge a partir de uma decisão. Em apertada síntese, o sociólogo diz que esta decisão tomada diante de uma situação de perigo poderá gerar a existência do risco. Exemplo: a inundação é um perigo, mas aquele que constrói sua casa no leito de um rio expõe-se a um risco. O cigarro constitui um perigo, mas

¹³ BRUSEKE. Idem 37.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingência en la sociedad moderna. Barcelona, Ed. Paidós. p.45

aquele que decide consumir encontra-se em uma situação de risco. E mais: com a evolução da tecnologia e da racionalização descobriu-se ainda que o próximo daquele de quem fuma também sofre as conseqüências malélicas do tabaco, denominado fumante passivo. Portanto, concluí-se que o risco, seja ele individual ou coletivo, sempre existiu. O que se percebe é que a evolução tecnológica nos apresenta situações antes não imagináveis, novas.

Pois bem, diante desta técnica de apuração de perigo e risco é que se detecta a responsabilidade pelo dano ocorrido. Isto é, ao responder a seguinte pergunta vislumbra-se o responsável: parte de quem surgiu a decisão que diante daquela situação de perigo criou-se aquela situação de risco? Quem deixou que um grupo de moradores residisse em área que anteriormente era um aterro sanitário? Será que ao responder esta pergunta identifica-se sobre quem recai a responsabilidade?

Note-se também que a ausência de decisão também gera uma situação de risco em face de sua conduta omissiva. Omitir a prevenção se converte também em um risco, ainda quando se trate somente de perigos em sentido de catástrofes naturais.

A sociedade é um sistema social de referência última e fundante de tudo o que acontece. A sociedade não é um sistema repressivo ou de dominação, mas tampouco é um sistema cimentado no consenso de valores implícitos. A sociedade é um sistema de comunicação que possibilita a complexidade contingente, de tal forma que a realidade pode ser de outra maneira, mas sempre no marco do que a sociedade tem preestruturado.

2 - NOVAS CONTINGÊNCIAS SOCIAIS

Diante da noção da sociedade de risco que ora se apresenta, observa-se que os mecanismos de proteção social previstos no sistema jurídico atual não alcançam determinadas situações antes não vislumbradas.

Apesar da OIT por meio da sua Convenção Internacional de nº 102 estabelecer regras mínimas de Seguridade Social, o seu

modelo nasceu a partir de conceitos de uma sociedade de classe, sem dar amparo ao trabalho reprodutivo feminino, limitando-se a proteger o marido como o arrimo de família e detentor da única fonte de subsistência do lar.

Aliás, a estrutura familiar mudou na sociedade de risco. Vale observar o fenômeno da inversão da pirâmide familiar onde se nota a transformação da estrutura da sociedade: até os meados do Século XX, mais na sociedade agrária do que na urbana, a família sempre numerosa propiciava uma estrutura demográfica onde havia uma população predominantemente jovem e baixa população velha (típica de uma sociedade de classe). Assim, naquela época a fonte de contribuição era mais ampla e abrangente, em contraponto com as baixas despesas a serem suportadas com o serviço de saúde, assistência e previdência social. Atualmente, a pirâmide social inverteu-se: com a diminuição, e às vezes a ausência, de filhos de cada entidade familiar, a população está passando, ou está na fase de transição a se tornar, predominantemente velha, com baixo número de jovens, diminuindo a quantidade de contribuintes para o financiamento do sistema, e em contrapartida gerando um maior número de despesas com as prestações sociais. Trata-se das consequências da modernidade.

Assim, em razão deste novo modelo de estrutura social, é possível vislumbrar novas formas de riscos sociais antes não observadas, cujos mecanismos de proteção aptos a dar uma resposta a fim de solucionar esta situação de crise não existem.

2.1 – Mudança Estrutural do Trabalho

O emprego, observado como um modelo jurídico criado para resolver uma situação de crise na sociedade industrial pautada no trabalho subordinado por força de um contrato não garante a mesma segurança jurídica na sociedade de risco. Isto porque com a evolução das relações sociais surgem novas formas da prestação de serviço (pós-industrialismo), tais como a terceirização, trabalho remoto, trabalho temporário e o trabalho em Regime Parcial.

A Revolução Tecnológica da Informação trouxe inúmeras transformações nas relações humanas a partir do final do século XX estendendo seus efeitos ao nosso século. Com isso pudemos sentir os efeitos da globalização, já que a tecnologia da informação derrubou as fronteiras continentais tornando as distâncias menores e as barreiras linguísticas, cada vez menos impeditivas.

De acordo com BECK¹⁵ com os avanços da tecnologia da informação, e também com os impulsos modernizantes sociais e jurídicos, uma nova espécie de subsistema empregatício é introduzida. Assim, para o autor, o sistema empregatício deixará de se apoiar nos padrões institucionais do contrato de trabalho, local de trabalho e da jornada de trabalho¹⁶.

CASTELLS¹⁷ afirma que estamos testemunhando um ponto de descontinuidade histórica. Isto porque as novas tecnologias informacionais se infiltraram em todos os aspectos da vida humana, sendo inevitável que se formem conexões infinitas sobre diferentes domínios. Um dos domínios seria a estrutura do emprego. Estas alterações gradualmente estão provocando a modificação de postos de trabalho de setores de produção de bens e serviços para sua prestação, com o fim do emprego rural e industrial como conhecemos e a aplicação cada vez mais intensa de tecnologias de informação no meio de trabalho.

BECK¹⁸ explica que a norma do trabalho vitalício de jornada integral foi suplantada por normas plurais de flexibilização da jornada de trabalho. Exemplo disso no Brasil foi a promulgação da Lei 13.429/17 que trata da terceirização da contratação de mão de obra da atividade fim e a Lei 13.467/17, compreendido no pacote do governo da chamada Reforma Trabalhista.

¹⁵ BECK, Ulrich. A sociedade de risco. Rumo a uma nova modernidade. Editora 34 Ltda: São Paulo. 2010, p. 206.

¹⁶ Idem, 207.

¹⁷ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2016, p.119,120.

¹⁸ Idem, 207.

Diante disto, sem ter a pretensão de esgotar o tema, aponta-se algumas contingências existentes em razão da sociedade de risco.

2.1.1 – Subemprego

No caso da Lei da Terceirização, há possibilidade de intermediação de atividade fim para suprir demanda temporária ou complementar de mão de obra, considerando-se para tanto aquela oriunda de fatores imprevisíveis ou quando decorrente de fatores imprevisíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal. Esta nova legislação ampliou o conceito de trabalho temporário, tornando possível a modalidade de contratação para demandas complementares oriundas de fatores imprevisíveis ou, quando decorrentes de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal e ampliou o prazo dos contratos de 90 para 180 dias com possibilidade de renovação para mais 90 dias, vedando a recontração do mesmo funcionário antes do cumprimento de um intervalo de 90 dias. Porém, findos os noventa dias, o empregado poderá ser recontratado, o que estimula a prática de “rodízios” de contratação temporária entre as empresas.

Em face disso percebe-se que se a carência para a percepção do primeiro seguro desemprego é de 16 meses, estamos admitindo a possibilidade de que uma classe de trabalhadores poderá ficar desempregada e sem proteção social toda vez que o contrato temporário chegar ao fim.

Este cenário desastroso gera novas incertezas e situações de desigualdades sociais produzindo riscos sociais ainda não perceptíveis. Com efeito: a disseminação da contratação de mão de obra terceirizada e temporária enfraquece o pleito por melhores condições, tornando cada vez mais assimétrica a relação entre a força de trabalho e o capital, conforme observa SUPLOT¹⁹:

¹⁹SUPLOT, Alain. O Espírito da Filadélfia. A justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 124.

É o que acontece hoje em dia: a liberdade de empreender foi emancipada dos quadros jurídicos nacionais, enquanto que **a liberdade sindical e o direito de greve ficaram ali presos**. Esse contexto não só desequilibra as relações entre sindicatos e grandes empresas, mas torna o direito à greve extremamente inoperante. (grifo nosso).

O *subemprego*, observado como uma contingência social, é uma consequência da sociedade de risco usada como uma falsa justificativa para a diminuição do desemprego. Desta forma, a nova estrutura ocupacional que se aproxima distancia cada vez mais a proteção social do trabalhador com flagrante retrocesso social.

2.1.2 – Subemprego: flexibilidade das relações laborais

A flexibilização da relação de emprego gerada pela reforma trabalhista traduz uma precarização do trabalho subordinado. Em seu novo artigo 443, parágrafo 3º, da CLT, que dispõe como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, *não é contínua* ocorrendo com *alternância de períodos* de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado ou do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Esta norma se traduzirá em trabalhadores que percebem valores inferiores ao salário mínimo nacional, piso de contribuição ao Regime Geral da Previdência Social. Assim, com contribuições versadas inferiores ao valor de referência, restarão à margem da inclusão social, tendo em vista que não serão capazes de tornarem-se segurados da previdência social, muito menos de computarem tais contribuições para fins de carência.

O limbo que antes abrangia os marginais dos benefícios por incapacidade, agora foi estendido aos demais benefícios da Seguridade Social graças à malfadada reforma trabalhista. Isto se dá ao fato do legislador não ter se ocupado de regulamentar as

contribuições previdenciárias para a nova modalidade de empregados com jornada de trabalho atípica.

Dada a inconstância da prestação de serviços, que pode ter intervalos de meses e ter duração de poucas horas, os trabalhadores em jornada intermitente terão imensa dificuldade em cumprir as condições necessárias na legislação previdenciária para gozar dos benefícios a que fazem jus todos os segurados do sistema.

Se combinarmos os efeitos da Jornada Intermitente, com a nova regulamentação dada pela lei ao Teletrabalho, ora remunerado por produção, aumentaremos exponencialmente a classe de trabalhadores que não conseguirão contribuir com o valor mínimo de referência sem o sacrifício do seu mínimo existencial.

Estamos diante do surgimento dos excluídos da Previdência, uma classe que não se disporá a contribuir para financiar a aposentadoria da geração seguinte, quebrando o paradigma da intergeracionalidade, ameaçando de morte a saúde do Sistema de Previdência Social no país.

Pode-se afirmar, portanto, que as reformas instituídas implicam em flagrante retrocesso social, implicando em maior desproteção social.

2.1.3 – Transnacionalização da mão de obra

Sejam refugiados ou não, no final do último século houve um aumento significativo de trabalhadores estrangeiros em todo o mundo. Isto se dá em razão do processo de globalização econômica.

A partir do momento em que a globalização se aprofunda, a produção e a sua administração se expande através das fronteiras cada vez mais. Com isso, os elos entre as condições da força de trabalho em diferentes países com os diferentes níveis salariais e de proteção social ficam mais próximos. Assim, a transnacionalização da mão de obra geram consequências de diversas ordens, como, por exemplo, a redução do quadro funcional mantendo os empregados altamente qualificados indispensáveis no país e importando insumos das áreas de baixo custo; subcontratando parte do trabalho

para seus estabelecimentos transnacionais e para as redes auxiliares cuja produção pode ser absorvida no sistema da empresa em rede; usar mão de obra temporária, trabalhadores de meio expediente ou empresas informais como fornecedoras no país natal, ou automatizar ou relocar tarefas e funções para as quais os preços do mercado de trabalho sejam considerados muitos altos na comparação com as fórmulas alternativas; ou ainda obter de sua força de trabalho anuência para condições mais rígidas de trabalho, revertendo contratos sociais estabelecidos em circunstâncias mais favoráveis para os trabalhadores.

Este fenômeno da transnacionalização da mão de obra se dá em razão da tecnologia da informação, bem como da reestruturação das relações capital-trabalho. Segundo Castells²⁰ a difusão da tecnologia da informação na economia não causa desemprego de forma direta. Porém, segundo o autor, o processo de transformação da sociedade informacional de economia globalizada é caracterizada pela deterioração das condições de trabalho e de vida para uma quantidade grande de trabalhadores.

Portanto, o temor dos trabalhadores serem substituídos por máquinas e de se tornarem descartáveis é mito. Analisando uma série de pesquisas efetuadas permite afirmar que não há relação estrutural sistemática entre a difusão das tecnologias da informação e a evolução dos níveis do emprego na economia como um todo. Na Áustria, Suécia e Alemanha apresentaram taxas baixas de desemprego, ao mesmo tempo em que a Espanha, lentíssima em relação a novas tecnologias, ganhou de longe em taxas de desemprego. Portugal, atrasado tecnologicamente tem nível de desemprego relativamente baixo, enquanto a Finlândia com toda sua tecnologia apresentava taxas altas de desemprego. Isto é resultado da reestruturação atual das relações capital-trabalho em razão destas novas tecnologias da informação facilitadas por uma nova forma organizacional.

Conclusão: não é possível associar necessariamente o desenvolvimento tecnológico ao desemprego. Os empregos estão

²⁰ Idem, p. 340.

sendo extintos e novos empregos estão sendo criados, apesar existir diferença na relação quantitativa entre as perdas e os ganhos varia entre empresas, indústrias, setores, regiões e países em função da competitividade, estratégias empresariais, políticas governamentais, ambientes institucionais e posição relativa na economia global.

Conquanto a tecnologia em si não gere nem elimine empregos, mas ela transforma profundamente a natureza do trabalho e a organização da produção. Com a reestruturação das empresas e organizações, possibilitada pela tecnologia da informação e estimulada pela concorrência global, está introduzindo uma transformação fundamental: a individualização do trabalho no processo de produção. Eis a razão das categorias de trabalho que mais crescem são o trabalho temporário e o trabalho de meio-expediente. As empresas cada vez mais adotam as práticas de subcontratação, terceirização, consultoria, redução no quadro funcional e produção sob encomenda. E essa mobilidade de trabalho diz respeito tanto a trabalhadores não qualificados quanto a qualificados.

2.1.4 – Desemprego duradouro

Um dos traços que caracterizou a sociedade industrial foi justamente ao reconhecimento ou a *busca do pleno emprego*, valor este estampado na nossa Constituição Federal de 1988, no artigo 170, inciso VIII, como princípio da Ordem Econômica e Financeira.

Porém, como acabamos de verificar nos itens anteriores, com a globalização dos riscos esta situação mudou. O trabalho subordinado não é mais sólido como na sociedade industrial, pois não se concebe mais a ideia de criar uma carreira em um emprego e levar de forma eterna para sempre. A permanência no emprego perdeu a estabilidade que outrora tinha, passando a adquirir um viés mais de temporariedade, gerando uma situação de instabilidade, onde se vê o risco da incerteza. Isso afeta o mercado de trabalho, pois faz com que a flexibilização dos institutos jurídicos laborais sejam modificados.

As sociedades estão ficando dualizadas, com uma grande camada superior e também uma grande camada inferior, crescendo em ambas as extremidades da estrutura ocupacional, portanto encolhendo no meio, em ritmo e proporção que dependem da posição de cada país na divisão do trabalho e de seu clima político. A nova estrutura social incipiente desencadeou o processo da desagregação do trabalho gerando o desemprego uma contingência de longo prazo.

Há uma condição global de mudança constante de incerteza perene, sem o mínimo de estabilidade nas relações sociais. Nada é feito para durar, tudo escorre entre os dedos. As relações dos tempos modernos são mais flexíveis e geram inseguranças maiores²¹.

Altera-se, por isso também, a noção do estado do bem estar social, desaparecendo a noção do estado providência e atrelando uma maior alteridade de cada indivíduo.

Assim, na sequência do reforço da globalização, tende a crescer o *desemprego de longa duração*, para a qual aquele não foi pensando em termos contingenciais²².

CONCLUSÃO

Uma das características marcantes da sociedade de risco é que, a par dos outros riscos abordáveis em se tratando de técnicas tradicionais de proteção social, depara-se com uma incerteza crescente. Esta incerteza frequente desmascara com o qualquer técnica tradicional de proteção social.

Por outro lado, atualmente não conseguimos identificar qual o novo risco surgirá em face destas novas estruturas ocupacionais, bem como qual a nova técnica deverá ser usada para minimizar os seus resultados.

²¹ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

²² LOUREIRO, João Carlos. Direito da Segurança Social: entre a necessidade e o risco. Temas de Direito da Segurança Social. Vol 1. Coimbra Editora: Setembro de 2.014. p.89.

Mesmo assim é possível afirmar que o fenômeno do desemprego irá aumentar demasiadamente. E mais: com as novas modalidades de estruturas ocupacionais também não se observa a exigência das empresas em continuar em preservar o instituto “emprego” nos mesmos moldes em que ele foi elaborado na sociedade de classe.

A consequência disso será a redução dos salários reais, o aumento das desigualdades sociais, crescimento do subemprego com maior segmentação da força de trabalho, informalização e desvalorização da mão de obra urbana e marginalização do trabalho rural.

Essas consequências são frutos da reindividualização dos riscos e das incertezas. Isto significa a descoletivização e maior individualização, como mostrou Castel, irá reclamar políticas públicas voltadas àqueles que recebem benefícios da Assistência Social, e em maior ênfase o seguro desemprego.

Ao que parece, surgirá uma política de ativação por iniciativa do poder público com proposta de gerar desestímulo à dependência como forma de encobrir a existência do desemprego, aumentando a oferta de novas formas de subcontratação de mão de obra.

BIBLIOGRAFIA

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

BECK, Ulrich. **A sociedade de risco. Rumo a uma nova modernidade**. Editora 34 Ltda: São Paulo. 2010.

_____. Sociedade do risco. **O medo na contemporaneidade**. Entrevista oferecida na Revista Ihu online • [www.Unisinos.Br /ihu](http://www.Unisinos.Br/ihu), são leopoldo, 22 de maio de 2016.

_____, Giddens, A. e Lash, S. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Da Função à Estrutura: Novos estudos da teoria do direito**. Barueri/SP: Manole, 2007.

BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e Contingência. **Revista Socitec e-prints**. Florianópolis/SC. v. 1 n. 2 p. 35-48 Jul-Dez. 2005.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2016, p.119,120.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**: Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998a.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: 1991. Editora da Universidade Estadual Paulista.

HESPANHA, Pedro. Individualização, fragmentação e risco social nas sociedades globalizadas. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e Centro de Estudos Sociais. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 63, Outubro 2002: 21-31.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de: João Batista Machado. Editora: Martins Fontes. São Paulo. 1995.

LOUREIRO, João Carlos. Direito da Segurança Social: entre a necessidade e o risco. **Temas de Direito da Segurança Social**. Vol 1. Coimbra Editora: Setembro de 2014

LUHMANN, Niklas. Sociologia del riesgo. Universidad Iberoamericana/**Colección Teoría Social**. Traducción Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luís Felipe Segura. Coordinador de Traducción: Javier Torres Nafarrete. 3ª Edición en Español. Mexico D.F. 2006.

_____. **Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingência en la sociedad moderna**. Barcelona, Ed. Paidós: 2006

SERRANO, José Luis. **A diferença risco/perigo**. **Revista Novos Estudos jurídicos**, Vol. 14, nº 2, p 233-250, 2º Quadrimestre de 2009. Espanha/Madrid.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: B. Álvares, 1962.

SUPIOT, Alain. O Espírito da Filadélfia. **A justiça social diante do mercado total**. Porto Alegre: Sulina, 2014.

REIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO E TRABALHO ESCRAVO

Mário Lúcio Garcez Calil
Vivianne Rigoldi

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é, por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se, na escrita, o método dedutivo, estudar o trabalho sob condições análogas à escravatura no Brasil, sob os paradigmas da reificação e do reconhecimento.

O trabalho escravo é uma realidade que se evidencia na história, que faz com que diversos trabalhadores sejam humilhados e literalmente privados de sua liberdade e, conseqüentemente, de sua dignidade. Tais violações, sob o ponto de vista do Estado Constitucional e Democrático de Direito, são intoleráveis.

Tendo em vista estas constatações é que o presente trabalho tem como tema o trabalho escravo na contemporaneidade brasileira e sua incompatibilidade com as mais basilares garantias constitucionais, especialmente pelo fato de que reduz o homem à condição de “coisa”, retirando-lhe completamente a sua dignidade e, conseqüentemente, o seu reconhecimento como pessoa perante a sociedade.

O trabalho é dividido da seguinte forma: na primeira parte, analisa-se o histórico do trabalho escravo no Brasil, para, expondo suas origens, ser possível entender como se deu sua proliferação e o porquê.

Na segunda, faz-se referência ao processo de “reificação” produzido pela redução à condição de escravo, sob a perspectiva da teoria do reconhecimento. Na terceira parte, são trazidos os conflitos

e as violações das normas referentes ao trabalho escravo, de modo a expor a realidade atual e passada.

Justifica-se a presente pesquisa, em razão da importância do tema no que concerne às violações aos direitos humanos e aos direitos fundamentais no Brasil, bem como a necessidade de novas teorizações acerca do tema.

1. HISTÓRICO DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL

A escravidão se mostra tão antiga quanto a própria sociedade humana. Originou-se no “direito da força”, pois, os guerreiros valentes incorporaram o patrimônio dos vencidos. Desta forma, os próprios vencidos se tornavam “patrimônio” dos vencedores.

A definição de “escravidão”, em certo sentido, é atemporal, mas, por ter existido desde tempos imemoriais, em relação a cada época pode-se buscar uma definição diversa, pois cada caso teve sua história, cada sociedade teve sua relação com escravismo, cada uma com um desenrolar diferente no mundo.

Na Europa Ocidental, assim como na África, a escravidão antes do século XV era um costume. A presença de varias formas de trabalhos forçados, nos diversos tipos de sociedades demonstra que a escravidão existiu como uma instituição fundamental em formações sócias tão diferentes como o Império Romano e os Estados Unidos no século XIX.

O Brasil não foi diferente em seu regime de escravidão. O País teve sua história forjada pela introdução do escravismo como parte constitutiva da própria sociedade.

A predominância e a perniciosidade da escravatura como sistema social e econômico representa uma estrutura que, enquanto vigorou, “[...] determinou os contornos de todos os outros aspectos da vida Brasileira. Com efeito, analisar a história da escravidão Brasil é trabalhar com a própria história do Brasil” (SCHWARTZ, 2001, p. 39).

O regime de colonização, todavia, tem impacto direto no que concerne à influência da escravatura na histórica de uma ex-colônia,

tendo em vista os objetivos econômicos diversos às quais foram submetidas.

O modelo de colonização imposto ao Brasil, diversamente do ocorrido na América do Norte, foi estruturado pelo regime de exploração, objetivando satisfazer os interesses mercantis da metrópole portuguesa, em detrimento do “povoamento apoiado” e do desenvolvimento interno da colônia (CHAUÍ, 2006, p. 33).

O “país essencialmente agrário” era historicamente articulado ao sistema colonial do capitalismo mercantil, determinado pelo modo de produção capitalista, de modo a ser uma colônia de exploração, não de povoamento, de modo que teria uma economia voltada ao mercado externo. A produção se organizaria na “grande propriedade escravista”, ajustando-se às “exigências econômicas do sistema” (CHAUÍ, 2006, p. 33-34).

No modelo de povoamento, ao contrário, a produção ocorre em função do consumo interno da colônia, com predominância da pequena propriedade, pois não desperta o interesse econômico da metrópole, permanecendo à margem do sistema colonial (CHAUÍ, 2006, p. 34).

A chegada dos portugueses em terras brasileiras encontrou uma imensidão de terras a serem trabalhadas. No entanto, não havia mão de obra para o trabalho. A partir daí se começam as navegações negreiras, indo à África com intuito de obter mão-de-obra escrava. Também foram utilizados serviços dos indígenas nativos do Brasil.

Um dos primeiros produtos a serem produzido aqui foi à cana-de-açúcar, a partir da consolidação dos senhores dos engenhos e do comércio de açúcar na Europa, a partir do que se apresentou a necessidade de uma mão-de-obra disponível e sem custos.

Nos três séculos de escravidão no Brasil existiam infinitas variedades de condições experimentadas pelos escravos. A escravidão brasileira contribuiu para o desenvolvimento da produção agrícola, de extração de metais nobres e pedras preciosas e, nos centros urbanos, da produção artesanal e de serviços sociais (MATTOSO, 2003, p. 99).

As relações de exploração estavam mais próximas de certas modalidades de escravidão mais antiga do que a servidão patriarcal Africana. Esse modo de produção “[...] desenvolve-se no âmbito de uma economia capitalista em expansão, através de formas novas que coexistem com as antigas para criar um conjunto original” (MATTOSO, 2003, p. 99).

Então, de fato, a escravidão tomou grandes proporções e se proliferou nos dois aspectos, zona rural e zona urbana.

Na atualidade existem vários órgãos de fiscalização e coerção, como a OIT “Organizações Internacional do Trabalhador” que traz à baila que o trabalho escravo é aquele de caráter degradante, realizado sob ameaça ou não, que envolve o cerceamento da liberdade. E, no Brasil, mesmo sendo este uma das maiores economias do mundo, ainda suporta essa forma de labor (OIT, 2001, p. 40-41).

Milhares de pessoas ainda são submetidas a trabalho forçado e a condições degradantes no campo e na cidade. Um Relatório da OIT, de 2005, estimava em 25 mil o número de trabalhadores mantidos em condições análogas a de escravos no país. Destes, 80% atuavam na agricultura e 17% na pecuária (OIT, 2005, n.p.).

Desta forma, percebe-se que, mesmo com a evolução legislativa e humanitária, desde as origens coloniais brasileiras até os dias atuais, resta mantida esta forma hedionda de relação humana, de submissão, indignidade e crueldade.

2. TRABALHO ESCRAVO, REIFICAÇÃO E RECONHECIMENTO

A chamada “reificação” configura um estado de “desrespeito” total e completo, no qual não existe nem mesmo “sombra” de reconhecimento. A própria dignidade é negada às pessoas, que passam a não mais ser consideradas humanas.

A reificação designa formas especialmente extremas de utilização instrumental de outras pessoas. Trata-se de um processo normativo. Um comportamento humano que quebra os princípios morais ou éticos, “[...] porque outros sujeitos não são

tratados de acordo com suas qualidades humanas, senão como objetos insensíveis, inertes, ou, como ‘coisas’, ‘mercadorias’” (HONNETH, 2007, p. 16-17).

O resultado da reificação é o resultado de uma formação objetivadora dos medos, preocupações e esperanças “[...] que se sente frente às pessoas quando lhes é negada a atitude habitual do reconhecimento” (HONNETH, 2007, p. 59).

Trata-se de uma situação de polarização e de oposição entre os dois polos: às formas sensíveis ao reconhecimento correspondem, em sentido oposto, as formas de conhecimento nas quais p a capacidade de perceber a origem do reconhecimento prévio se perdeu. Assim, “[...] a reificação é a negação do reconhecimento, um processo por meio do qual o conhecimento acerca de outras pessoas se perde na consciência, em relação à medida de ambos” (HONNETH, 2007, p. 91).

Evidentemente, a escravidão é uma forma especialmente grave de instrumentalização das pessoas, que faz com que seja negado o reconhecimento à pessoa, extirpada de sua humanidade. É um dos exemplos incontestáveis de reificação, pois baseia-se na instrumentalização do ser humano, que passa a ser tratado como objeto, a partir do momento no qual lhe é negado o reconhecimento.

A condenação da reificação não pode se apoiar em normas morais, por tratar-se de uma definição sócio-ontológica, que permite “[...] distinguir entre “modos ‘apropriados’ e ‘inapropriados’ de tratar com pessoas”, pois, então, atinge condições elementares da própria base do discurso moral” (HONNETH, 2007, p. 70-71).

O processo de reificação acaba por não se restringir à retirada da dignidade. Seu aspecto social é evidente, pois aquele que é reificado deixa de ser reconhecimento como pessoa pelos demais.

A reificação pressupõe que nem se percebiam mais nas outras pessoas as suas características que as tornam “exemplares” do gênero humano: “tratar alguém como uma ‘coisa’ significa justamente tomá-la(o) como ‘algo’”, despido de quaisquer características ou habilidades humanas”, a exemplo do que ocorre no contexto da escravidão (HONNETH, 2009, p. 351).

Alguém que “reifica” pessoas não atenta apenas contra uma norma, mas, sim, comete um erro mais fundamental, qual seja: “[...] atenta contra as condições elementares que estão na própria base de nosso discurso sobre a moral” (HONNETH, 2009, p. 351).

Trata-se de um atentado contra os pressupostos necessários de “mundo socialmente vivido”. Anula-se o reconhecimento elementar que faz com que tenhamos cada pessoa como “o outro de nós mesmos”. Se este reconhecimento prévio não se realizar, o “outro” passa a ser tratado como um objeto inanimado (HONNETH, 2009, p. 352).

A reificação nega a dignidade não somente em um nível normativo, mas, também, demonstra ser uma categoria de distorção ontológica da linguagem do reconhecimento.

A noção hegeliana de reconhecimento tem a mesma função que o conceito de cuidado e de práxis de implicação no contexto da reificação, categoria que “[...] é deslocada a uma esfera pré-categorial, pré-cognitiva ou ontológica, antecedendo o momento em que se processa o conhecimento propriamente dito”. Por ser a negação do reconhecimento, implicada diversos graus de acolhimento do outro (TREVISAN; ROSSATO, 2010, p. 279).

Ampliando o conceito luckacsiano de reificação, Honneth busca compreender contextos e os hábitos sociais mais comuns, circunscritos por ações não-econômicas, visando à compreensão da relação com outras pessoas ou com as próprias competências e os sentimentos. Assim, o sujeito é um espectador meramente “contemplativo” e “indiferente”, neutro, que não é afetado pelos acontecimentos (TREVISAN; ROSSATO, 2010, p. 280).

Contemplação está no sentido de “observação indulgente e passiva”, enquanto indiferença se refere ao sujeito não é afetado pelos acontecimentos. O mundo das relações pessoais e as qualidades individuais são apreendidos com indiferença e de modo neutro em relação aos afetos, “como se tivessem as qualidades de coisa” (TREVISAN; ROSSATO, 2010, p. 280).

A postura reificante frente às pessoas decorre da perda do reconhecimento prévio ou de uma participação em uma práxis

social na qual “[...] a mera observação do outro se converteu em um fim em si mesmo, ou porque permite que seus atos sejam governados por um sistema de convicções (racismo, machismo, fundamentalismo, etc.) que acaba negando o reconhecimento original” (TREVISAN; ROSSATO, 2010, p. 280).

O comportamento não reificado atribui-se a um sujeito “ativo” e “cooperativo”, que enxerga os objetos como produtos de um sujeito e a interação social como baseada “[...] na consideração dos outros como parceiros ativos e não indiferentes. A atitude ativa (e não indiferente) é identificada por Honneth com a categoria de reconhecimento” (TREVISAN; ROSSATO, 2010, p. 282).

No que concerne à história da escravidão brasileira, a própria literatura demonstra que a reificação do escravo referia-se, especialmente, ao seu corpo, o que fazia com que a negação do seu reconhecimento atingisse diretamente a visão das demais pessoas.

Machado de Assis afirmou, nesse sentido, que a escravidão demandou ofícios e aparelhos, como o ferro ao pescoço e ao pé e a máscara de folha-de-flandres, que fazia com que os escravos perdessem o vício da embriaguez. Era um apetrecho grotesco, “[...] mas a ordem social e humana nem sempre se alcança sem o grotesco, e alguma vez o cruel” (ASSIS, 1986, p. 659).

O escravo é reduzido, assim, à condição de “coisa”, tendo em vista que a ele se nega qualquer dignidade ou condição basilar de existência digna. Passa a ser como um bem móvel, um semovente. É claro, nesse sentido, que, excluída a dignidade, todos os direitos restam, automaticamente, negados a essa pessoa.

A brutalidade corrente nas relações entre senhores e escravos é comprovada por inúmeros testemunhos e registros. Em uma sociedade na qual o regime patrimonialista de mando era pervertido em decorrência das condições históricas, “[...] a coerção necessária à manutenção do regime escravocrata teria de exercer-se dentro de padrões que supunham a violência como trato normal” (CARDOSO, 1977, p. 143-144).

A violência e a falta de respeito à pessoa do escravo justificavam-se diante dos Senhores “[...] graças à reificação prévia

do escravo: desde criança o *senhor* regulava suas expectativas considerando o escravo como um ser incapaz de vontade, objeto de toda sorte de caprichos e perversidades” (CARDOSO, 1977, p. 144).

A reificação do escravo era objetiva e subjetiva: o escravo se tornava uma peça, cuja necessidade social era criada e regulada pela economia de produção; ao mesmo tempo, “[...] auto-representava-se e era representado pelos homens livres como um ser incapaz de ação autônômica” (CARDOSO, 1977, p. 145).

Não bastassem os aspectos físicos e econômicos da reificação, a condição de escravo se relaciona a uma questão metafísica cristalina. A escravatura, assim, decreta a “morte simbólica” da pessoa do escravo e, via de consequência, resulta em sua “morte social”.

A escravidão, assim, é um domínio altamente simbólico da experiência humana, relacionada à alienação natal do escravo. Seu isolamento, sua estranheza, tornou-o mais valioso para o mestre, mas ameaçou a comunidade e fez se mostrar a “primazia de sentimento e vontade de pensar”, cerne da mente simbólica (PATERSON, 1982, p. 38).

Logo, no nível cognitivo, a escravidão, como “ato de alienação natal”, é a morte social do escravo; no nível ritual, “[...] o processo de escravização é expresso em termos de ritos de passagem bem definidos” (PATERSON, 1982, p. 38).

Na questão escravocrata, há duas formas de representação da morte social, que dependem do modo inicial dominante de recrutar escravos; ao modo de recrutamento mais antigo e mais dominante, o modo cultural de representar a morte social era “intrusivo”; nos modelos mais atuais de recrutamento, ocorre por “extrusão” (PATERSON, 1982, p. 38).

No primeiro caso, a figura do escravo era associada com o inimigo, associada aos militares. Nesse quadro, a ideia de morte social recebeu expressão legal direta no direito romano: escravo era *pro nullo*. No modelo intrusivo, o escravo era alguém que “não pertencia”, por ser um “estranho”; no modo “extrusivo”, o escravo tornou-se um estranho porque não pertencia mais (PATERSON, 1982, p. 38).

Há, também, aspectos econômicos inegáveis relacionados à reificação do escravo, pois esta produz sua “reconfiguração econômica”, mercantilizando-o, tornando-o, então, meramente, um bem de consumo.

O capitalismo é um modo de metabolismo social totalizante e incontrolável, dada a tendência centrífuga presente em cada microcosmo seu. Assume cada vez uma lógica destrutiva, que deu origem à chamada *taxa de utilização decrescente do valor de uso das coisas*, tendo operado, assim, “[...] o aprofundamento da separação entre a produção voltada genuinamente para o atendimento das necessidades humanas e as necessidades de auto-reprodução de si próprio” (ANTUNES, 2000, p. 25).

Aumentam a competição e a concorrência intercapitais e, proporcionalmente, suas consequências nefastas, dentre as mais graves: a destruição e a precarização da força humana trabalhadora e a crescente degradação ambiental, “[...] na relação metabólica entre homem, tecnologia e natureza, conduzida pela lógica societal subordinada aos parâmetros do capital e do sistema produtor de mercadorias” (ANTUNES, 2000, p. 26).

A perspectiva “intrusiva”, contudo, permanece. A reificação do escravo retira até mesmo a sua possibilidade de, por intermédio de sua força de trabalho, projetar sua existência para o futuro.

O trabalho humano viabiliza a sobrevivência e a realização das pessoas e transforma a realidade, mas necessita de relações sociais e de modos de pensar a cultura em que se insere, permitindo que o ser humano entenda sua vida como projeto, “[...] no qual depende e se apodera da natureza para produzir e se desenvolver” (JESUS, 2012, p. 44).

O trabalho é fundamentado por intencionalidades e capacidades cognitivas que, ao serem Eliminadas, todavia, as intencionalidades e capacidades cognitivas do trabalho, a dimensão humana é eliminada das práticas laborais. Nesse sentido, o uso da força “[...] é um fator comum entre a escravidão contemporânea e a moderna: para a manutenção do poder, por meio de ameaças, todo

tipo de agressões, punições exemplares e até mesmo assassinatos” (JESUS, 2012, p. 44-46).

A escravidão contemporânea, porém, é ilegal, de baixo custo e alto lucro, com muita disponibilidade potencial, decorrente das migrações internas, tempo de relacionamento curto e alta descartabilidade. No caso brasileiro, A escravidão contemporânea caracteriza-se por explorar pessoas de origem socioeconômica baixa e, em sua maioria, também, negras (JESUS, 2012, p. 46-47).

A persistência da escravidão no mundo contemporâneo encontra-se na lógica interna de construção social da subcidadania, naturalizada no Brasil, que é um dos aspectos formativos da modernidade periférica, competitiva e marginalizadora, “[...] consolidando uma ideologia do desempenho que serve de base para a legitimação de desigualdades institucionalmente ancoradas” (JESUS, 2012, p. 47).

Demonstra-se, assim, as similaridades entre o quadro de exploração da força de trabalho atual e o passado escravagista brasileiro, especialmente no que concerne à reificação como negação do reconhecimento.

As diferenças entre os dois quadros referem-se, quase que exclusivamente, à sua legalidade, pois, hoje, a prática reificadora da exploração do trabalho em condição análoga à escravatura é repudiado pelo direito, representando, assim, uma atuação ilícita, repudiada pelo ordenamento jurídico.

3. A EXPLORAÇÃO NA ZONA RURAL E NA ZONA URBANA E OS DIREITOS VIOLADOS

A expressão “agronegócio de escravização” bem traduz a impressão de que se está entrando em uma espécie de “túnel do tempo”, retornando alguns séculos na história, pois, tendo por base o gigantesco emaranhado de normatizações em direitos humanos, ainda hoje existam pessoas sendo submetidas à escravidão em nosso país, em pleno Século XXI.

O trabalho escravo rural se desenvolve a partir de uma sucessão de atos que de alguma forma se repetem em cada caso. Por exemplo, na década de 1970 na região do nordeste do Mato Grosso, na cidade de Santa Teresinha aconteceram alguns conflitos com empresas como a CODEARA.

Analisando-se o conflito ocorrido no começo da década de 1970, em Santa Teresinha, nordeste de Mato Grosso, entre "posseiros" e a Companhia de Desenvolvimento do Araguaia (CODEARA), percebe-se a relação constituída entre a empresa e os "peões".

A "peonagem" representou, significativa e longamente, a ocupação da Amazônia e a extensão de sua fronteira agrícola, inclusive em outros Estados, tendo sido conhecida como "uma espécie da nova e espúria escravidão" (CASTILHO, 1999, p. 60).

O grande número de trabalhadores vindos de outras localidades deixava vínculos familiares para trás. Assim: "[...] o termo peão logo adquiriu uma conotação pejorativa e passou a designar uma categoria carregada de conteúdos negativos: homens desconhecidos, 'sem família', sem compromissos largados, bêbados, vendidos" (CASTILHO, 1999, p. 60).

O primeiro momento para que o trabalhador seja submetido a uma relação de trabalho escravo na zona rural se dá na forma de obtenção da mão-de-obra, que possui algumas características, quais sejam: a mão-de-obra em lugares distantes aos locais da prestação de trabalho; e a promessa de um trabalho digno, decente e de recompensa pelo tempo que permanece longe de sua família.

O recrutamento é feito por empreiteiros ou "gatos", que chegam com um caminhão a uma área afetada pela depressão econômica e, de porta em porta ou por anúncios, avisam sobre o recrutamento: "[...] um menino que escapou da fazenda Caiçara, no Pará, em 1990, relatou como ele e outros haviam sido recrutados através do alto-falante pertencente à igreja de Lago de Pedra, Maranhão" (SUTTON, 1994, p. 148).

Os "gatos" podem ser pessoas do lugar, que têm falsas relações comerciais com grandes empreiteiros das regiões para onde os trabalhadores serão levados. Tentam conquistar a confiança dos

potenciais recrutados trazendo um “peão”, que já teria trabalhado para eles, nas reuniões de trabalhadores, de modo que a “confiança” é um elemento importante, favorecido pela do “gato” em “[...] dar uma imagem sedutora do trabalho, das condições e do pagamento que esperam o trabalho” (SUTTON, 1994, p. 148).

De uma forma diferente, mas com intenções similares à situação rural, na zona urbana vem se caracterizando cada vez mais a escravidão, tendo em vista a existência de mão-de-obra barata e ilegal, muitas vezes resultante da imigração.

O trabalho escravo urbano, existente desde as grandes colonizações urbanas, por ocasião do êxodo rural, transfere-se para a área urbana. Deste modo, o fenômeno parece estar associado mais à localização do fenômeno do que à forma como se desenvolve. Também o trabalho escravo na área urbana configura ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nos grandes centros urbanos, a violação da dignidade da e a prestação de serviços em condições análogas à de escravo ocorre, em especial, no que se relaciona aos trabalhadores latinos, geralmente bolivianos e paraguaios, são aliciados em seus países de origem, ingressando irregularmente no Brasil, mediante promessas de bom salário (CARLOS, 2006, p. 178).

A partir daí, passam a trabalhar, sem reconhecimento do seu trabalho, para proprietários de oficinas de costuras, onde residem em condições degradantes, recebendo alimentação insuficiente. Ao final do mês, após o pagamento das “despesas” de moradia e alimentação, “[...] nada lhes resta, a não ser continuar a trabalhar sob a ameaça de expulsão do país, por meio de denúncias às autoridades competentes” (CARLOS, 2006, p. 178).

A agregação dos escravos urbanos ocorre precipuamente nos grandes centros industriais, o que somente corrobora a afirmação acerca da natureza econômica da exploração da mão-de-obra precária.

A cidade de São Paulo localiza a maior massa de trabalho escravo no meio urbano do País e muitos são estrangeiros que vem tenta a sorte ilegalmente no Brasil. A maioria chega ao território com

um contrato de trabalho verbal, mediante o qual foram prometidas moradia e alimentação (AZEVEDO, 2005, p. 189).

Algumas vezes, os gastos da viagem forma garantidos pelo empregador, iniciando, desde já, o processo de endividamento e dependência do empregador, semelhante ao que ocorre no âmbito rural (AZEVEDO, 2005, p. 189).

Constrói-se uma forte relação de fidelidade e dependência do empregado ao empregador, que perdura por meses ou até anos. Trata-se de uma fidelidade “[...] de dependência e quiçá de ‘servidão’ é que se estabelecem às relações de emprego da comunidade boliviana na cidade de São Paulo” (AZEVEDO, 2005, p. 189).

Os direitos de uma pessoa em situação análoga à de escravo, evidentemente, nem mesmo remotamente se aproximam do ideal juridicamente determinado de proteção à dignidade do trabalhador.

Os art. 382 a 390 da CLT, principal veículo normativo voltado às relações de trabalho no Brasil, enfatizam diversas formas de regulação do vínculo laboral, de modo a garantir direitos indispensáveis à dignidade do trabalhador. Por exemplo, o art. 389 da CLT afirma que: “Entre 2 (duas) jornadas de trabalho, haverá um intervalo de 11 (onze) horas consecutivas, no mínimo, destinado ao repouso” (BRASIL, 2010, n.p.).

A esfera penal (nacional e internacional) também trata das relações escravagistas, sob o prisma criminal e sancionador. O trabalho escravo encontra configuração penal típica em diversos dispositivos legais nacionais e internacionais, que denotam suas características na modernidade e, portanto, as representações dos juristas sobre o fenômeno.

O Art. 149 do Código Penal brasileiro prevê o crime de escravidão, definido como a redução de alguém a condição análoga à de escravo, submetendo-o a trabalhos forçados ou jornada exaustiva, sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, ou restringindo, “[...] por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto” (SATO, 2010, n.p.).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), tipifica a prática como “[...] todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo

sob ameaça de uma pena qualquer para o qual não se apresentou voluntariamente”, de modo que, na escravidão moderna, não há a necessidade de tráfico ou comercialização, ao contrário do que ocorria na época colonial: “[...] a privação da liberdade continua sendo a principal característica da prática” (SATO, 2010, n.p.).

Além de configurar um crime, tipificado por diversos instrumentos normativos infraconstitucionais, a submissão ao trabalho escravo é violação expressa ao art. 5º, III da Carta Magna, que afirma: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 2010, n.p.).

Porém, como se denota da mais simples análise empírica, a tipificação das condutas escravagistas tem se mostrado insuficiente para coibir e erradicar o fenômeno. Deste modo, alternativas devem se apresentar à questão.

Pode ser difícil entender como os trabalhadores, que já foram enganados ou ouviram falar do engodo, se dispõem a entrar nos caminhões dos “gatos”, o que levanta o questionamento de se a prevenção do aliciamento poderia ocorrer por meio de campanhas de conscientização, ou se a base dessa cadeia criminoso é, de fato, a ausência de alternativas econômicas (SUTTON, 1994, p. 43-45).

A liberdade desses trabalhadores também é outro direito seriamente violado, com parca fiscalização. A apreensão de documentos por partes do empregador e relativamente comum. Em razão da clandestinidade, dificilmente os “empregados” deixam o local de trabalho, com o objetivo específico de não serem flagrados pelas fiscalizações.

Apesar de todas as provas, ainda “pairam dúvidas” sobre existência ou não de restrições à liberdade de ir e vir dos trabalhadores, encerrados nos piores quadros de saúde e segurança, com baixa remuneração, jornadas exaustivas de trabalho, e sem condições mínimas de trabalho (BRITO FILHO, 2004, p. 81).

Segundo o *caput* do art. 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos Brasileiros e os estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988, n.p.).

Liberdade, igualdade e dignidade são condições mínimas para manutenção dos ideais humanistas que permeiam a Lei Maior e os instrumentos internacionais que consagram direitos humanos.

Apesar de tais constatações, novas demandas capitalistas assombram a história da conquista dos direitos humanos dos trabalhadores, a exemplo da chamada “flexibilização das relações de trabalho”. Assim como na transição da escravatura para o Estado Liberal e do Estado Liberal para o Estado Democrático (passando o Estado Social pelo Brasil como mero simulacro), o direito se presta ao papel de mediador de transições.

As demandas atuais, por maior flexibilidade na contratação do trabalho, aparecem sobre uma paradoxal uma exigência de novas regulamentações. Evidente que o mercado de trabalho mudou a partir do fim do século XX, com impactos no conteúdo, no tempo de trabalho e na organização do trabalho: “[...] novamente o direito aparece com o papel de fazer a transição paradigmática” (MACHADO, 2003, p. 158).

Deste modo, o trabalho que caracteriza escravidão, independentemente de se localizar na zona rural ou zona urbana, deve ser objeto da atenção do governo e sociedade, que deverão tomar todas as providências cabíveis e denunciar os casos de abuso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que foi acima exposto, as origens históricas do trabalho escravo no Brasil datam do seu “descobrimento” e sempre se basearam em fatores econômicos, em detrimento da humanidade e da dignidade das pessoas.

A escravidão transforma suas vítimas em coisas, “reificando-as”, de modo que se tornam completamente despidas de dignidade e, portanto, distantes do exercício dos mais basilares direitos.

A desatenção por parte dos governos e dos cidadãos corrobora os diversos fatores sociais e históricos que formaram e

continuamente fomentam e reforçam a continuidade de regimes tais, em total desconformidade com as convenções gerais e específicas de direitos humanos dos trabalhadores urbanos e rurais.

Apenas com o esforço comum entre a sociedade e o governo poderá haver alguma mudança em tão hediondo quadro de afrontas aos direitos humanos dos trabalhadores, com base nas convenções internacionais, nas leis ordinárias e na Constituição Federal.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFIAS

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2000.

ASSIS, Machado de. Pai contra mãe. In: _____. **Obra completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1986.

_____. **Obra completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1986.

AZEVEDO, Flávio Antonio Gomes de. **A presença de trabalho forçado urbano na cidade de São Paulo: Brasil/Bolívia**. São Paulo, 2005. Dissertação (Mestrado) - USP.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 1943. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 mar. de 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 mar. de 2018.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Capitalismo e escravidão no Brasil meridional: o negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

CARLOS, Vera Lúcia. Estratégia de atuação do Ministério Público do Trabalho no combate ao trabalho escravo urbano. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Org.). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. São Paulo: LTr, 2006, p. 269-287.

CASTILHO, Ela Wiecko. Em busca de uma definição jurídico-penal de trabalho escravo. In: COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. (Org.). **Trabalho escravo no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Loyola, 1999, p. 81-100.

CHAUI, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. (Org.). **Trabalho escravo no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Loyola, 1999.

HONNETH, Axel. A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. **Civitas**. Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 345-368, set.-dez. 2009.

_____. Observações sobre a reificação. **Civitas**. Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 68-79, jan.-abr. 2008.

_____. **Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento**. Buenos Aires: Katz, 2007.

JESUS, Jaqueline Gomes. Ser cidadão ou escravo: repercussões psicossociais da cidadania. **Crítica e sociedade: revista de Cultura Política**, v. 2, p. 42-63, 2012.

MACHADO, Sidnei. Trabalho escravo e trabalho livre no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 38, n. 1, p. 151-158, 2003.

MATTOSO, Kátia de Queirós. **Ser escravo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

OIT. **Não ao trabalho forçado**. Genebra: Secretaria Internacional do Trabalho, 2001.

_____. **Uma aliança global contra o trabalho forçado: relatório global do seguimento da declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho**. Genebra: Secretaria Internacional do Trabalho, 2005.

PATERSON, Orlando. *Slavery and social death*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

SATO, Paula. **O que caracteriza o trabalho escravo hoje no Brasil?** 2009. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/politicas-publicas/legislacao/caracteriza-trabalho-escravo-hoje-469810.shtml>>. Acesso em 14 mar. 2018.

SCHWARTZ, Stuart. **Escravos, roceiros e rebeldes**. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 2001.

SUTTON, Alison. **Trabalho escravo: um elo na cadeia da modernização no Brasil de hoje**. São Paulo: Loyola, 1994.

TREVISAN, Amarildo Luiz; ROSSATO, Noeli Dutra. Reificação e reconhecimento: reflexões para a pesquisa em educação. **Linhas Críticas**. Brasília, DF, v. 16, n. 31, p. 275-286, jul.-dez. 2010.

VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Org.). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. São Paulo: LTr, 2006.

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DO TRABALHO

Rafael de Lazari
Carlos Henrique Boletti

1. Introdução

Não há como negar a importância do direito do trabalho para a vida humana. Durante toda a formação histórica, o direito do trabalho passou por inúmeras fases, desde a escravagista até a fase constitucional ou humanística, alçado no mais alto grau de proteção: o constitucional.

É de suma importância entender a formação histórica do direito do trabalho, passando por seu desenvolvimento até o ápice: a consagração como direito fundamental no bojo da Carta de 1988 (Carta que em 2018 completa trinta anos, portanto). De sua formação histórica se extrai o substrato tanto *fático* quanto *jusfundamental* para que se entenda a necessidade de proteção do trabalho como um real direito fundamental. Não se trata apenas de retórica, mas de *constatação*.

Desde o período escravagista, quando os humanos eram subjugados perante seus senhores, até passar pela estruturação das servidões (bem como das corporações de ofício), até chegar no primeiro grande momento de luta histórica: a Revolução Industrial. Não obstante, houve verdadeira influência das Constituições sociais do México, em 1917, bem como da Alemanha, em 1919. No entanto, por aqui a verdadeira quebra de paradigma se deu com a Constituição da República de 1988. Com ela, o direito do trabalho foi alçado a verdadeiro direito fundamental.

Como direito humano e como direito fundamental, mostra-se absolutamente interessante realçar a importância do direito do trabalho no ano em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos completa setenta anos, e a Constituição Federal completa trinta anos.

2. Origem e evolução do direito do trabalho

Com o intuito de se alcançar o tema específico do presente estudo, bem como antes de se tratar dos aspectos históricos do direito do trabalho, faz-se necessário tecer um recorte atemporal para melhor compreensão de seu objeto pelo leitor. Tal recorte diz respeito a um grande tema engendrado na doutrina trabalhista moderna, qual seja, a distinção entre *relação de trabalho* e *relação de emprego*.

Ao se tratar de relação de emprego, mister ter em mente que o liame conectivo da relação ocorre pela presença de requisitos predeterminados pela legislação trabalhista, ou seja, trata-se de vínculo legal, do qual derivam determinados direitos e deveres para ambas as partes, desde que presentes os requisitos legais. Por outro lado, quanto à estrutura da relação de trabalho, seu elemento caracterizador reside na força motriz do trabalhador, sendo o gênero da qual a relação de emprego é espécie. Para que se caracterize a relação de trabalho é necessário que haja a força humana de trabalho.

Feitas essas observações, o vocábulo *trabalho*, para alguns autores, possui origem etimológica no latim, derivada da palavra *tripalium* (que na literalidade significaria *tri + palus, i.e., “três paus”*) que, na antiguidade, se consubstanciava em um instrumento de tortura, dor e sofrimento imposto aos escravos romanos. Tal instrumento possuía formato piramidal e era disposto como tripé. Dessa forma, o trabalho era comparado a um instrumento de tortura, desgastante e ligado ao sofrimento (CASSAR, 2015, p. 03).

Entretanto, há uma parte da doutrina que discorda da interpretação da palavra *tripalium* como puro instrumento de

tortura, por entender que tal expressão também designa um tipo de ferramenta agrária utilizada para o trabalho com o trigo e o milho (FELICIANO, 2013, p. 24).

De fato, independentemente do significado etimológico da palavra *trabalho*, a humanidade reconhece ao longo dos séculos a importância contida no *ato de trabalhar*, de *transformar as circunstâncias para transformar as ideias*.

Muito embora haja divergência etimológica da palavra, como visto, o trabalho na atualidade tem o significado de *“toda a energia física ou intelectual empregada pelo homem com a finalidade produtiva”* (CASSAR, 2015, p. 03). Desse pequeno conceito, necessário se faz uma pequena advertência: tal definição é ampla e genérica, pois nem toda atividade intelectual ou física é objeto de tutela do direito do trabalho.

2.1 O direito do trabalho no mundo: antes do trabalhador, o trabalho

O início do trabalho como atividade humana se deu quando o homem, pela necessidade de autopreservação, começa a exercê-lo para sua sobrevivência. A caça, a pesca, a autodefesa, e a criação de instrumentos para proteção são alguns exemplos do trabalho primitivo exercido na antiguidade.

Diante disso, os homens se organizaram em tribos e, em virtude dessa convivência social, surgiram lutas por poder e domínio de territórios. Era necessário ter escravos em virtude da natureza servil de todas as ocupações, para que se fornecesse o necessário para a manutenção da vida. Esse era o argumento para que a escravidão fosse defendida. Trabalhar significava ser escravizado pela necessidade, e isso era inerente às condições da vida humana (ARENDETT, 2011, p. 103).

Assim, por serem dominados pelas necessidades da vida, só se conquistava a liberdade conquistando outros homens, à força, sujeitando-os. Aqueles que perdiam as lutas se tornavam

prisioneiros, passando à condição de escravos, para executarem os serviços mais pesados (ARENDETT, 2011, p. 103).

Com isso, o escravo era visto como uma coisa, uma mercadoria - que poderia ser trocada ou vendida -, desprovida de qualquer dignidade humana. O escravo não gozava da condição de sujeito de direitos, pois era considerado coisa (*res*) (FELICIANO, 2013, p. 45).

É importante salientar que, na condição de mercadoria, o escravo possuía proteção. Assim, não havia se falar em direito à vida, tampouco em tratamento digno por seu proprietário; no entanto, havia punição severa àquele que tirasse a vida de um escravo - não por tolher a vida do sujeito, mas por lesar o patrimônio de seu dono. A escravidão era hereditária, passada de pai para filhos, havendo poucos meios de se conseguir a liberdade.

Diante disso, se percebe que a riqueza das sociedades nas quais prevaleceu o modo de produção capitalista aparece como uma imensa coleção de mercadorias, sendo a *mercadoria individual humana* sua forma elementar (LINDEN, 2013, p. 28). Cada trabalhador era considerado em si um produto que servia apenas para gerar força de trabalho.

Com a decadência do regime escravocrata na Europa, surgiu outra forma de se utilizar a força humana de trabalho, a servidão. Trata-se de modalidade adotada no feudalismo em que os senhores feudais, detentores do poder, garantiam proteção militar e política aos seus servos. Por sua vez, os servos não possuíam liberdade e deveriam trabalhar na terra do senhor feudal, provendo a maior parte do sustento do reino em troca da proteção oferecida pelo senhor feudal.

Assim, os servos ficavam com uma pequena parte daquilo que produziam, vivendo em condições de nítida precariedade. Verificava-se, portanto, a configuração de um agudo estado de desproteção dos direitos individuais da pessoa humana. Reduzida à servidão pelo *beneficium*¹, a pessoa se sujeitava aos desígnios e caprichos do senhor

¹ Antiga prática romana de conceder terras as pessoas em troca de seus serviços. Havia laços de fidelidade entre os senhores da terra, garantindo a ajuda militar.

feudal, que detinha poderes quase que absolutos sobre seus servos (FELICIANO, 2013, p. 45).

Saliente-se que os resquícios da escravidão ainda pairavam sobre o regime feudal, nitidamente explorador, tendo em vista que os servos eram escravos alforriados ou homens livres que, diante das invasões de suas terras pelo Estado, e, posteriormente, pelos bárbaros, recorriam aos senhores feudais em troca de proteção (BARROS, 2009, p. 59).

Após o regime feudal surgiram as corporações de ofício. Nas palavras de Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2014, p. 30):

Na idade média, com as corporações de ofício, observam-se três modalidades de membros. Os mestres eram os proprietários das oficinas, já tendo sido aprovados na confecção de obra mestra. Os companheiros eram trabalhadores livres que recebiam salários dos mestres, tratando-se de grau intermediário surgido no século XIV. Os aprendizes eram menores que recebiam dos mestres o ensinamento metódico do ofício ou profissão, podendo passar de grau de companheiro se superassem as dificuldades dos ensinamentos.

Nas corporações de ofício começa a se desenvolver o embrião da relação de trabalho em sentido amplo. Muito embora houvesse um desenvolvimento aparente da relação entre mestre e aprendiz nas corporações de ofício, tal relação era autoritária e visava mais aos *interesses daqueles* do que aos *ensinamentos destes*.

O trabalho tinha duração média de 12 a 14 horas por dia, podendo ultrapassar a marca de 18 horas em algumas ocasiões. Havia exploração do trabalho de mulheres e crianças; além disso, o trabalho era realizado em condições excessivamente insalubres e perigosas (CASSAR, 2015, p. 14).

Em que pese se afirme que o embrião do direito do trabalho surgiu nas corporações de ofício, verifica-se que se trata de concepção totalmente distinta da que hoje se atribui a esse ramo do direito, essencialmente protetivo. Nas corporações de ofício, não se buscava a proteção dos empregados, mas apenas o benefício próprio

dos mestres, que abusavam dos aprendizes para obterem proveito econômico.

Com o advento da Revolução Francesa, as corporações de ofício foram extintas, por não se compatibilizarem com os ideais liberalistas que pregavam a não intervenção do Estado na economia.

Tecnicamente, o direito do trabalho surge com a sociedade industrializada. A tutela dos direitos trabalhistas não existia no período escravocrata, tampouco no período das servidões. Como afirmado acima, embora nas corporações de ofício houvesse um embrião daquilo que viria a ser o direito do trabalho, ainda este não se fazia presente para resguardar os direitos trabalhistas dos aprendizes.

A partir da Revolução Industrial no século XVIII tem-se o surgimento do direito do trabalho, sendo esta o marco histórico para o surgimento desse ramo jurídico.

Conforme se verá adiante, o direito do trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômico-sociais e civilizandando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento e na empresa (DELGADO, 2013, p. 83).

Sendo produto do capitalismo, se desenvolveu no período de crescimento do sistema capitalista sendo necessária a proteção do trabalhador, não havendo proteção estatal para os trabalhadores. Na época, as condições de trabalho eram péssimas, com jornadas excessivas e exploração do trabalho de mulheres e crianças, enriquecendo os donos das indústrias, que detinham o poder econômico.

Apenas se poderia falar em relação empregatícia com a dissolução das relações servis e o advento das relações de emprego, o que somente ocorreu com a Revolução Industrial. Nesse sentido, obtempera Maurício Godinho Delgado (2013, p. 83):

A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tem seus pressupostos despontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna.

Contudo, apenas mais à frente, no desenrolar do processo da Revolução Industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente.

O mencionado desenrolar do processo da Revolução Industrial se consubstancia na luta dos trabalhadores por melhores condições de trabalho e salários mais dignos. Isso porque as jornadas de trabalho eram extenuantes, os trabalhadores eram expostos a atividades insalubres e perigosas sem a devida proteção, e, em alguns casos, o trabalho era remunerado apenas com salário *in natura*². Nesse cenário surgem, então, as primeiras reuniões de trabalhadores para reivindicação de melhores condições de trabalho. A partir das reivindicações surgem os primeiros embriões dos sindicatos.

A partir das reivindicações, o Estado deixa de ser mero espectador da economia e começa a intervir, criando normas para a proteção dos trabalhadores. Frise-se que tais mudanças começaram a ocorrer em função da doutrina social da Igreja Católica após a proclamação da encíclica *Rerum Novarum*³ em 1891.

Observe-se que, passadas duas Revoluções Industriais, somente um século depois os direitos trabalhistas ganharam força para, de fato, proteger o trabalhador dos abusos e excessos cometidos pelos empregadores.

Importantes diplomas surgiram com o objetivo de garantir a efetividade dos direitos trabalhistas, elevando-os para *status* de

² O salário *in natura* engloba valores pagos em forma de alimentação, habitação ou outras prestações equivalentes que, por força do contrato ou do costume, o empregador fornece habitual e gratuitamente ao empregado. Na época da Revolução Industrial se tornou costume o pagamento das árduas horas de trabalho em alimentação.

³ A *Rerum Novarum* é uma Carta Encíclica que foi expedida pela Igreja Católica pelo Papa Leão XIII, em 15 de maio de 1891, denunciando e repudiando as condições precárias de trabalho que os trabalhadores estavam sendo submetidos. A Carta Encíclica pontificou uma nova fase da justiça social, traçando diversas regras para a intervenção do Estado nas relações entre empregados e empregadores.

norma constitucional. A Constituição do México, em 1917, e a Constituição de Weimar, na Alemanha (1919), são importantes diplomas legais que deram base para o desenvolvimento do direito do trabalho.

Em 1927, a *Carta Del Lavoro* instituiu um sistema corporativista na Itália, organizando a economia e a sociedade em torno do Estado, promovendo o interesse social, regulando e intervindo nas relações econômicas. Vale mencionar outros diplomas como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (que em 2018 completa setenta anos), e as convenções e tratados da Organização Internacional do Trabalho.

Nota-se que o direito do trabalho se trata de uma verdadeira conquista humana obtida ao longo de séculos de lutas contra a exploração.

O capital selvagem, por sua natureza, acarreta a necessidade de impor limitações à utilização do trabalho humano, e de proteger de forma especial aqueles que não têm condições de fazê-lo. É nesse sentido que se coloca a importância do direito do trabalho e da proteção que seus mecanismos podem oferecer ao trabalhador.

2.2 Direito do trabalho no Brasil

Quando se fala em história do direito do trabalho no Brasil, deve-se ter em mente a premissa de que não houve conhecimento do direito antigo ou sequer do feudalismo. A história do direito do trabalho no Brasil se inicia na modernidade, com o trabalho escravo.

No Brasil Colonial, priorizou-se o trabalho escravo negro, pela percepção de que o índio era indolente ao trabalho, não o executando de forma adequada. Com isso, foi dada prioridade ao trabalho escravo do negro, pelo fato deste não oferecer nenhuma resistência às ordens de seus senhores, sendo a escravidão abolida somente em 1888 com a Lei Áurea.

Importante colacionar que o escravo era visto como *res*, ou seja, uma coisa a qual se poderia trocar, vender e matar, desprovido de

quaisquer direitos básicos; o escravo era considerado apenas como mera criatura.

No período compreendido entre os anos de 1888 a 1930, a relação empregatícia apresenta-se como relevante somente no âmbito da agricultura cafeeira. Havia forte movimento dos trabalhadores nessa época, tendo em vista a forte influência dos imigrantes, principalmente os italianos, com forte presença na organização sindical, devido às condições precárias a que os empregados eram submetidos nas lavouras.

Passado esse momento de incipiência, tem-se a *fase de institucionalização do direito do trabalho*, cujo marco inicial se dá em 1930. Firma-se uma estrutura jurídica e institucional do novo modelo trabalhista, consubstanciado em intensa atividade legislativa na época. Caracterizou-se tal momento pelo rompimento com o liberalismo econômico - vigorando durante a Constituição Imperial de 1824 -, que impedia o Estado de intervir na economia e na sociedade, passando para um Estado largamente intervencionista.

A existência de diversas leis esparsas sobre o direito do trabalho impôs a necessidade de sua sistematização, por meio da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - que não se trata propriamente de um código, já que sua principal função foi apenas reunir as leis trabalhistas existentes (GARCIA, 2014, p. 34).

A CLT surgiu nesse período de intensa intervenção estatal na criação de diversas leis para a proteção do trabalhador. Como visto acima, a função precípua da Consolidação das Leis do Trabalho foi apenas reunir e sistematizar as leis existentes até 1943, data da sua publicação, mas o diploma acabou por se tornar um marco da codificação trabalhista.

Não obstante a CLT garantisse certa proteção ao trabalhador, a ordem jurídica constitucional ainda carecia de maior reconhecimento dos direitos trabalhistas. As Constituições de 1937, 1946, 1967, 1969 (EC nº 1, tecnicamente falando) eram tímidas quando o assunto se tratava do direito do trabalho.

Com a queda do regime militar na segunda metade da década de 1980, foi necessário um momento de transição política no país, sendo que, no ano de 1987 uma Assembleia constituinte foi organizada, incumbida de elaborar um novo diploma constitucional. Assim, o direito do trabalho entrou em pauta mais uma vez e, nesse momento de transição, os direitos trabalhistas foram elevados ao *status* de direitos e garantias fundamentais.

Os pontos de avanço democrático são claros na Constituição de 1988. O novo texto confirma que o direito do trabalho não mais se trata de um direito, mas passa a ter *status* de normas constitucionais, sobretudo de *direitos humanos fundamentais*.

3. Direitos fundamentais e direito do trabalho

Inicialmente, importante salientar que a Constituição da República adota a terminologia *direitos e garantias fundamentais*. A expressão *direitos fundamentais* tem seu nascedouro na França, dando origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Nesse ponto, cumpre apontar que, dentre todas as Constituições, a Carta de 1988 foi a primeira a se utilizar dessa expressão. Nesse contexto, *direitos fundamentais* são as garantias materiais que a Carta Magna confere aos brasileiros e estrangeiros em trânsito no país; são os direitos efetivamente garantidos. Por sua vez, *garantias fundamentais* são os remédios constitucionais destinados à proteção daqueles direitos (LEITE, 2014, p. 34).

Seguindo a mesma linha de pensamento, Alexandre de Moraes (2012, p. 28) afirma que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob dupla perspectiva. Constituem-se *a priori* num plano *jurídico-objetivo*, consistindo em normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo ingerências na esfera jurídica individual; implicam também num plano *jurídico-subjetivo*, no poder de exercer positivamente os direitos fundamentais e de exigir o não agir dos poderes públicos.

Embora tais premissas sejam de grande importância, elas ainda não apresentam a diferenciação e sistematização dos direitos humanos fundamentais. A diferença terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais se baseia no fato deste se encontrar positivado no bojo das Constituições, ao passo que aquele não. Como bem salientam Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 303), o termo *direitos fundamentais* se aplica àqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado; ao passo que a expressão *direito humanos* guarda relação com os documentos de direito internacional, sendo referente àquelas posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal, e que, portanto, aspiram à validade universal - para todos os povos e em todos os lugares -, revelando caráter *supranacional* e universal.

Percebe-se, portanto, que a diferenciação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais não reside somente no fato de estarem ou não positivados no bojo de um diploma específico.

A amplitude e a universalidade também são requisitos para tal distinção. Nesse sentido, o conceito preciso elaborado por Rafael de Lazari e Bruna Pinotti Garcia (2014, p. 33):

Direitos humanos são aqueles *inerentes ao homem* enquanto condição para sua dignidade que usualmente são descritos em documentos internacionais para que sejam mais seguramente garantidos. A conquista de direitos da pessoa humana é, na verdade, uma busca da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista as considerações apontadas nesse tópico, entende-se que as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais* não são sinônimas, muito embora seu conteúdo seja bastante aproximado. De toda forma, tratam-se de conceitos *parecidos*, mas *diferentes*.

3.1 Categorização dos direitos fundamentais: gerações ou dimensões?

Estruturalmente, há variação na terminologia entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, residindo nos aspectos técnico-jurídico e prático. Como visto, neste trabalho utiliza-se a terminologia *direitos fundamentais*, por estarem materialmente inseridos no bojo da Carta Constitucional de 1988.

Nessa esteira, ao longo de toda a trajetória dos direitos fundamentais, muito se indagou a respeito de sua classificação ou categorização. Sendo assim, há gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? O ponto inicial da celeuma se fixa na utilização dos ideais contidos na Revolução Francesa em 1789 - *liberté, égalité et fraternité* -, de modo que Karel Vasak, o primeiro idealizador da classificação dos direitos fundamentais, em 1979, estabeleceu que tais direitos são subdivididos em três *gerações* (RAMOS, 2017, p. 57).

A primeira geração é composta dos direitos que se lastreiam nos ideais de liberdade; seguidamente, têm-se os direitos de segunda geração, os quais estão intimamente ligados aos ideais de igualdade; por fim, os direitos de terceira geração são alçados a esta categoria, pois estão umbilicalmente ligados aos ideais de fraternidade.

Seguindo a terminologia adotada por Vasak, haveria alguns graves equívocos a serem solucionados. Inicialmente, o termo *geração* carrega automaticamente a ideia, embora errônea, de substituição. Sabe-se que os direitos fundamentais guardam uma relação de interdependência entre si, o que deriva de uma relação orgânica. Como bem afirmam Rafael de Lazari e Bruna Pinotti Garcia (2014, p. 47), a dignidade da pessoa humana deve ser buscada por meio da implementação mais eficaz e uniforme das liberdades clássicas, dos direitos sociais, econômicos e de solidariedade como um todo único e indissolúvel. Sendo assim, uma geração não sucede à outra como sugere o termo, mas, sim, possui um *efeito integrador*, complementando os direitos já consagrados.

A doutrina especializada exemplifica que o direito de propriedade, inicialmente situado nos direitos de primeira geração, deve ser interpretado também à luz dos direitos sociais - segunda geração -, pois a propriedade deve ser exercida segundo sua função social (RAMOS, 2017, p. 59). Tal exemplo só reforça a ideia de que os direitos fundamentais não se excluem, mas se complementam conforme vão surgindo novas vertentes, dimensões de sua extensão.

Ainda nesse mesmo contexto, alertam Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 313) que não se pode falar em modelos uniformes de Estados, tampouco em Constituições uniformes, visto que se tratam de categorias de conteúdo muito variável, não sendo possível traçar um processo evolutivo linear. Isso significa que, embora exista um documento denominado Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, o conteúdo de cada dimensão pode ser variável a depender da sociedade que se analisa. Assim, os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão podem ser classificados de uma forma no Brasil, sendo plenamente possível a classificação de forma diferente no Paquistão.

Seguindo na crítica ao termo *geração*, o verbete traz conotação de antiguidade, ou seja, sugere que os direitos de primeira geração teriam sido reconhecidos com precedência aos de segunda geração. Isso se mostra equivocado, pois seguindo o ensinamento exposto alhures, a conquista de *direitos fundamentais* não possui linearidade. Cite-se o exemplo colacionado por André de Carvalho Ramos (2017, p. 59-60), afirmando que, no direito internacional, os direitos sociais (segunda geração) foram consagrados em convenções internacionais do trabalho, antes mesmo que os próprios direitos de primeira geração.

Por derradeiro, o termo *geração* também pode justificar políticas governamentais divorciadas da integral proteção das pessoas e da sociedade, violando-se os direitos sociais, econômicos, culturais e metaindividuais, pois se poderia dizer que o termo *gerações* representa compartimentos estanques, além de consolidar

inexatidão da expressão em face da moderna concepção dos direitos fundamentais (LEITE, 2014, p. 85).

Diante de todo o exposto, parte significativa da doutrina começou a se posicionar no sentido de uma alteração na terminologia adotada para a classificação dos direitos fundamentais. Prefere-se o termo *dimensão*, tendo em vista não só a imprecisão técnica do termo *geração*, mas também as próprias características dos direitos fundamentais.

3.2 Direitos fundamentais de igualdade

A história do direito do trabalho perpassa pela luta dos trabalhadores por melhores condições de trabalho e por reconhecimento de direitos e garantias trabalhistas, tendo em vista as péssimas condições vividas nos séculos XVIII e XIX. O impacto causado pela industrialização e os problemas que afetaram o contexto social e econômico do século XIX, criaram um campo fértil para o surgimento de doutrinas socialistas que constataram a grave violação dos direitos de liberdade e igualdade, garantidos formalmente até então. Nesse contexto, surgiram os movimentos que reivindicavam melhores condições e a real efetivação dos já consagrados direitos de primeira dimensão.

Dessa confluência de fatos históricos, surgem os chamados direitos de segunda dimensão, que demandam do Estado uma atividade positiva consubstanciada em políticas públicas. São chamados *direitos de inclusão social*, pois requerem uma atitude proativa do Estado, movimentando a máquina estatal no sentido da promoção de efetividade dos direitos, buscando garantir a inclusão e a igualdade no sentido material de sua expressão.

Distinguem-se os direitos de segunda dimensão dos de primeira dimensão, pois aqueles apresentam uma *“dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de Celso Lafer, de propiciar um direito de participar do bem-estar social”* (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2017, p. 314).

Consistem nos direitos sociais, econômicos e culturais. *Sociais* são aqueles que propiciam à pessoa um padrão digno de vida, um mínimo existencial; *econômicos*, estão intimamente relacionados com a produção, distribuição e consumo da riqueza, visando a regular as relações trabalhistas; *culturais*, no sentido de que conferem à pessoa o direito de gozar da criatividade artística dos próprios povos, o direito aos benefícios da ciência e dos avanços tecnológicos (LEITE, 2014, p. 89).

Para Rafael de Lazari e Bruna Pinotti Garcia (2014, p. 258-259), a principal característica dos direitos econômicos, sociais e culturais consiste na necessidade de uma *atuação estatal positiva* para sua efetiva implementação, pois sem a prestação estatal tais direitos somente ficarão acessíveis àqueles com o poderio econômico, e não a todas as pessoas humanas. No entanto, alertam que, embora haja necessidade de atuação estatal, há uma grande barreira econômica para a efetividade de tais direitos, pois o orçamento precisaria ser ilimitado para que fossem garantidos a todos os indivíduos.

Por fim, cabe uma observação bem colacionada por Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 315-316), no sentido de que direitos de segunda dimensão não se consubstanciam apenas em direitos positivos, mas também nas chamadas liberdades sociais, tendo como exemplos a liberdade de sindicalização, direito de greve, abrangendo, portanto, mais do que direitos de prestações.

4. A fundamentalidade do direito do trabalho e a Constituição de 1988

Conforme analisado em linhas pretéritas, o direito do trabalho se desenvolveu ao longo dos séculos em decorrência da luta dos trabalhadores, buscando adquirir proteção mínima de direitos em face do capitalismo e daqueles que detinham de fato todo o controle deste. Durante toda a história, os trabalhadores foram explorados e tiveram seus direitos minimizados, chegando ao ponto de

miserabilidade, impedidos inúmeras vezes das garantias mínimas e dignas de trabalho.

Como bem explica Fábio Konder Comparato (2015, p. 190), há dois importantes marcos decisivos para a elevação do direito do trabalho à categoria de direito humano fundamental, quais sejam, a Carta Constitucional do México, em 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919.

A Constituição mexicana foi grande influência do século XX para que os direitos trabalhistas fossem elevados ao patamar de direito fundamental no Brasil. Destaque-se a relevância do documento, já que, na Europa, a consciência da dimensão social dos direitos humanos apenas se afirmou após a Grande Guerra de 1914-1918. Por sua vez, a Constituição alemã de 1919 surge no contexto conturbado de um país destruído pela guerra e arrasado econômica e politicamente. Apesar das fraquezas e ambiguidades, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo ocidente (COMPARATO, 2015, p. 190).

A experiência mexicana da Carta de 1917 e o aprimoramento perpetrado pela Carta Alemã em 1919 revelam que os direitos sociais em todo o século XX representam forma de defesa da dignidade da pessoa humana. No entanto, tal consciência apenas foi adquirida no pós-Guerra de 1948, com a criação dos diversos meios de proteção dos direitos humanos, dentre os quais a Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Todos esses documentos possuem importante papel na proteção dos direitos humanos e, conseqüentemente, dos direitos trabalhistas.

Embora houvesse, em outras Constituições brasileiras, garantia aos direitos trabalhistas, esses ganharam efetivo destaque apenas a partir da atual Constituição, em que o trabalho foi erigido à categoria de direito social e fundamental, decorrência tanto da dignidade da pessoa humana, como de sua importância para todo o país. Observa-se que o legislador constituinte atribuiu grande importância e proteção constitucional aos direitos sociais

trabalhistas, decorrendo efeitos importantes dessa positivação constitucional.

Como bem salientam Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 601), “aos *Direitos Sociais também se aplica, conforme já assinalado na parte dos direitos fundamentais, o disposto no art. 5º, §1º, da CF*”, apontando a aplicabilidade imediata das normas de direitos sociais, como ocorre com as normas de direitos e deveres individuais e coletivos. Frise-se ainda que, assim como esses, os direitos sociais constituem cláusulas pétreas, conforme preceitua o art. 60, §4º, da CF.

O valor social do trabalho, bem como a garantia de direitos a ele inerentes, é perceptível ao longo de todo o texto constitucional, que, logo em seu primeiro artigo, indica como fundamentos da República Federativa do Brasil “*a dignidade da pessoa humana*” e os “*valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*”. Ainda, no art. 3º da Carta Magna, elenca-se como objetivo fundamental da República “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”; não há como cumprir tal preceito sem garantia de direitos trabalhistas, tampouco quando se retrocede no campo dos direitos sociais.

Destaque-se a especial importância dada aos direitos humanos, consubstanciada na redação do art. 4º da Constituição. Por sua vez, a proteção ao trabalho e, principalmente ao trabalhador, evidencia-se através da leitura de seus arts. 7º a 11, sendo interessante ressaltar também a proteção contida no art. 170 da Constituição, inserido em seu Capítulo I, do Título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira. O legislador reforça a importância em se garantir os direitos inerentes aos trabalhadores, corroborando a tese de direito fundamental do trabalho, que impede, em qualquer hipótese, retrocesso para o *status* anterior.

Diante de todo o exposto, não há como negar a importância social do direito do trabalho. Além disso, ressalta-se que, muito além de importância social, é sua função a de inclusão social, que se funda no direito fundamental à vida digna. Lembre-se que, sem

trabalho, não há uma sociedade justa e inclusiva. Assim, resta clara a fundamentalidade do direito do trabalho.

Do ponto de vista da criação de condições favoráveis à mais ampla participação dos grupos sociais na geração de normas jurídicas a comporem o universo do país, democratizando o sistema de gestão trabalhista vigente, a Constituição teve flagrante intenção de colocar a sociedade brasileira nesse caminho (DELGADO, 2017, p. 133). A Constituição estrutura um sistema democrático único *tanto do ponto de vista protetivo* - garantindo-se direitos outrora inexistentes -, *quanto do ponto de vista institucional-sindical*.

A Constituição de 1988 inova perante Textos Máximos anteriormente existentes. O Capítulo II, do Título II (arts. 6º a 11) demonstra que a Constituição teve a nítida intenção de instituir verdadeiros direitos fundamentais do trabalho, conforme explicado outrora. Ao elevar os direitos trabalhistas à categoria de direito fundamental, a Constituição realiza o *preceito máximo da dignidade da pessoa humana*. A valorização do trabalho como direito social (art. 6º); a garantia de um mínimo existencial ao trabalhador (art. 7º); a valorização da normatização autônoma, bem como da liberdade sindical (art. 8º); o reconhecimento do direito de greve como direito fundamental (art. 9º); e a tentativa de aproximar empregados e empregadores (arts. 10 e 11) demonstram o paradigma que representa a Constituição de 1988 para o direito do trabalho.

Essa nova perspectiva traçada pelo constituinte traduz uma ruptura com o pensamento individualista que outrora permeava a sociedade, reconstruindo conceitos e apresentando a necessidade de um pensar coletivo; traz a lume a perspectiva de um ser coletivo, em contraponto ao ser individual que permeava a antiga legislação civilista pátria (DELGADO, 2017, p. 134).

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2017, p. 134), “a Constituição de 5.10.1988 emergiu, também, como a mais significativa Carta de Direitos já escrita na história jurídico-política do País”. Isso se dá pelo fato de que a Constituição de 1988 firmou largo espectro de

direitos individuais, sociais e coletivos trabalhistas, ampliando garantias existentes e ampliando o rol das inexistentes.

Na linha isonômica, marca singular da Constituição de 1988, igualou direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, estendendo-se aos trabalhadores avulsos os mesmos direitos dos trabalhadores com vínculo de emprego. Suprimiu o prazo de 8 (oito) dias do aviso-prévio, ampliando o prazo para 30 dias (no mínimo). De forma similar, ampliou o prazo para 5 (cinco) anos da prescrição do artigo 11 da CLT, com o intuito de preservação dos direitos trabalhistas violados, tendo em vista a situação na qual se encontram os trabalhadores em relação aos empregadores. Deu especial proteção à empregada gestante, seja por meio da concessão da licença-maternidade, seja pela garantia de estabilidade no emprego. Além disso, garantiu proteção à mulher no tocante ao mercado de trabalho, seja com incentivos, seja com a proibição da discriminação no tocante ao pagamento de salários por motivo de sexo, cor ou estado civil. Houve, ainda, o aumento no percentual do adicional de horas extras para, no mínimo, 50 (cinquenta) por cento. No tocante aos sindicatos, houve a desvinculação do sindicato ao Estado, restando garantida a liberdade sindical plena.

4.1 A vedação de retrocesso social operada pela Constituição de 1988

Decorrente da estrutura constitucional criada pela Constituição de 1988, duas grandes consequências surgiram no direito brasileiro: a primeira, mencionada alhures, foi o reconhecimento de ser, o direito do trabalho, verdadeiro direito fundamental; o segundo será analisado a seguir, e decorre do primeiro, qual seja, a *vedação de retrocesso social*.

Uma das grandes conquistas da sociedade consubstancia-se no direito à segurança. O direito fundamental à segurança é garantido pelos arts. 5º, *caput*, e 6º, ambos da Constituição, que assim preceituam respectivamente:

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 [...] Art.6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a *segurança*, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, na forma desta Constituição.

Tratando-se de norma constitucional, o Administrador, Legislador e o Julgador devem a obediência aos preceitos constitucionais que garantem segurança ao tutelado. Dessa forma, a própria Constituição prevê mecanismos de garantir a segurança das relações jurídicas, cite-se aqui o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

Nesse prisma, há que se ressaltar que não apenas tais institutos garantem a segurança para os cidadãos brasileiros, mas, também, no campo dos direitos humanos/fundamentais, vigora o princípio da vedação de retrocesso, decorrência lógica do princípio da segurança insculpido na Constituição de 1988. Nesse aspecto, resalta Carlos Henrique Bezerra Leite (2014, p. 60):

Pode-se dizer, assim, que o direito à segurança jurídica é apenas desdobramento do direito fundamental à segurança. Dito de outro modo, o direito fundamental à segurança constitui gênero que tem como espécies não apenas o direito à segurança jurídica [...], à segurança pessoal [...], à segurança social [...], e às cláusulas pétreas, mas também um direito à proteção [...] contra atos do poder público e de outros particulares.

Sendo assim, decorrente do princípio da segurança jurídica, o princípio da vedação de retrocesso consubstancia-se em “*certa garantia da estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas*” (NOVELINO, 2014, p. 626). Essa estabilidade é dirigida a todas as esferas dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), e atua no sentido de impedir a extinção dos direitos incorporados ao ordenamento jurídico.

Sendo assim, entende-se que, quando determinado direito fundamental/humano é incorporado ao ordenamento pátrio este, por força do princípio de vedação de retrocesso, não pode ser alterado/modificado/extinto para prejudicar aqueles que são seus titulares. Assim, a vedação de retrocesso social se refere à concretização *infraconstitucional* dos direitos sociais. Portanto, não se dirige imediatamente ao poder constituinte, mas sim aos Poderes Públicos. No entanto e, por óbvio, o poder constituinte será atingido de forma indireta (LAZARI, 2017, p. 487).

Conforme analisado em linhas pretéritas, o direito do trabalho se desenvolveu em decorrência da luta dos trabalhadores, bem como para a sua proteção em face do capitalismo e daqueles que detém de fato todo o controle deste. Durante toda a história os trabalhadores foram, por diversas vezes, explorados, tendo seus direitos reduzidos a quase nada, impedidos das garantias mínimas de trabalho. Com a Constituição de 1988, o trabalho foi erguido à categoria de direito social, bem como direito fundamental, decorrência tanto da dignidade da pessoa humana como de sua importância para todo o país. Por toda a Constituição é possível perceber a importância e a proteção constitucional a tais direitos. E constituem cláusulas pétreas os direitos e garantias dos trabalhadores (art. 60, §4º, da CF).

5. Conclusão

Transcorridos trinta anos da promulgação, houve maturação suficiente para que se faça uma análise acerca da importância histórica e paradigmática da Carta Magna de 1988. A evolução histórica do direito do trabalho demonstra uma intensa luta de classes, na qual o trabalhador geralmente representa o polo mais fraco da relação jurídica trabalhista. A Constituição de 1988 veio em atenção a esses trabalhadores, promovendo verdadeira revolução jurídica, institucional e social, garantindo direitos prestacionais nunca antes presenciados.

A Constituição da República foi um marco, pois se rompeu o paradigma do individualismo e criou-se o direito fundamental ao

trabalho digno, buscando-se o coletivo. Tal direito não deve ser, portanto, retalhado por desejos espúrios e egoístas daqueles que apenas se preocupam com interesses particulares em detrimento dos interesses de toda coletividade.

Referências bibliográficas

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LAZARI, Rafael de. **Manual de direito constitucional**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

_____; GARCIA, Bruna Pinotti. **Manual de direitos humanos**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LINDEN, Marcel van der. **Trabalhadores do mundo: ensaios para uma história global do trabalho**. Campinas/SP: Editora Unicamp, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Saraiva, 2017.

AS POSSIBILIDADES/CONTRIBUIÇÕES TECNOLÓGICAS NA EDUCAÇÃO PARA/EM DIREITOS HUMANOS

Adriana Aparecida de Lima Terçariol
Angela Aparecida da Cruz Duran
Raquel Rosan Christino Gitahy

INTRODUÇÃO

Qual é o grande sonho da humanidade? Alcançar a paz? Encontrar a felicidade? Descobrir Shangri-la?¹ Vivenciar a Satyagraha?² Atingir a plenitude da justiça, da igualdade, liberdade, fraternidade e solidariedade? Que o respeito, o amor, a confiança, honestidade, boa vontade reine entre todos os seres humanos?

Certamente estes foram e são os sonhos de milhões de pessoas nas sociedades de todos os tempos. E mais, acredita-se que este tenha sido e que ainda o seja, para a maioria dos humanos.

Todavia, sabe-se que há uma parcela, que só pensa no próprio bem estar, na satisfação de seus desejos, no poder e no domínio de

¹ Shangri-la é um mosteiro cravado nas montanhas do Tibet para onde sobreviventes de um avião em fuga de um conflito revolucionário acorrem em busca de socorro na década de 1930. Os sobreviventes acreditam que o lugar seja um paraíso terreno, vez que passam por experiências espirituais inusitadas que lhes permitem sentir esperanças para o destino humano de satisfação plena, e de paz, em meio a um mundo tomado por violência, infelicidade, guerra e toda sorte de maldade (HILTON, 2014).

² Satyagraha é um termo hindí que significa verdade, firmeza, constância e se transformou numa filosofia desenvolvida por Mohandas Karamchand Gandhi para resistir não violentamente durante a campanha de independência da Índia e também durante sua permanência na África do Sul. Tal teoria influenciou Martin Luther King Jr durante sua campanha pelos direitos civis dos negros nos Estados Unidos da América.

tudo e de todos. Para alcançar tal propósito, essas pessoas são capazes de praticar toda sorte de maldade ou perversidade.

Acredita-se que esta parcela da humanidade seja a minoria, mas infelizmente, muitas destas pessoas possuem muitos dos bens raros e preciosos do mundo, além de muito poder sobre pessoas em todas as partes do mundo, e usam esse poder para sobrepor suas vontades e interesses sobre a maioria.

Essa maldade é disseminada e diversificada em todos os cantos, espaços e dimensões terrenas gerando uma violência multifacetada sem precedentes.

Na atualidade, os índices da perversidade se tornaram insuportáveis, inacreditáveis, espantosamente estarrecedores³.

Para proteger a maioria, que é a parte mais fraca nesse contexto é que se trabalhou e lutou tanto, durante séculos, inclusive com o sacrifício de vidas, pela promulgação de normas, direitos, leis, tratados, acordos, convenções e toda sorte de regras e ordenamentos tutelados pela força social.

Esses direitos são os denominados humanos, contudo, nem todos foram tornados exigíveis para todas as nações, apenas uma parte cuja denominação acordou-se designar de fundamentais e que pode ser garantida, ainda que não o seja totalmente efetiva.

Direitos Fundamentais são um conjunto de leis básicas que todo cidadão possui e que são elencadas e garantidas constitucionalmente, enquanto que Direitos Humanos são um conjunto de normas básicas que se aplicam a todo o mundo, independente de soberania nacional.

É justamente com foco nas formas, modos, processos, instrumentos que podem melhorar a efetividade desses direitos, tanto Humanos quanto Fundamentais, é que se chama para a contributividade a Educação para os Direitos Humanos, um dos

³ “O ranking mostra ainda que a América Latina é o continente com o maior número de cidades violentas do mundo: das 50 listadas no ranking, apenas oito não são latino-americanas.” In: *Estas são as 50 cidades mais violentas do mundo (e 17 estão no Brasil)*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43309946> > 07.mar. 2018. Acesso em: 14.07.2018 as 21: 25 hs.

instrumentos mais adequados e eficazes para atingir esse objetivo. Nesse intuito, todas as formas de educar podem e devem ser utilizadas, mormente as que estão disponíveis pelas tecnologias.

Desse modo, num primeiro momento se abordará sucintamente os Direitos Humanos e Fundamentais, em seguida a Educação para os Direitos Humanos e por fim se tratará da tecnologias que podem contribuir nesse processo.

DIREITOS HUMANOS

A luta pela sobrevivência e a manutenção da vida sempre foi o principal mote da humanidade. Todavia, ao longo dos tempos as desigualdades foram surgindo e com elas a injustiça, a maldade, a violência. Desde então, homens e mulheres de todos os tempos sonham, além da proteção vital, com um mínimo de paz, de justiça, de dignidade, dentre outros bens, por isto, acordos e regras foram estabelecidas para favorecer todas as pessoas, sem distinção.

Historicamente a conquista dos mais elementares direitos - os individuais - data de cerca de mil anos, mas os grandes marcos de reconhecimento dos direitos humanos são, sem sombra de dúvidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH/1948). Depois disto, muitas outras normas internacionais foram editadas nos mais diversos campos (civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais, dentre outros).

Cabe aos governos federais, estaduais e municipais efetivar os direitos humanos previstos no ordenamento jurídico de cada país, por meio de políticas públicas (programas, planos, projetos, dentre outros), cujo financiamento provém da arrecadação dos impostos, taxas e contribuições instituídas pelos governantes.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é a principal norma de direitos humanos, contidos principalmente nos artigos 5º e 6º, e que ali são chamados de Direitos Fundamentais. Mas também são direitos humanos, por exemplo, o Estatuto da Cidade, o Estatuto da

Criança e do Adolescente, o Estatuto da Juventude, o Estatuto da Pessoa Idosa, a Lei Maria da Penha dentre outros.

Assim, o conhecimento sobre os direitos humanos, tais como: quais são eles, em que documentos legais estão positivados é fundamental para o empoderamento do cidadão e da sociedade civil, pois é impossível se apropriar de um direito quando pouco se conhece a respeito.

Mas não basta criar leis que garantam direitos, é necessário que as pessoas se empenhem na busca do conhecimento dos seus direitos, e mais até do que conhecer mais detalhadamente seus direitos, é fundamental que se disponham a lutar para que tais direitos sejam respeitados e reconhecidos pelos demais cidadãos e pelos poderes públicos, tanto nos discursos como, principalmente, nas práticas.

É nesse contexto que a Educação para os Direitos Humanos pode fazer a diferença, porque como ensina Maria Victoria Benevides (2000), ela é o instrumento ideal e capaz de inculcar nas mentes uma nova cultura, a da paz, e mover os corações para uma mudança, a do respeito à dignidade da pessoa, dentre outras coisas.

EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS

A partir de proclamação da DUDH (1948), um dos maiores desafios da Organização das Nações Unidas (ONU) tornou-se a disseminação e a efetivação dos Direitos Humanos, dito de outro modo: fazer com que cada cidadão do mundo, especialmente os mais “fracos” conhecessem seus direitos, reconhecessem os mesmos direitos dos outros, cumprissem com seus deveres, e soubessem e tivessem a atitude de exigir dos poderes públicos o cumprimento destes direitos.

Nesse contexto, a Educação para os Direitos Humanos (EDH) começa a ser incentivada e implementada em todo o mundo, vez que a EDH é ferramenta essencial para a difusão do conteúdo dos Direitos Humanos, dos meios e instrumentos para o

desenvolvimento desse processo e dos instrumentos disponíveis para fazer valer esses direitos.

Educar para os Direitos Humanos é formar uma cultura de respeito à dignidade da pessoa humana por meio da promoção, da vivência, do exercício, de atitudes, de hábitos, modos de agir e de comportar-se, respeitando o outro e os seus direitos, cumprindo com os seus deveres, tudo pautado em valores universais como a justiça, a igualdade, a solidariedade, a tolerância, a paz, com autonomia e consciência coletiva e humana.

A Declaração e o Plano de Ação da Conferência de Viena (1993), a decretação pela ONU, em 1995, da Década das Nações Unidas para a Educação em Direitos Humanos (01/1995 a 12/2004); a proclamação do Programa Mundial das Nações Unidas para a Educação em Direitos Humanos (2012); o Plano Decenal de Ação (2005/2009 e 2010/2014) e a Declaração das Nações Unidas sobre a Educação e formação em Direitos Humanos (2011) foram fundamentais para dar o impulso necessário à promoção da EDH.

No Brasil, a Educação para Direitos Humanos é prevista no Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), que recebeu duas versões, uma em 2003 e outra em 2006 e no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH).

Em 2011, o Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos e o Conselho Nacional de Educação, elaboraram as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, que foram aprovadas pela resolução CNE/CP 1/2012, que estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Reza tal resolução, em seu artigo 3º. que a finalidade da EDH é “promover a educação para a mudança e para a transformação social fundamentando tais objetivos em princípios, dentre os quais, o da Dignidade humana e o do Reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades” (BRASIL,2012).

Além disto, o artigo 4º, da mesma resolução dispõe que:

Art. 4º A Educação em Direitos Humanos como processo sistemático e multidimensional, orientador da formação integral dos sujeitos de direitos, articula-se às seguintes dimensões:

I - apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional, nacional e local;

II - afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade;

III - formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente em níveis cognitivo, social, cultural e político;

IV - desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados; e

V - fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das diferentes formas de violação de direitos. (BRASIL, 2012)

A partir daí a EDH passou a ser implementada nos projetos pedagógicos de ensino em todos os níveis educacionais, do básico ao superior, com conteúdos e metodologias que privilegiam, o conhecimento dos Direitos Humanos, de seus instrumentos de exigibilidade, a constituição de sujeitos de direitos, a educação para a autonomia, o empoderamento, os valores e o “nunca mais”.

A Educação constitui-se num poderoso processo, tanto de aprendizado de conhecimentos de todos os âmbitos, áreas e níveis, bem como de humanização. Nesse processo muitas coisas podem ser inculcadas, desde coisas aparentemente simples, até atitudes, hábitos, valores essenciais. O ser humano aprende com sua própria vivência e com a história; aprende e se constitui como humano, por meio das experiências, das relações, das ações diárias, do visto e do vivido.

Na atualidade, as tecnologias já se tornaram instrumentos necessários e indispensáveis para o aprendizado e sensibilização quanto à importância e necessidade de desenvolvimento dos Direitos Humanos, nos diferentes segmentos da sociedade. Não se

pode afirmar, nesse momento, se esse espaço tecnológico, virtual etc, se afirmará historicamente para o bem ou para o mal da humanidade. O que se pode afirmar, hoje, é que são imprescindíveis e fazem parte da vida humana.

RELATO DE EXPERIÊNCIA: O USO DAS REDES SOCIAIS NA DIVULGAÇÃO DA DEMOCRACIA

Cientes da importância de uma maior participação da sociedade na criação das leis, foi inserida na disciplina Sociologia Geral e Jurídica da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul, no 1 ano do curso, uma atividade de seminário, visando a discussão de alguns temas, dentre eles a “democratização e a criação das leis”. Durante nossa reflexão questionamos aos alunos se eles já haviam participado da propositura de um projeto de lei. Tal questão foi incitada, pois como já afirmava Piaget (1977), em sua obra que versa sobre a autonomia da vontade, as pessoas deveriam seguir as regras por convicção e não por constrição. Mas, como tornar as leis mais significativas, se a população não participa delas? A partir desses questionamentos surgiu a ideia de ampliarmos a pergunta em nossas redes sociais. Os alunos concordaram e iniciaram suas pesquisas. A rede social utilizada para essa discussão foi o Facebook.

É importante considerarmos que as redes sociais vêm se expandindo como espaços já habitados pelos estudantes dos diferentes níveis de ensino, especialmente, daqueles vinculados ao Ensino Superior. Tais espaços propiciam o diálogo, a colaboração, o compartilhamento de informações diversas, assim como a produção de novos conhecimentos e produtos, favorecendo o exercício da autoria e o empoderamento. Em se tratando especialmente da autoria em ambientes virtuais, Demo (2009) salienta que:

Dois traços são sublinhados para fins pedagógicos: de um lado, a importância da autoria, no seu aspecto individual/subjetivo, insubstituível e indevassável; de outro lado, a importância da

relatividade desta autoria, sempre incompleta (ninguém tem uma idéia propriamente original, porque nossa mente não é original), resultando isto na autoria coletiva, facultada por programas virtuais [...]. Em plataformas como o blog, realça-se a autoria individual como iniciativa de todo internauta compromissado com sua autoria pessoal; no entanto, seus textos, ao serem divulgados eletronicamente, tornam-se, de certa maneira, públicos, podem ser comentados/criticados/valorizados/descartados, o que empurra a autoria para patamares mais bem marcados pela arte de bem argumentar. A transparência e interatividade natural dos ambientes recomendam argumentar bem. Em plataformas como a wiki, o trabalho coletivo facilmente instaura a ética da autoridade do argumento, não do argumento de autoridade, de certo modo obrigando todos a aprenderem de todos (DEMO, 2009, p. 06).

Com relação ao empoderamento, podemos entender a partir de estudos realizado por Santarosa, Conforto e Schneider (2018) que os recursos da Web 2.0 ao “disponibilizarem instrumentos de cooperação e de participação, têm projetado efetivas práticas de empoderamento, instituindo tempos-espços privilegiados de consciência de direitos sociais”. As autoras sinalizam ainda que “essas ações não formais de aprendizagem podem efetivamente superar a condição de exclusão sociocultural de parcelas menos favorecidas da população ou em condição vulnerabilidade social” (SANTAROSA, CONFORTO, SCHNEIDER, 2018, p. 03).

De acordo com Perskind e Zimmerman (1995 apud SANTAROSA, CONFORTO, SCHNEIDER, 2018, p. 03) o empoderamento pode ser compreendido “como um construto que liga forças e competências individuais, sistemas de ajuda e comportamentos proativos em relação à política e as mudanças sociais”. Para Horochovski e Meirelle (2007 apud SANTAROSA, CONFORTO, SCHNEIDER, 2018, p. 03) o empoderamento “refere-se à capacidade dos indivíduos e grupos poderem inferir e propor ações alternativas em múltiplas esferas”.

Além disso, nesse ambiente, exercita-se o aprender a conviver, uma vez que é habitado pela diversidade e pluralidade cultural.

Aqui os talentos individuais passam a ser mobilizados, respeitados e valorizados. “As possibilidades de socialização e interatividade que as redes sociais promovem são sustentáveis e podem ser consideradas estratégias didáticas importantes para o processo de ensino e aprendizagem” (TERÇARIOL, BARROS, 2017, p. 21).

Nesse sentido,

compreendermos que os serviços de *software* social podem promover um novo significado ao processo de ensino e aprendizagem, transformando-se em ambientes de interações, nos quais os estudantes aprendem dialogando, trocando informações e experiências em novos conhecimentos, agindo, experimentando, refletindo e expressando seus pontos de vista, a partir de problemáticas e desafios contextualizados (TERÇARIOL, BARROS, 2017, p. 20).

A partir dessa potencialidade interativa, propomos a experiência aqui relatada, adotando como espaço para o diálogo a rede social Facebook. A figura 1 evidencia a primeira postagem, realizada pela docente da disciplina Sociologia geral e jurídica, revelando a possibilidade da participação popular na criação de leis

Figura 1: Postagem inicial da docente sobre espaço institucional para participação política do Senado Federal



Fonte: Facebook

Nesta, a intenção era divulgar e dialogar a respeito da possibilidade de a população propor projetos de leis. As figuras abaixo revelam como foi desencadeada essa ação.

Figura 2: Texto retirado do Facebook sobre participação na criação de projetos de lei.

Preciso saber se alguns dos meus amigos, família, colegas ou conhecidos do Facebook ou do Instagram alguma vez já participaram de consulta pública para opinar sobre projetos de lei ou até já teve iniciativa de propor uma nova lei.

É para um trabalho da Facul. Conto com vcs!!!

Obrigada!!! 🧡

Fonte: facebook

Figura 3: Imagens de resultados sobre o questionamento sobre a participação na criação de projetos de leis.



Fonte: facebook

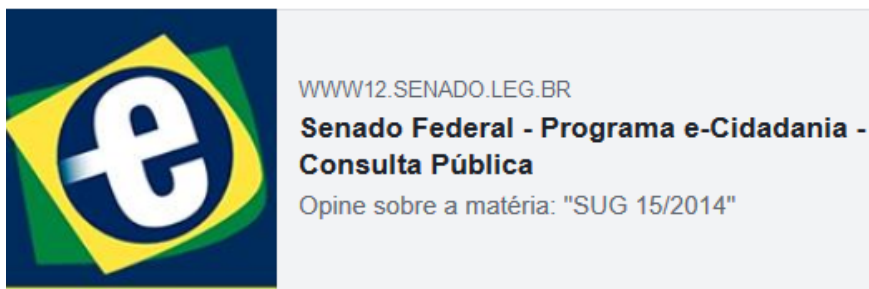
Ao analisarmos essas figuras é possível notar a reação das pessoas ao se depararem com a indagação sobre a experiência em uma consulta pública para opinarem sobre projetos de lei ou proporem uma nova lei. Os visitantes dessa página no Facebook dão a entender que ter a chance de participar de uma ação dessa natureza é bem interessante, constituindo-se uma forma de estimular, conscientizar e favorecer o envolvimento da população, de forma ativa enquanto cidadãos, ou seja, ações como essas são reconhecidas pelos depoimentos registrados como incentivo ao exercício da cidadania. “Por meio da comunicação cibernética, milhões de cidadãos, em todo o mundo, fazem o uso das tecnologias para promover e organizar protestos, provocando transformações nos padrões de ativismo político” (BARROS, NICODEMO, DANTAS, 2013, p. 621).

Além dessas respostas, vimos o impacto da publicação com a lembrança e compartilhamento de uma outra pessoa no Facebook, que chamou atenção sobre sua participação em consultas públicas.

Figura 4: Postagem do facebook sobre consulta pública

<https://www12.senado.leg.br/cidadania/visualizacaomateria...>

lembrei da sua pergunta rsss...sempre respondo!



Fonte: facebook

Com isso, notamos que a Internet se tornou um veículo de comunicação eficaz no que concerne à ampliação das possibilidades para a participação ativa da população em consultas públicas, voltadas a projetos de lei, por exemplo, a partir da criação de vias de

informação e comunicação alternativas aos tradicionais meios de comunicação de massa. Nesse contexto “o crescimento do ciberespaço fomenta a vivência de novas formas de comunicação distintas daquelas propiciadas pelas mídias clássicas, servindo as novas tecnologias da informação e comunicação, assim, de suporte para uma reconstrução no modo como os indivíduos se relacionam e se organizam em torno de projetos de interesse comum” (GALANTE, GUARESCHI, 2011 apud BARROS, NICODEMO, DANTAS, 2013, p. 625).

Foi também postado no Facebook um link que remetia ao Google Form, especificamente, à Enquete: Democracia e Participação Popular, que foi criada, a fim de aprofundar a pesquisa iniciada no Facebook, com novas questões, conforme evidencia a figura 5.

Figura 5: Pesquisa realizada no Google Form com link compartilhado no Facebook.



Enquete: DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO POPULAR

*Não há nada de errado com aqueles que não gostam de política, simplesmente serão governados por aqueles que gostam!
Plataão

*Obrigado

NOME FICTÍCIO: *

Sua resposta

1. Você confia no Legislativo Brasileiro? *

Sim

Não

2. Para você, qual a importância da população na elaboração das leis?

3. Você já participou da elaboração de alguma lei? *

Sim

Não

4. Como?

Sua resposta

5. Se você pudesse criar uma nova lei, qual área do Direito você escolheria? *

PENAL

ECA

DIREITOS DO CONSUMIDOR

ELEITORAL

DIREITOS HUMANOS

HABITAÇÃO

Outro:

ENQUETE : <https://goo.gl/forms/fxhTVAA4cmD6R0hI2>

Fonte: Facebook

No caso evidenciado pela Figura 5, vale salientar a possibilidade que as redes sociais propiciam para a integração de diferentes tecnologias. Desse modo, propiciam com que currículo seja desenvolvido, de forma diversificada e com o apoio de diferentes mídias (vídeos, imagens, animações, jogos, enquetes, entre outras), favorecendo a criação de ambientes diversos para o aprendizado e solução de problemas, por parte dos estudantes. “Espaços não formais de aprendizagem têm sido ampliados, valendo-se dos repositórios de áudio, vídeo, apresentações e textos, colocando essa possibilidade nas mãos até mesmo de usuários poucos experientes” (SANTAROSA, CONFORTO, SCHNEIDER, 2018, p. 02 - 03).

Isso pode ocorrer ainda, a partir de buscas de informações atualizadas que podem ser acessadas na Web, a qualquer momento e em qualquer lugar, partindo dos seus conhecimentos prévios. “Por meio da facilidade e popularização do acesso aos recursos de informação e comunicação da internet, as tecnologias digitais vêm exponencialmente ampliando as condições e possibilidades da conscientização e participação em diferentes dimensões da vida social” (SANTAROSA, CONFORTO, SCHNEIDER, 2018, p. 03). Com isso, ampliam-se os espaços para o diálogo e os meios para a coleta de informações.

Nesse contexto os estudantes vivenciam valores, essenciais para sua formação humana e exercício da democracia, pois são orientados a desenvolver um diálogo com o outro, de forma respeitosa, uma vez que cada indivíduo tem sua opinião e merece que a mesma seja emitida e respeitada. Aqui os estudantes também vivenciam a responsabilidade, a solidariedade, a humildade e a generosidade, diante das ações a serem implementadas que, muitas vezes, necessitam de um planejamento coletivo, ou seja, com seus pares. Esse movimento implica a tomada de decisão para a seleção de estratégias para se alcançar os objetivos inicialmente traçados.

Reconhecemos com a experiência aqui brevemente relatada que as redes sociais, no caso, o Facebook, ao oferecerem inúmeras possibilidades de acesso, de produção de informação, de interação e construção de novos conhecimentos, possibilitaram a construção de práticas de aprendizagem, respaldadas por um novo paradigma educacional, o da Educação Aberta. Santos (2012, p. 72 apud SANTAROSA, CONFORTO, SCHNEIDER, 2018, p. 04 - 05) aponta um conjunto de princípios que estruturam a Educação Aberta:

- (1) a liberdade de escolha do aprendiz para estabelecer o tempo e o espaço para o aprender;
- (2) o respeito ao ritmo e ao estilo de aprendizagem dos estudantes;
- (3) a necessidade de desenvolver a autoinstrução;
- (4) a eliminação de requisitos prévios para acesso aos espaços educativos;
- (5) a possibilidade de acesso a alunos com deficiência ou em desvantagem social;
- (6) a disponibilização de recursos educacionais abertos, livres e acessíveis.

De acordo com as autoras a Educação Aberta “emerge no conjunto dos movimentos que questionavam a lógica disciplinar do processo educacional, particularmente, na autoridade do professor como detentor do conhecimento e no cerceamento do saber por uma rígida estrutura curricular” (SANTAROSA, CONFORTO, SCHNEIDER, 2018, p. 04).

Assim, a articulação das redes sociais ao desenvolvimento do processo de ensino e aprendizagem traz uma nova perspectiva para se

compreender o ato educativo, no qual o aprender passa a não ser mais caracterizado como mera memorização e uma atividade mecânica, individualizada, assim como o ensinar não mais como a transmissão de conteúdos prontos e acabados. A aprendizagem ocorre na medida em que os estudantes interagem, participam, se posicionam, buscam informações e as socializam, refletindo sobre elas, de forma colaborativa, ou seja, com os pares e professores formadores (TERÇARIOL, BARROS, 2017, p. 21).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o relato de experiência descrito, ficou evidenciado que a tecnologia de informação e comunicação pode contribuir para a reflexão em/para Direitos Humanos. Com a interação na rede social Facebook pode-se incitar uma maior participação da Sociedade, por meio de uma educação aberta, a fim de participar democraticamente da construção dos Direitos Humanos.

Realizou-se, neste relato a máxima “ O Direito nasce da sociedade”, exercendo a democracia por meio do descrito no artigo 14 da Constituição Federal, que determina que "a soberania popular será exercida pelo voto direto e secreto, e também, nos termos da lei, pelo plebiscito, referendo e pela iniciativa popular" (BRASIL, 1988). Na divulgação, por meio da rede social Facebook, pode-se envolver a sociedade a fim de que ela realize a iniciativa popular na propositura de projetos de leis, por meio da adesão mínima de 1% da população eleitoral nacional, mediante assinaturas, distribuídos por pelo menos 5 unidades federativas e no mínimo 0,3% dos eleitores em cada uma dessas unidades.

Ficou evidenciado pelas interações acima descritas, que poucos conhecem a possibilidade da participação. Fica aqui o convite para ampliarmos por meio de uma educação aberta, a discussão e a criação de normas significativas para os Direitos Humanos. Normas não simplesmente impostas, mas construídas de maneira colaborativa!

REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Maria Victória. **Educação em Direitos Humanos: de que se trata?** 18.02.2000. Disponível em: <http://portaledh.educapx.com/file/258297/educacao-em-direitos-humanos-de-que-se-trata.pdf>
Acesso em 15 jul. 2018

BARROS, Sâmia Larissa Dias; NICODEMO, Roberto Pivôto; DANTAS, Thomas Kefas de Souza. O ativismo social no exercício democrático do século XXI: revoltas que deram certo. In: **Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede.** 04, 05 e 06 jun / 2013- UFSM - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria / RS. Disponível em: < <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/4-11.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

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

BRASIL, Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, 2003

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. **Resolução nº 1,** de 30 de maio de 2012, Ministério da Educação, 2012

BRASIL. **Estatuto da Cidade:** Lei 10.257/2001 que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília, Câmara dos Deputados, 2001

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Saraiva, 2007

BRASIL. **Estatuto do idoso:** lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

BRASIL, Presidência da República, Ministério da Educação, Secretaria de Educação continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Básica:** diversidade e inclusão. Clélia Brandão Alvarenga Craveiro e Simone Medeiros (Organizadores) Brasília: Conselho Nacional de Educação, 2013

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei n. 11.340/2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Presidência da República, 2006.

DEMO, Pedro. Aprendizagem e Novas Tecnologias. **Revista Brasileira de Docência, Ensino e Pesquisa em Educação Física** – ISSN 2175-8093 – Vol. 1, n. 1, p.53-75, Agosto/2009. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/ciencias/viali/doutorado/sat/textos/80-388-1-PB.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948.

ESTAS SÃO AS 50 CIDADES MAIS VIOLENTAS DO MUNDO (e 17 estão no Brasil). Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43309946> > 07.mar. 2018. Acesso em: 14 jul. de 2018.

HILTON, James. **Horizonte Perdido: o Mito de Shangri-La** - 2ª Ed. Tradução de Rubens Oliveiros Pistek, São Paulo: Editora Claridade, 2014

PIAGET, J. **O julgamento moral na criança**. São Paulo: Mestre Jou, 1977.

SANTAROSA, Lucila Maria Costi, CONFORTO, Debora, SCHNEIDER, Fernanda Chagas. **Tecnologias na Web 2.0: O Empoderamento na Educação Aberta**. Disponível em: <<https://repositorioaberto.uab.pt/bitstream/10400.2/3071/1/tec.%20na%20web.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2018.

TERÇARIOL, Adriana Aparecida de Lima; BARROS, Daniela Melaré Vieira. As redes sociais aplicadas à Educação: percepções de professores em formação inicial. In: TORRES, Patrícia Lupion. (Org.). **Redes e Mídias Sociais**. 2 ed. Curitiba: Appris Editora, 2017.

O DIREITO FUNDAMENTAL À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E OS LIMITES À DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ IMPOSTOS PELO ARTIGO 489, § 1º, DO NOVO CPC

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém
Juliano Gil Alves Pereira

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade trazer uma reflexão acerca do direito fundamental do jurisdicionado à fundamentação das decisões judiciais, de forma específica ao conteúdo de seu conflito, superando-se a prolação de decisões padronizadas, prontas e genéricas ao atendimento de situações similares que, por vezes, não atendem às peculiaridades do caso concreto.

O estudo, destarte, parte da adoção, pelo processo civil brasileiro, de um modelo constitucional de processo, cujas bases estão assentadas na Constituição da República. Nela, está regrado o dever do órgão jurisdicional de prolatar decisões fundamentadas, pena de nulidade (art. 93, IX), decorrendo, daí, o direito fundamental à decisão fundamentada. Será tratado, ainda, tema de suma importância, que é o da discricionariedade do juiz no momento de prolatar suas decisões.

Sabe-se que a sentença, como norma reguladora do caso concreto, tem função 'criadora', de modo que a discricionariedade é elemento ínsito da construção da decisão judicial. Todavia, referida discricionariedade encontra certos limites, seja na Constituição Federal, seja na norma infraconstitucional.

Vale asseverar, que o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 489, § 1º, concretiza o direito fundamental à decisão fundamentada, ao prever situações em que essa decisão 'não será

considerada fundamentada'. Eis, aí, o tema central do trabalho, qual seja, a análise dos incisos da norma jurídica citada e a imposição de limites à discricionariedade jurisdicional.

A pesquisa é de cunho bibliográfico, pautando-se na vasta literatura que aborda o tema, e, via método dedutivo, pretende demonstrar que o novo Código de Processo Civil se harmoniza com o mandamento constitucional de fundamentação, e exige do magistrado uma postura mais adequada à solução do caso concreto, interpretando-o e fundamentando todas as questões postas a seu veredicto.

1. O Modelo Constitucional do Processo Civil

O Estado de Direito iniciou-se, basicamente, pela ideia de necessidade de submissão do Estado ao povo, por intermédio das normas construídas por seus representantes, em oposição ao regime imperialista anterior, no qual o governante, divinamente justificado, poderia agir como bem entendesse, inclusive em detrimento da dignidade e das vidas de seus súditos.

A partir disso, o Estado passou a intervir de maneira reduzida nas vidas de seus súditos, atuando somente para garantir as liberdades concedidas ao povo e à vigência das leis.

Nesse contexto, as Constituições dos Estados nada mais eram do que compromissos políticos, que não encontravam "vinculatividade" jurídica em relação à legislação.

Com a superveniência do Estado Social, em oposição ao Estado "mínimo", a intervenção dos Poderes Públicos aprimorou-se, voltando-se não apenas à manutenção das normas, mas, também, à compensação das desigualdades históricas, especialmente aquelas causadas pelo ideário liberal-individualista que embasou o próprio Estado de Direito.

No Século XX, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, as Constituições modernas passaram a "dirigir" a ação dos Estados, especialmente por intermédio da consagração de direitos fundamentais em normas principiológicas. Desenvolveu-se, assim, uma teoria acerca do novo papel que a Constituição deve exercer no sistema jurídico.

Trata-se do fenômeno denominado “neoconstitucionalismo” ou “constitucionalismo contemporâneo”, tendo como premissa impulsionar a teoria dos direitos fundamentais e a teoria dos princípios, bem como revigorar a função do juiz no controle de constitucionalidade das leis (jurisdição constitucional).

Com efeito, a proposta do neoconstitucionalismo passa a influenciar, em razão da natural relação entre o processo e os direitos fundamentais, no estudo da disciplina jurídico-processual. Tal concepção teórica tem por objetivo a redefinição das categorias e institutos processuais, ou seja, promover um processo com potencial de contribuir, *ultima ratio*, à concretização do Estado Constitucional.

Nesse cenário bastante abrangente, o constitucionalismo contemporâneo enseja o processo de constitucionalização do Direito no qual se desenvolvem as teorias dos direitos fundamentais e dos princípios, com destaque à atuação do juiz no controle de constitucionalidade das leis (jurisdição constitucional).

Sob esta ótica, pode-se afirmar que a constitucionalização do Direito é o fenômeno que se desenvolve no exercício da jurisdição e hermenêutica propriamente constitucionais¹.

¹ Sobre esse tema, invoca-se a compreensão de Lenio Streck: “A compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda evidência implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional. (...). Isto significa afirmar que, enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. Portanto, o significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional. Com isso, conceitos como soberania popular, separação de poderes e maiorias parlamentares cedem lugar à legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade. Do modelo de constituição formal, no interior da qual o Direito assumia um papel de ordenação, passa-se à revalorização do Direito, que passa a ter um papel de transformação da realidade da sociedade, superando, inclusive, o modelo de Estado Social” (2004, p. 13).

A constitucionalização do processo, por sua vez, resulta em uma reinterpretação dos institutos processuais à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, bem como no repúdio ao formalismo excessivo e à concepção de processo como fim em si mesmo.

Nesse contexto, o processo passa a apresentar algumas características fundamentais do neoconstitucionalismo, tais como: a irradiação de valores constitucionais; a efetividade dos princípios constitucionais independentemente de previsão legal expressa; a democratização do processo; o ideal de processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais; a ascensão dos princípios da colaboração e da cooperação das partes e do juízo; e o desenvolvimento dos poderes instrutórios do juiz na busca pela verdade real (CAMBI, 2006).

A constitucionalização do processo é, portanto, uma das características do Direito Contemporâneo, como visto.

2. O Direito Fundamental à Fundamentação da Decisão Judicial

O direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX, da atual Constituição, preconiza o dever imposto ao juiz de expor as razões pelas quais apresenta o provimento jurisdicional que pensa ser necessário e adequado à resolução do litígio que lhe é submetido.

Vale enfatizar que tal direito é vital à democracia, uma vez que ele impede a formulação de decisões arbitrárias, e ao mesmo tempo exige que a decisão judicial reflita o caso concreto sob apreciação, de modo que o jurisdicionado seja capaz de entender o resultado a que chegou o magistrado, e possa, a partir daí, exercer determinado controle acerca da imparcialidade do julgador e da legalidade das decisões (GRINOVER, 2010, p.74).

O novo CPC, alinhado às disposições constitucionais, reafirma o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, pena de nulidade, como norma fundamental (orientadora, portanto, de todo o sistema processual civil), em seu artigo 11,

reproduzindo a regra constitucional de que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, pena de nulidade.

Não obstante a reprodução do mandamento constitucional de fundamentação como norma fundamental, o novo processo civil, preocupado com o atendimento da magistratura a esse novel modelo, impõe limites à discricionariedade do juiz, no artigo 489, § 1º, ao estabelecer analiticamente os requisitos para que uma decisão judicial seja considerada fundamentada.

Neste contexto normativo, o julgador deve fundamentar suas decisões no âmbito de um conteúdo estrutural normativo, demonstrar a legitimidade de suas escolhas, que devem ser provenientes dos argumentos envolvidos nas questões fáticas e de direito, observado o devido processo legal, ou seja, as alegações produzidas em contraditório constituirão a base para as decisões (DIAS, 2009, p. 119). As decisões devem ser justificadas substancialmente, motivadas verdadeiramente de acordo com as particularidades e necessidades do caso concreto, para que possam ser consideradas constitucionais.

Sendo assim, pode-se dizer que o direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito enseja o controle de constitucionalidade acerca da função jurisdicional exercida, verificando se as motivações possuem como fundamento o ordenamento jurídico vigente, ao mesmo tempo em que impede lesões embasadas em ideologias e subjetividades do julgador.

A fundamentação permite, ainda, averiguar a racionalidade das decisões judiciais, considerando as matérias de fato e de direito, bem como a resolução dos pontos controvertidos do processo.

A partir dessas considerações, certo é que duas são as funções que podem ser extraídas do direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais. A primeira delas, de ordem *processual*, possibilita às partes o controle da decisão judicial, podendo impugná-la por meio dos recursos cabíveis; e a segunda, de ordem *exoprocessual*, permite o controle da atuação do

magistrado pela coletividade de forma democrática e participativa (DIDIER, 2015, p. 315).

O direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais é, pois, inerente ao processo constitucional e deve ser observado em respeito ao Estado Democrático de Direito, por se tratar de ferramenta de controle da atuação estatal jurisdicional.

3. A Discricionariedade Jurisdicional

A lógica “dedutivista” do positivismo jurídico formal fez com que o Estado-legislador buscasse sempre prever situações passíveis de ocorrência no mundo fenomênico, proibindo-as ou permitindo-as para que, preenchido seu “suporte fático”, houvesse alguma consequência jurídica.

Nesse contexto de “proposições descritivas”, impera a lei lógica de não-contradição, que impede a existência de proposições contraditórias entre si. Eventual contradição verificada no plano da linguagem-objeto não se transporta para a metalinguagem (VILANOVA, 1982, p. 19).

Os aplicadores do direito positivo, em especial os julgadores, devem simplesmente aplicar esse raciocínio “dedutivista” aos casos concretos, buscando normas abstratas às quais subsumir os fatos colocados sob seu julgamento. Ocorre que é completamente impossível ao legislador prever todas as situações passíveis de ocorrência no mundo dos fatos. Em decorrência disso, muitas normas trazem disposições e conceitos “abertos”.

Além disso, as disposições normativas devem ser compreendidas pelo intérprete mediante a assunção de que na imensa maioria dos casos concretos, duas ou mais soluções podem ser possíveis e legítimas. Em decorrência disso, é necessário reconhecer que a jurisdição jamais será capaz de declarar a “vontade do legislador” a “vontade contida na lei” (SILVA, 2006, p. 331).

Em decorrência do fato de que não existe somente uma resposta correta a ser extraída do direito escrito, é que se passou a admitir a discricionariedade do intérprete e, por consequência, do julgador. A

referida liberdade, todavia, não pode ser “total”, justamente porque deve encontrar limites (KLATT, 2007, p. 509).

Nesse sentido, de conformidade com HART (1994 p. 337), as normas escritas devem responder a todas as questões juridicamente suscitadas. Caso o juiz não consiga resolver uma questão, utiliza-se de seu “poder discricionário” e “cria” o direito aplicável àquele caso. Defende o autor que o Juiz deve aplicar o direito posto, advertindo, todavia, que em qualquer sistema jurídico existirão hipóteses nas quais não haverá regulação prévia (direito parcialmente indeterminado ou incompleto), admitindo, então, que essa discricionariedade seja juridicamente limitada.

Ocorre, que esses limites não podem ser apenas os determinados pelo direito “positivo”. Devem ser limites formais e substanciais, para que se possa “dar vida” de maneira socialmente adequada à ordem jurídica. É por isso que a interpretação do Direito deve ocorrer em conformidade com a Constituição (FREITAS, 2000, p. 22-24).

Aliás, interpretar corretamente a Constituição equivale a colocar o Direito em conexão com a “totalidade axiológica” do sistema, com vistas à obtenção da “*máxima justiça possível*”, que é indispensável para que a Constituição possa “viver”.

É evidente, no entanto, que a subjetividade sempre existirá no momento de julgar. O que deve ser afastado é o “decisionismo irracional”, este “*movido sob o influxo deletério das paixões associadas a motivações subalternas*” (FREITAS, 2000, p. 33).

Além disso, sempre que o juiz interpreta um texto legal, pratica uma atividade vinculada. Nesse contexto, a discricionariedade judicial é o poder de criação de uma norma jurídica por intermédio de juízos de “legalidade”, não de “oportunidade”. Isso porque o juízo de “oportunidade” é uma opção entre “indiferentes jurídicos”, de maneira “subjetiva”; o juízo de “legalidade” é atuação desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete desenvolve com base na lei e nos fatos (GRAU, 2002, p. 189).

A interpretação judicial deve ser um ato “politicamente responsável”. Sem essa responsabilidade não existe “Poder

Judiciário”, mas apenas o “judiciário” (COSTA, 2004, p. 71-72). Até porque o Poder Judicial deve ser um instrumento da sociedade. É manifesto que a “criatividade”, por si só, não torna a sentença arbitrária. É nesse sentido que a responsabilidade do juiz tem se transformado em uma responsabilidade pela fundamentação que deve encontrar suas decisões (QUEIROZ, 2000, p. 343-347).

É por isso que Ronald Dworkin, em oposição a Herbert Hart, afirma que o “poder discricionário” somente é adequado se for utilizado por alguém encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade (discricionariedade em sentido “fraco”). A discricionariedade, entretanto, não pode retirar padrões que limitem essa autoridade decisória (discricionariedade em sentido “forte”) (DWORKIN, 2002, p. 51-52).

Neil MacCormick (2010, p. 169), comentando a própria doutrina construída por Herbert Hart, preconiza que o exercício apropriado da “discricionariedade jurisdicional” deve ser moldado pela necessidade de desenvolver “bases” voltadas a fornecer alguma “racionalidade” à decisão judicial.

Diante disso, a discricionariedade em sentido “forte” é incompatível com os mais basilares preceitos do modelo de Estado Democrático de Direito.

Em um sistema jurídico regido por uma Constituição dotada de “normatividade”, não podem existir “lacunas” evidentes a ponto de justificar uma atuação jurisdicional desvinculada de seus preceitos. Até porque, o “novo constitucionalismo” atribui à Constituição um papel “transformador”, voltado a condicionar as decisões da “maioria”.

Ocorre que, atualmente, a última palavra foi entregue aos juízes (PRIETO, 2003, p. 110), o que faz com que a discricionariedade desloque-se da esfera legislativa para a judicial (PRIETO, 2003, p. 110, 114-15).

Desse modo, a própria estrutura normativa dos direitos fundamentais determina uma delegação implícita de grande autoridade discricionária para os juízes constitucionais. É por isso

que o juiz, no paradigma atual, deve assumir uma “identidade constitucional” que incorpore e transforme elementos de outras identidades (ROSENFELD, 2003, 23-27).

É nesse contexto, portanto, que surge a necessidade de se estabelecer limites à discricionariedade judicial, com base na “linguagem constitucional”, de modo que seja possível cumprir os ditames do Estado Democrático de Direito.

4. O Artigo 489 do CPC e o dever de fundamentação

Quanto à fundamentação das decisões judiciais, o novo Código de Processo Civil, enfatizando o modelo constitucional, é textualmente específico no que concerne à necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais, pena de restarem nulas (CPC, 11; 489, II; 489, § 1º e incisos).

O artigo 11 do CPC, na essência, tem por claro objetivo reforçar “[...] a disposição constitucional contida no artigo 93, inc. IX, exigindo que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de serem tidas como nulas”. (PEREIRA, 2015, n.p.)

Evidentemente que a motivação das decisões judiciais, bem como a sua necessidade, tem fundamentos axiológicos e teleológicos que vão muito além da simples obediência aos mandamentos estabelecidos pela legislação.

Desde as Ordenações Filipinas o ordenamento jurídico nacional previa o dever de o juiz motivar as suas decisões, mais especificamente no Livro III, Título LXVI, n. 7º, bem como o Regulamento 737 de 1850 (artigo 232). (FEREIANI, 2015, n.p.)

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil brasileiro de 1939 trazia a expressa previsão, em seu artigo 118, parágrafo único, da necessidade de se fazer constar de todas as sentenças os fatos e as circunstâncias que levaram o magistrado ao seu convencimento em determinado sentido (FEREIANI, 2015, n.p.). Esse mesmo diploma exigia, em seu artigo 280, II, que fossem apresentados fundamentos de fato e de direito sobre os quais foi pautado o julgamento. (FEREIANI, 2015, n.p.)

O Código de Processo Civil de 1973, assim como a Constituição de 1988, também afirmou a necessidade de motivação das decisões judiciais, o que somente corrobora a afirmação de que o dever de fundamentação é um modo de "legitimar" as decisões e, portanto, um direito fundamental diretamente resultante do princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

A legitimação do Poder Judiciário somente é possível se a decisão judicial convencer a sociedade e, para que isso seja possível, é indispensável que os interessados tenham o mais pleno conhecimento de seus fundamentos (FEREIANI, 2015, n.p.).

O Código de Processo Civil de 2015 evidencia, com maior ênfase, a tendência de conferir efetividade aos princípios fundamentais do processo elencados na Constituição Federal, característica essa que se apresenta não apenas nos primeiros artigos (normas fundamentais), que servem de base interpretativa, mas se espalha por todas as regras procedimentais do *Códex*.

No que diz respeito especificamente às decisões judiciais, o novo Código de Processo Civil regulamenta a regra constitucional do dever de fundamentação, sob pena de nulidade. Inicialmente, como norma fundamental – artigo 11. Posteriormente, no inciso II do artigo 489. E, por último, no § 1º do mesmo artigo 489, ao apresentar os requisitos negativos de fundamentação de uma decisão judicial, de qualquer natureza, órgão ou instância.

Dessa forma, essa inovação merece reconhecimento, haja vista que referidas hipóteses elencadas literalmente no texto legal “permite um controle mais efetivo dos pronunciamentos judiciais, reduzindo a margem de subjetividade quanto à percepção do que é e do que não é uma decisão fundamentada” (DIDIER, 2015, p. 326).

Vale ressaltar que as hipóteses elencadas nos seis incisos do § 1º, do artigo 489, do CPC, são válidas para qualquer ato decisório e em qualquer procedimento (enunciados 308² e 309³ do FPPC). Além

² (arts. 489, § 1º, 1.046). Aplica-se o art. 489, § 1º, a todos os processos pendentes de decisão ao tempo da entrada em vigor do CPC, ainda que conclusos os autos antes da sua vigência. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias; redação alterada no V FPPC-Vitória)

disso, trata-se de rol meramente exemplificativo (enunciado 303⁴ do FPPC), uma vez que, tendo por condão concretizar um direito fundamental previsto na Carta Magna, não poderia ser taxativo, havendo outras situações que não se encontram nos exemplos do dispositivo em que a decisão poderá ser considerada deficiente (DIDIER, 2015, p. 329).

Tanto assim é que o novo Código de Processo Civil inova, também, "[...] ao prever o uso dos embargos de declaração para suprir omissão de decisão que 'incorra nas condutas descritas' no referido dispositivo". (BUENO, 2015, P. 325)

Assim, apesar de precisa "inovação" estrutural demonstrada pelo referido dispositivo, não há menção nele do que "é" fundamentação, mas, sim, do que "não é", de modo que torna-se perceptível "[...] que passam a ser bem definidas as hipóteses em que uma decisão será considerada carente de fundamentação". (BERTUOL, 2015, n.p.)

Diante dessas afirmações, é possível determinar que as decisões que, por exemplo, limitarem-se a citar dispositivos ou ementas, ou mesmo aquelas que deixam a fundamentação implícita, sem se "[...]relacionar com o julgamento do qual se está diante, serão consideradas não fundamentadas e assim também surgirá a possibilidade de ser aditada, reformada ou anulada" (BERTUOL, 2015, n.p.).

Mais do que isso, cristaliza-se que aquelas hipóteses arroladas pelo legislador processual demonstram sua sensibilidade no que se refere à temática da "[...] construção da aceitação da decisão judicial pelos jurisdicionados, o que só é possível se o julgador mostrar-se coerente, persuasivo". (MEDINA, 2015, n.p.)

Destarte, a decisão que não observa os requisitos expressos pela lei processual para se considerar adequada uma fundamentação, não é capaz de se explicar, de maneira que "[...] não mostra de onde

³ (art. 489). O disposto no § 1º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais. (Grupo: Impactos do CPC nos Juizados e nos procedimentos especiais de legislação extravagante)

⁴ (art. 489, § 1º). As hipóteses descritas nos incisos do § 1º do art. 489 são exemplificativas. (Grupo Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória)

veio, suscita descrença no sistema judicial como um todo e não contribui para a pacificação social". (MEDINA, 2015, n.p.)

Mesmo com a nova configuração dada à motivação, e a tentativa do tratamento exaustivo da questão, o papel da doutrina e da jurisprudência ainda deverá ser de destaque, até porque a enumeração apresentada pelo texto não é exaustiva.(MEDINA, 2015, n.p.)

Tecidas essas considerações, passemos, então, à análise de cada uma das hipóteses descritas no parágrafo 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil.

I Decisão que se limita a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida

Durante o curso do processo, o magistrado desenvolve constante exercício de interpretação das manifestações das partes.

Mais do que interpretar a vontade das partes, deve o juiz 'criar' uma resposta adequada à solução do conflito, de modo a resolvê-lo para que a parte vencida, ainda que num primeiro momento se sinta frustrada, compreenda as razões da norma concreta criada pelo magistrado.

Nesse sentido, a decisão judicial deve apresentar de forma clara e precisa as razões pelas quais aplica determinada norma aquele caso concreto, demonstrando a relação existente entre o texto normativo aplicado e o contexto fático-probatório do processo. Por isso, a decisão é construída em razão do ato interpretativo (DIDIER, 2015, p. 327).

Desse modo, não basta ao juiz simplesmente indicar a norma aplicável ao caso. Em razão da exegese legal decorrente do direito fundamental à decisão judicial fundamentada, deve o juiz esclarecer os motivos que o levaram à aplicação daquela norma, apresentando a sua afinidade com o caso concreto. Somente assim se estará dando 'vida' ao comando constitucional.

Averbe-se, que uma fundamentação que se pretenda "verdadeira" deve cotejar os fatos à norma para, então, aplicar o Direito. Assim, ao

apenas "mencionar" o dispositivo em que o pseudodireito da parte estaria inserido, "[...] não haverá propriamente motivação, mas um ato mecânico, quiçá impensado, completamente afastado da adequada prestação jurisdicional"(DANOSO, 2014, n.p.).

Cabe ao juiz, portanto, fazer a correlação entre o fato descrito pela parte e a norma jurídica por ele utilizada para a construção da decisão judicial. Somente assim estará o magistrado dando efetividade à garantia constitucional de fundamentação, e, ao mesmo tempo, proporcionando segurança jurídica às partes envolvidas, pois, ainda que não se conformem, compreenderão as razões do julgamento. Deve ser dito, ainda, que fundamentação não significa decisão longa, extensa. Significa a exposição, ainda que concisa, dos motivos que levaram o julgador a adotar aquela solução para o caso concreto⁵.

Não se pode olvidar, entretanto, que haverá situações em que a decisão será considerada fundamentada mesmo tendo apenas feito referência ao texto normativo, *v.g.*, na sentença que extingue a execução pelo pagamento ou pela renúncia ao crédito (CPC, 924, II e IV). E assim se admite em razão de que o próprio dispositivo legal constitui o fundamento da extinção. Entretanto, tais hipóteses, remotas diga-se, são exceções à regra da fundamentação.

II Decisões que empreguem conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso

Para o ministro LUIS ROBERTO BARROSO⁶, a passagem da Constituição ao centro do ordenamento jurídico brasileiro está

⁵Enunciado 10 da ENFAM: "A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa."

⁶*in* NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) – Revista Jus Navigandi, ano 10, n. 851, nov. 2005. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/7547>> acesso em 22.03.2018.

assentada em três marcos fundamentais: *histórico*, representado pela redemocratização dos Estados após o fim da Segunda Guerra Mundial; *filosófico*, representado pelo declínio do positivismo puro e a reaproximação do Direito e da Ética, com o surgimento do *pós-positivismo*; e *teórico*, representado por três grandes mudanças de paradigmas (reconhecimento de força normativa à Constituição, expansão da jurisdição constitucional, e o desenvolvimento de novas categorias de interpretação constitucional).

No marco *teórico*, o desenvolvimento de novas categorias de interpretação constitucional insere no sistema jurídico “*conceitos jurídicos indeterminados*”, ou “*cláusulas gerais*”, cuja definição e consequências devem ser valoradas pelo magistrado em cada situação concreta.

Como exemplos de *conceitos jurídicos indeterminados* podem ser citados, dentre outros, a ‘boa-fé objetiva’ e os ‘recursos manifestamente protelatórios’. O Código Fux não cuidou de conceituar, tampouco estabelecer os efeitos dessas expressões, cabendo, como dito, ao juiz, dentro do caso concreto, definir sua incidência e a respectiva consequência.

Em decorrência disso é que o §1º, do artigo 489, do novo Código de Processo Civil, afirma não ser fundamentada a decisão judicial que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

Para que o juiz repute uma parte litigante de má-fé, deve descrever qual a conduta praticada por ela que é contrária à boa-fé, estabelecendo a consequência para o caso específico. Não basta, portanto, dizer que a parte violou a boa-fé, que a parte agiu de má-fé. Deve explicar, de maneira que todos compreendam o porquê daquele comportamento ser violador do ordenamento jurídico, merecendo por isso a reprimenda imposta pela decisão judicial.

Da mesma forma, para que o magistrado repute um recurso como ‘manifestamente protelatório’, não basta dizer que o recurso assim se apresenta. Deve esclarecer as razões que lhe convenceram da conduta temerária da parte, justificando assim a imposição da sanção.

Esse dispositivo, portanto, limita a atividade jurisdicional discricionária, impondo ao juiz o dever de fundamentação, garantia fundamental do jurisdicionado.

III Decisões que invoquem motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão

Ainda na tentativa de impor ao juiz o dever constitucional de fundamentação de suas decisões, o novo Código de Processo Civil estabelece que não será considerada fundamentada a decisão judicial que invocar *motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*.

Nesse sentido, impõe o Código de Ritos a obrigação de o magistrado proferir decisão que resolva o conflito *sub judice* de maneira única, apreciando os fundamentos de fato invocados pelas partes, não decidindo com base em argumentos genéricos que possam servir de base a qualquer decisão.

Não é incomum na prática forense encontrarmos decisões com o mesmo fundamento genérico, que não analisam as especificidades da causa sob julgamento, em detrimento do direito da parte a uma decisão que atenda a sua necessidade. Assim, são comuns decisões padronizadas, tais como *“mantenho a decisão por seus próprios e jurídicos fundamentos”, “presentes os requisitos autorizadores da medida liminar, defiro-a”, “ausentes os requisitos autorizadores da medida liminar, indefiro-a”*.

Tais decisões, denominadas pela doutrina de ‘decisão-padrão’, ‘decisão-modelo’ ou ‘decisão-formulário’, são repugnadas pelo Direito, porque não atendem às especificidades da causa, de modo a gerar no jurisdicionado uma sensação de insegurança, vez que, não sabendo as razões que levaram o magistrado a conceder ou negar sua postulação, terá certamente dificuldade na elaboração de um recurso adequado a combatê-las. Tomemos como base o julgamento proferido por juiz de primeiro grau acerca de pedido de tutela provisória de urgência, proferida recentemente, no mês em que comemorados dois anos da vigência do atual CPC:

2 Inicialmente, anoto que os documentos juntados não são suficientes a conferir plausibilidade aos argumentos apresentados. Os fatos são controvertidos e somente podem ser melhor analisados sob o crivo do contraditório. Dessa forma, não preenchidos os requisitos do artigo 300 do NCPC, indefiro a tutela provisória de urgência pleiteada na inicial.

3Diante da especificidade da causa e de modo a adequar o rito processual à necessidade do conflito, deixo para momento oportuno a análise de conveniência de audiência de conciliação.” (grifamos)

Observe que referida decisão não relaciona os fatos da causa com os requisitos constantes do artigo 300 do Código de Processo Civil – autorizadores da proteção provisória de urgência, para então explicitar as razões por que não se concede a medida.

E, na sequência, expõe que diante *da especificidade da causa e de modo a adequar o rito processual à necessidade do conflito*, deixa para momento posterior a conveniência de designação de audiência de conciliação.

Duas flagrantes violações ao direito fundamental à fundamentação das decisões são vistas no transcrito *decisum*, por se tratarem de conteúdos genéricos, que se prestam a justificar qualquer decisão. A propósito, deixar para momento oportuno a análise de conveniência da audiência de conciliação e/ou mediação constitui o ‘estepe’ encontrado pela magistratura para não designar o ato processual inaugural do procedimento, que, a nosso ver, se mostra obrigatório⁷. E o pior: ‘estepe’ construído em equivocada interpretação do enunciado 35 da ENFAM⁸⁹.

⁷Entendemos ser obrigatória a designação da audiência de conciliação e/ou mediação não só pela imperatividade da expressão “designará” contida no *caput* do artigo 334 do CPC, mas também porque o próprio dispositivo, em seu parágrafo 4º, estabelece as hipóteses em que ela não deverá se realizar.

⁸⁹Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito,

Dessa forma, importante que o juiz, ao apreciar um pedido de tutela provisória de urgência, exponha as razões de fato e de direito que o levaram a conceder ou negar referida proteção, não podendo apresentar razões genéricas que não guardem relação com os fatos do conflito.

Também se faz importante que o juiz, ao promover juízo de retratação, seja qual for o recurso em que admitido, exponha as razões que o convenceram da manutenção ou reforma da decisão, não podendo se limitar a mantê-la por seus *próprios e jurídicos fundamentos*.

Em suma, ou o juiz expõe os fundamentos que o levaram a decidir aquela questão específica daquela maneira, ou a decisão não será considerada fundamentada.

Somente assim o jurisdicionado terá a segurança necessária para compreender os motivos pelos quais sua pretensão foi admitida ou negada, e, caso não se conforme, interponha o seu recurso impugnando-o adequadamente.

Por fim, oportuno o esclarecimento de DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES (2016, p. 282), no sentido de que

a norma ora analisada não impede a utilização de decisões padrões para a solução de processos repetitivos, não sendo racional se exigir do juiz diferentes fundamentações para decidir a exata mesma questão de direito. Mas nesse caso não há ofensa ao art. 489, § 1º, III, do Novo CPC, porque a decisão não se presta a resolver qualquer questão ou pedido, mas apenas aquele pedido e questão repetitiva, cabendo ao juiz apenas justificar a utilização daquela decisão padrão para o caso específico.

adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo.”

⁹Consideramos equivocada a interpretação que se faz do referido enunciado tendo em vista que ele autoriza o magistrado a adaptar o rito às necessidades da causa, não autorizando, todavia, a deixar de designar a audiência de conciliação e/ou mediação, por se tratar ato processual obrigatório, de ordem cogente – salvo as hipóteses previstas no próprio artigo 334, § 4º.

IV Decisões que não enfrentam todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador

Dispositivo de maior rejeição pela magistratura é o inciso IV do § 1º do artigo 489 do novo CPC, que exige do magistrado o enfrentamento de *‘todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador’*, pena de a decisão não ser considerada fundamentada.

Para DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES ((2016, p. 281), duas são as técnicas de fundamentação das decisões judiciais: a *exauriente* e a *suficiente*. São palavras do autor:

(...) Na fundamentação exauriente, o juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações das partes, enquanto na fundamentação suficiente basta que enfrente todas as causas de pedir do autor e todos os fundamentos de defesa do réu. Como cada causa de pedir e cada fundamento de defesa podem ser baseados em várias alegações, na fundamentação suficiente o juiz não é obrigado a enfrentar todas elas, desde que justifique o acolhimento ou a rejeição da causa de pedir ou do fundamento da defesa.

Ainda segundo o autor, o novo Código de Processo Civil propõe uma mudança de paradigma, de maneira que o consagrado modelo *suficiente* de fundamentação adotado amplamente pela jurisprudência do STJ e dos tribunais inferiores seja substituído pelo modelo *exauriente*.

Entretanto, não é isso que se tem visto na prática, prevalecendo o modelo *suficiente* de fundamentação, posto que, segundo abalizada doutrina, desde que o juiz encontre um fundamento capaz de julgar procedente ou improcedente a demanda, não estará ele obrigado a analisar os demais fundamentos da parte vencedora. Essa orientação, aliás, é a que tem prevalecido no STJ mesmo após a vigência do novo CPC.

Desse modo, se entre duas causas de pedir, o magistrado encontrar em uma a procedência do pedido, estará liberado de

apreciar o outro. Todavia, não poderá julgar improcedente esse pedido sem analisar todos os fundamentos da petição inicial. O mesmo se diga em relação aos fundamentos da defesa.

A propósito do assunto, a ENFAM editou os enunciados nº 12, 13 e 47, estabelecendo:

Enunciado 12. Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.

Enunciado 13. O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.

Enunciado 47. O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais.

A inaplicabilidade da regra, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis se justifica pelos princípios aplicáveis aos procedimentos previstos para as demandas ali ajuizadas, em especial informalidade, simplicidade dos atos e celeridade.

Também referida matéria foi objeto de apreciação no âmbito do processo do trabalho, tendo o TST editado a Instrução Normativa nº 39/2016, aprovada pela Resolução nº 203/2016, que, em seu artigo 15 explicita:

Art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte:

(...)

III - não ofende o art. 489, § 1º, inciso IV do CPC a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame haja ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.

IV - o art. 489, § 1º, IV, do CPC não obriga o juiz ou o Tribunal a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já

tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula.

Como se verifica, não obstante tenha o legislador do novo Código de Processo Civil determinado ao juiz que analise todas as questões e fundamentos constantes do processo, em cognição exauriente, tal imposição foi relativizada pela edição dos enunciados e instrução normativa acima descritos, de maneira que ao magistrado incumbe apreciar as questões e fundamentos que sejam relevantes para o desfecho da lide.

Tal posicionamento é correto, visto que apreciar questões e fundamentos que já estão superados pelo acolhimento de qualquer das teses articuladas seria atividade inútil do magistrado, em detrimento da duração razoável do processo.

Calha um exemplo. Se o autor da demanda postula um pedido com base em duas causas de pedir diferentes, e o juiz, ao sentenciar, acolhe uma delas, estará desincumbido de apreciar a outra, vez que o pedido já está julgado procedente. Entretanto, a procedência do pedido obriga o magistrado a apreciar todas as questões e fundamentos da defesa, justificando o desacolhimento de cada um deles em fundamentação própria.

E o inverso também é verdadeiro. Se, no mesmo exemplo acima, o juiz, ao apreciar os fundamentos da defesa, encontra um suficiente para julgar o pedido autoral improcedente, estará liberado de analisar os demais fundamentos presentes na contestação. Mas deverá apreciar as duas causas de pedir articuladas pelo autor, justificando o desacolhimento de cada uma das causas de pedir em fundamentação própria.

V Decisões que se limitarem a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aqueles fundamentos

A norma em comento exige que o magistrado, ao fundamentar sua decisão em precedente ou enunciado de súmula, demonstre a correlação entre o caso sob julgamento e os fundamentos do julgado em que fundou sua conclusão, pena de não ser considerada fundamentado o *decisum*.

Quis o legislador, com isso, determinar ao magistrado que transpareça os pontos comuns entre as demandas – em julgamento e o julgado paradigma, de modo que o jurisdicionado entenda as razões da adoção daquele precedente ou enunciado de súmula no julgamento de sua demanda, entendendo e compreendendo a similitude entre ambas.

Não basta, destarte, ao magistrado, apenas transcrever o enunciado da súmula ou do precedente tido como paradigma. Mais que isso, incumbe-lhe apontar os fundamentos do julgado modelo que se amoldam ao conflito sob julgamento, autorizando a sua incidência.

Tal dispositivo traz uma questão importante para a advocacia. Agora, ao advogado diligente incumbe analisar não só a ementa do julgado paradigma, mas principalmente fazer a análise detida dos votos proferidos no acórdão paradigma, para aferição de que realmente referida decisão (acórdão) guarda simetria em relação ao caso em julgamento que se pretende a adoção do *decisum* paradigmático.

Advirta-se, outrossim, que da leitura do texto do enunciado 09 da ENFAM extrai-se ser ônus da parte fazer o devido confronto analítico entre a decisão paradigma e o caso em julgamento, *verbis*:

É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

Assim, o papel do advogado na análise da correlação entre as decisões (paradigma e caso concreto apreciado) ganha destaque,

pois, somente após o devido confronto analítico é que terá subsídios para impugnar a decisão que não mostrar a devida relação existente entre os julgamentos.

Deve ser averbado também que a ENFAM, por meio do enunciado 11, somente admite, para fins de não ser considerada fundamentada a decisão judicial, os precedentes e enunciados de súmulas constantes do artigo 332, IV, e do artigo 927, ambos do Código de Processo Civil, *verbis*:

Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332.

Nesse passo, somente será considerada não fundamentada, para efeitos de submissão à norma prescrita no inciso V, do § 1º, do artigo 489 do Código de Processo Civil, a decisão judicial que não fizer o confronto analítico entre o caso sob julgamento e o precedente ou enunciado de súmula:

- de tribunal de justiça sobre direito local (CPC, 332, IV);
- de decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (CPC, 927, I);
- de enunciados de súmula vinculante (CPC, 927, II);
- de acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (CPC, 927, III);
- de enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (CPC, 927, IV);
- de orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (CPC, 927, V).

O enunciado 11 da ENFAM deixou de fora, assim, a jurisprudência formada no âmbito dos tribunais locais sobre matéria constitucional e infraconstitucional federal. Com razão, visto que as decisões desses tribunais sobre referidos temas são sujeitas a

controle pelo STF e STJ, de modo que a essas instâncias especiais compete a uniformização do entendimento acerca dessas disciplinas.

VI Decisões que deixem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento

O presente dispositivo guarda certa relação com o inciso anterior, tendo em vista que ambos mostram a obrigatoriedade de aplicação dos precedentes, novidade no direito brasileiro.

Todavia, enquanto o inciso V, do § 1º, do artigo 489, exige do magistrado a observância de confronto entre o precedente ou enunciado de súmula adotado em sua decisão com o caso sob julgamento, o inciso VI do mesmo dispositivo exige do magistrado que, para não aplicar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula invocado por uma das partes, deverá demonstrar a distinção entre eles ou a superação do precedente invocado. Trata esse dispositivo, assim, de dois institutos importantes que têm por finalidade afastar a obrigatoriedade de utilização, pelo magistrado, dos precedentes (em sentido amplo). São eles: *i. o distinguishing*; e *o ii. o overruling*.

Dispõe o inciso VI, do § 1º, do artigo 489, que não será considerada fundamentada a decisão judicial que deixede seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, “*sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*”

A existência de distinção entre o precedente – súmula, jurisprudência ou precedente propriamente dito – revela o *distinguishing*. Por sua vez, a superação de entendimento do precedente invocado pela parte revela o *overruling*.

Dessa forma, toda vez que uma das partes fundar sua pretensão em jurisprudência, súmula ou precedente, incumbe ao magistrado fazer a devida confrontação entre ele e o caso sobapreciação, verificando se é caso de correlação (inciso V), ou se o entendimento

esposado no acórdão paradigma não guarda relação com o julgamento em aberto, e, portanto, há distinção entre eles – *distinguishing*, ou se o entendimento expressado no julgamento paradigma encontra-se superado, razão de ser de sua não incidência – *overruling*.

Averbe-se, que a ENFAM, através dos enunciados 09 e 11, transcritos nas linhas destinadas à explicação do inciso anterior, também se aplicam a esse dispositivo (inciso VI, do § 1º, do artigo 489 do CPC), conforme se vê dos textos enunciados. Assim, é ônus da parte fazer o confronto analítico entre os casos paradigma e sob julgamento, para identificar os fundamentos determinantes entre eles, a existência de distinção ou a superação de entendimento.

Por derradeiro, cabe repisar que as explicações atinentes ao inciso V, do § 1º, do artigo 489 são extensíveis ao que aqui se expôs, em razão da similitude dos temas e também dos enunciados 09 e 11 da ENFAM.

CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil, edificado à luz do modelo constitucional de processo, inseriu, entre as normas fundamentais do processo civil, a garantia constitucional (CF, 93, IX) de fundamentação das decisões judiciais (CPC, 11). Com isso, renovou a atenção dos especialistas no tocante à necessidade de se discutir o tema com maior ênfase.

Como visto, há críticas advindas do Poder Judiciário como um todo, especialmente dos julgadores, que afirmam que a nova "sistemática" formulada pelo novo Código de Processo Civil é capaz de ocasionar a morosidade na resolução das lides, pois passa a exigir um rigor maior na fundamentação das decisões judiciais, o que ocasiona uma "inversão" no quadro hermenêutico.

Entretanto, essas críticas não procedem.

É que, a adoção pela magistratura, de 'modelos' padronizados de decisões, que não se preocupavam com a solução do conflito em concreto, vinha causando profunda inquietação na doutrina e no

legislador, que procuraram, por meio das regras insculpidas nos incisos do §1º, do artigo 489, do novo Código de Processo Civil, impor limites à discricionariedade jurisdicional, limites esses localizados no dever constitucional de fundamentação que atenda às especificidades do caso concreto. Essa foi, com certeza, a razão que levou o legislador do novo processo a impor ditos limites.

Não se condena nem se nega a possibilidade de utilização de certa dose de discricionariedade por parte do magistrado no momento de decidir, até porque tal é próprio da natureza humana, e, apesar de inevitável, não pode ser absoluta. Deve a discricionariedade, destarte, pressupor a obediência a certos limites ditados pela "linguagem constitucional", especialmente aqueles referentes ao dever de fundamentação das decisões judiciais, agora inserta como norma fundamental orientadora do sistema processual civil brasileiro.

Com essas considerações, esperamos ter trazido ao amigo leitor as nossas considerações acerca de tão relevante assunto que, a nosso ver, está longe de findarem as divergências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 ago. 2016.

_____. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 ago. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. Ed. São Paulo, SP: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. **"Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo"**, in FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao**

professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. **A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Interesse Público**, Porto Alegre, ano 6, n. 28, p. 64-90, nov.-dez., 2004.

DONOSO, Denis. **Motivação das decisões judiciais no projeto do novo CPC**. 2014, n.p.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Princípios constitucionais diretores da Jurisdição no Estado Democrático de Direito**. Estação Científica. Juiz de Fora. v. 1. p. 99 – 136. 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador, BA: Ed. Jus Podivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERIANI, Luis Arlindo. **A motivação das decisões judiciais e o novo CPC**. 2015. Disponível em: <www.puc-campinas.edu.br>. Acesso em: 5 ago. 2015.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 35, n. 2, p. 15-46, abr.-jun., 2000.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC**. 2015, n.p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Teoria geral do processo**. 26^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Novo código de processo civil: principais modificações**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: 2002.

HANEWALD, Volkhart. **Do conceito da boa-fé na doutrina e jurisprudência alemã**. Revista Jurídica UNICOC, 2004. Disponível em: <www.dannemann.com.br>. Acesso em: 29 maio, 2016.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KLATT, Matthias. Taking rights less seriously. **A structural analysis of judicial discretion**. Ratio Juris. v. 20, n. 4, p. 506-529, dez., 2007.

KORENBLUM, Fábio. **A polêmica acerca da efetiva motivação das decisões judiciais sob a perspectiva no novo Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 5 ago. 2015.

MacCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo, SP: RT, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Fundamentação das decisões e precedentes no novo CPC**. 2015, n.p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 282.

OAB. **Novo código de processo de civil anotado**. Porto Alegre: OAB RS, 2015. Disponível em: <[http://www.oabrs.org.br/novocpca notado/novo_cpc_annotado_2015.pdf](http://www.oabrs.org.br/novocpca_notado/novo_cpc_annotado_2015.pdf)>. Acesso em 04 abril. 2016.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **Instituições do processo civil e o novo CPC**. Curitiba: J.M. Editora, 2015.

PEREIRA, Clóvis Brasil. A fundamentação das decisões judiciais e o respeito à cidadania. **Revista PROLEGISLIDER**, nº 07, 2015, Disponível em: <www.prolegis.com.br>. Acesso em: 5 ago. 2015.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madri: Trotta, 2003

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 343-347.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito Comparado: A influência do Código Civil alemão de 1900**. Revista Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 29 maio. 2016.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTOS, Regiane Martins dos. **Sentença: novas luzes sobre o problema da fundamentação da sentença conforme o artigo 499, §1º, do projeto do novo Código de Processo Civil**. 2015

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 4, n. 4, p. 323-352.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolsan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. et al. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VILANOVA, Lourival. Norma jurídica: proposição jurídica (significação semiótica). **Revista de Direito Público**, n. 61, São Paulo, p. 12-26, jan./mar. 1982.

WAKI, Kleber de Souza. **Aspectos do novo CPC (I): o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais e o novo código de processo civil**. 2015. Disponível em: <direitoeoutrostemas.wordpress.com>. Acesso em: 5 ago. 2015.

WAKI, Kleber de Souza. **Aspectos do novo CPC (I): o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais e o novo código de processo civil**. 2015. Disponível em: <direitoeoutrostemas.wordpress.com>. Acesso em: 5 ago. 2015.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E SEUS REFLEXOS NO CPC

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém
Aires David de Lima

Introdução

A Emenda Constitucional nº 45/2004 incorporou ao artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, consagrando um direito fundamental há muito almejado não apenas pelos jurisdicionados, mas também por aqueles que buscam uma decisão do Estado na esfera administrativa.

Referida Emenda traz em seu bojo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988, n.p.)

Muitas razões levaram o legislador constitucional a alçar esse princípio como uma garantia a nível constitucional, dentre elas o fator tempo da tramitação das causas interferir de sobremaneira na credibilidade da Justiça, além de causar uma insatisfação social a sensação de as demandas se eternizarem.

Esse novo princípio constitucional vem com a proposta de firmar novos pilares da Justiça em nosso país, uma vez que deita suas raízes em todos os ramos do direito e ainda firma o compromisso de que no âmbito administrativo também devem ser observado seus preceitos.

Assim, compreender este princípio constitucional e suas principais interferências no âmbito do Processual Civil, com a entrada em vigor do novo Código, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, é o intuito deste trabalho.

Procuraremos demonstrar alguns novos artigos, bem como o que o novel legislativo trouxe para implementar este princípio, uma vez que a própria terminologia da palavra “princípio” denota algo que deve ser condensado nas demais regras de direito para que tenha efetividade no mundo jurídico.

Passo crucial e necessário para caminharmos rumo à temática deste trabalho começa por compreendermos o significado da expressão “jurisdição”, da sua origem até como nos apresenta atualmente, uma vez que grande parte das linhas futuras terá a distribuição da justiça como pano de fundo.

Para a desincumbência do desiderato acima proposto cabe-nos uma digressão histórica, em que buscaremos demonstrar que o monopólio da função de julgar pelo Estado é parte de um longo e moroso processo de busca de soluções pacíficas para os conflitos emergentes e uma forma de distribuição da justiça, visando a pacificação social.

Assim, para conhecer os caminhos que nossa sociedade percorreu para se chegar à jurisdição, atribuindo a esta o reconhecimento do qual atualmente ostenta, temos que vasculhar os escaninhos da história. É o que nos propomos a fazer no item que se segue.

1. Antecedentes Históricos

Ubi societas ibi jus é uma premissa há muito consagrada por todos aqueles que se propõe a estudar o direito e concebida de forma intuitiva pelo leigo. Essa assertiva se justifica uma vez que não é possível a coexistência de uma sociedade sem o direito a regular as relações entre seus membros.

A razão da indispensabilidade do direito se apresenta de fácil compreensão, uma vez que este exerce uma função ordenadora na sociedade, ou seja: “de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1993, p. 23).

Assim, cabe à ordem jurídica a missão de conciliar as diversas relações que surgem entre os que compõem esta sociedade visando, em princípio, a promoção dos valores consagrados pela maioria dos seus membros.

Harmonizar estas diversas forças emergentes de uma sociedade em constante mutação vem sendo um desafio cada vez maior para o direito. A globalização aproximou pessoas e culturas, mas também potencializou a ocorrência de conflitos de interesses, tendo em vista o estreitamento das relações comerciais e a rapidez com que a notícia vem sendo veiculada. São novos e candentes desafios que a nova ordem jurídica deve conviver e estar preparada para intervir quando necessário.

Um pequeno esboço histórico dá conta que a jurisdição significou, e ainda hoje é, o melhor, mais prático e solicitado meio de solução dos conflitos de interesse conhecido. A intervenção de um terceiro imparcial que se coloca entre as partes na solução do conflito encontrou no Brasil terra fértil para se disseminar, tendo em vista o pouco interesse da população por formas alternativas de composição de conflitos, demonstrando, ao longo dos tempos, uma verdadeira predileção do brasileiro pelo Judiciário.

No entanto, a história demonstra que um terceiro alheio às partes e investido de função estatal que pudesse “dizer o direito” daí a palavra “[...] *jus dicere, juris dictio*[...] exprime a extensão e o limite do *poder de julgar* de um juiz” (SILVA, 1996, p.27) (grifo nosso), foi fruto de longa e morosa evolução histórica, marcada por avanços e retrocessos, não poucas vezes com uma das fases se intercambiando com a que lhe houvera sucedido.

Assim, segundo estudos de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Ragel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra, nas eras primitivas não havia um Estado forte o suficiente para combater os impulsos individualistas dos homens e impor regras ou normas gerais e abstratas, que sequer havia, por criação do Estado (1993, p. 24).

Assim, alternativa não restava aos particulares a não ser a autopreservação, consistente na necessidade da luta pela própria sobrevivência. Logo não havia de se falar “*Estado de Direito*, ou seja,

o Estado juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis”. (MEIRELLES, 2000, p. 55) (grifo nosso), pois como vimos, pairava um estágio primitivo em que ainda não se cogitava da noção de Estado.

Assim, nesse período não havia quem ditasse as leis, tais como as concebemos hoje, e por consequência, muito menos quem as executasse. Nem se pode argumentar que os usos, costumes e tradições pudessem gozar de certa proeminência sobre os ímpetus individualistas, uma vez que nessa fase carecia de um órgão que se colocasse acima das partes para dizer quem detinha a razão, à vista do caso concreto, e autoridade o suficiente para fazer cumprir essa decisão.

Na conjuntura acima relatada, cada um ditava o seu próprio “direito” e executava segundo suas próprias forças e até mesmo punição aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada. Esse regime de autodefesa era claramente precária, pois não garantia a justiça, “mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido”. (CINTRA, GRINOVER DINAMARCO, 1993, p. 25).

Se analisarmos essa prática sob a ótica da cultura do século XXI, chegaremos facilmente à conclusão de que a mesma era parcial e absurda, não havendo nada de justo e equânime, mas apenas a submissão do mais fraco ao mais forte, pois aquele que apresentasse mais força ou astúcia também detinha o melhor direito.

Não se conhecia ainda um sistema legislativo, o Estado era embrionário, no entanto, os árbitros tinham que se pautar em algumas diretrizes para opinar. Nesse contexto CINTRA, GRINOVER DINAMARCO, esclarecem que “[...] a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes”. (1993, p. 25), ressaltando o curioso fato de que historicamente, surge o juiz antes do legislador.

À medida que o Estado foi se firmando, começou a ter força para intervir nos conflitos e coibir a indiscriminada esfera de liberdade de seus membros. Nesse período passou a chamar para si a missão de distribuir justiça, no entanto, ainda contava com a

colaboração das partes para escolherem esta forma de resolução de seus conflitos, bem como, o compromisso dessas de aceitarem a decisão do árbitro¹.

Com este sistema estamos a um passo da jurisdição, pois a estabilização do Estado é tendência que se confirmou e assim, “[...] completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública” (CINTRA, GRINOVER DINAMARCO, 1993, p. 26).

Por óbvio, que não se pode dar à jurisdição o mesmo significado e alcance da sua origem ou épocas remotas, haja vista que além da evolução científica e doutrinária do direito processual, houve indiscutível e significativa modificação na concepção de Estado e de suas funções.

No ordenamento jurídico brasileiro a autotutela é, de regra, vedada, consistindo em crime o fato de fazer justiça pelas próprias mãos, tipificado no artigo 345 do Código penal nos seguintes termos: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:” (BRASIL, 1940).

O Estado, ao proibir a autotutela, chama para si dever de munir os cidadãos com um instrumento capaz de dirimir o conflito de interesses em que estão envolvidos. Surge o direito de ação movimentando Poder Judiciário, que é o órgão incumbido de prestar a tutela jurisdicional. Assim, o exercício do direito de ação assegura ao jurisdicionado o direito à prestação jurisdicional, direito este que é um reflexo do poder-dever do Estado-juiz de prestar referida tutela.

Considerado um direito público subjetivo do cidadão, o direito fundamental à ação é, portanto, a faculdade garantida pela

¹Os cidadãos em conflito compareciam perante o **pretor**, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido [...]. Em seguida escolhiam um árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa. O processo civil romano desenvolvia-se, assim, em dois estágios: perante o magistrado, ou pretor (*in jure*), e perante o árbitro, ou *judex (apud judicem)*. (CINTRA, GRINOVER DINAMARCO, 1993, p. 26). (grifo dos autores)

Constituição de levar uma pretensão ou um conflito de interesses ao conhecimento do Poder Judiciário.

Com efeito, o direito de ação está expresso na Constituição Federal de 1988, cujo substrato básico consta em seu art. 5º, XXXV, assegurando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.

No aludido dispositivo constitucional encontra-se insculpido o princípio da inafastabilidade da jurisdição, razão pela qual, no Brasil, somente o Poder Judiciário possui jurisdição, com o poder capaz de dizer o direito com força de coisa julgada (Arruda Alvim, 1990, p. 181).

Assim, é fato incontestável que nenhuma lei poderá limitar o acesso de qualquer pessoa ao Judiciário, o que confere ao jurisdicionado o direito de ação em sua acepção mais ampla, dentro do sistema constitucional vigente.

Hodiernamente, o regime de autocomposição sofreu significativo avanço com relação ao seu precursor, pois demonstrou uma maior sociabilidade entre os membros do grupo, sendo que, os conflitantes abrem mão de parte de seus interesses em prol da pacificação dos litígios.

Destarte, a transação, remodelada pelo atual direito, é incentivada pelo Judiciário e consistindo em uma pacífica solução da lide, oportunizando um diálogo entre os próprios litigantes para o fim de chegarem a uma solução consensual de seus conflitos. Oferece diversas vantagens, tais como a prolação de uma simples sentença homologatória, além de, pelo fato de livremente discutirem a causa e chegarem a uma conclusão, gerar convicção de honrarem o acordo empenhado.

Com a assunção da jurisdição, como um dever estatal e direito de cada cidadão, o Estado se representar por juízes, alheios e imparcial com relação a demanda que lhe é submetido, agindo e substituição às partes que não podem fazer justiça pelas próprias mãos.

Portanto, a jurisdição tem sido definida historicamente como sendo o poder-dever do Estado de aplicar o direito ao caso concreto

submetido pelas partes, através da atividade exercida pelos seus órgãos investidos (juízes). Tem por finalidade a composição de litígios, a pacificação social e a realização da justiça. E, por fim, sob o aspecto do agente que exerce a jurisdição, esta é a função ou atividade desenvolvida pelos juízes de direito, investidos pelo Estado no poder de julgar.

Com este monopólio estatal denominado “jurisdição”, é obrigação do Estado prestar relevante serviço de modo eficaz, sendo a celeridade uma de suas facetas.

Com o novel paradigma inaugurado pelo princípio da duração razoável do processo, em comento, sem desconsiderar o todo normativo constitucional, um novo desafio se impõe aos operadores do direito, pois “cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais”. (MARINONI, 2008, p. 47).

Enfoque na proposta acima, analisaremos acerca dos princípios, a fim de compreender sua profundidade e abrangência, bem como estes significam no texto constitucional.

2. Princípios constitucionais

De acordo com a consagrada definição de Mello

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (2004, p. 451).

Por esta definição podemos concluir da importância dos princípios jurídicos, pois espelham os valores mais relevantes do ordenamento, ao mesmo passo que resguardam a sociedade. Podem

ser explícitos ou implícitos, representando não apenas um norte ao intérprete, mas também como vetores na elaboração das leis.

A importância dos princípios sobreleva a conceituações acadêmicas e científicas, tendo em vista que seu alcance e profundidade é matéria que desperta interesse nos estudiosos do assunto.

Muito embora a importância que os princípios desempenham em nosso ordenamento jurídico, não é objeto deste trabalho esgotar o tema sobre o assunto. No entanto, uma pequena mostra de sua amplitude é de bom alvitre para compreensão da matéria vindoura. Assim relevante é a distinção entre estes e as regras.

A doutrina moderna, por especial influência de Dworkin e Alexy, aponta a distinção entre princípios e regras a partir de sua autonomia e função, na medida em que aquelas apontam o que se deve ou não fazer em determinadas situações e estas, por sua vez, representam a essência da ordem jurídica, “revelando valores ou os critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas”. (MARINONI, 2008, p. 49).

Percebe-se, portanto, o grau de adensamento que os princípios e regras representam no ordenamento jurídico brasileiro. Um mesmo princípio pode se condensar em uma série de regras e, utilizando novamente os ensinamentos de Mello, sobre a importância do respeito ao princípio, diz o autor que “violar um princípio é muito mais grave que violar uma norma.” (2004, p. 451).

Sobre a abrangência dos princípios e das regras, importante enfoque dado por Alexy para quem,

[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...]. Já as regras são normas que são sempre ou satisfativas ou não satisfativas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Pela supremacia da Constituição Federal sobre as demais leis, os princípios constitucionais representam as mais importantes

normas que fundamentam a estrutura do Estado e serve de vetor para elaboração e interpretação das leis, alicerçando toda e qualquer produção legislativa e atuação administrativa.

Dentre os diversos princípios encampados pela Constituição Federal, a EC 45/2004 inseriu o da duração razoável do processo no artigo 5º. É o que será objeto de análise no item que se segue.

3. O que pode representar a duração razoável do processo

A prestação jurisdicional entregue em prazo razoavelmente curto não é preocupação hodierna. Êxodo, capítulo 18, traz alguns elementos que nos fazem rememorar alguns desafios ainda vividos e proposta de alternativa para minimização desse drama.

A passagem bíblica acima citada traz Moisés como juiz do povo que conduzia. O sogro de Moisés, Jetro, observou tanto da fadiga a que era submetido seu genro como o desgaste da população que tinha que aguardar sua vez à audiência. Diante do cenário acima desenhado, Jetro, opinou acerca de uma alternativa que poderia minimizar os percalços da população bem como diminuir o fardo de seu genro.

De acordo com o texto bíblico:

13 No dia seguinte, assentou-se Moisés para julgar o povo; e o povo estava em pé diante de Moisés desde a manhã até ao pôr-do-sol.14 Vendo, pois, o sogro de Moisés tudo o que ele fazia ao povo, disse: Que é isto que fazes ao povo? Por que te assentas só, e todo o povo está em pé diante de ti, desde a manhã até ao pôr-do-sol? [...]16 quando tem alguma questão, vem a mim, para que eu julgue entre um e outro e lhes declare os estatutos de Deus e as suas leis.17 O sogro de Moisés, porém, lhe disse: Não é bom o que fazes.18 Sem dúvida, desfalecerás, tanto tu como este povo que está contigo; pois isto é pesado demais para ti; tu só não o podes fazer.19 Ouve, pois, as minhas palavras; eu te aconselharei, [...]21 Procura dentre o povo homens capazes, tementes a Deus, homens de verdade, que aborreçam a avareza; põe-nos sobre eles por chefes de mil, chefes de cem, chefes de cinquenta e chefes de dez;22 para que julguem este povo em todo

tempo. Toda causa grave trarão a ti, mas toda causa pequena eles mesmos julgarão; será assim mais fácil para ti, e eles levarão a carga contigo.²³ Se isto fizeres, e assim Deus to mandar, poderás, então, suportar; e assim também todo este povo tornará em paz ao seu lugar.²⁴ Moisés atendeu às palavras de seu sogro e fez tudo quanto este lhe dissera.²⁵ Escolheu Moisés homens capazes, de todo o Israel, e os constituiu por cabeças sobre o povo: chefes de mil, chefes de cem, chefes de cinqüenta e chefes de dez.²⁶ Estes julgaram o povo em todo tempo; a causa grave trouxeram a Moisés e toda causa simples julgaram eles. (ALMEIDA REVISTA E ATUALIZADA, Ex. 18: 13-26, 1999, p. 111-112)

A passagem acima nos lembra da organização do poder judiciário, a divisão das instâncias e sua hierarquia. No entanto o ponto nevrálgico é a preocupação com que o deslinde da causa submetida a julgamento fosse entregue em um tempo satisfatório. Com a solução apresentada por Jetro, ao menos em parte este problema foi satisfeito.

Avançando na história, temos a preocupação com a demora do processo por parte de um dos mais proeminentes juristas brasileiros. Ainda no século passado advertia aos jovens formandos que pretendesse seguir a magistratura a presteza que necessitariam desempenhar ao escolher tão nobre ofício.

Para o grande Rui Barbosa, ao dirigir suas palavras, como paraninfo, aos jovens formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo advertiu:

É à magistratura que vos ide votar?

Elegeis, então a mais eminente das profissões, a que um homem se pode entregar neste mundo.

[...] Nada se leva em menos conta, na judicatura, a uma boa fé de ofício que o vezo de tardança nos despachos e sentenças. Os códigos se cansam debalde em o punir. Mas a geral habitualidade e a conveniência geral o entretêm, inocentam e universalizam. Destarte se incrementa e desmanda ele em proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustros, ou décadas, em vez de anos.

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa o patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

Não sejas, pois, desses magistrados, nas mãos de que os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.(BARBOSA, 2003, p. 52-53)

Sabemos que o juiz não é o único que intervém no processo, pois muitos outros colaboram para a prestação judicial e suas participações podem interferir na marcha processual.

No entanto, pelo fato de a lei atribuir ao magistrado uma função de condução da lide, conforme apregoa o Código de Processo Civil no seu artigo segundo ao prescrever que “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.” (BRASIL, 2015), o juiz está em uma posição de proeminência sobre os demais partícipes, e, não poucas vezes todas as mazelas de uma decisão serôdia são atribuídas a este.

A morosidade do Judiciário é um dilema que há muito atormenta a vida dos operadores do direito, pois de um lado as partes (ao menos uma) tem interesse em um rápido deslinde da causa. Por outro lado há garantias constitucionais igualmente importantes que devem ser respeitadas, tais como a do contraditório e da ampla defesa.

Conjugare estas diversas forças que intervém no processo não é tarefa fácil uma vez que coexistem interesses contrapostos entre os litigantes, cabendo ao juiz exercer o prudente arbítrio de fiel no deslinde da causa.

Muito embora se reconheça o lugar de destaque na condução do processo exercida pelo magistrado, é importante que se frise que todos os demais envolvidos tem uma parcela de contribuição para uma expedita e justa prestação jurisdicional ao ponto de o Código

de Processo Civil firmar uma obrigação em seu artigo sexto no sentido de que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (BRASIL, 2015)

Como a morosidade continuava sendo um problema para credibilidade da justiça este aspecto não ficou alheio aos órgãos superiores de supervisão e fiscalização do Poder Judiciário.

Assim, em um levantamento realizado entre os meses abril e junho de 2014 pela Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça, dava conta de que a morosidade processual no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram este órgão por meio de sua Ouvidoria².

Por esse meio de comunicação o Judiciário fica mais próximo do jurisdicionado ao ponto de poder atuar, com mais presteza, nas principais mazelas que afligem este Poder.

Assim, já o ano de 2017, o Conselho Nacional de Justiça destaca que noanúário estatístico do Judiciário de uma ladorevela aumento constante do volume de processos sem julgamento e de outro materializa o esforço do CNJ para reverter o fenômeno³.

Com um elevado número de julgamentosdiários, diversas outras questões se impõem. Dentre elas, é a indagação de qual tipo de justiça vem sendo entregue aos jurisdicionado uma vez que os operadores do direito devem estar cômnicos de que a prestação jurisdicional não pode se reduzir apenas em número, e o jurisdicionado não é apenas um elemento de estatística, mas um ser humano que deve ter seus direitos fundamentais respeitados.

²Segundo o mais recente relatório do órgão que atua como canal de comunicação entre o Conselho e a população, dos 5.070 atendimentos realizados pela Ouvidoria, 2.306 foram relacionados à demora no julgamento de ações judiciais e 98% desse total foram reclamações. (BRASIL, 2014, n. p.)

³A série histórica mostra que, desde 2009, saltou de 60,7 milhões para 79,7 milhões a quantidade de processos sem julgamento final. No entanto, nunca os juízes emitiram tantas sentenças, de acordo com o levantamento anual produzido pelo CNJ. (BRASI, 2017, n.p.)

Com efeito, a efetividade da prestação da tutela jurisdicional depende de uma compreensão sistemática das garantias constitucionais do processo. Neste compasso, não depende apenas de previsão de instrumentos e procedimentos adequados, disponibilizar o contraditório e a ampla defesa, mas exige *também* celeridade e não raras vezes urgência na realização do direito material que se busca proteger.

Como se percebe, embora o princípio da celeridade processual tenha galgado ao *status* de garantia constitucional, não se encontra isolado no sistema. É preciso cumprir seus objetivos, assegurada a observância das demais as normas do sistema.

Depreende-se, portanto, que, sendo o processo um instrumento de realização de direitos, tem o dever de proporcionar a tutela adequada e tempestiva sob pena de culminar de inefetividade. Com efeito, de nada adiantaria assegurar o contraditório, a ampla defesa e outras garantias constitucionais de acesso à justiça, se a tutela prestada fosse intempestiva.

Sem embargos dos prazos processuais necessários para concretização dos direitos, inúmeros outros entraves podem surgir na tramitação do processual que podem causar danos irreparáveis ou de difícil reparação ao jurisdicionado, comprometendo a efetividade da ação.

De todo exposto acerca da tramitação do processo sem dilações indevidas ou da duração razoável do processo, como corolário da tutela jurisdicional efetiva, é válido afirmar que se trata de um direito fundamental, o que equivale dizer que o jurisdicionado tem o direito de obter a tutela do direito material trazido ao processo em prazo adequado, sem descuidar da execução imediata da sentença que reconhece o direito material das partes.

4. Princípio da duração razoável do processo no novo Código de Processo Civil

Resgatando fala anterior, em que, perfunctoriamente, mencionamos a importância dos princípios em nosso ordenamento

jurídico, bem como, em especial, do elencado no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal acerca da Duração Razoável do Processo.

Levando em conta o princípio constitucional, o Código de Processo Civil de 2015 traz regra semelhante em seu artigo 4º ao proclamar: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” (BRASIL, 2015).

Assim, podemos perceber que, nesse particular, o Código de Processo Civil não inova a questão, apenas reforça o princípio, acrescentado, contudo, a atividade satisfativa como complemento essencial desta efetiva entrega jurisdicional. Todavia, cuidou de criar mecanismos processuais ou melhorá-los no sentido de dar efetividade ao princípio.

Uma inovação no novel legislativo processual e digna de realce muito embora já aderida por alguns tribunais quando da promulgação do Código, é a previsão dos atos processuais se realizarem de forma digital.

Nesse contexto no seu artigo 193 o CPC apregoa que “Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.”(BRASIL, 2015).

A informatização do Judiciário é, sem dúvida, uma relevante ferramenta para a celeridade processual. Por este moderno meio de peticionar e de modo geral falar nos autos, além da economia que representa com papel, ainda proporciona aos juízes e advogados e parte a comodidade de consultarem e manifestarem nos autos em qualquer lugar que se encontrem, basta, que para tanto, tenham um equipamento eletrônico.

A presença dos advogados no fórum apenas se torna necessária para as audiências, assim, podem os cartorários ter uma maior produtividade, uma vez que não necessitam atender ao público e nem se preocupar com as cargas e devoluções dos autos.

Outra novidade, inimaginável quando da elaboração do Código de Processo Civil de 1973 era a possibilidade de os atos processuais

se realizarem por videoconferência ou qualquer outro meio eletrônico.

O Código de Processo Civil de 2015, seguindo uma tendência de informatização dos atos processuais, estabeleceu esta possibilidade ao apreço em artigo 236⁴.

Esta salutar previsão é mais um passo importante no combate à morosidade tendo em vista o encurtamento das distâncias entre os operadores do direito e o Judiciário.

Também podemos citar a previsão de conciliadores e mediadores judiciais que inaugura a seção V do Capítulo III, do Código, tratando-se de uma salutar inovação com relação ao Código de 73⁵.

Os parágrafos segundo e terceiro do artigo em comento trata do perfil básico do conciliador e do mediador. Como características relevantes, podemos mencionar o fato de que a atuação do conciliador se dará nas causas em que entre as partes não houver vínculo anterior, já o mediador atuará nas causas em que havia um

⁴Art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial.

(...)

§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. (BRASIL, 2015).

⁵Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

(...)

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL, 2015).

vínculo anterior entre as partes, como por exemplo, no direito de família.

A sistemática do Código demonstra, claramente, a promoção do diálogo entre as partes, para que possam elas mesmas chegar a um entendimento e resolver a lide, por si mesmas, apenas cabendo ao juiz decidir se todas as tentativas nesse sentido restarem frustradas.

Assim, vemos que o texto do Novo Código de Processo Civil dá um destaque especial à Conciliação e à Mediação, prevendo e disciplinando sua aplicação em várias oportunidades. Instituições que promovem a autocomposição são destaques para solução célere e consensual dos conflitos, seja judicial ou extrajudicialmente.

Dentre os benefícios e as vantagens da mediação e conciliação, podemos apontar em destaque, dentre outras a maior agilidade na resolução das controvérsias, quer pessoais, familiares ou de negócios e a desburocratização dos procedimentos, uma vez que prevalece o princípio da informalidade nas sessões de mediação ou conciliação.

Inadvertidamente, na prática, esses métodos são pouco ou mal utilizados, podendo-se atribuir, na maior parte das vezes, a falta de empenho tanto das partes quanto daqueles que poderiam auxiliá-las para a solução consensual do litígio, o que resulta na delonga, por anos a fio, de processos que poderiam ter solução mais célere e eficiente.

Outra inovação no texto do novo Código que pode contribuir para a concretização do princípio da duração razoável do processo é a previsão expressa do negócio jurídico processual no art. 190.

O negócio jurídico processual não é novidade no ordenamento jurídico. Todavia, no texto do Código de 1973, a autonomia da vontade para convenções sobre procedimento tinha alcance bastante limitado. Mesmo que de maneira discreta, já era possível negociar determinadas questões de índole processual, como por exemplo, o foro de eleição, a suspensão do processo, o adiamento de audiência, dentre outras situações previstas no CPC/1973.

O CPC/2015 pretendeu alargar o campo de aplicação do contrato das regras do processo, permitindo que as partes fixem o procedimento a ser adotado em um eventual processo envolvendo

os transatores, ou mesmo que modifiquem o procedimento legal, de forma antecedente ou incidental, desde que dentro de determinados limites impostos pela própria lei.

Nesse sentido, a negociação jurídica processual limitava-se às hipóteses tipificadas em lei, admitindo a convenção no processo, apenas quando houvesse expressa autorização legal, inexistindo qualquer faculdade, além das prescritas no regramento processual, para que as partes pudessem negociar.

De maneira inovadora e sem precedente, o novo CPC tratou expressamente em seu art. 190, *caput*, par. único, fez previsão do negócio jurídico processual atípico, ou seja, permitindo às partes litigantes celebrar negócio jurídico processual que não tenha hipótese específica legal.

Por certo, o negócio jurídico confere maior celeridade nos trâmites processuais, posto que partes podem, dentro dos limites dispostos pelo sistema processual, estabelecer novas regras procedimentais, criando um procedimento único, otimizando a duração do processo.

Além da cláusula de eleição de foro (art. 63) e da convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 373, § 3º), o novo Código prevê várias outras hipóteses de negócios processuais típicos, em que as partes podem estabelecer a forma de se praticar o ato processual, tais como: fixação de calendário processual (art. 191); renúncia pela parte ao prazo estabelecido em seu favor (art. 225); suspensão convencional do processo (art. 313, II); o saneamento, a organização consensual do processo e a delimitação dos fatos que serão objeto da prova (art. 357, § 2º); o adiamento consensual da audiência, (art. 362, I); escolha do perito por acordo mútuo (art. 471); a convenção sobre a escolha do arbitramento como forma de liquidação da sentença (art. 509, I); a desistência do recurso (art. 999).

Digno de nota ainda, na busca da celeridade processual, o novo Código de Processo Civil apresenta como pedra angular de sua construção normativa o respeito ao princípio da segurança jurídica e da isonomia. Os órgãos judiciais devam dar tratamento isonômico

aos jurisdicionados, impondo ao Poder Judiciário à obrigação de proferir decisões uniformes a conflitos de interesses semelhantes.

Diversos artigos do novo Código de Processo Civil que trilham esse caminho, especificamente o art. 927 ao firmar a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem os precedentes judiciais.

A título de exemplo, a instituição do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987); do incidente de assunção de competência (rt. 947); e do recurso especial e extraordinário repetitivo (arts. 1.036 a 1.041).

Mesmo sob a égide do CPC/73, há algumas décadas no Brasil há prenúncios de um novo Direito Processual, que coloca em destaque a atuação paradigmática dos órgãos jurisdicionais, notadamente dos tribunais superiores. O intuito dessa mudança é de solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia as demandas de massa e as causas repetitivas, ou seja, as causas cuja relevância ultrapassa os interesses subjetivos das partes.

O CPC/2015 deu mais alguns passos nessa direção, disciplinando novas hipóteses de pronunciamentos judiciais de caráter vinculante, não inaugurando, todavia, um novo modelo de fontes do direito.

O que se objetiva com a adoção de um sistema de precedentes, é oferecer soluções semelhantes para questões que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas, que, conseqüentemente, contribuirá com a celeridade dos trâmites processuais, concretizando, ainda que de forma oblíqua, o princípio constitucional da duração razoável do processo.

Esclarece-se, todavia, que para que essa função seja efetivamente desempenhada, é indispensável que os tribunais velem pela coerência interna de seus pronunciamentos. Por tal razão o novo CPC dedica tratamento especial à valorização da jurisprudência, dispondo, antes de tudo que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926, *caput*).

O novo CPC evidencia a necessidade de uniformização da jurisprudência e de manutenção de sua estabilidade, integridade e coerência (art. 926). Ressalta também a necessidade de respeito à jurisprudência (art. 927 e art. 489, § 1º, V e VI, art. 985, I e II e art. 1.039 etc).

Considerações finais

É fato que, por mais severas as críticas impingidas ao Poder Judiciário e insatisfação de muitos que vão buscar uma tutela, às vezes por não aceitarem a decisão imposta, outras vezes pela demora no deslinde da causa, uma convicção é unânime: não é possível uma sociedade sem um sistema de normas.

No entanto, apenas o direito não é o suficiente para que os particulares se orientem e passem a agir de acordo com esses preceitos ao ponto de haver uma verdadeira harmonia social.

Para que a ordem jurídica seja respeitada e convivência em sociedade se torne viável, é necessário um sistema de sanções. Uma mais brandas como ocorre no Processo Civil em decorrência de uma das partes agir de má fé, por exemplo, ou em total descaso com a justiça, não contestar ou produzir condizentemente suas provas. O direito também prevê sanções mais severas, como as aplicadas pelo Direito Penal para quem cometer as condutas nele previstas, que muito embora de análise relevante não fez parte da proposta deste trabalho.

Seria muita ingenuidade concluir que o sistema de distribuição de justiça está pronto e acabado, nada mais restando a acrescentar, tendo em vista os caminhos já percorridos ao longo da história, uma vez que a sociedade está em constante mutação e o Poder Judiciário não pode ficar alheio a este fato.

A cada momento surgem novas matizes, a esse tão apaixonante tema envolvendo a jurisdição. A legislação é pródiga, o Judiciário tenta acompanhar essa inflação de leis com constante aperfeiçoamento de juízes e capacitação de funcionários para operarem com as novas tecnologias.

Assim, com as providências acima delineadas, somado à implantação e constante modernização dos sistemas, o Judiciário busca prestar uma resposta satisfatória para as demandas que todos os dias batem às suas portas.

Entremeio à legislação e o Judiciário encontra-se o jurisdicionado, que quando ajuíza uma demanda quer ver uma resposta justa e em tempo razoável, sempre preservando o contraditório e ampla defesa, uma vez que em nome de uma suposta urgência não admite que se atropеле princípios universalmente consagrados e que constituem os pilares do devido processo legal.

Atento aos reclames sociais, no ano de 2004 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, acrescentado ao artigo 5º o inciso LXXVIII, que assegurou, não apenas ao jurisdicionado mas também aquele que busca uma decisão administrativa, a duração razoável do processo.

Sem dúvida foi uma relevante e salutar iniciativa do legislador constituinte ao instituir esse princípio que estende seus tentáculos a todos os ramos do direito e já podemos sentir de forma profícua suas manifestações.

O Judiciário se aparelhou e investiu, no entanto, estas iniciativas não foram o suficiente para acompanhar tão vertiginosa ascensão no número de demandas, somado ao fato de o progresso, experimentado nos últimos anos ter potencializado a ocorrência de litígios.

A redução das distâncias, tendo em vista o acesso às comunicações, quebra de barreiras comerciais com o comércio eletrônico, dentre outros fatores pressionaram o legislador a repensar o direito, constituído principalmente sob os moldes individualistas e para atender demandas particulares.

A globalização propôs novos e paradigmáticos padrões de comportamento, influenciando em culturas e costumes. Para uma resposta satisfatória do Judiciário, urgia uma legislação que pudesse dar uma resposta expedita, não às custas de demais garantias já consagradas, mas em sintonia com a complexidade que estas novas relações exigiam.

A Lei 13.105, de 16 de março de 2015 que institui o Código de Processo Civil, foi um considerável avanço, muito embora não esteja imune a críticas.

A inserção do princípio constitucional da duração razoável do processo em seu artigo quarto demonstrou claramente a opção do legislador em também prezar pela celeridade na entrega da prestação jurisdicional.

A possibilidade de alguns atos se realizarem por videoconferência, bem como a consagração do processo digital, demonstrou que o legislador estava atento ao fato de o Judiciário não se alhear das evoluções tecnológicas ocorrida nas últimas décadas.

Também dignas de nota são as audiências preliminar de mediação e conciliação, que, ao oportunizar o diálogo às partes, permitem que estas possam chegar a um acordo que beneficia a ambos sem as delongas naturais do processo, somados ao fato da obrigação moral de cumpri-lo, tendo em vista que voluntariamente se comprometeram.

Trouxe importantes mecanismos de aperfeiçoamento do sistema de precedentes judiciais e, conseqüentemente, de uniformização e estabilização da jurisprudência pátria.

No tocante a cláusula geral de negociação, oportunizou uma via processual de mão dupla, mediante a dialeticidade, a mútua cooperação, a boa-fé e a lealdade processual, adequar o procedimento e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, reduzindo fontes de conflito e de tempo.

Assim, pudemos ver os avanços do Poder Judiciário, tendo em vista as diretrizes do atual Código, que busca, sobretudo, promover a conciliação entre as partes litigantes.

O fato de a Constituição Federal ter alçado a duração razoável do processo como um princípio fundamental, serviu de matriz para posteriores iniciativas legislativas a que sucederam bem como aparelhamento do Poder Judiciário visando dar efetividade a este princípio constitucional.

A profundidade e extensão de tão almejado princípio é possível se aferir em um trabalho dessa envergadura e qualquer conclusão a

que se chegue será sempre precária e provisória, no entanto se esta pesquisa inspirar outros estudiosos a se debruçarem sobre o tema, já nos damos por satisfeitos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A Duração Razoável do Processo como Elemento do Acesso à Justiça**. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo, SP: Martin Claret, 2003.

BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. São Paulo, SP: Sociedade Bíblia do Brasil, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 de jul. 2017.

_____. Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 jul. de 2018.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em 12 jul. 2018.

_____. **Morosidade da Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ**. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. 2014. Acesso em 15 de jul. 2018.

_____. Estatísticas mostram evolução do combate à morosidade na Justiça. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. 2017. Acesso em 15 de jul. 2018.

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 9.ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1993.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. -1.ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CURIA, Luiz Roberto, CÉSPEDES Livia e ROCHA Fabiana Dias da. **Direito – Brasil, Vade Mecum**. – 25. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). **Precedentes judiciais no NCP**. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015

DIDIER JR, Fredier; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais – Volume 3**. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Vol. I. 3. ed. revis. e atual. São Paulo, SP, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócio Jurídicos Processuais**. 2. ed. rev., ampl e atual – Salvador: E. JusPodivm, 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996. V. II e II.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

"Com efeito, pese os dois termos ("direitos humanos" e "direitos fundamentais") sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guarda em geral (e de modo apropriado, assim o pensamos) relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)[...] Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que - no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais - está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente - embora principalmente -, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional"

Ingo Wolfgang Sarlet

The logo for Fundect features a stylized graphic of a series of white dots of varying sizes arranged in a semi-circular arc above the word "Fundect" in a bold, white, sans-serif font.

Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino,
Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul

