Unichristus
Centro Universitário Christus

# ANAIS

## IX ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA
## VII ENCONTRO DE PESQUISADORES
## 2012

DIREITO

Unichristus
Centro Universitário Christus

# ANAIS

## IX ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA
## VII ENCONTRO DE PESQUISADORES
## 2012

DIREITO

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CHRISTUS**
**ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR**

**Reitor**
José Lima de Carvalho Rocha

**Pró-Reitor de Administração e Planejamento**
Estêvão Lima de Carvalho Rocha

**Pró-Reitor de Graduação**
Maurício Lima de Carvalho Rocha

**Pró-Reitor de Pesquisa**
Marcos Kubrusly

**Pró-Reitor de Extensão**
Rogério Frota Leitão dos Santos

**CURSO DE DIREITO**

**Coordenadora Geral**
Gabrielle Bezerra Sales

**Coordenadora Adjunta**
Andreia da Silva Costa

**Coordenadora de Pesquisa**
Ana Stela Vieira Mendes Câmara

IX ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA
E VII ENCONTRO DE PESQUISADORES DO CENTRO
UNIVERSITÁRIO CHRISTUS – UNICHRISTUS

22 e 23 de maio de 2012

# ANAIS 2012

## DIREITO

Unichristus
Centro Universitário Christus

Fortaleza – Ceará
2016

**ANAIS 2012**

©2012 Copyright by Unichristus

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS
**Unichristus**

**Organizadores**
Gabrielle Bezerra Sales
Andréia da Silva Costa
Ana Stela Vieira Mendes Câmara

**Revisão**
Ana Stela Vieira Mendes Câmara

**Coordenação de Design**
Jon Barros

**Programação Visual**
Juscelino Guilherme

**Ficha Catalográfica elaborada por Dayane Paula Ferreira Mota – Bibliotecária – CRB-3/1310**

E56a Encontro de Iniciação à Pesquisa e à Docência (9.: 2012: Fortaleza, CE)
Encontro de Pesquisadores do Centro Universitário Christus - Unichristus 7.: 2012: Fortaleza, CE)

Anais 2012: Direito / IX Encontro de Iniciação à Pesquisa e à Docência; VII Encontro de Pesquisadores do Centro Universitário Christus - Unichristus, 22 e 23 de maio de 2012, Fortaleza, Ceará; organizadoras: Gabrielle Bezerra Sales, Andréia da Silva Costa, Ana Stela Vieira Mendes Câmara. – Fortaleza: EdUnichristus, 2016.

244 p.
ISBN 978-85-99562-91-8

1. Pesquisa científica - Direito. 2. Iniciação à docência - Direito. 3. Pesquisadores - Direito. I. Sales, Gabrielle Bezerra, org. II. Costa, Andréia da Silva, org. III. Câmara, Ana Stela Vieira Mendes, org. IV. Título.

CDD 340

**Impressão**
Gráfica e Editora LCR Ltda.
Rua Israel Bezerra, 633 - Dionísio Torres - CEP 60.135-460 - Fortaleza – Ceará
Telefone: 85 3105.7900 - Fax: 85 3272.6069
Site: www.graficalcr.com.br – e-mail: atendimento01@graficalcr.com.br

# APRESENTAÇÃO

Pesquisar é ir ao encontro do desconhecido. O pesquisador, como aquele que desbrava, se inquieta com o que está em seu entorno. Deseja ousar, ir além. E sonha com algo diferente. Do sonho, nasce um projeto, para o qual destina o que há de mais precioso em si: o seu tempo, o seu olhar, a sua atenção. Planeja e se lança à expedição. Estabelece o ritmo de suas passadas. Depara com imprevistos. Busca soluções. Falha, até. Mas persiste, persevera. Encontra abrigo nas tempestades. Ao se perder, sobe na copa das árvores mais altas. Dali avista veredas e clareiras. E enfim chega. Observa. Desfruta. Sente-se maravilhado, recompensado e fortalecido. Porém, desassossegar-se, descobre, faz parte de sua natureza. E logo se prepara para novos caminhares...

É com muita alegria que apresentamos à comunidade acadêmica uma fotografia dos percursos e aventuras de nossos pesquisadores. Alguns, ainda no início da jornada, participaram de nosso Encontro de Iniciação à Pesquisa e à Docência e nos surpreendem pela qualidade de suas impressões sobre o tão complexo e multifacetado fenômeno que é o Direito. Outros, mais experientes, tem no Encontro de Pesquisadores um espaço para realizar interlocuções e compartilhar suas vivências e os novos horizontes que vislumbram.

Ao proporcionar estes diálogos, o Centro Universitário Christus reafirma o seu compromisso em ser esteio para a produção de pesquisas científicas críticas e socialmente relevantes, também certos de que podemos avançar cada vez mais.

Ana Stela Vieira Mendes Câmara

Gabrielle Bezerra Sales

# SUMÁRIO

## 2012

### ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA

### RESUMOS


A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA: A EXPERIÊNCIA DO PROJETO COMUNIDADE E DIREITOS SOCIAIS ..... 13
*Ana Larissa Gonçalves Lima*

EXCLUSÃO SOCIAL E EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: O PAPEL DO ESTADO NAS ESCOLAS PÚBLICAS PARA A EFETIVA FORMAÇÃO DO CIDADÃO ..... 14
*Ariane Carvalho Rocha de Morais*

A QUEBRA NO SILÊNCIO DA CASERNA ..... 15
*Caio Lucas Nicolau Policarpo*

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS ..... 16
*Carlos Renan Lopes Lima*

O USO DE MOTOCICLETAS E AS SUAS INFRAÇÕES NO TRÂNSITO EM FORTALEZA ..... 17
*Daniella Soares Cavalcanti de Lima*

A PRESENÇA EFETIVA DO PODER JUDICIÁRIO NA SOCIEDADE COMO FATOR DE TRANSFORMAÇÃO E CONSCIENTIZAÇÃO SOCIAL ..... 18
*Eduardo Melo Capibaribe Dias*

UM OLHAR SOBRE AS PERSPECTIVAS E AS IDEIAS NA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS A PARTIR DAS CONCEPÇÕES DEMOCRÁTICAS GREGA E MODERNA ..... 19
*Fredi Falcão de Almeida*

UMA ANÁLISE DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO COM ÊNFASE NA NECESSIDADE DE CONTEÚDO TRANSDISCIPLINAR ..... 20
*Glauton Rogis Silva Nunes*

O NASCIMENTO DA PRIMEIRA ESCOLA BILÍNGUE MUNICIPAL PARA CRIANÇAS SURDAS ..... 21
*Ianna Karla Araújo Matos*

DIREITO E MITO ..... 22
*Natalie Maria Sousa Santos*

A CONSTRUÇÃO DO VEÍCULO LEVE SOBRE TRILHOS COMO INSTRUMENTO DESAFOGADOR DO TRÂNSITO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO À MORADIA ..... 23
*Natássia Cruz Borges*

OS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS GERADOS PELA IMPLANTAÇÃO DOS PARQUES EÓLICOS NO LITORAL DO CEARÁ ..... 24
*Roberta Jéssica N. Freitas*

O TRANSPORTE COLETIVO NA CIDADE DE FORTALEZA ..... 25
*Rômero Ecilio Félix Grangeiro*

AS IES E A MUDANÇA DE PARADIGMA EM MATÉRIA AMBIENTAL: FORMAÇÃO DE MULTIPLICADORES DE UMA NOVA CULTURA SOCIOAMBIENTAL EFETIVA E ECOLOGICAMENTE CORRETA ..... 26
*Suelby S. Lima*

OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS COMO POSTULADO DA REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO ..... 27
*Tamara Timbó Arruda*

AS MÚLTIPLAS ACEPÇÕES DE DIREITOS HUMANOS ..... 28
*Ticyanne Pereira da Silva*

EFEITOS DO IMPACTO AMBIENTAL E ECONÔMICO NA INCLUSÃO DOS CATADORES DE RESÍDUOS SÓLIDOS DO JANGURUSSU NA SOCIEDADE ..... 29
*Widja Liliane P. Queiroz*

**ARTIGOS**

SOCIOLÓGICA EM GILBERTO FREYRE TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL: UMA ANÁLISE....31
*Ana maria Pereira Morais*

"DISTRAÍDOS VENCEREMOS": ENSINO JURÍDICO, ARTE E CULTURA: UM ESTUDO DE CASO....36
*Andréa Micaelle Santos Sousa*

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTATUTO JURÍDICO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002....41
*Arthur Régis Frota Carneiro Araújo*

A NECESSIDADE DE SANÇÃO PARA A EFETIVIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO....47
*Bruna M. Oliveira*

DIREITOS HUMANOS DE MINORIAS À LUZ DA IGUALDADE DE DIREITOS E DIREITO À DIFERENÇA....51
*Bruna Silva Rodrigues*

O DANO MORAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE....54
*Bruno Santos Montenegro*

UMA ANÁLISE DO CONCEITO DE POVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988....60
*Carlos Wendell de Souza Maia*

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO SUBJETIVO....68
*Cleane de Lima Aquino*

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: QUESTÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E DE PROCEDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR POR VIA JUDICIAL....72
*Cristiano Bento Monteiro*

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA PENAL....78
*Daniel Brener de Almeida Maciel*

A APLICAÇÃO DO DIREITO DAS ÁGUAS NO ESTADO DO CEARÁ: SOB O PRISMA DA GESTÃO DAS ÁGUAS DOCES....84
*Déborah de Andrade Aragão*

TEORIAS CRÍTICAS: DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO ÀS NOVAS FORMAS DE PENSAR A CONSTITUIÇÃO....89
*Diego Guedes*

A POSSIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRESIDIR A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA FASE PRÉ-PROCESSUAL DO INQUÉRITO POLICIAL....96
*Elaine Maria Sousa Frota*

OS GRUPOS INDÍGENAS E SEUS DIREITOS CULTURAIS....102
*Fco Jonnathan Santos de Freitas*

A OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA DO PODER FAMILIAR COMO CONDICIONADORA DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL POR CRIANÇA E ADOLESCENTE....105
*Francisco Dejean Nobre de Lima*

A REFORMA POLÍTICO-PARTIDÁRIA E A DEMOCRACIA: UMA DISCUSSÃO ACERCA DO FINANCIAMENTO PÚBLICO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS....112
*Heyde Medeiros Costa Lima*

ANÁLISE JURÍDICA DA OBRA PAPILLON E SUA RELAÇÃO COM O ATUAL SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO....118
*Iasmin Maria Gonçalves Santana*

*ASTREINTES*: MULTA COMINATÓRIA COMO MEIO DE GARANTIA PROCESSUAL À EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS....124
*Jarina Ravanessa Silva Araújo*

A POSITIVAÇÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO....130
*Jarina Ravanessa Silva Araújo*

CIDADANIA NO BRASIL: ALGUNS PARADOXOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988....135
*José Adeildo Bezerra de Oliveira*

A FICÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ....141
*Kelly Coelho Silva*

INTRODUÇÃO À SEGURIDADE SOCIAL: UM ESTUDO ACERCA DAS ESPÉCIES DE SERVIÇO PÚBLICO .....144
*Luana Beatriz Ribeiro Braga*

TUTELA JURISDICIONAL – BUSCA PELA EFETIVIDADE.....149
*Luiz Mendes Filho*

O "CASO CESARE BATTISTI" E O SISTEMA EXTRADICIONAL DA CONTENCIOSIDADE LIMITADA.....155
*Mariana Urano de Carvalho Caldas*

MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL: A QUESTÃO DA EDIÇÃO POR GOVERNADORES E PREFEITOS .....161
*Melissa Morais Falcão de Carvalho*

EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS PARA OS CATADORES DE RESÍDUOS SÓLIDOS: UMA EXPERIÊNCIA NA ASCAJAN.....165
*Naira Montesuma de Vasconcelos*

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO .....171
*Nyrlla Santos Alves*

O STF NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: O JULGAMENTO DA LEI DA FICHA LIMPA.....175
*Raíza Aragão*

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: ESTUDO SOBRE A ACEITAÇÃO DA TEORIA DA MATERIALIDADE CONSTITUCIONAL SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DOS DIREITOS HUMANOS .....180
*Rebeca Costa Gadelha da Silveira*

O DELINEAMENTO DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA PELO STF A PARTIR DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA.....187
*Rebeca Falcão Lopes Mourão*

OS JÚRIS SIMULADOS À LUZ DOS ELEMENTOS PERSUASIVOS.....192
*Rebeca Garcia Guerreiro*

A PERCEPÇÃO DOS IDOSOS, DE SI MESMOS, ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITOS .....197
*Rebeca Suianny R. P. Correia*

A IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....203
*Rodrigo Moreira Mendes Carneiro*

A HORA DO SUJEITO: UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES SÓCIO-JURÍDICAS EM DUAS PERSONAGENS FEMININAS DA LITERATURA ... 207
*Taís Tavares Vieira Pessoa*

O PAPEL SOCIAL E JURÍDICO DAS VÍTIMAS DE PISTOLAGEM .....212
*Thais Montenegro*

OS NOVOS CONTORNOS DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988 – UMA PROPOSTA DE ESTUDO FACE AO REGIONALISMO .....218
*Victor Menezes Barros de Sá*

MANDADO DE INJUNÇÃO E DEMOCRACIA: CRÍTICA DA VIRAGEM INTERPRETAVIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....222
*Lucas Ernesto Gomes Cavalcante*

**ENCONTRO DE PESQUISADORES**

**ARTIGO**

10 ANOS DO CURSO DE DIREITO DA FACULDADE CHRISTUS: RECORTES DE UMA HISTÓRIA .....242
*Gabrielle Bezerra Sales*

Unichristus
Centro Universitário Christus

# IX ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA

# RESUMOS

# 2012

# A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA: A EXPERIÊNCIA DO PROJETO COMUNIDADE E DIREITOS SOCIAIS

*Ana Larissa Gonçalves Lima, autora; Carla Marques Diógenes, coautora*
*Ana Virgínia Porto de Freitas, professora orientadora*

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu artigo 1º, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a cidadania, a qual aparece na Carta Magna carregando um sentido mais amplo do que somente o aplicado em referência aos titulares de direitos políticos. Nesse contexto, a cidadania adquire uma conotação garantidora da inserção dos indivíduos no seio social, no que concerne aos aspectos da educação, da soberania popular e da dignidade da pessoa humana. De acordo com tal conceito, a cidadania se caracteriza como peça basilar para a efetiva consolidação do regime democrático. Para que se possa exercer a cidadania, entretanto, faz-se necessário o conhecimento dos direitos e dos deveres inerentes ao cidadão, que é obtido por meio da educação. Diante disso, o Escritório de Direitos Humanos da Faculdade Christus criou o projeto Comunidade e Direitos Sociais, que, em parceria com o Programa Trabalho, Justiça e Cidadania da Associação dos Magistrados do Trabalho da Sétima Região (Amatra VII), desenvolveu um trabalho anual. Por meio desse projeto, foram visitadas três escolas estaduais profissionalizantes localizadas em Fortaleza: EEEP Joaquim Albano, EEEP Juarez Távora e EEEP José de Barcelos. As intervenções se realizaram em forma de comissões temáticas em que foram suscitados temas referentes a Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito do Consumidor, Lei Maria da Penha, Estatuto da Criança e do Adolescente e Tráfico de Seres Humanos. Tais visitas fomentaram a presença da observação participante em nossas pesquisas, caracterizando a metodologia como exploratória e, também, bibliográfica. Dentre os resultados observados, destacam-se: a) o interesse do corpo docente em participar das comissões temáticas desenvolvidas pelo projeto Comunidade e Direitos Sociais; b) o envolvimento espontâneo dos alunos no sentido de se interessarem pelos temas e pela obtenção de novos conhecimentos; c) a grande quantidade de dúvidas suscitadas pelos alunos; d) a anuência dos alunos em serem multiplicadores do conhecimento obtido dentro do seio familiar e social. Constata-se, portanto, a partir dos resultados observados bem como da pesquisa bibliográfica, que a educação em direitos humanos é imprescindível ao verdadeiro exercício da cidadania, pois, apenas com o conhecimento de seus direitos e deveres, os indivíduos podem agir de forma a exigir a efetivação dos primeiros e a cumprir os últimos, inserindo-se na sociedade como cidadãos atuantes.

**Palavras-chave:** Cidadania. Direitos Humanos. Educação.

# EXCLUSÃO SOCIAL E EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: O PAPEL DO ESTADO NAS ESCOLAS PÚBLICAS PARA A EFETIVA FORMAÇÃO DO CIDADÃO

*Ariane Carvalho Rocha de Morais, autora*
*Ana Virgínia Porto de Freitas, professora orientadora*

A exclusão social é algo presente na sociedade brasileira, e os excluídos, em sua maioria, pobres e negros. Nesse contexto, a sociedade é marcada pela individualidade dos cidadãos e põe, à margem, esses excluídos, como se estes não fizessem parte do corpo social. É sabido que o Estado tem um papel fundamental para a formação do cidadão, visando a que ele tenha pleno conhecimento dos seus direitos e capacidade para lutar por eles. Assim, essa pesquisa objetiva mostrar o papel do Estado dentro das escolas públicas profissionalizantes do Estado do Ceará para a formação do verdadeiro cidadão. Não se trata do indivíduo que é cidadão porque vota, mas do indivíduo que é cidadão porque conhece seus direitos, luta por eles e participa da vida política da sociedade em que convive. A metodologia empregada foi a pesquisa de campo observatória proporcionada pelo projeto extensionista Comunidade e Direitos Sociais desenvolvido pelo escritório de Direitos Humanos da Faculdade Christus. Constatou-se que a maioria dos alunos das escolas não conheciam direitos básicos, como os relativos ao trabalho e ao consumo. Verificou-se, também, a total ausência do Estado em promover políticas públicas para implementação de programas que visem à promoção desses direitos, permitindo, assim, que esses adolescentes se tornem cidadãos excluídos do corpo social. Ademais, percebeu-se a importância da educação em direitos humanos para evitar a exclusão do indivíduo da sociedade, pois, somente com educação, haverá o efetivo exercício da cidadania. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96) tem como um dos seus objetivos o preparo para o trabalho e para o exercício da cidadania. Nesse contexto, pode-se verificar, nas escolas, a importância dada por elas à qualificação para o trabalho, visando a que o adolescente saia de lá preparado para exercer uma profissão. Diferentemente, percebeu-se total descaso com os adolescentes no sentido de que eles tenham real consciência do exercício da cidadania. Desse modo, teremos cidadãos formados para serem apenas mão-de-obra, para suportar o crescimento econômico, e não cidadãos participantes da vida política da sociedade. Além do mais, somente com a educação em direitos humanos, constrói-se uma verdadeira democracia. Não há como falar em democracia quando os indivíduos não estão no mesmo patamar de escolhas e de igualdade. Destarte, justifica-se essa pesquisa por ser ela instrumento de mobilização social, visando a mostrar para a sociedade a importância da educação em direitos dentro das escolas para se evitar a exclusão social dos indivíduos. Todo o corpo social, com o Estado, deve mobilizar-se para evitar tais exclusões, pois se vive em coletividade, e, enquanto houver exclusão, haverá desrespeito à dignidade humana e não haverá uma democracia efetiva. Portanto, a importância social do projeto Comunidade e Direitos Sociais é o desenvolvimento de um trabalho em escolas públicas do Estado do Ceará, visando à promoção dos direitos sociais, buscando a formação plena do cidadão e a disseminação de uma nova democracia.

Palavras-chave: Exclusão Social. Educação em Direitos Humanos. Cidadão.

# A QUEBRA NO SILÊNCIO DA CASERNA

*Caio Lucas Nicolau Policarpo, autor*
*Sandra Helena Lima Moreira, Prof.ª orientadora*

As últimas greves da Polícia Militar e dos Bombeiros Militares do Estado do Ceará levam à reflexão acerca das marcantes contradições que existem no denominado Estado Democrático de Direito no Brasil. A maior referência dos princípios gerais do Direito, a Constituição Federal, nomeada por ocasião de sua promulgação de Constituição Cidadã, abriga preceitos que violam o direito inalienável do respeito à dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão. Este estudo busca apontar a inquietação em relação à quase unanimidade dos juristas que interpretam como inconstitucional a aludida greve, por entender que o direito de greve se inscreve no âmbito dos direitos fundamentais. A norma específica confronta-se, assim, com o princípio da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana. A metodologia adotou pesquisa bibliográfica doutrinária e dogmática, outras fontes informativas midiáticas, além de pesquisa exploratória de campo. Ao analisar a disposição, a organização e a atuação do suporte burocrático do Estado diante desse impasse militar com impactos diretos na ordem e na segurança social, devem-se observar as causas fundamentais do litígio, bem como os seus padrões legais e morais. Essas causas estão devidamente elencadas de modo material na Constituição Federativa do Brasil, uma vez que as reivindicações estão pautadas na melhoria salarial, na redução da jornada de trabalho e na anistia aos militares envolvidos. A última reivindicação remete à conscientização de que a formalidade legal impede o direito substantivo, ou seja, aquele abrigado constitucionalmente em favor dos trabalhadores de lutarem por condições salariais dignas. Os militares clamaram o perdão por lutarem pelos seus direitos, uma vez que a mesma autoridade governamental que invoca a inconstitucionalidade do movimento adota postura antidemocrática - igualmente inconstitucional - permeada pela obscuridade do silêncio, desrespeito à categoria tão importante para a sociedade e para a manutenção da própria normalidade e proteção estatal. Assim, o Estado Democrático de Direito, ao tempo em que correlaciona a seara do Direito com os parâmetros fundamentais da justiça, da razoabilidade e da legalidade, vem propor limites para organizar e perpetuar os pilares sociais democráticos. O direito de greve pressupõe o direito ao litígio, no entanto, pautado no Estado Maior e na análise fria dos princípios constitucionais, tal direito é ceifado dos policiais militares que constituem a força legal de manutenção da segurança pública e defesa da cidadania. Dessa forma, existem flagrantes contradições entre normas constitucionais, merecendo que a restrição legítima ao direito de greve, em face da atividade militar, seja condicionada igualmente ao cumprimento das obrigações do Estado em relação a esses profissionais. O juramento de proteção à sociedade e manutenção da ordem pública, a adesão aos princípios de hierarquia e disciplina não podem subordinar direitos individuais fundamentais que obstruem a incolumidade da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Direito de Greve. Polícia Militar. Inconstitucionalidade.

# FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

*Carlos Renan Lopes Lima, autor; Pedro Augusto Fernandes Sales Neto, coautor*
*José Haroldo Guimarães Filho, professor orientador*

Após o surgimento dos direitos sociais, a Constituição Federal de 1934 trouxe alguns benefícios para os trabalhadores. Nesse contexto, o Estado passou a interferir nessa relação de direito para garantir que o trabalhador não fosse submetido a tratamento desumano, pois refere-se a uma condição de hipossuficiência em que o mais fraco é submetido à econômica lei do mais forte. As relações de trabalho passaram a ser regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), e, nesta, estão os direitos mínimos assegurados ao empregado. A Organização Internacional de Trabalho (OIT) influencia nas garantias de condições mínimas de trabalho. Há, atualmente, uma polêmica no que se refere à flexibilização do Direito do Trabalho. A principal questão a respeito desse tema é a modernização das Leis brasileiras para assumirem as mais diversas formas. As únicas formas de flexibilizações previstas no Brasil são a diminuição da jornada de trabalho, a redução salarial, mediante acordo ou convenção coletiva, previstos na Constituição Federal de 1988, e o trabalho temporário previsto na Lei 6.019/74. A flexibilização seria uma forma de conceder possibilidades para a contratação de empregados, valendo-se da convenção coletiva, assim, o empregador deixaria de cumprir o disposto em lei, e prevaleceria a autonomia das partes nos contratos, em que a lei não interferiria tanto. O Procurador-Chefe do Ministério Público do Trabalho do Estado do Ceará, Nicodemos Fabrício Maia, explica que alguns confundem o fenômeno da desregulamentação com a flexibilização das leis trabalhistas. A primeira é dada pela ausência de dispositivo legal para intervir nas relações de trabalho; a segunda é a flexibilização de um dispositivo legal já existente que intervém na relação laboral. A flexibilização das leis trabalhistas é oportunizada pela Constituição Federal de 1988, por meio único de convenções ou acordos coletivos, que tem o escopo de ponderar os direitos laborais, em prol de melhores condições de emprego de modo geral. Existe uma polêmica, pois o convencionado não pode ser entre o empregador e o empregado, mas, sim, em conformidade com a lei, respeitando os critérios normativos. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) vem entendendo que as convenções que tratam da redução de jornadas de trabalho e da redução salarial são válidas. O empresário, no Brasil, paga um encargo muito alto para contratar um empregado, o que vai dificultar a geração de novos postos de trabalhos, com isso, a flexibilização seria bom para diminuir a onerosidade na contratação, gerando mais empregos, mas, por outro lado, a flexibilização pode ser usada para aumentar a exploração da mão de obra, desrespeitando os direitos sociais, visando, apenas, a um lucro maior para as empresas. Verifica-se que a flexibilização pode ser muito perigosa, caso não haja a participação do Estado protegendo o trabalhador, pois pode haver a exploração da mão de obra e acarretar um dano muito grande à saúde do trabalhador.

**Palavras-chave:** Flexibilização. Direitos Sociais. Contrato de Trabalho.

# O USO DE MOTOCICLETAS E AS SUAS INFRAÇÕES NO TRÂNSITO EM FORTALEZA

*Daniella Soares Cavalcanti de Lima, autor; Antônia Mônica A. Moraes, coautor*
*Elizabeth Fiúza Aragão, professor orientador*

Com o maior poder aquisitivo da população de Fortaleza, o número de veículos aumentou consideravelmente. Acompanhados a esse crescimento, vieram grandes problemas, como congestionamentos e lentidão no trânsito. Para fugir de tais problemas, muitas pessoas e alguns estabelecimentos comerciais adotaram a moto como forma de ganhar maior mobilidade e velocidade no trânsito. No entanto, notifica-se que, no quesito segurança, a moto adquire seu ponto negativo, pois dados estatísticos mostram que a maioria dos acidentes fatais acontece com os usuários de motos. Com isso, buscou-se observar e analisar tais problemas, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e documental e da pesquisa exploratória de campo. A pesquisa bibliográfica foi feita por meio da internet, visando a entender os motivos responsáveis por esse alto índice de infrações; identificar o local onde ocorrem mais multas; perceber o comportamento ilícito dos motoqueiros no trânsito; e diagnosticar o que órgão responsável necessita fazer para controlar essa situação. Após a coleta desses dados, foi feita a pesquisa de campo utilizando a observação simples, que teve como base a ida à Avenida Dom Luís em horários alternados durante o dia, por um período de 5 dias, para observar as condições dos motoqueiros. Constatou-se que alguns motoqueiros andavam sem capacete, driblando os carros, não ocupando o lugar deles exigido pelas leis de trânsito e trafegando em velocidade acima do permitido. O crescimento da frota de motos é um dos motivos para o aumento de infrações. Segundo o art. 52 do Código de Trânsito Brasileiro "Os condutores de motocicletas, motonetas e ciclomotores só poderão circular nas vias: I) utilizando capacete de segurança, com viseira ou óculos protetores; II) segurando o guidom com as duas mãos; III) usando vestuário de proteção, de acordo com as especificações do CONTRAN."; e também o art. 162 do Código de Trânsito Brasileiro "Dirigir veículo: I) sem possuir Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para dirigir; Infração gravíssima. II) com Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para dirigir cassada ou com suspensão do direito de dirigir, infração gravíssima."**** De acordo com o DETRAN, a maioria das multas é aplicada na periferia, e um dos principais motivos é a falta de uso do capacete. Além disso, pessoas dirigem sem habilitação e cometem outras infrações, como exceder velocidade, dirigir embriagado e transportar mais pessoas do que o permitido. O DETRAN determina que todo veículo de duas ou três rodas tenha uma autorização especial, e, caso o motor deste não possua mais de 50 cilindradas e a velocidade máxima não ultrapasse dos 50 quilômetros por hora, é considerado um ciclomotor. Segundo o *site* da Câmara Municipal de Fortaleza, o plenário da Câmara Municipal realizou uma audiência para discutir a problemática dos acidentes de trânsito, tendo como foco as motocicletas. Tramita, no Legislativo Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) para a descaracterização dos mototaxistas como profissão, e uma das justificativas, de acordo com o vereador Iraguassu Texeira (PDT), é de que o aumento dos acidentes de trânsito é consequência dessa atividade. A partir desses resultados, percebe-se que as leis de trânsito e suas sanções não são suficientes para controlar as infrações ocorridas. Porém, o DETRAN já começou a implantar fiscalizações e exigências mais fortes, como exigir habilitação, pois, na periferia, muitos utilizam motocicletas sem portá-la.

**Palavras-chave:** Motocicletas. Trânsito. Acidentes. Infrações.

# A PRESENÇA EFETIVA DO PODER JUDICIÁRIO NA SOCIEDADE COMO FATOR DE TRANSFORMAÇÃO E CONSCIENTIZAÇÃO SOCIAL

*Eduardo Melo Capibaribe Dias, autor*
*Ana Virgínia Porto Freitas, professora orientadora*

A sociedade brasileira encontra-se descrente da proteção que deveria receber da máquina estatal, pois esta, que deveria ser a função precípua de um Estado Democrático de Direito, parece ser anulada, ou, simplesmente, esquecida pelos Poderes Executivo e Legislativo, restando ao Judiciário tentar solucionar conflitos e carências da população, respeitando o mínimo existencial e reserva do possível. O objetivo principal desta pesquisa é mostrar a real importância que o Poder Judiciário tem para sociedade ao atuar como um agente de mudança social, seja apreciando lesão ou ameaça de lesão a direitos que o tire da inércia, seja consolidando entendimentos jurisprudenciais ou, principalmente, fazendo-se presente nas comunidades por meio de visitas *in locu* dos magistrados, levando importantíssimas noções de direitos, deveres e cidadania a uma fatia social marcada pela pedagogia do oprimido. A metodologia aqui empregada foi bibliográfica e exploratória, mediante visitas às escolas profissionalizantes de Fortaleza inseridas no projeto **Trabalho, Justiça e Cidadania** idealizado pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) em parceria com o projeto **Comunidade e Direitos Sociais** da Faculdade Christus. Por meio desta pesquisa, constatou-se o seguinte: a) a falta de conhecimentos mínimos pelos alunos e muitos docentes sobre direitos e garantias fundamentais que, consequentemente, os impedem de serem cidadãos conscientes que lutam pelos seus ideais; b) a existência de um distanciamento ainda muito grande entre a comunidade como um todo e o Estado, sendo tal conclusão obtida a partir da observação da geral excitação e espanto dos alunos ao receberem, pela primeira vez em suas escolas, os magistrados que, de igual forma, não aparentavam estar completamente à vontade no **novo** local de trabalho; c) um grande interesse pelos alunos e pelos docentes em aprenderem sobre seus direitos, questionando, freneticamente, os alunos integrantes do projeto **Comunidade e Direitos Sociais** e os magistrados nos encontros realizados; d) grande preocupação entre os dirigentes das escolas em não serem abandonados pelos projetos ao longo do ano, pois relatam que sempre são esquecidos pelas instituições privadas que prometem ajudá-los e pelo próprio Estado que, só em não ter como meta efetivar a conscientização política e social da população, já abandona, naturalmente, a comunidade; e) a transformação dos alunos e docentes ao final do projeto, sendo clara a empolgação de todos em por em prática e disseminar o conteúdo aprendido, visando a se tornarem agentes multiplicadores de conscientização social. Percebeu-se, então, que a determinação de parte do judiciário em sair do seu formal e confortabilíssimo isolamento institucional e ir a campo tentar mudar a realidade de parcela da comunidade, com certeza, acarretou uma transformação social que, ainda que muito tímida, pôde gerar a esperança de uma futura efetivação de uma real cidadania democrática, fazendo-se entender que é de fundamental importância que haja uma sincera presença física de todos os Poderes na sociedade que tanto clama por ajuda, mudança, melhoria e esperança, sendo, dessa forma, tal presença um fator de transformação e conscientização social.

**Palavras-chave**: Poder Judiciário. Direitos e Deveres. Sociedade. Comunidade e Direitos Sociais. Trabalho, Justiça e Cidadania.

# UM OLHAR SOBRE AS PERSPECTIVAS E AS IDEIAS NA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS A PARTIR DAS CONCEPÇÕES DEMOCRÁTICAS GREGA E MODERNA

*Fredi Falcão de Almeida, autor*
*Ana Virgínia Porto de Freitas, professora orientadora*

As diferenças encontradas entre as concepções de democracia grega e moderna são fundamentais para se fazer um corte epistemológico e, consequentemente, trabalhar com as ideias e os conceitos formulados em suas épocas. A democracia representativa é a base dos Estados Democráticos na atualidade, sendo fruto de trabalhos filosóficos encontrados anteriormente ao século das luzes, mas que só ganhou apoiadores e sistematizadores de tais ideias e, posteriormente, a sua concretização, com a ascensão da burguesia, tendo como escopo a queda dos regimes absolutistas, mas sem negar a leve inspiração grega. Contudo, vale lembrar que a evolução do pensamento acarreta a construção de novos conceitos, sendo inimaginável falar em Direitos Humanos, base das garantias constitucionais dos Estados Democráticos de Direito, em período que o direito era concentrado na figura da *pólis.* Portanto, como construção histórica e filosófica evidenciada com a evolução do êxito e da inspiração dos princípios instituídos pela Revolução Francesa, o estabelecimento dos Direitos Humanos é algo que norteia a atividade democrática atualmente. A educação possibilita a formação e a instrução de novos atores sociais, mais aptos e conscientes das decisões tomadas, além dos direitos que têm e devem respeitar diante da vida em sociedade. Porém, o que se observa na realidade brasileira, tirando o espaço consolidado da educação formal, é a ênfase no sentido da educação para cidadania, ao qual ensina, com maior destaque, a importância do sufrágio, da documentação necessária que se deva ter, de direitos individuais imprescindíveis, menosprezando e não captando a educação em Direitos Humanos, incorrendo em erro, uma vez que é essencial a junção de ambas para formação do indivíduo. A questão que merece investigação nessa pesquisa é: Como conseguir efetivar a presença da educação para cidadania e da educação em Direitos Humanos, no atual contexto brasileiro? O presente trabalho objetiva investigar que somente a educação para cidadania é insuficiente para formação do indivíduo. Como objetivo específico, analisa-se a efetividade da implementação do modelo de educação voltado para prática de educação para cidadania e educação em direitos humanos. A metodologia utilizada foi baseada em uma pesquisa essencialmente bibliográfica, teórica, descritiva e exploratória. Constata-se, no âmbito da pragmática, que a educação formal aliada à repetição sem significado de direitos já consolidados não ajuda a preservar o ideal e a construção de pensamentos, os quais fazem parte da constituição da pedra angular democrática. Por fim, verifica-se que a implementação da educação para cidadania e da educação em direitos humanos são essenciais para formação dos futuros atores sociais, pois terá os devidos conhecimentos para exercer e cobrar, por parte do Poder Público, os seus direitos e os dos que chama de sua comunidade.

**Palavras-chave**: Democracia. Direitos Humanos. Educação para Cidadania. Educação em Direitos Humanos. Eficácia.

# UMA ANÁLISE DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO COM ÊNFASE NA NECESSIDADE DE CONTEÚDO TRANSDISCIPLINAR

*Glauton Rogis Silva Nunes, autor*
*Fayga Silveira Bedê, Profa. Dra. Orientadora*

O modelo de ensino jurídico tradicionalmente, no Brasil, fez-se nos moldes do positivismo legalista. Formar profissionais preparados para lidar com as leis, interpretando-as e aplicando-as com eficiência foi, via de regra, o marco metodológico nas academias brasileiras. Numa sociedade tão plural e tão complexa como a que se apresenta hoje, necessita-se de profissionais muito mais preparados e conectados com a realidade a sua volta, já não sendo suficiente o estrito conhecimento da técnica jurídica para atender às novas demandas. Um novo olhar metodológico se faz necessário para fazer face às sociedades pós-modernas. Cada vez mais, acentua-se a distância entre a legislação e as contínuas mudanças sociais. É necessário um alargamento do horizonte hermenêutico do alunado, por meio da ampliação de sua bagagem cultural, a fim de obter uma formação plural e transdisciplinar, condizente com os novos desafios do mercado profissional. Com uma metodologia pioneira, a Faculdade Christus inseriu, na grade curricular do primeiro semestre do Curso de Direito, a disciplina de Tópicos Especiais em Direito I, visando a despertar nos alunos o interesse e o prazer pela leitura, a partir do pressuposto de que a interpretação do texto normativo pressupõe a familiaridade com os processos cognitivos de interpretação textual. Com foco no ENADE, utilizam-se métodos alternativos para despertar e fomentar o conhecimento da história da arte, da música popular brasileira e da literatura contemporânea, nacional e estrangeira. Júris simulados, também, são ferramentas utilizadas para enfrentar discussões transdisciplinares ao universo jurídico. Por fim, a disciplina convida a uma reflexão metódico-epistemológica, uma carta de alforria ao pensar do Direito, dando suporte teórico para essa aventura, que é a formação de sujeitos livres para pensar, discutir, analisar, reinventar e aplicar o Direito a partir do exercício autônomo do livre-pensamento.

**Palavras-chave:** Ensino Jurídico. Formação Cultural. Interdisciplinaridade. ENADE.

# O NASCIMENTO DA PRIMEIRA ESCOLA BILÍNGUE MUNICIPAL PARA CRIANÇAS SURDAS

*Ianna Karla Araújo Matos, autora*
*Martha Priscylla Monteiro Joca Martins, Professora Msc. Orientadora*

Segundo dados do último senso, a população surda em Fortaleza é de aproximadamente 6000 pessoas. Por questões socioeconômicas e políticas, muitos não tiveram acesso à educação. Mesmo entre os que tiveram a oportunidade de frequentar a escola, há insatisfação quanto à metodologia adotada nas Escolas Inclusivas. O artigo 54, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), afirma ser dever do Estado assegurar uma educação especializada às crianças com deficiência. Nesse contexto, o que se objetiva descobrir é se o ensino bilíngue para surdos é a melhor forma de concretizar o direito à educação de tais crianças. A metodologia utilizada na pesquisa foi teórica e de campo, com realização de entrevistas semiestruturadas a surdos defensores de um ensino bilíngue, professores (surdos e ouvintes) e intérpretes da Língua Brasileira de Sinais (Libras). A grande reivindicação do povo surdo é a criação de uma escola bilíngue, por meio da qual aprenderão Libras como sua língua materna (L1) e o Português como segunda língua (L2). Ressalte-se que, sendo Libras a língua natural para os surdos, é crucial que o primeiro contato seja logo na infância, para que se otimize a absorção de outros conhecimentos, utilizando-se a língua de sinais como ferramenta. Atualmente, em Fortaleza, as escolas que mais se aproximam do anseio de um ensino bilíngue para surdos são a Filipo Smaldone – atua em convênio com a Prefeitura Municipal de Fortaleza – e o Instituto Cearense de Educação de Surdos (ICES). No entanto, tais instituições ainda não adotam plenamente a metodologia reivindicada pela comunidade surda. Importante lembrar que a metodologia apresentada pelo Ministério da Educação para sanar o problema da inclusão dos surdos no sistema educacional seria a presença de um intérprete em sala, que traduziria a aula para Libras. O que se questiona é em que medida tal sistema educacional poderá concretizar o direito à educação das crianças surdas, uma vez que pode ocorrer de um bom intérprete não ser tão bom professor. Além disso, tais crianças estão em fase de aquisição da língua materna e de sua identidade surda, expressão à qual largamente recorre o Movimento. Diante de tal insatisfação, organizou-se o Movimento Bilíngue (nacionalmente articulado), indo a Brasília em ato de manifestação, em maio de 2011. O que se observa é que, depois de inúmeras pressões por parte da comunidade surda nacional, o Governo Federal começa a reconhecer a importância do Ensino Bilíngue, culminando na inclusão deste no Plano Nacional de Educação, em maio de 2012. A criação da Escola Bilíngue Municipal é uma vitória sem par para a comunidade surda fortalezense, pois é o resultado de anos de luta por um ensino justo às crianças surdas, o qual as coloque em situação de paridade com os ouvintes, permitindo uma inserção na universidade, no mercado de trabalho e na sociedade, equiparando-os em oportunidades.

**Palavras-chave:** Libras. Escola Bilíngue. Comunidade Surda.

# DIREITO E MITO

*Natalie Maria Sousa Santos, autora*
*Nicodemos Fabrício Maia, professor orientador*

O Mito participa da estrutura e da formação do pensamento jurídico desde sua gênese até seu desenvolvimento atual. Esse processo de formação e amadurecimento, porém, é pouco explorado e conhecido da comunidade jurídica moderna. Esta pesquisa tem por escopo contribuir e fomentar o estudo, o debate e a análise do elemento mítico e sua vinculação com determinados institutos e princípios jurídicos, como são os casos da escravidão e da justiça. A própria natureza do Direito teria se enraizado no mundo do imaginário social, abrindo espaço para a crença na sua vocação sagrada, na sua base racional, na sua estrutura lógica e, hoje, na força da persuasão e da argumentação do discurso jurídico. Nesse sentido, a antropologia tem disponibilizado importantes ferramentas para ampliação do debate que se trava no plano cognitivo entre os mundos do real, do simbólico, do imaginário e do virtual. Importantes teorias de matizes antropológicas têm incrementado o aprofundamento e a análise do Direito à luz de decisões judiciais que imprimem e consagram a ideia de ficção jurídica para justificação de realidades que não encontram explicação e amparo no conhecimento científico. A diferenciação entre o pensamento mítico e o jurídico ajuda-nos a encontrar pontos de contato e de simetria que aproximam ainda mais os níveis de compreensão de problemas jurídicos insolúveis à luz de elementos exclusivamente jurídicos. Com isso, percebeu-se que esses mundos, longe de antagonismos, encontram fortes ingredientes de integração e estruturação social, o que facilita a compreensão e a eficácia de normas jurídicas muitas vezes distantes de realidades sociais opacas à sua penetração no meio social. Isso é compreendido a partir de exemplificações que enriquecem o processo de formação do Direito, desde a etimologia de conceitos largamente utilizados no jargão jurídico, a exemplo das deusas da mitologia grega, Têmis e Díke, que remetem à significação de lei, autoridade e processo até ainda à consagração de símbolos e mitos que alimentam esse imaginário social, como é o caso da balança e da espada e os mitos do Estado, do trabalho infantil e da escravidão moderna, todos pautados em falsas ideologias que impulsionam o paternalismo estatal e a exploração do capitalismo sobre a classe menos favorecida. Acredita-se, desse modo, que o Direito deve travar um diálogo com o pensamento mítico no sentido de compreender melhor realidades sociais e econômicas somente perceptíveis e compreensíveis por meio dessas competências cognitivas.

**Palavras-chave**: Mito. Direito. Símbolo. Estruturalismo. Ficção Jurídica.

# A CONSTRUÇÃO DO VEÍCULO LEVE SOBRE TRILHOS COMO INSTRUMENTO DESAFOGADOR DO TRÂNSITO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO À MORADIA

*Natássia Cruz Borges, autora*
*Elizabeth Fiúza Aragão, professora orientadora*

*Light rail*, Veículo Leve sobre Trilhos (VLT) ou Metrô Leve é uma espécie de trem ou comboio urbano e suburbano de passageiros, que apresenta equipamento e estrutura os quais são tipicamente mais **leves** que os usados normalmente em sistemas de metrô e de ferrovias de longo curso, pois são normalmente alimentados por eletricidade. Há, em Fortaleza, uma licença já aprovada para construção desse meio de transporte, que ligará o bairro Paragaba ao bairro Mucuripe e que é a principal obra de mobilidade urbana do Ceará para Copa de 2014, com o fito de organizar mais o trânsito da Cidade. Porém, tal construção esbarra em uma série de problemas, tendo em vista que o trajeto envolve 12,7 km, dentro dos quais estão instaladas 22 comunidades que teriam de ser removidas para implantação do VLT. Neste sentido, verifica-se o choque entre o Direito ao desenvolvimento e o Direito à moradia, ambos consagrados na Constituição Federal de 1988. Objetiva-se, no entanto, analisar a colisão supracitada. Para tanto, procedeu-se à pesquisa bibliográfica e à pesquisa de campo, por meio do acompanhamento em uma das comunidades que será atingida pela desapropriação. Aproximadamente cinco mil famílias sofrerão a medida imposta pelo Poder Público, todas elas já consolidaram sua posse, assim como as condições de moradia, trabalho, acessibilidade, saúde e educação no local, e, como relatam os moradores mais antigos, as moradias são passadas de geração em geração, há muito tempo. Diante dessa realidade, a Defensoria Pública do Estado do Ceará impetrou Ação Civil Pública contra o Estado do Ceará e a Superintendência Estadual do Meio Ambiente, em defesa dessas famílias, pois o que se verifica no Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), elaborado para tal projeto, é o fato de, em vários trechos da linha a qual o Governo pretende construir, haver o desvio de grandes empresas privadas e terrenos vazios, mas a construção atinge comunidades inteiras. Percebe-se que a intenção do Governo não está calcada somente na construção de um instrumento desafogador do trânsito, mas também na remoção dessas comunidades, de modo a fazer uma limpeza social, já que a proposta foi de reassentá-las a uma distância de cerca de 14 km do local onde vivem, ignorando a exigência da legislação municipal de reassentamento em local próximo. Para o bom atendimento dos dois Direitos em questão, seria necessário formular um novo trajeto para o VLT [verificou-se que é possível], evitando ou, no mínimo, diminuindo o número de remoções. A solução em face da colisão requer que a medida restritiva utilizada para o caso concreto seja realmente imprescindível à conservação do conteúdo dos direitos fundamentais conflitantes, ou seja, deve ser escolhido o meio menos gravoso ao exercício do direito fundamental, buscando-se atender o princípio da proporcionalidade, o que não foi verificado no caso. Tal harmonia ocorreria se as casas desapropriadas fossem somente aquelas essenciais para edificação da obra.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Colisão. Trânsito. Desapropriação.

# OS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS GERADOS PELA IMPLANTAÇÃO DOS PARQUES EÓLICOS NO LITORAL DO CEARÁ

*Roberta Jéssica N. Freitas, autora*
*Martha Priscylla M. Joca Martins, professora orientadora*

A presente pesquisa objetiva investigar as violações de direitos humanos que ocorrem em conflitos socioambientais em torno da implantação de parques eólicos em áreas litorâneas do Ceará e os impactos ambientais gerados com essa implantação. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica e de campo, por meio de observação participante e entrevistas junto às comunidades de Espraiado e Volta do Rio (Acaraú-Ceará), afetadas por esse tipo de conflito. Os resultados apontam que há necessidade de se desenvolver um novo olhar acerca dessa fonte de energia. Ao contrário do pensamento hegemônico presente na sociedade, o qual afirma que a energia eólica é uma energia limpa, percebe-se a ocorrência de graves impactos no meio ambiente, natural e social. Citam-se, como exemplos desses impactos, a destruição de vegetação local; a abertura de estradas para o tráfego de caminhões, tratores e gruas de grande porte por dentro das vilas; os deslocamentos forçados de áreas de dunas; a artificialização da paisagem dunar; o soterramento das lagoas interdunares e os danos irreparáveis aos achados arqueológicos. Destaca-se que as dunas representam reservas importantes e estratégicas de sedimentos, água, paisagens e ecossistemas que desempenham relações socioeconômicas vinculadas ao uso ancestral e sustentável das comunidades litorâneas. Os parques eólicos provocam a inviabilização do acesso às praias, restrição do direito de ir e vir, prejudicando o turismo comunitário, a pesca e outras atividades extrativistas, que são fontes de renda e sobrevivência para as populações afetadas, causando um enorme conflito entre a população e as empresas eólicas. Nesse contexto, graves violações de direitos humanos são percebidas, tais como o direito à liberdade, os direitos territoriais, o direito à alimentação e ao meio ambiente saudável. A energia eólica é necessária, desde que preserve as funções e os serviços desses complexos sistemas naturais que combatem as consequências previstas pelo aquecimento global. É preciso que se efetivem estudos aprofundados acerca dos impactos socioambientais causados pela implantação dos parques eólicos a fim de que esses estudos possam orientar as políticas socioambientais e socioeconômicas, bem como se percebe ser necessária a efetiva regulação, por meio de uma normatização rigorosa, das ações exercidas pelas empresas de energia eólicas. Tudo com o fito de possibilitar a diminuição ou não ocorrência de impactos socioambientais, para que essa importante e necessária fonte de energia não fira os sistemas naturais e respeite os princípios dos direitos humanos fundamentais.

**Palavras-chave:** Energia Eólica. Direitos Humanos. Conflitos Socioambientais. Impactos Ambientais.

# O TRANSPORTE COLETIVO NA CIDADE DE FORTALEZA

*Rômero Ecilio Félix Grangeiro, autor; Geórgia Mesquita Farias Coelho, coautora*
*Elizabeth Fiúza Aragão, professor orientador*

O ônibus, em Fortaleza, ocupa lugar de primordial importância como meio de transporte coletivo, utilizado pela maioria da população que, por sua vez, é constituída de público diverso, desde o jovem até um mais idoso. Em face de tais fatos, procurou-se identificar as dificuldades encontradas pelos usuários. Para tal fim, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental juntamente à pesquisa exploratória de campo. Na pesquisa bibliográfica e documental, utilizou-se a internet, a fim de se obter dados estatísticos. Na Constituição Federal de 1988 e a na Lei Orgânica de Fortaleza, verificaram-se os direitos e os deveres dos passageiros. O artigo 30 da Constituição Federal elenca as competências dos municípios e, em seu inciso v, inclui, entre essas competências, a de organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial. Portanto, depreende-se desse inciso que cabe aos municípios a prestação dos transportes públicos da cidade, podendo ser prestada diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. A Lei Orgânica do município de Fortaleza prevê, em seu artigo 173, que o poder público municipal efetuará o planejamento, o gerenciamento, a fiscalização e a operação do sistema de transporte coletivo local. O artigo 176 da mesma lei diz que os serviços de transporte coletivo serão operados pelo município, podendo este delegar a operação parcial do sistema a empresas operadoras privadas, sempre por meio de licitação, sob o regime de concessão ou permissão. Depois de efetuada a pesquisa bibliográfica e documental, foi iniciada a pesquisa exploratória de campo, utilizando-se a observação sistemática/ participante, que consistiu na ida às imediações do terminal do Papicu, em períodos estratégicos, durante seis dias para observar o fluxo de pessoas nos ônibus e as condições físicas em que os veículos se encontravam. Ainda foram aplicadas entrevistas não estruturadas junto a 12 passageiros da linha 030 - Siqueira Papicu via Treze de Maio. Segundo os passageiros, os ônibus estão em boas condições de uso; contudo uma das principais dificuldades encontradas é a superlotação dos veículos, acarretando o descumprimento da Lei 7.811, art. 1º, de 30/10/1995. Também foi comprovado que os idosos, os deficientes, os portadores de crianças de colo e as gestantes não usufruem os assentos preferenciais. Há, também, carência de segurança, pois os trajetos que os ônibus percorrem adentram muitas áreas perigosas, com recorrência de assaltos. Diante dos fatos obtidos, conclui-se primeiramente que grande parte dos problemas citados advém do excesso de passageiros nos veículos, pois a frota atual de Fortaleza, de 1.776 ônibus, não é suficiente. Há um descompasso entre a inexpressiva quantidade de ônibus em circulação urbana e o aumento brutal da demanda de passageiros. O segundo aspecto diz respeito aos perigos enfrentados pelo usuário em função da falta de segurança. Urge que o poder público, em consonância com a classe empresarial, tome atitudes no sentido de minorar os problemas detectados.

**Palavras-chave**: Fortaleza. Ônibus. Constituição Federal. Lei Orgânica. Superlotação.

# AS IES E A MUDANÇA DE PARADIGMA EM MATÉRIA AMBIENTAL: FORMAÇÃO DE MULTIPLICADORES DE UMA NOVA CULTURA SOCIOAMBIENTAL EFETIVA E ECOLOGICAMENTE CORRETA

*Suelby S. Lima, autora; Lise R. Fontenele, coautora; Felippe B.Diogenes, coautor*
*Germana Parente Neiva Belchior, professora orientadora*

Em decorrência da sociedade de risco, vivencia-se a era da crise ambiental determinada pelo prevalecimento da exploração do meio ambiente para fins econômicos em prejuízo do equilíbrio ambiental. A proteção ambiental é essencial à sadia qualidade de vida, sendo um direito fundamental do ser humano, conforme dispõe o art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988. A importância da matéria é de conhecimento mundial e, mesmo assim, ainda não se tem da comunidade planetária uma conduta ideal quanto à fruição da atividade econômica, de forma que as próximas gerações possam usufruir uma sadia qualidade de vida. Portanto, cabe à atual geração o papel primordial de garantir esse direito às gerações vindouras, e a solução de tal problema passa, inevitavelmente, pela Educação Ambiental que tem como instrumento básico a Lei nº 9.795/99 que deu origem à Política Nacional de Educação Ambiental no ordenamento jurídico brasileiro. Dentro desse contexto, o objetivo geral deste trabalho é destacar a importância das Instituições de Ensino Superior (IES) no processo de transformação da pré-compreensão do seu corpo acadêmico no que diz respeito à cultura socioambiental vigente e, assim, formar multiplicadores que possam expandir esse novo paradigma. A metodologia utilizada para a pesquisa é de natureza bibliográfica, teórica e exploratória, a partir do Projeto Ecologizando desenvolvido pelo Escritório de Direitos Humanos da Faculdade Christus durante o ano de 2011. Constatou-se que, em decorrência do Projeto, alguns objetivos foram alcançados e implantados dentro da Faculdade Christus, traduzidos, na verdade, em mudanças de atitude, por exemplo, o setor de Xerox que, atualmente, independente de se pedir, todas as impressões são feitas frente e verso. Da mesma forma, verificou-se essa mudança em relação ao material impresso que os professores utilizam em sala de aula, bem como a instalação de lixeiras individuais para cada tipo de resíduo. Outras mudanças, no entanto, não foram possíveis de ser implantadas, mas nada impede a continuação dessas medidas em 2012. Infere-se que essas pequenas mudanças, quando consideradas em sua totalidade, têm como efeito um impacto, perceptivelmente, direto e positivo no meio ambiente, principalmente, se tais ideias se implantarem em todas as sedes e demais ramificações da Instituição de Ensino Superior. O mais importante, sem dúvida, é a influência que a IES exerce em todo o seu corpo funcional e acadêmico, e isso se chama efeito multiplicador de uma cultura socioambiental ecologicamente correta e efetiva. Portanto, é essencial o apoio das IES aos projetos voltados para esse objetivo, pois, assim, estarão fortalecendo o compromisso da Instituição com sua responsabilidade socioambiental.

**Palavras-chave:** Educação Ambiental. Instituição de Ensino Superior. Pré-compreensão. Responsabilidade Socioambiental.

# OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS COMO POSTULADO DA REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

*Tamara Timbó Arruda, autora*
*Gretha Leite Maia, professora orientadora*

O resumo a seguir é fruto de um trabalho realizado no grupo de estudos intitulado "A jurisdição e a tutela de direitos fundamentais processuais na dimensão constitucional", por um período de quatro meses no ano de 2011. A pesquisa é bibliográfica e foi desenvolvida com a finalidade de explicar, de forma conceitual, a conexão entre princípios. O princípio da motivação das decisões judiciais está disposto no art. 93, IX, da CF/88, o qual elevou a premissa ao patamar de garantia fundamental, da mesma forma, no atual CPC encontramos várias referências ao princípio, como disposto nos artigos 131, 165 e 458. Especificamente no art.458 do CPC, a fundamentação possui o caráter de essência da sentença, sendo pressuposto necessário para a sua existência e validade. Portanto, não basta dizer que, de acordo com as provas, foi tomada tal decisão, pois o juiz deve explicitar os fatos e o direito que o levaram a solucionar o litígio daquela maneira. Para que o princípio da fundamentação das decisões judiciais tenha eficácia, é imprescindível a existência de outras premissas, como a imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais e a independência jurídica. Vê-se, portanto, que a validade da decisão é auferida com base não unicamente no princípio em questão, mas em vários outros, constituindo uma interdependência entre eles com uma finalidade em comum, qual seja, a de dar eficácia e validade à sentença. O princípio da motivação das decisões é, por sua vez, pressuposto necessário para a constituição do chamado devido processo legal, o qual é a base do sistema jurídico brasileiro. O princípio desse processo está disposto no art.5°, inc. LIV, da CF/88 e é o preceito constitucional de maior importância no nosso ordenamento jurídico, uma vez que é, na concretização dele, que está pautado o estabelecimento do Estado Democrático de Direito. É do devido processo legal que deriva os demais princípios norteadores dos ideais de justiça, dentre eles, a ampla defesa e o contraditório, sendo, portanto, gênero do qual as espécies, ou seja, os demais princípios são ensejados. De maneira simples, podemos definir o devido processo legal como a forma mais correta, idônea de se fazer justiça; é atingi-la na sua plenitude, garantindo, assim, uma sentença justa, com segurança nos trâmites legais do processo, fazendo que o cidadão obtenha, de fato, o acesso à justiça. É fácil perceber, portanto, a ligação existente entre o princípio da motivação das decisões judiciais e a constituição de um Estado Democrático de Direito, pois aquele é pressuposto para a existência deste, ou seja, a fundamentação é requisito essencial para a eficácia devido ao processo legal, que, por sua vez, é a base, na qual se funda o Estado Democrático. Por fim, não há que se falar em Estado Democrático sem considerar a existência de fundamentação, pois existe uma interdependência entre os dois de maneira a garantir a plenitude da jurisdição.

Palavras-chave: Processo. Princípio. Motivação.

# AS MÚLTIPLAS ACEPÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

*Ticyanne Pereira da Silva, autora*
*Martha Priscylla Joca, professora orientadora*

Há diversas concepções de Direitos Humanos, as quais tensionam entre si no mundo jurídico, dentre estas, as compreensões universalistas e relativistas acerca desses direitos. Tendo em vista esse aspecto, o objetivo desta pesquisa é divulgar a discussão sobre a multiplicidade de sentidos de Direitos Humanos, desenvolvida pelo grupo de estudos e pesquisas em Direitos Humanos e conflitos socioambientais no Ceará da Faculdade Christus. Desenvolveu-se uma pesquisa teórica, tendo como principais referências bibliográficas Boaventura de Sousa Santos, Joaquin Herrera Flores e Manfredo de Oliveira. Importantes reflexões surgiram dos diálogos entre docentes e discentes sobre o assunto realizado no decurso dos encontros do grupo de estudos e pesquisas. Notamos que há muita divergência entre os estudiosos, pois os Direitos Humanos podem ser vistos como inerentes à pessoa humana, direito natural, ou ainda, como uma convenção cultural, ou seja, como algo inventado pelos homens, existindo, para alguns, até data para a sua criação, revoluções burguesas do século XIX. Vale ainda ressaltar que há a dicotomia universalismo *versus* relativismo. O caráter universal dos Direitos Humanos preconiza que existem alguns direitos comuns a todos os povos. No entanto, o que se verifica é a predominância do pensamento ocidental sobre questões concernentes aos Direitos Humanos, e isso gera, muitas vezes, uma imposição por parte de determinadas sociedades e culturas sobre outras. Já o relativismo diz que as normas devem ser formuladas verificando o pensamento dos diferentes contextos culturais existentes, desse modo, agrega o que cada cultura julga como valores essenciais. Porém, o relativismo também pode trazer malefícios, visto que não haveria assim uma uniformização, parâmetros, pois tudo seria relativo em matéria de Direitos Humanos. O trabalho apresenta, portanto, a necessidade de se analisar os diversos sentidos de Direitos Humanos, a fim de tentar solucionar os posicionamentos antagônicos existentes. Para isso, como solução de tal conflito, o autor Santos (2006) sugere o que ele chama de relativização, que é uma acepção de Direitos Humanos, cujo objetivo principal seria o diálogo intercultural, no qual "a troca ocorre entre diferentes saberes que reflectem diferentes culturas, ou seja, entre universos de sentido diferentes e, em grande medida, incomensuráveis. (SANTOS, 2006, p.19)." Portanto, cada sociedade deve assumir sua incompletude e, a partir dessa ideia, tentar um diálogo entre as mais diversas culturas.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Sentidos. Tensão.

# EFEITOS DO IMPACTO AMBIENTAL E ECONÔMICO NA INCLUSÃO DOS CATADORES DE RESÍDUOS SÓLIDOS DO JANGURUSSU NA SOCIEDADE

*Widja Liliane P. Queiroz, autora; Ingrid Brígido B. Sales, coautora*
*Germana Parente N. Belchior, professora orientadora*

A globalização e o forte crescimento da população ocasionaram problemas mais sérios do que a sociedade previu a longo prazo. A aceleração do processo produtivo da sociedade, com o advento da Revolução Industrial, teve como consequência uma enorme geração de resíduos sólidos, bem como os problemas gerados por estes, podendo-se citar a contaminação das águas, dos solos e da atmosfera, dentre outros. O problema do manejo dos resíduos sólidos também se tornou fonte de renda para vários indivíduos, entre estes, os catadores da Associação de Catadores de Materiais Recicláveis do Jangurussu [ASCAJAN], que se localiza em bairro homônimo em Fortaleza - CE. O objetivo geral deste trabalho é investigar as dificuldades socioambientais enfrentadas pelos catadores de resíduos sólidos da ASCAJAN por meio de uma pesquisa mais específica. Utilizou-se, para esta pesquisa, um procedimento bibliográfico e exploratório, em virtude das capacitações desenvolvidas na ASCAJAN, por causa do Projeto Ecologizando, no âmbito do Escritório de Direitos Humanos da Faculdade Christus, cujo propósito é a inclusão social e a educação ambiental do catador. Constatou-se, por meio de pesquisa aplicada *in loco*, que a Associação tem um número reduzido de associados que possuem conhecimento dos seus direitos [Estatuto da Associação, Direitos Humanos, Direitos Penal, Civil etc.]. Observou-se, ainda, que os resíduos sólidos que ali chegam não são suficientes para atender suas necessidades e anseios, por falta de divulgação e logística. Foi apresentada aos integrantes do Ecologizando a figura do **atravessador**, que seria o profissional responsável pela logística correta para recolher os resíduos sólidos na comunidade e repassar para as indústrias de reciclagem, lucrando apenas com o repasse da mercadoria. Esse lucro, como observado na pesquisa, poderia ser da própria ASCAJAN. Os catadores demonstraram, também, baixa autoestima e falta de senso de unidade na comunidade, não tendo conhecimento sobre sua importância ecológica devido ao seu papel dentro do fluxo de resíduos sólidos e por realizarem a coleta de materiais recicláveis. Estima-se que o catador seja mais valorizado com a criação da Lei n. 12.305/2009, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, uma vez que possui como uma das metas o incentivo à reciclagem e à inclusão social dos catadores de materiais recicláveis. Conclui-se que os catadores de resíduos sólidos da ASCAJAN sofrem grandes dificuldades, discriminação e desvalorização do seu trabalho, apesar da importância de sua atividade laboral que promove a seleção dos resíduos gerados pela sociedade fortalezense e a torna uma sociedade mais sustentável, ajudando na preservação do meio ambiente. As atividades de pesquisa e de extensão do Projeto Ecologizando, portanto, revelaram-se essenciais para a inclusão socioambiental dos catadores associados à ASCAJAN.

**Palavras-chave:** Inclusão socioambiental. Catadores. Resíduos Sólidos. Educação Ambiental.

Unichristus
Centro Universitário Christus

# IX ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA E À DOCÊNCIA

# ARTIGOS

# 2012

# SOCIOLÓGICA EM GILBERTO FREYRE TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL: UMA ANÁLISE

*Ana maria Pereira Morais, autora*[1]
*Gerardo Clésio Maia Arruda, professor orientador*[2]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 A Formação da Cultura Brasileira no Processo Civilizador; 2.2 A Substituição do Índio pelo Africano; 2.3 Democracia Racial; 2.4 A Escravidão no Brasil Atual; 2.5 Combate à Escravidão; **3 METODOLOGIA DA PESQUISA.** 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. **REFERÊNCIAS.**

## RESUMO:

O presente artigo aborda o contexto da escravidão, no Brasil, em um caráter histórico baseado na obra do autor brasileiro, Gilberto Freyre, a qual justifica o período escravista que o país viveu, embasando-se na herança cultural deixada pelos negros na sociedade brasileira, sendo elemento formador para o desenvolvimento do país e para a sociedade, evidenciando-se as características dos africanos que aqui viviam e dos brasileiros, no período colonial, no século XIX. O artigo inicia-se com uma abordagem histórica, apontando os principais pontos e características que levaram ao desenvolvimento da escravidão e da sua efetiva influência cultural e econômica. Objetivou-se mostrar as influências da cultura africana, assim como do sistema escravista e se este tem relação com o atual trabalho escravo no Brasil. A metodologia de pesquisa utilizada, neste artigo, é de natureza bibliográfica, com a análise de pensamentos referentes ao tema abordado. Conclui-se com a observância da efetiva cultura africana deixada no Brasil e com a constatação de que o atual trabalho escravo está atrelado ao Capitalismo e à má estruturação agrária do país.

**Palavras-chave:** Escravidão. Cultura. Trabalho.

[1] Aluna do 5º semestre do curso de graduação em Direito da Faculdade Christus.(anmaria.pm@hotmail.com)
[2] Mestre e Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará. Professor da Faculdade Christus e de Sociologia e Política da Universidade de Fortaleza. Diretor Técnico da ONG Agencia TEAR( clesioarruda@yahoo.com.br).

## 1 INTRODUÇAO

Este artigo visa a abordar o contexto do trabalho escravo no Brasil, iniciando-se com uma análise histórica baseada no livro de Gilberto Freyre, Casa-Grande e Senzala, mostrando como se estruturava a sociedade colonial, no século 19, e o comportamento dos negros que aqui viviam.

Enfocam-se as formas de escravidão realizadas no Brasil, evidenciando-se o tratamento recebido pelos negros e a herança cultural deixada por eles, estando presentes, até hoje, na vida, nos costumes e na alimentação do povo brasileiro.

A introdução do africano na sociedade colonial ocasionou o aumento populacional e a miscigenação.

> No ponto de partida, o negro africano é um "capturado" extraído de seu meio social, e como tal permanecerá até ser metido na sociedade escravista, e essa inserção será tanto mais difícil porquanto a captura foi violenta, brutal, rompeu todo o seu relacionamento anterior, todas essas ligações que formam o indivíduo social, como os laços familiares, de clã, comunidade. Dessocialização que implica fatalmente despersonalização. Ficou dito que o escravo se torna coisa, objeto, mercadoria. Para ele, é um estado, uma condição que não só lhe toma o que possuía antes, mas o transforma em um cativo totalmente desarmado. O comprador o deseja maleável, maleável em todos os sentidos, econômico e social, a fim de poder utilizá-lo na labuta.[1]

O Trabalho escravo foi abolido pela Lei Áurea, em 1888; mas, ainda hoje, existem muitos casos constatados de trabalho escravo no Brasil. O presente artigo centra-se no questionamento: será que o trabalho escravo atual está interligado à herança do regime escravista do período colonial?

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

No presente artigo, utilizaram-se como referencial teórico as obras dos seguintes autores: Gilberto Freyre, Sergio Buarque de Holanda, Jorge Caldeira, Alfredo Bosi, Fernando Henrique Cardoso e Kátia de Queirós Mattoso, buscando-se explorar a origem da escravidão e as influências desse regime para o trabalho escravo existente ainda hoje no Brasil.

### 2.1 A Formação Cultural Brasileira no Processo Civilizador

A origem da sociedade brasileira atual se encontra no período colonial, sendo lançadas as bases organizacionais de uma sociedade com composição populacional e relações sociais diferenciadas.

A mistura de raças em um continente recém-descoberto edificou uma cultura e uma sociedade única, compartilhando uma única língua.

Com a escravidão, surgiram o preconceito e o regime patriarcal, responsáveis pela construção de uma sociedade com características singulares que continuam presentes na sociedade brasileira atual.

A organização social teve como principal eixo o trabalho escravo, sendo o negro utilizado na mão de obra, em atividades rurais, urbanas, artesanais e domésticas. O trabalho braçal foi desvalorizado, passando a ser identificado como um trabalho produzido pelos escravos.

Os africanos, antes de serem trazidos para o Brasil, eram utilizados pelos portugueses na Europa. O tráfico não tinha importância econômica, e a escravidão era quase patriarcal. Depois que estabeleceram feitorias, no litoral africano, o negro

tornou-se objeto de troca comercial, transformando-se, assim, em mercadoria. Dessa forma, o tráfico passou a representar uma atividade comercial necessária à demanda crescente de mão de obra. Esses negros vinham principalmente de Guiné, do Congo, de Angola e de Moçambique.

A colônia era hierarquizada. Os negros recém-chegados eram os boçais, sendo mais resistentes à língua e à cultura do colonizador. O ladino já estava integrado ao novo universo, sendo considerado mais esperto; e, finalmente, o crioulo, ou mestiço, nascido e criado na colônia. Os dois últimos foram criados como escravos domésticos, sendo sua presença mais frequente na cidade. Os boçais eram utilizados nos trabalhos pesados do campo.

A população livre do Brasil, muito heterogênea, era formada principalmente por mestiços. Em relação às condições econômicas, elas eram bastante variadas. Havia artesãos, pequenos comerciantes, vendedores de rua, todos à procura de um lugar na sociedade. Um fator bastante relevante na diversidade dessa sociedade foi a economia mineradora que teve como consequência o aumento da população. Houve o aumento da mestiçagem, pois o número de mulheres negras era maior que o de brancas.

> Os escravos são os pés e as mãos do senhor, e esta figura redutora lhes tira a integridade de autores. São construções verbais passivas e impessoais para descrever o plantio da cana: a terra roça-se (quem roça?), queima-se (quem o faz?), alimpa-se (quem?). Que a cana não se abafe; que se plantem os olhos da cana em pé, ou se deite em pedaços; deita-se também inteira, uma junto à outra, ponta com pé, e cobre-se com terra moderadamente... Dirá a gramática tradicional que em todos estes casos o sujeito é a terra ou a cana; e aqui a razão formal do gramático coincide com o economista da era mercantil. O objeto exterior ganha foros de sujeito na linguagem de Antonil. Ao mesmo tempo o agente real (o escravo que roça, alimpa, abafa, deita, cobre...) omite-se por um jogo perverso de perspectivas no qual a mercadoria é onipresente e todo-poderosa antes mesmo de chegar ao mercado.[2]

Um dos principais núcleos sociais e culturais era a família, constituindo elemento fundamental de povoamento e colonização. Estas eram instituições muito instáveis, pois os homens viviam locomovendo-se em busca de trabalho e de melhor qualidade de vida. As mulheres por ficarem em casa, cuidando dos filhos, eram o sustentáculo da família. O modelo típico de família era patriarcal. A estrutura familiar ia muito além de pais e filhos. Havia apadrinhamentos e casamentos entre membros da mesma família como forma de manter a estrutura e a centralização do poder. O poder do patriarca dominava todos que dependiam dele, como escreveu Sérgio Buarque de Holanda em seu livro Raízes do Brasil, destacando a existência de várias formas de organização familiar. O Patriarca era o garantidor da sobrevivência e do bem-estar da família.[3]

O que houve nessa sociedade foi uma mistura de interesses público, Estado, e privado, senhores de terra, sendo um dependente do outro. Isso porque, mesmo com a presença do Estado metropolitano, quem ditava as leis eram os senhores da terra. Para estar integrado ao público, era preciso estar integrado ao privado. Por isso, justificavam-se as centenas de padrinhos, afilhados e aparentados, dando ensejo, mais tarde, ao coronelismo.[4]

A Casa grande era o local onde vivia a família da elite colonial, tornando-se o símbolo da sociedade hierarquizada.

A estrutura patriarcal, do chefe mantenedor, despótico e protetor permanece até hoje.

### 2.2 A substituição do índio pelo africano

A tese de que os índios eram considerados preguiçosos e os negros mais fortes, ainda, é muito combatida, tendo sido substituída pela tese que considera a escravidão negra como resultante de experiências coloniais portuguesas, na ilha da Madeira. O tráfico negreiro era, então, uma atividade altamente lucrativa. Considera-se, também, a tese da extinção das populações nativas e a proteção dada pelos jesuítas.

Os escravos eram chamados de os pés e as mãos dos senhores e das senhoras, estando o trabalho do negro presente em todas as áreas e em todos os setores de atividade, como a força fundamental para o desenvolvimento da economia brasileira.

> Aqui se descreve, para o caso do negro, a mesma complexa operação social que vimos no caso indígena: o escravo precisa ser produzido, ser retirado de uma sociedade e inserido em outra. Tanto num caso como no outro, há um ponto preciso em que ele é destituído de sua condição humana: o momento em que é retirado à força de sua sociedade de origem; é aí que ele ganha uma qualidade de ser mercadoria – ser para outro seu senhor. Esse ponto de passagem corresponde a uma divisão qualitativa no mundo da época.[5]

Havia dois tipos de trabalho: o produtivo, nas lavouras e nas minas, e o doméstico. No espaço urbano, havia o trabalho dos escravos de ganho e os de aluguel que, como o nome já diz, eram alugados temporariamente para trabalharem.[6]

> No momento da formação das lavouras e da economia criatória, o provimento do escravo pode ter sido ocasional, mas desde quando as condições de mercado permitiram e suscitaram a organização da economia do gado em moldes mercantis o empregado da mão-de-obra escrava generalizou-se. Nas instâncias a quantidade de negros utilizados não chegou a ser grande, tanto porque houve a utilização concomitante do trabalho indígena como porque a quantidade de mão-de obra exigida pela empresa criatória é sabidamente pequena. Nas charqueadas, porém, o trabalho organizou-se exclusivamente à base da escravidão. Paralelamente, na economia urbana que se formou como consequência da produção agrícola e criatória houve o aproveitamento regular do trabalho escravo. O artesanato e os serviços econômicos urbanos mantiveram-se até terceiro quartel do século dezenove, graças ao emprego de mão-de-obra escrava. Finalmente nos serviços domésticos, tanto na área rural como nas cidades, os escravos foram amplamente utilizados.[7]

Nas cidades, os escravos eram símbolos de riqueza e de poder. As mulheres negras mais adaptadas trabalhavam para as senhoras como mucamas e amas de leite; dessa forma, faziam parte da vida particular das famílias, compartilhando

segredos e discussões familiares. No tocante a essa questão, encontra-se uma contradição; ao mesmo tempo que os escravos eram tratados como objetos, sendo vendidos como simples mercadorias, eram eles, também, que faziam as tarefas mais particulares e íntimas que somente uma mãe poderia fazer: amamentar os filhos dos brancos.[8]

A base da economia escravista, durante os séculos XVI e XVII, era o açúcar. Já no século XVIII, foi a mineração que dominou, mudando, assim, a o polo econômico da colônia, que passou do litoral para o Centro-Sul. A mudança de polo econômico ocasionou a migração de muitas famílias para essas regiões, assim como dos escravos, mudando também sua forma de trabalho. Muitos africanos desconheciam o tipo de trabalho, desconheciam as técnicas e o manuseio das ferramentas, muitos não conseguiram adaptar-se.

O sincretismo dos africanos demonstrado pelo fato de possuírem um território dividido em diversas etnias contribuiu para a formação da rica cultura brasileira, sendo incorporado e adaptado, na época da escravidão, passando a ser chamado de cultura afro-brasileira.

A cultura africana tornou-se presente em diversos segmentos da sociedade brasileira, tendo sido, por muito tempo, desprezada e proibida. Teve influência nas práticas religiosas, na culinária, na dança e na música, entre outros valores culturais[9].

Sobre a influência africana Freyre destaca:

> Quantas "mães pretas", amas de leite, negras cozinheiras e quitandeiras influenciaram crianças e adultos brancos (negros e mestiços também) no campo e nas áreas urbanas, com suas práticas religiosas, seus hábitos e seus conhecimentos técnicos? Medos, verdades, cuidados, formas de organização social e sentimentos, senso do que é certo e do que é errado, valores culturais, escolhas gastronômicas, indumentárias e linguagem, tudo isso conformou-se no contato cotidiano desenvolvido entre brancos, negros, indígenas e mestiços na Colônia.[10]

De acordo com Freyre, a nossa herança cultural está presente até no jeito de falar e de andar, no cantar, na ternura, na mímica, observando-se que a influência africana foi além da cozinha, chegando até os quartos, pois eram as escravas que iniciavam a vida sexual dos filhos dos senhores, configurando a influência sexual do negro na vida sexual da família brasileira.

Em 1830, os ingleses obtiveram das autoridades brasileiras a proibiçao formal do tráfico, mas, até o ano de 1851, milhares de africanos desembarcaram ilegalmente nas costas brasileiras.

No início do séulo XIX, a produção escravista entrou em crise no Brasil com a queda do preço do açúcar no mercado internacional.

Os movimentos abolicionistas eram uma força social organizada, criando-se movimentos em prol da libertação dos escravos com indivíduos das mais diversas classes sociais, criando-se até partidos políticos que tinham como lema a libertaçao dos cativos.

O fator que norteou os movimentos abolicionistas à efetiva abolição não foi apenas o desejo de ver livres aqueles seres humanos, tratados como simples objetos de trabalho, mas as questões econômicas que estavam em jogo. Com a queda do açúcar, o esgotamento do ouro, o fato de o café não ser mais a principal fonte de riqueza, pelo crescimento do mercado interno e da estocagem, levaram a uma mudança parcial de pensamento. O regime escravista não estava mais correspondendo com o avanço da economia, exigindo um largo crescimento do mercado consumidor.

As ideias abolicionistas partiram da classe intelectual da sociedade, pessoas que adquiriram novas formas de pensamento, visando ao melhor para a sociedade e para a economia. Observa-se que os escravos não se organizavam politicamente com ideais abolicionistas. Eles, apenas, tentaram fugas, refugiando-se nos chamados quilombos, onde tentavam viver livremente. Eles nunca organizaram movimentos gerais contra a escravidão.

Como forma de resistência ao abolicionismo, o Governo aprova a liberdade dos negros com mais de sessenta anos, criando a Lei Saraiva–Cotegipe. No dia 13 de maio de 1888, é sancionada a Lei Áurea, abolindo, assim, a escravidão.

### 2.3 Democracia Racial

O autor pernambucano Gilberto Freyre apresentou não só o conceito de democracia racial, mas também trabalhou com outros dois temas atrelados a essa ideia: democracia social e democracia étnica. Apesar de o autor não afirmar a presença de uma democracia racial no País, existindo, apenas, de acordo com alguns trechos de obras do autor, em contexto cultural, ocorrendo, nesse ponto, uma possível fusão do conceito de democracia racial e étnica.

A democracia racial apresentada por Freyre ainda está em processo de formação, sendo apresentada em um conceito relativo, em uma sociedade democrática, apresentando, nesses pontos, oposição de diversos autores.

A argumentação dos críticos sobre democracia racial funda-se no fato de que não são somente os negros que estão localizados no patamar mais baixo da escala social. A desigualdade está além da cor da pele. O que existe são interesses de classes envolvidos.

Para a existência de uma sociedade justa, é preciso construir uma nação que reconheça cada membro como um elemento importante que pode contribuir para o crescimento social.

### 2.4 O Trabalho Escravo no Brasil atual

O trabalho escravo não é só uma questão histórica, apesar de diferenciar-se da escravidão do século XIX, não sendo uma forma de evolução desta, mas uma alternativa de o maior acúmulo de capital, ou seja, é uma consequência do capitalismo desenfreado que, desse modo, nega a sua própria natureza com o não assalariamento. Ainda existe em quase todos os estados do Brasil, evolvendo produtores e empresas de diferentes tipos e de diversos lugares. Os estados brasileiros em que existem mais casos de escravidão são Pará, Maranhão e Mato Grosso. As vítimas são de todas as idades e de todos os sexos.

Os escravos de hoje não chegam mais em navios negreiros como antigamente, agora chegam de ônibus ou de caminhão.

São trabalhadores que vivem em situação de extrema miséria, sendo recrutados pelos conhecidos gatos que percorrem diversas cidades, recrutando trabalhadores, prometendo-lhes bom emprego, salário fixo, alimentação e habitação. Fazem isso longe do local onde esses miseráveis irão realmente trabalhar, mostrando-lhes uma falsa realidade, pois esses trabalhadores deparar-se-ão com o contrário do que lhes foi apresentado. Quando chegam ao local do trabalhado, são surpreendidos por maus-tratos, fome, trabalho pesado e excessivo, sendo obrigados a arcar com as despesas de sua viagem, dessa forma, passaram a trabalhar para o patrão, ou seja, tornando-se escravos por uma dívida que só vai aumentar.[11]

A escravidão moderna diferencia-se em alguns aspectos da antiga, mas o ponto principal ainda permanece que é a exploração do indivíduo menos poderoso, mais fragilizado, sem possibilidades de se defender pelo mais favorecido patrimonialmente e mais poderoso. Outra semelhança que existe entre o antigo e o atual trabalho escravo é a privação da liberdade. Condição análoga à de escravo, seja submetendo-o a trabalhos forçados, seja a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condição degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. A desvalorização do escravo atual é uma das diferenças existentes para o negro do século XIX, pois, atualmente, o indivíduo escravizado pode ser substituído facilmente por outro; antigamente, a substituição de um escravo envolvia dinheiro, já que eram mercadorias. A perda de um representava um desperdício monetário.[12]

Segundo o relatório global, realizado em 2005, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), existiam 12.3 milhões de vítimas de trabalho escravo no mundo. Atualmente existem, no Brasil, segundo estimativas da ONU, de 20 a 40 mil pessoas escravizadas. No ano de 2004, foi divulgada uma lista das empresas e dos fazendeiros que utilizavam o trabalho escravo, o Estado do Maranhão era o campeão, possuindo 40% dos escravos do País.[13]

A vulnerabilidade econômica do Brasil, o desemprego, a falta de fiscalização, a especulação capitalista são alguns dos fatores que contribuem para o aumento dos casos de trabalho escravo, apesar das muitas legislações que preveem a sua proibição.

### 2.5 Combate ao Trabalho Escravo

O Brasil assinou uma Convenção Internacional da OIT, tratando da eliminação do trabalho escravo.

Além das legislações que proíbem o trabalho forçado, a Consolidação das Leias do Trabalho (CLT) proíbe o empregador de manter um empregado no trabalho em servidão por dívida. Existe ainda uma proposta de Emenda Constitucional, objetivando o confisco de terras que são utilizadas para o trabalho escravo.

O Governo criou, em 1995, um Grupo Móvel de Fiscalização, cujos membros são voluntários, reunindo fiscais do trabalho, policiais federais, procuradores, fiscais do Ibama, entre outros. Possui a função de apurar denúncias e resgatar trabalhadores que estão nos cativeiros, objetivando a liberdade dos cativos, obrigar o patrão a pagar o que lhe é devido, expedir Carteira de Trabalho. De 1995 a 2007, 28.508 pessoas foram libertadas pelo sistema de combate ao trabalho escravo.[14]

Mesmo com as ações de combate positivas, o Estado não atua para tentar desestruturar o sistema que gera as condições que fazem surgir o trabalho escravo, pois depende de uma melhor estruturação de divisão de terras as quais estão concentradas nas mãos de poucos. Para o efetivo combate à escravidão, teria que se realizar uma ampla reforma agrária.

Algumas ações concretas vêm sendo propostas desde 2002, período em que mais se efetivou o combate. A Comissão Pastoral da Terra e o Conselho de Direitos de Defesa da Pessoa Humana elaboraram algumas propostas para acabar com a escravidão, utilizando soluções estruturais para agilizar as políticas de geração de emprego e renda, reforma agrária e manifestações que mobilizem e alertem os trabalhadores expostos para que se previnam. Utilizaram também ações imediatas para ampliar a ação do Grupo Móvel, contratando novos fiscais.[15]

De acordo com o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, criado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretaria Especial dos Direitos Humanos:

> Passados mais de 100 anos da assinatura da Lei Áurea, e nosso País ainda convive com marcas deixadas pela exploração da mão de obra escrava. No Brasil, a escravidão contemporânea manifesta-se na clandestinidade e é marcada pelo autoritarismo, corrupção, segregação social, racismo, clientelismo e desrespeito aos direitos humanos. Segundo cálculos da Comissão Pastoral da Terra (CPT), existem no Brasil 25 mil pessoas submetidas às condições análogas ao trabalho escravo. Os dados constituem uma realidade de grave violação aos direitos humanos, que envergonham não somente os brasileiros, mas toda a comunidade internacional.
>
> Consciente de que a eliminação do trabalho escravo constitui condição básica para o Estado Democrático de Direito, o novo Governo elege como uma das principais prioridades a erradicação de todas as formas contemporâneas de escravidão. E o enfrentamento desse desafio exige vontade política, articulação, planejamento de ações e definição de metas objetivas.
>
> Por isso, lançamos Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, que apresenta medidas a serem

> cumpridas pelos diversos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público e entidades da sociedade civil brasileira. Atualização de propostas que já vinham sendo articuladas em anos anteriores, o documento considera as ações e conquistas realizadas pelos diferentes autores que têm enfrentado esse desafio ao longo dos últimos anos. Nesse sentido, vale destacar o Grupo Especial de Fiscalização Móvel, do Ministério do Trabalho e Emprego, cuja atuação tem sido fundamental para o combate das formas contemporâneas de escravidão.
>
> O presente documento foi elaborado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana ( CDDPH), constituída pela Resolução de 05 de 2002 do CDDPH que reúne entidades e autoridades nacionais ligadas ao tema. Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo atende às determinações do Plano Nacional de Direitos Humanos e expressa uma política pública permanente que deve rá ser fiscalizada por um órgão ou fórum nacional dedicado à repressão do trabalho escravo. A integração será a marca do nosso trabalho. Com o Plano e o empenho dos órgãos governamentais e da sociedade civil será possível fazer desse novo Governo um marco para a erradicação definitiva de todas as formas de trabalho escravo e degradante no pais[61]

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

Utilizou-se a abordagem de fatos históricos e sócias atuais por meio de uma síntese histórica para apontar e situar o leitor no contexto apresentado.

No desenvolvimento do tema, utilizou- se a pesquisa bibliográfica, aprofundando-se em leituras que oferecessem um estudo adequado sobre o tema, proporcionando-se o entendimento do assunto. Fez-se uso também de dados retirados de pesquisas.

Faz-se uso de métodos de comparação entre o trabalho escravo do período colonial e o de hoje, buscando-se apresentar uma análise da herança cultura e das influências deixadas pelos africanos.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

O período colonial, em que predominou o regime escravista, foi muito rico em relação à herança culural deixada pelos africanos, mas também foi muito prejudicial para esse povo. Foram retirados do seu continente de origem, sendo trazidos, em condições ínfimas, nos porões de navios, que atravessavam o oceano, para serem explorados como se fossem animais, sendo vendidos como mecadorias em praça pública. Sofreram toda espécie de brutalidade, desde a física até a moral.

Não se pode deixar de constatar a forte herança cultural deixada pelos escravos, estando predominante na vida da sociedade brasileira.

O trabalho escravo foi abolido em 1888 com a Lei Áurea, mas ainda hoje existem muitos casos de trabalho escravo no Brasil. Esse fato está atrelado ao aumento do capitalismo, levando fazendeiros e empresários a fazerem uso de mão de obra escrava, mesmo sendo considerado crime.

Os motivos que levaram à escravidão no século XIX e os que se apresentam no trabalho escravo de hoje parecem os mesmos, levando-se a crer qua é por razões econômicas, mas excluindo-se a existência do regime escravista no período colonial; ainda assim, poderia existir escravidão hoje, concluindo-se que os motivos, em parte, são os mesmos, mas não estão necessariamente interligados.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho escravo ou compulsório que teve sua origem, no Brasil, com a escravização dos índios e posteriormente com os negros trazidos da África ainda persiste, mesmo com algumas diferenças, nos dias atuais, sendo constatada desde 1970, a existência de denúncias de práticas escravistas no Brasil.

Os africanos trazidos para o Brasil, no regime da escravidão, deixaram uma forte herança cultural, formando-se uma nova denominação para as manifestações deixadas, sendo conhecida como cultura afro-brasileira. Houve uma incorporação da cultura africana à brasileira.

A herança cultural deixada pelos africanos foi positiva para o Brasil, mas será que a herança do trabalho escravo permanece até hoje, mesmo havendo algumas diferenças entre o regime escravista daquela época e o de hoje? Ou será que o trabalho compulsório atual é diferente do empregado, antigamente, no período colonial?

Hoje a escravidão é considerada crime e deve ser combatida, pois é um direito fundamental que está sendo violado; mas será que há medidas de controle e fiscalização que realmente sejam efetivas? Muitos são os métodos de se burlar uma lei.

## REFERÊNCIAS

BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização.** São Paulo: Companhia das letras, 1992.

CALDEIRA, Jorge. A nação mercantilista. São Paulo: 34, 1999.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Capitalismo e escravidão no Brasil meridional**. São Paulo: Civilização brasileira, 2003.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**. São Paulo: Nova Aguilar, 2002.

HOLANDA, Sergio Buarque de**. Sobrados e mocambos**. São Paulo: Nova Aguilar, 2002.

MATTOSO, Kátia de Queiroz. **Ser escravo no Brasil.** São Paulo: Brasiliense, 1982.

MIRANDA, Ministro Nilmário; WAGNER, Ministro Jaques. Trabalho escravo. **Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo**. Brasília: Presidência da República do Brasil, 2003. Disponível em:<http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/plano-nacional-para-erradicacao-do-trabalho-escravo.htm> . Acesso em: 20 de fev.2012.

# "DISTRAÍDOS VENCEREMOS": ENSINO JURÍDICO, ARTE E CULTURA: UM ESTUDO DE CASO[2]

*Andréa Micaelle Santos Sousa, autora*[3]
*Ana Virgínia Ramos Cardoso, coautora*[4]
*Fayga Silveira Bedê, professora orientadora*[5]

SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 Análise de discurso: construção ideológico-interpretativa e procedimentos metodológicos; 2.1.1 Entrevista; 2.1.2 Triangulação e tratamento dos dados; 2.1.3 Documentos; 2.1.4 Observação. 3 METODOLOGIA DA PESQUISA; 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

[3] Graduanda em Direito na Faculdade Christus. Bolsista de pesquisa do Programa de Iniciação Científica, cujo tema de pesquisa é o grupo "Distraídos Venceremos". Coautora de artigo sobre o mesmo tema, constante dos anais do XX CONPEDI, realizado em Vitória-ES, em 2011. E-mail: andreamicaelle@hotmail.com.

[4] **Graduanda em Direito na Faculdade Christus. Bolsista de pesquisa do Programa de Iniciação Científica, cujo tema de pesquisa é o grupo "Distraídos Venceremos". E-mail: anavicardoso@hotmail.com.

[5] Professora orientadora do presente artigo. Responsável pela criação e pela orientação do projeto "Distraídos venceremos". Professora de Tópicos Especiais em Direito I na Faculdade Christus. Doutora em Sociologia pela UFC. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Editora da Revista Opinião Jurídica. Autora de artigos, organizadora e colaboradora de coletâneas. E-mail: faygabede@hotmail.com.

## RESUMO

O presente trabalho analisa a provável ampliação dos recursos discursivos e interpretativos dos integrantes do Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura [Distraídos Venceremos], realizado na Faculdade Christus, em Fortaleza. Visa também a aferir a utilidade do referido grupo, como ferramenta de orientação multilateral do discente em contraposição ao paradigma metodológico tradicional adstrito à memorização de textos normativos e à aceitação passiva de argumentos. O método utilizado foi o da pesquisa qualitativa, com foco no estudo de caso. Em síntese, o artigo em questão tem como escopo relatar o *know-how* metodológico empreendido pelo Grupo, como contraproposta ao ensino jurídico formalista, dogmatizante e acrítico. O presente artigo visa também a esclarecer algumas ferramentas da metodologia científica, fundamentais ao desenvolvimento de uma boa pesquisa de campo. Objetiva, por fim, expor as mudanças provocadas nos membros do grupo em foco, no que tange às expectativas inicialmente propostas pelo projeto do grupo de estudos.

**Palavras-chave:** Ensino Jurídico. Arte. Cultura. Metodologia Científica.

## 1 INTRODUCÃO

O Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura [sob a alcunha de **Distraídos Venceremos**] propôs-se a adotar metodologias alternativas em contraposição ao atual modelo utilizado na formação dos profissionais jurídicos. Modelo esse que se embasa em grades curriculares relativamente desligadas da realidade social, por estarem lastreadas em projetos pedagógicos mais legalistas e menos humanistas.

Assim, procuramos observar o desenvolvimento dos alunos participantes do referido grupo no que concerne a suas competências discursivas e no que tange às performances oral, escrita e interpretativa.

Fizemos uma perquirição detalhada de entrevistas [orais e escritas], entrelaçadas a um árduo levantamento metodológico. Dessa forma, o estudo de caso tornou-se ainda mais apurado, pois foram desenvolvidas, neste trabalho, algumas ferramentas da pesquisa qualitativa, aliadas a conceitos metodológicos, que versados na área jurídica dispensam menor empenho.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Análise de discurso: construção ideológico-interpretativa e procedimentos metodológicos

#### *2.1.1 Entrevista*

A entrevista é um método tradicionalmente qualitativo em que se faz uma coleta de informações, fornecidas pelos indivíduos em estudo. Para Goode e Hatt, entrevista "consiste no desenvolvimento de precisão, focalização, fidedignidade e validade de certo ato social como a conversação".[3]

Durante a elaboração de uma entrevista estruturada, ou seja, aquela em que o entrevistador segue um roteiro pré-estabelecido, foi-nos possível perceber algumas dificuldades e limitações. A princípio, as perguntas precisavam ser bastante claras, diretas e expressivas, ponto difícil de se alcançar, pois nem sempre o que é evidente para o entrevistador poderá estar devidamente claro para o respondente. E um dos problemas mais expressivos delineou-se em torno da indisposição de alguns para dar as informações necessárias. "Certas pessoas se recusam a responder um questionário, outros selecionam as informações que vão dar, ou, ainda, fornecem informações distorcidas".[4]

Contudo, apesar das limitações, as entrevistas trouxeram inúmeras vantagens, como a "possibilidade de conseguir informações mais precisas, podendo ser comprovadas, de imediato, as discordâncias".[5] Foi possível comparar respostas e perceber os pontos de convergência do material utilizado, a partir da técnica de saturação de dados em que as ideias dos entrevistados se tornam comuns e não há mais o acréscimo de novas informações.

Nessa esteira, como nossa pesquisa só teve início quando o grupo já contava com um semestre de trabalho, a entrevista nos proporcionou a oportunidade de conhecer alguns aspectos pessoais, impossíveis de se conferir por observação, acerca desse período retroativo.

Dando foco ao contexto abordado em uma entrevista no que tange às motivações para entrar no grupo e às expectativas criadas pelos alunos, conseguimos colher informações de

expressiva relevância.

Muitos dos participantes alegaram que o grupo endossava propostas interessantes, abrangendo métodos distintos de análise. Sendo assim, o ânimo de promover uma integração interdisciplinar entre Direito, Arte [no caso, o teatro] e Literatura, de certo, foi a mola propulsora de muitos dos partícipes. Nas palavras de um dos respondentes:

> A junção de ensino jurídico, arte e cultura pareceu muito curiosa, já que eu não conseguia ver claramente a relação entre os temas. Também por conter responsabilidade social adveio meu interesse, porque assim haveria a possibilidade de imiscuir utilidade social, temas interessantes e o prazer de fazer o que se gosta.[6]

De fato, unir campos tão vastos despertou o interesse de muitos dos que participaram da seletiva para entrada no grupo. A arte, por si só, já é produtora de novas conexões. Como afirma Rodrigo Naves no seguinte trecho:

> Creio que não haveria necessidade de arte se nos satisfizéssemos com os nexos que experimentamos corriqueiramente. E portanto considero que a forma artística reside na construção desse outro complexo de relações que remete ao mundo que conhecemos, ainda que voltemos as costas.[7]

Dando continuidade à descrição dos principais motivos que levaram os alunos a entrarem no grupo, percebemos que muitos dos integrantes se queixavam de não poderem realizar leituras literárias costumeiramente, pelo fato de a carga de conteúdos jurídicos serem, em demasiado, complexas, extensas e necessárias. Sendo assim, o interesse pela literatura ganhava contornos secundários. O grupo, no entanto, trouxe a oportunidade, para os mais atarefados, de se utilizarem de horas de pesquisa e de extensão [o que é uma exigência acadêmica], com atividades que lhes pareciam prazerosas [as leituras literárias]. Como bem assevera um dos integrantes: "Para o Direito a leitura e o maior contato com textos literários são de suma importância, fazê-lo de forma mais dinâmica me pareceu muito empolgante. Foi unir o útil para o meu aprendizado com o agradável."[8]

Percebemos, durante o tratamento dos dados, uma constância em denotar a junção entre útil e agradável. A leitura de poesias, como afirma Huizinga, vai muito além do olhar meramente estético, pois a poesia nasceu, de acordo com o autor, "durante o jogo e enquanto jogo – nos limites da extravagância, da alegria e do divertimento." A passagem a seguir, de Homo Luddens, traduz esse entendimento, dentro do contexto prazeroso sugerido pelos entrevistados: [...] a poesia desempenha uma função vital que é social e litúrgica ao mesmo tempo. Toda a poesia da antiguidade é simultaneamente ritual, divertimento, arte, invenção de enigmas, doutrina, persuasão, feitiçaria, adivinhação, profecia e competição.[9]

Uma das questões que propusemos aos entrevistados buscava apreender se o grupo incitou a sua curiosidade de ler outros autores diferentes daqueles trabalhados durante os encontros. Dentre as várias respostas apresentadas, chamou-nos atenção o fato de todas elas levarem em consideração a falta de tempo apresentada pelos alunos devido às diversas atividades em que se envolvem na faculdade.

Talvez esse seja um dos maiores problemas enfrentados pelos acadêmicos de Direito das mais diversas instituições: muito conhecimento a ser apreendido e pouco tempo disponível. Uma das participantes nos explica:

> Vários autores trabalhados no grupo despertaram minha curiosidade, em relação as suas obras, mas por falta de tempo, pois no semestre passado eu estava envolvida com outras atividades acadêmicas e projetos pessoais, não tive oportunidade de realizar outras leituras de autores que antes eram por mim desconhecidos, como Charles Bukowski, Edwin Morgan, Elizabeth Bishop dentre outros.[10]

Depoimentos como este foram recorrentes nas entrevistas.

Por outro lado, mesmo os que não se sentiram encorajados a realizar leituras de autores distintos dos abordados nos encontros, em muitos casos, tais alunos ao menos se dispuseram a ler um pouco mais dos autores trabalhados pelo grupo. Um outro componente nos fala sobre suas aquisições literárias e a influência do grupo no desenvolvimento do novo hábito:

> Possuo dois novos livros: 'Amar se Aprende Amando', do Carlos Drummond de Andrade; e 'Para Viver um Grande Amor', do Vinícius de Moraes. Ainda pretendo possuir outras obras, fiz uma lista de livros que ainda quero e a maioria eu tive vontade de ter graças ao Grupo de Estudos.[11]

O *corpus* da pesquisa ficou assim delineado: (i) aqueles que realmente não tiveram nenhuma curiosidade de procurar outros autores ou não tiveram tempo (três entre doze entrevistados responderam dessa maneira); (ii) aqueles que, ao contrário, procuraram outros autores que lhes despertaram interesse (estes são representados por seis daqueles doze); e (iii) aqueles que já tinham o hábito de leitura e continuaram a aprimorá-lo (três de cada doze responderam assim). Como ratificado pelos próprios integrantes: "Sempre fui uma leitora assídua, tenho o hábito da leitura desde criança, pois fez parte da minha educação. Portanto, o grupo de estudos não foi decisivo para me fazer **acender para a leitura**."[12]

Desse modo, uma minoria já tinha interesse por leitura. Mas a maioria despertou para a leitura literária por influência do grupo. Porém, ao percebemos esse efeito, não devemos deixar de levar em consideração a própria atitude dos partícipes em querer desenvolver o hábito de leitura. Segundo outro participante, "Penso que quanto mais se lê, mais se lê; ler um livro é como beber água: você mata a sede, mas é momentâneo, logo vai querer mais e, com certeza, os dois nunca vão deixar de existir."[13]

### *2.1.2 Triangulação e tratamento dos dados*

Por outro lado, quando falamos em legitimação da pesquisa qualitativa, lembramo-nos da importância da coleta de informações a partir de fontes mútiplas. O uso de fontes de evidências variadas permitiu-nos abordar "uma variação maior de aspectos históricos e comportamentais"[14] dos integrantes do grupo, conhecer, inclusive, suas frustrações, pois alguns não conseguiram realizar plenamente as pretensões que lhes motivaram a entrar no grupo.

No que tange a esse aspecto, podemos tecer comentários

a partir da triangulação dos dados, que é um método tipicamente utilizado no estudo de caso, diante da gama de constatações que são feitas em campo e que precisam ser reduzidas a informações mais precisas e significantes. A triangulação metodológica permite "coletar informações de fontes múltiplas, mas que visem a corroborar o mesmo fato ou fenômeno".[15]

A partir desse delineamento metodológico, analisamos o aspecto de frequência da realização de leituras literárias pós-ingresso no grupo – pois a vontade de realizar mais leituras literárias foi muito citada como motivação para entrar no grupo. Então, percebemos que 50% dos respondentes relataram êxito na frequência de leituras: "Sempre estou lendo alguma coisa"[16]; 30% não conseguiram implementar a literatura no seu rol de leituras diárias:

> Apesar de gostar muito de ler, quase não tenho feito nenhuma leitura fora o material da Faculdade e do grupo, pois desde que entrei na Faculdade tenho me envolvido em outros projetos simultaneamente; além disso, no Curso de Direito existe a necessidade de muita leitura de livros da área jurídica. Logo, não tenho encontrado tempo para leitura de outros textos, algo que fazia com muita frequência. [17]

E 20% afirmaram não terem promovido nenhuma alteração nos seus hábitos de leitura literária: "A frequência com que tenho realizado leituras literárias não sofreu variação a partir do ingresso no grupo. Desde criança, tenho o hábito de manter um livro na cabeceira e de, normalmente, fazer leituras diárias [...]"[18]

Notamos que aqueles que não conseguiram alcançar as expectativas que tinham quanto à constância nas leituras literárias, ficaram, contudo, motivados a ler mais: "minha vontade de ler aumentou"[19]. Sendo assim, percebemos que o grupo propôs algumas metas a serem alcançadas e, mesmo que a longo prazo, os participantes já tiveram abertura para um entrosamento mais profundo com a leitura, descobrindo os benefícios que esta pode oferecer, e já tendo tido a oportunidade de colher alguns frutos que uma leitura assídua pode conferir.

### *2.1.3 Documentos*

Citamos, em momentos anteriores, que a utilização de documentos é uma das bases tradicionais de coleta de dados na pesquisa qualitativa. Os documentos são fontes "de informações já existentes, às quais um pesquisador pode ter acesso".[20] Eles podem ser oficiais [provêm de governos ou de empresas], pessoais [correspondências ou diários íntimos] ou utilitários [catálogos telefônicos, publicidade].[21]

Na presente pesquisa, o documento utilizado foi o do tipo pessoal. Como o estudo do grupo se iniciou quando ele já estava funcionando há um semestre, documentos ou relatos mais íntimos [como anotações pessoais de alguns dos integrantes; gravações de recitais; depoimentos de outras pessoas; acompanhamento de postagens no blog do referido grupo; entre outros.] nos proporcionaram a oportunidade de recuperar algumas informações cujo acompanhamento de observador nos foi impossibilitado. Documentos do tipo forneceram dados de efetiva relevância para a presente pesquisa, como o da timidez apresentada por alguns para recitar poesias.

Aproveitando o ensejo e voltando ao contexto de motivações e expectativas dos integrantes do grupo, aferimos que a oportunidade da apresentação em público, o alargamento dos horizontes hermenêutico-argumentativo e o aguçamento dos movimentos corporais, quando da interação com uma plateia, tornaram-se estimulantes para alguns: "vi no grupo, também, a chance de, por meio dos textos lidos, expressar sentimentos e desenvolver a capacidade de interpretação e, com as apresentações, aprender formas para minimizar o nervosismo ao falar em público".[22]

Percebemos, assim, o interesse em usar a interpretação como ferramenta para uma boa oratória. Alguns, inclusive, fizeram comentários acerca da necessária ampliação do vocabulário, mediante o conhecimento de novas palavras e expressões, pois um ser que pode ser compreendido é linguagem, como já dizia Gadamer: o homem é corpo, mente e linguagem.[23]

### *2.1.4 Observação*

Compreender a realidade pressupõe a sua observação. Segundo Malinowski[24]: "toda a estrutura de uma sociedade encontra-se incorporada no mais evasivo de todos os materiais: o ser humano". Ao praticarmos o ato de observar, estamos aplicando sentido ao nosso objeto. É essa interação entre cognoscente e cognoscível, vice e versa, que produz a linguagem, as regras, a cultura, etc. Esse é o ato de conhecer[25].

O pesquisador, ao observar o grupo, aplica um sentido ao que vê, ao que escuta, e, quanto mais próximo, fisicamente, estiver da realidade que observa, mais perspicaz ele será no exercício do conhecimento, pois poderá observar e interpretar, além de tudo, as expressões que as pessoas transmitem ao se comunicarem.

De acordo com Erving Goffman[26]:

> Não é um mero acidente histórico que a palavra "pessoa", em sua acepção primeira, queira dizer máscara. Mas, antes, o reconhecimento do fato de que todo homem está sempre e em todo lugar, mais ou menos conscientemente, representando um papel [...] é nesses papéis que nos conhecemos uns aos outros; é nesses papéis que nos conhecemos a nós mesmos.

a) Observação participante

Entrementes, havia sempre a participação da Prof. Fayga Bedê , orientadora da pesquisa, que interagia com o grupo, por meio da observação participante. Esta foi uma outra técnica que utilizamos para coletar dados.

Nessa técnica, o pesquisador se insere no grupo de modo a vivenciar a mesma realidade social dos integrantes, propiciando interações que promovam a mudança, a transformação e a implementação do meio pesquisado de forma não intencional.

Segundo Mann[27]: " É uma tentativa de colocar o observador e o observado do mesmo lado, tornando-se o observador um membro do grupo de molde a vivenciar o que eles vivenciam e trabalhar dentro do sistema de referências deles."

Descartes recomendava a objetividade não porque "os

sentidos a percebam ou a inteligência a contemple, mas porque a razão a garante"[28] . Porém, não é porque não estamos trabalhando com dados numéricos e probabilísticos que a pesquisa não possui rigor científico e objetividade. A partir do planejamento e da sistematização, a observação se torna uma técnica científica. Para Morin, " o conhecimento é pertinente quando se é capaz de dar significado ao seu contexto global, ver o conjunto complexus" [29].

Nosso objetivo, como em todas as pesquisas qualitativas, foi o "aprofundamento, a abrangência e a diversidade no processo de compreensão, seja de um grupo social, de uma organização, de uma instituição, de uma política ou de uma representação."[30]

b) Observação não participante

Na observação não participativa, o pesquisador tem maior contato com o grupo estudado, mas sem se envolver em suas atividades. Ele vai presenciar os fatos e acontecimentos como um espectador que apenas assiste ao que está passando-se durante os encontros.

A partir da observação não participante, podemos capturar comentários espontâneos que não poderiam ser produzidos em um questionário, por exemplo. Isso é muito relevante para a pesquisa - principalmente - depois de conquistar a confiança dos observados, pois os dados seriam **puros**, ou seja, sem influência do ambiente ou de constrangimentos causados pelos outros integrantes do grupo. Estariam mais próximos da realidade.

Sendo assim, foi-nos possível perceber que as leituras se tornavam mais assíduas dias antes dos recitais. Um dos integrantes até comentou, informalmente, que, se não fosse pelas apresentações que o grupo costuma fazer, ele, provavelmente, não estaria mais participando do grupo e justificou o comentário dizendo que, durante as proximidades do recital, se trabalha ainda mais poesia e literatura do que nos encontros comuns. Realmente, durante os ensaios a que assistimos, chegamos a vê-los ensaiando diariamente por mais de quatro horas seguidas. Esses encontros tinham de ser longos, pois havia um processo que se dava desde a escolha do poema que iria ser recitado até o aprimoramento da dramatização, além das performances **extras** com danças e músicas.

O olhar externo permite o tratamento dos dados de uma forma diferenciada, pois é possível fazer observações sem um envolvimento sentimental significativo com o objeto de estudo. Esse tipo de abordagem foi muito difícil de cumprir, pois, aos poucos, fomos nos envolvendo com o grupo e com suas atividades, tornando-se cada vez mais difícil não "assumir posições ou papéis de defesa contrários aos interesses da boa prática da ciência social."[31]

Por outro lado, um entrosamento mais profundo permitiu-nos o acesso à informações mais precisas. Por exemplo, percebemos todo um trabalho com pressão psicológica antes das apresentações em público; a utilização de atividades teatrais para concentração; as várias interpretações dadas a um único poema; a necessidade de se entender os poemas para interpretá-los corretamente; a repetição dos textos e da anunciação dos poemas que os fazia gravar e associar autores e obras. Conforme lição de Vic Granero:

> [...] não importa o tema, o teatro pode dar sua colaboração facilitando, aprofundando, criando sentido e marcando na memória dos participantes o assunto abordado. Isso porque o teatro cria magia e prazer no ensinar e aprender – qualidades intrínsecas da matéria do teatro.[32]

Desta feita, percebemos a importância das atividades de interpretação. A leitura dramática exigia que os integrantes do grupo adequassem expressões faciais e corporais aos textos, a fim de fazer com que se escutasse, com prazer, o que estava sendo recitado.

Este é um exercício muito comum aos profissionais da área jurídica, como os advogados, que necessitam, constantemente, **representar** para convencer com seus argumentos e, ao mesmo tempo, envolver os interessados no seu jogo de palavras.

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

Como o objeto a ser pesquisado consistia em um grupo singular, ou seja, incidia sobre um caso particular, que deveria ser examinado em profundidade, o método do estudo de caso mostrou-se como o mais apropriado.

Os dados foram obtidos, por meio do emprego da pesquisa qualitativa, com a realização de grupo focal e entrevistas semiestruturadas. Além disso, o *corpus* da pesquisa também recaiu sobre a análise de discurso dos alunos do grupo, por meio de seus diários de campo; bem como pelo acompanhamento de suas postagens no blog do referido grupo. Outros métodos de controle e aferição dos resultados dos alunos do grupo de estudos foram utilizados, por meio da pesquisa quantitativa, com aplicação de questionários, com perguntas fechadas, comparando a evolução do seu desempenho ao longo da duração do projeto [2011.1/2011.2].

Inicialmente fizemos uma busca bibliográfica, com a finalidade de encontrar outras pesquisas na mesma área e, assim, ser possível contextualizar uma problemática de estudo, tendo como base o levantamento de técnicas capazes de permitir comprovar as hipóteses levantadas.

Alicerçando-se em uma sequência metodológica de investigação, também foi necessária uma descrição do grupo feita a partir de amostragens, questionários, tratamentos estatísticos, os quais nos permitiram fazer posteriores comparações, objetivando analisar a evolução do grupo, a partir de manipulação das variáveis.

Destarte, foram trabalhados, durante o estudo de campo, os meios mais tradicionais para a coleta de dados, ou seja, a entrevista, a observação e a análise de documentos.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

O próprio artigo, em suma, já consistiu em uma análise de resultados. Todos os dados que contribuíram para o registro de nossas opiniões foram diluídos no corpo do texto. Portanto, ateremo-nos ao comentário de que as metodologias utilizadas proporcionaram a oportunidade de analisar e registrar fenômenos particulares, além de permitir a constatação de acertos e desacertos nas atividades engendradas pelo objeto

em estudo.

## 5 CONSIDERACÕES FINAIS

Diante do minudente estudo de caso feito com o Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura [**Distraídos Venceremos**] anteriormente exposto, optamos por concluir a pesquisa tecendo algumas considerações acerca da importância de uma formação geral e humanística dos discentes do Curso de Direito.

O Relatório coordenado por Jacques Delors (UNESCO) traça o estabelecimento de quatro pilares "aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a conviver com os outros e aprender a ser"[33] da educação, ultrapassando a visão puramente formal do ensino, passando a considerar a educação em sua plenitude.

Ressalte-se a importância de tais pilares no ensino jurídico, justamente pela necessidade de se inovar os métodos didáticos utilizados no campo da estrita racionalidade lógico-formal, tendo em vista os desafios que emergem das sociedades hipercomplexificadas no mundo contemporâneo.[34]

Ao atentarmos para algumas amarras existentes no sistema de ensino jurídico – as quais colaboram para a derrocada de alguns alunos no que tange à avaliação de seus conhecimentos – foi que nos apercebemos da riqueza proporcionada pelas atividades desenvolvidas pelos **Distraídos Venceremos**. Não deixemos de notar, portanto, que a ampliação do conhecimento vernacular é, entre outras, ferramenta essencial à argumenta**ção jurídica, ressaltando-se** que aguçá-la implica acesso a uma bagagem cultural e humanista mais sólida,[35] imprescindível à formação de profissionais multifacetados.

Daí a importância do estudo de campo aqui feito, pois, a partir dele, foi-nos possível comprovar os avanços, e também os retrocessos, de uma atividade direcionada à ampliação da visão de mundo dos estudantes envolvidos no projeto.

## REFERÊNCIAS


BECHER, H. **Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais.** São Paulo: Hucitec, 1997.

BEDÊ, Fayga Silveira. Curso de Direito mescla arte, cultura e responsabilidade social. **Revista Interagir**, Fortaleza, CE, maio/jun. 2011.

CONTANDRIOPOULOS, André-Pierre et al. **Saber preparar uma pesquisa:** definição, estrutura, financiamento. São Paulo, Rio de Janeiro: Hucitec Abrasco, 1994.

DAMÁSIO, António R. **O Erro de Descartes.** Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método:** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOFFMAN, Erving. **A Representação do Eu na Vida Cotidiana.** 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

GOODE, William J.; HATT, Paul K. **Métodos em pesquisa social.** 3. ed. São Paulo: Nacional, 1969.

GRANERO, Vic Vieira. **Como usar o teatro em sala de aula.** São Paulo: Contexto, 2011.

HUIZINGA, Johan. Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura. **Ludicum.** Disponível em: <http://jnsilva.ludicum.org/Huizinga_HomoLudens.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2012.

LEMINSKI, Paulo. **Distraídos venceremos.** 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2002.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Uma Teoria Científica da Cultura.** São Paulo: Zahar, 1975.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O Desafio do conhecimento:** Pesquisa Qualitativa em Saúde. 9. ed. São Paulo: Hucitec, 2007.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORIN, Edgar. Complexidade e Ética da Solidariedade. In: CASTROLY, Carvalho E. A.; ALMEIDA, M. C. **Ensaios da Complexidade.** Porto Alegre: Sulina, 1997.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro.** *São Paulo: Cortez, 2002.*

NAVES, Rodrigo. **O Moinho e o Vento.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

UNESCO. Relatório Jacques Delours**. Unesdoc.** p. 26-27. Disponível em <HTTP://www.unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127139Porb.pdf> Acesso em: 28 abr. 2012.

YIN, Robert K. **Estudo de Caso:** planejamento e métodos. Porto Alegre: Bookman, 2010.

# DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTATUTO JURÍDICO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

*Arthur Régis Frota Carneiro Araújo, autor*[6]
*Alexander Perazo Nunes Carvalho, professor orientador*[7]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo; 2.2 Princípios constitucionais no Código Civil de 2002; *2.2.1 Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, CF/88); 2.2.2 Direito à Propriedade (art. 5º, caput, CF/88); 2.2.3 Boa-fé objetiva (art. 422, CC/02);* 2.3 A tendência de humanização das relações privadas do Direito Civil brasileiro. **3 METODOLOGIA.** 3.1 Método de abordagem; 3.2 Método de procedimento; 3.3 Técnicas de pesquisa. **4 ANÁLISE DE RESULTADOS.** 4.1 Direito Civil Contemporâneo e Patrimônio mínimo: a garantia da dignidade patrimonial **5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

[6] Acadêmico de Direito, cursando 7º semestre da graduação na Faculdade Christus. E-mail:regisfrota06@gmail.com

[7] Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza, com ênfase nas Relações Privadas. Professor da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Professor da Faculdade Christus, Professor Visitante da Universidade Potiguar, em Natal/RN, Professor do Curso Prof. Jorge Helio, Masterconcursos, Sentido Único e FB Concursos (Cursos preparatórios para concursos). Professor no site www.euvoupassar.com.br. Chefe da Assessoria Jurídica do Ministério Público Militar da União, em Fortaleza/CE e Especialista em Direito Militar. Email: perazo@globo.com

## Resumo

A Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, formulada pelo professor Luiz Edson Fachin, explicita a legitimidade do mínimo patrimonial como assegurador da dignidade inerente à condição humana do indivíduo. Realizando análise sobre o texto do Código Civil e a influência da Constituição Federal de 1988 sobre seus institutos, percebe-se a hodierna tendência de humanização nas relações privadas, em que subsiste, harmoniosamente com a proteção ao patrimônio, a tutela aos valores pessoais inalienáveis do particular. O Direito Civil Constitucional faz surgir, portanto, uma maior influência da Carta Política sobre as relações privadas, devendo dar-se uma interpretação e aplicação da legislação privada conforme os ditames da Lei Maior. Pela teoria, surge a necessidade de tutela do Estado, por todas suas três esferas de atuação, sobre o patrimônio mínimo assecuratório de direitos e valores imprescindíveis à vida digna. A Metodologia de abordagem utilizada foi a dedutiva, combinada com o procedimento comparativo e com as técnicas bibliográfica e documental.

**Palavras-chave**: Patrimônio Mínimo. Dignidade da Pessoa Humana. Princípios Constitucionais. Direito Civil Constitucionalizado.

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana perfaz chave hermenêutica na leitura e na interpretação de toda a legislação pátria. Os direitos fundamentais previstos pela Carta Política estabelecem limites para a legislação infraconstitucional, devendo esta guardar consonância com a ordem constitucional e os direitos individuais por ela consagrados. Sobre esse prisma, a teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo busca garantir ao particular o mínimo existencial de modo a resguardar sua dignidade enquanto pessoa humana, tratando das tendências de personalização das relações jurídicas do Código Civil de 2002, examinando, ainda, a influência dos princípios constitucionais sobre a referida lei.

O presente estudo busca analisar os institutos do novel Código que guardem relação com a teoria ora delineada, analisando sua compatibilidade com determinados princípios constitucionais e com a recente tendência de humanização por que passa o Direito brasileiro.

Percebe-se, daí, que o patrimônio não pode mais ser observado por sua mera natureza existencial, estando ele vinculado a uma finalidade social maior, devendo considerar-se a relação que o bem guarda com seu proprietário e com toda a coletividade.

Pretende-se aqui analisar a conduta do Estado frente ao particular insolvente, partindo da ideia de que o Poder Público deveria, em tese, garantir o mínimo patrimonial capaz de lhe proporcionar o exercício de seus direitos fundamentais. Cediço, portanto, que o ordenamento jurídico deve regular as relações jurídicas de modo a assegurar o mínimo digno ao particular.

Por fim, far-se-á uma análise sobre a possibilidade da aplicação da teoria do mínimo patrimonial para pessoas jurídicas, sobre o espectro da função social, partindo da inegável interdependência existente entre a atividade de certas empresas e a existência digna de setor da sociedade, dando enfoque ao procedimento de execução patrimonial e sua correlação com a ordem constitucional brasileira.

Para alcançar tal desiderato, a metodologia utilizada neste trabalho compreendeu a abordagem dedutiva, por meio da qual partimos do raciocínio geral desde a própria definição da teoria que fundamenta o presente estudo até a influência do texto constitucional sobre as relações privadas, buscando analisar ainda as possibilidades de aplicação da tese aqui estudada em todas as searas do Poder Público. O procedimento utilizado foi o comparativo, pelo qual confrontamos o pensamento de diferentes doutrinadores, analisando-os criticamente. As técnicas de pesquisa foram a documental e a bibliográfica.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo

A teoria desenvolvida pelo professor Luiz Edson Fachin trata da obrigação relativa ao Estado de garantir ao particular, por meio de todas as suas esferas de atuação, o mínimo patrimonial, de modo a assegurar-lhe a dignidade inerente à sua condição imperecível de pessoa humana. Trata-se tal

direito à dignidade de Princípio constitucional Estruturante da República brasileira, consoante disposto pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

O princípio retro comentado constitui a base da república brasileira, prestando de ponto de partida para a concepção de tantos outros princípios e direitos fundamentais. Consoante Luís Roberto Barroso: "[...] merece destaque em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana [art. 1º, III], que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais."[36]

Entendemos, portanto, que o princípio ora delineado perfaz guarida para a teoria ora analisada.

De princípio, incumbe estabelecer algumas considerações acerca da proposta trazida pelo professor Fachin. Primeiro, há de se ter clara a ideia de que a presente tese não busca impor obstáculo aos direitos do credor, tampouco favorecer o inadimplemento do devedor; **o desiderato a que almeja a teoria é proporcionar uma situação de equilíbrio nas relações privadas**, imprimindo um juízo de proporcionalidade ao caso concreto, desde sempre sob o amplo prisma da dignidade da pessoa humana. Consoante elucida o autor da tese em análise em trecho de sua obra, *verbis:*

> Destaque-se, nesse passo, não se tratar de interesses opostos ou excludentes. Não há, pois, defesa da ilegitimidade do crédito em si mesmo. Cogita-se, tão somente, do estabelecimento de limites à pretensão creditícia e não sua impugnação ontológica. E diante de um dano injusto, cuja reparação busca o credor em face do autor do ato, a tutela patrimonial buscará equilíbrio no juízo de proporcionalidade entre os interesses envolvidos.[37]

Há, portanto, que se visualizar a relação obrigacional levando em consideração os direitos pessoais inerentes às condições das partes. Não é razoável, consoante o presente momento da ordem jurídica brasileira, tratar da mesma forma, na condição de devedores, um trabalhador que percebe um salário mínimo para sustentar toda sua família e uma grande empresa de telefonia, por exemplo. Nesse sentido, frise-se:

> Dessa maneira, para Pontes de Miranda, a obrigação permanece com seu caráter pessoal, jurídico e oneroso, no entanto sendo influenciada pelas garantias que cada polo da obrigação detém enquanto pessoa. Assim, necessária foi a diferenciação entre débito, situação em que o devedor pode sofrer a cobrança forçada (execução judicial) por parte do credor, e obrigação, a relação obrigacional *per se.* Para ele, a relação obrigacional tem por base uma pretensão do credor em relação ao devedor, e não um implacável crédito daquele perante este.[38]

O segundo ponto crucial a que deve atentar-se é que **o estudo em testilha parte do prisma da recente tendência de repersonalização das relações privadas**, tendência essa representada pela aplicação de princípios constitucionais sobre a seara do Direito Civil, de forma a resguardar os direitos fundamentais do indivíduo em certas relações creditícias. Tem-se, portanto, uma evolução na hermenêutica do Direito Civil brasileiro, caracterizada pela necessidade da interpretação conforme a Constituição.

Ao passo que a teoria se desenvolve, o autor assinala institutos que possuem a interferência clara da superioridade da condição humana digna perante a certos institutos previstos pelo Código Civil de 2002, como claramente verificado nas hipóteses limitação à execução do bem de família, a cláusula de inalienabilidade testamentária, a incapacidade relativa dos pródigos, dentre outros.

Anote-se, nesse passo, o disposto pelo professor sobre a tendência em comento, a seguir:

> É certo que essa 'repersonalização' do Direito Civil somente encontrou explícita guarida na Constituição Federal de 1988, não só porque explicitou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República, mas também porque a matéria cível foi diretamente constitucionalizada.[39]

Por fim, faz-se necessário esclarecer **não haver um conceito objetivo do que seria o mínimo a se garantir,** premissa de que parte o criador da teoria ao buscar explicar a impossibilidade de determinação acerca do instituto. A simples ideia de mensurar o mínimo patrimonial encontra limite claro nas diferenças sociais existentes no Brasil. Não há, portanto, critério objetivo para determinar o que seria o mínimo a ser tutelado pela ordem jurídica, causa pela qual se sublinha a importância dos **conceitos jurídicos indeterminados,** na legislação pátria, conferindo, no mais das vezes, um viés genérico à norma, buscando garantir a aplicação mais próxima da justa, observando-se as peculiaridades e divergências dos casos concretos.

Sobre a dificuldade da mensuração do mínimo examinado pela tese, sublinha-se trecho da obra de Fachin, que se lê:

> Não pretende a tese em apresentação eliminar todos os paradoxos que cercam temas jurídicos polêmicos, como é este, aqui deduzido. Trabalha sobre eles e procura, a partir deles, construir, na utilidade possível, através de tamanha complexidade que marca o cenário jurídico e social do país, espaço e tempo que circunscrevem tais reflexões. O mínimo é, com efeito, conceito complexo.[40]

Inequívoco, portanto, que a tese aqui delineada realiza ampla análise sobre os limites e as possibilidades da tutela estatal acerca do mínimo patrimonial, buscando, assim, estabelecer propostas para o alcance o objetivo maior, definido pela tutela do Estado patrimônio mínimo, a fim de promover a dignidade do particular.

### *2.2 O Código Civil de 2002 à luz dos Princípios Constitucionais*

A Constituição Federal de 1988, comumente apontada como "Constituição Cidadã", atribuiu novo espectro à ordem jurídica de nosso país. A ideia de Princípios Positivos afasta a ultrapassada ideia de que o texto da Carta Política serviria unicamente como norte a ser seguido pela legislação ordinária.

A ideia hora traçada encontra fundamento na própria Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro [Dec. Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942], que no *caput* de seu artigo 4º[41] confere aos princípios gerais do Direito status de fonte do direito. Temos hoje, portanto, um ordenamento jurídico diretamente vinculado ao texto constitucional, fato confirmado diariamente quando percebemos o crescimento do poder vinculante do Tribunal Constitucional.

Sobre o tema, Paulo Bonavides assevera:

> Estabelecendo originalíssima distinção entre normas primárias, que são os princípios, e normas secundária, que são aquelas baseadas nos 'princípios', nos costumes e nas convenções, Quadri, citado por Pergolesi, denomina princípios 'as normas que são expressões imediatas da vontade do corpo social'. Para Quadri, o princípio, sendo uma norma primária, se acha em direta relação com a *autoridade* que está na base do sistema.[42]

Como comentado anteriormente, o Direito Civil Constitucional propõe que a interpretação de normas infraconstitucionais deve dar-se em plena consonância com o texto constitucional. Aponta-se, nesse sentido, passagem de artigo científico dos autores Priscilla Raphaella Oliveira Lopes de Araújo e Saullo Pereira de Oliveira, que destacam:

> Analisando esse novo contexto jurídico, constata-se que o Direito Civil, dito 'constitucionalizado', tem o desejo de superar lógica patrimonial pelos valores existenciais da pessoa humana, uma vez privilegiados pela Constituição. O intérprete, ao realizar seu trabalho, tem de reler a legislação civil sob a ótica constitucional, de modo a priorizar os valores não patrimoniais, o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, de sua dignidade, os direitos sociais e a justiça distributiva. Hodiernamente, não há como o Direito Civil ficar imune aos valores e aos princípios constitucionais.[43]

Dada a amplitude do texto da Carta Magna, o desiderato a que aqui se almeja suplica por uma análise do texto do Código Civil de 2002, de forma a examinar a influência de certos princípios constitucionais no texto da Lei Substantiva Civil, buscando examinar sua atuação no Direito Privado e sua relevância para o tema em análise.

### *2.2.1 Dignidade da Pessoa Humana [Art. 1º, III, CF/88]*

Como já comentado, trata-se de Princípio basilar do sistema Republicano brasileiro, por força do próprio artigo 1º [44] da Carta Política, caracterizando-se como o mais importante mandado de otimização do texto constitucional. Lançando-se um olhar sobre o Código Civil de 2002, nota-se claramente influência do Princípio sobre o seu texto, conferindo maior caráter humanista às relações privadas no Direito brasileiro.

Alexandre de Moraes reflete, em sua obra, lúcido pensamento acerca da importância da máxima em análise, *verbis:*

> A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que **traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais**, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (grifos nossos)[45]

A influência desse princípio sobre o texto da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 faz-se perceptível em variados institutos por ela regulados. Partindo da vertente do presente estudo, observa-se que há diversos exemplos em que o caráter patrimonial das relações obrigacionais ira restar mitigado perante a superioridade de um bem maior, ou seja, a garantia da plena dignidade do particular, sendo exemplos citáveis: execução sobre os bens de família, a doação universal, a cláusula de inalienabilidade testamentária, entre outras.

Percebe-se ainda que é de vital importância para a tese do professor Fachin o princípio em análise. Vislumbra-se do texto da Carta Magna que o presente princípio é o ponto gênese de todos os direitos pessoais advindos da Ordem Jurídica brasileira. Leia-se, nesse sentido, trecho da obra do professor supracitado:

> A tese encontra-se conexionada ao princípio da dignidade humana, de foro constitucional, diretriz fundamental para guiar a hermenêutica e a aplicação do Direito, e para nortear o rumo do presente trabalho. A reflexão sobre o patrimônio pode (e deve) estender-se em dois horizontes complementares: o primeiro, aquele que supere o limite individual da guarida e abrace a coletividade; o segundo, aquele que voe do presente para alcançar o futuro, mesmo que em incerta e improvável utopia.[46]

O presente princípio configura, portanto, base hermenêutica para análise dos demais valores subjetivos de que trata a Carta Política, como restará evidenciado da leitura dos próximos tópicos.

### *2.2.2 Direito à Propriedade [art. 5º, caput, CF/88]*

Hodiernamente, torna-se inegável o fato de que vivemos em uma sociedade plenamente capitalista. Nesse sentido, a propriedade possui um papel garantidor de uma série de direitos fundamentais do indivíduo. Faz-se uma análise, a título de exemplificação do pensamento ora delineado, dos direitos que devem ser amparados pelo Salário Mínimo; de acordo com o texto do inciso IV, artigo 7º[47], da CF/88, o salário mínimo deve garantir ao receptor do piso salarial e à sua família o acesso à moradia, à alimentação, à educação, à saúde, ao lazer, ao vestuário, à higiene, ao transporte e à previdência social.

Gilmar Mendes ensina, de maneira clara, a atual abrangência do direito constitucional à propriedade, alertando para a nova perspectiva conceitual do instituto, que engloba não apenas a propriedade privada, mas também tutela uma série de relações de caráter patrimonial, leia-se:

> Já sob o império da Constituição de Weimer, passou-se a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores

> patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações de direito privado ou não.
>
> [...]
>
> Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações de índole patrimonial. Vê-se que esse conceito constitucional de propriedade contempla as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de patente e de marcas etc. Teria esse entendimento validade no ordenamento constitucional brasileiro? A resposta há de ser afirmativa.[48]

Percebe-se que, diante das novas influências do texto constitucional sobre as normas de Direito Privado, as relações privadas encontram novos limites baseados na proteção ao indivíduo. Nota-se, portanto, que o novo Direito Civil se fundamenta com cerne na pessoa humana, e não mais sobre o patrimônio. Nesse sentido, leia-se:

> Desde o Direito Romano, difundiu-se a ideia de bipartição do direito em dois ramos: direito público e direito privado. Essa dicotomia sobreviveu às intempéries do tempo e às críticas de substanciosa parte da doutrina jurídica. No entanto, esse paradigma clássico não mais reflete a hodierna lógica do sistema jurídico, nem o atual contexto econômico-social, os quais são frutos da pós-modernidade.
>
> Ora, com a Constituição Federal de 1988 -, que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa -, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.[49]

Diante do novo ângulo que se observa o Direito Privado, percebe-se uma clara mudança de perspectiva, não sendo mais o patrimônio o principal objeto de tutela das codificações privadas, e sim o particular e os seus direitos irrenunciáveis. Do próprio texto constitucional infere-se, portanto, a importância da propriedade enquanto direito fundamental do cidadão, em todas as suas perspectivas, e da necessidade de sua tutela por parte do Estado.

### *2.2.3 Boa-fé objetiva [art. 422, CC/02]*

O novel Código Civil guarda consonância com várias previsões da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor. Nota-se, nesse último diploma, a importância e imprescindibilidade da boa-fé nas relações jurídicas do Direito Privado, em especial nos artigos 4°, inciso III; 6°, incisos I a V, e no artigo 51, inciso IV.

Trata-se de conceito jurídico indeterminado, que impele os contratantes a agirem de forma honesta, clara, sem buscar obtenção de vantagens ilícitas em detrimento alheio. A indeterminação do conceito permite à doutrina que restrinja o espectro de atuação do instituto, delimitando, por meio de conceitos concretos, a real intenção do legislador. Lê-se na doutrina, nesse sentido, o seguinte:

> Sobre a amplitude do conceito da boa-fé objetiva, ORLANDO GOMES a sintetizava em três termos – lealdade, confiança e colaboração. TARTUCE, auxiliado por TERESA NEGREIROS, formulou seis palavras-chave para a compreensão do instituto emergente, a partir daquelas apontadas por GOMES, a saber: **lealdade, confiança, equidade, razoabilidade, cooperação e colaboração.**[50] (grifos originais)

Inequívoco, portanto, que os contraentes devem conhecer da totalidade dos possíveis resultados da relação jurídica que se instaura, resguardando, desde logo, seus direitos diante de possíveis obstáculos ao cumprimento do acordo referentes ao estatuto ora estudado. Inadmissível seria, a título exemplificativo, que uma instituição financeira fornecesse contrato de financiamento de imóvel com parcelas a que o particular não comprovasse ser possível cumprir, sob pena de deparar-se com os limites aqui esposados.

O mais conhecido dos limites à execução do Estado para cumprir dívidas pecuniárias, sejam elas provenientes de relações jurídicas públicas ou privadas, é o bem de família. Nessa linha de raciocínio, assevera Gilmar Mendes:

> A lei n. 8.009 de 1990, estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família assim entendido o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados, excluídos os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.[51]

Conclui-se, desse modo, que a boa-fé objetiva representa elemento de validade da relação jurídica no direito privado, devendo esta ainda guardar sintonia com os bons costumes relativos à solidariedade social, observados, desde sempre, os limites estabelecidos pelo estatuto do patrimônio mínimo.

### *2.3 A tendência de humanização das relações privadas do Direito Civil brasileiro*

A tese desenvolvida por Luiz Edson Fachin propõe uma nova concepção sobre o patrimônio, sugerindo que este não deva ser o cerne das relações privadas, mas sim a pessoa humana e seus valores personalíssimos. O autor mostra que, diante da nova ordem constitucional, não há espaço para a prevalência de interesses patrimoniais perante a sucumbência da própria plenitude e dignidade inerente à vida do particular, devendo o direito tutelar as relações sociais de modo a impedir tais excessos. Em sua obra, lê-se:

> Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência.[52]

Não se propõe aqui a necessidade de uma nova codificação, tendo em vista que a própria Lei substantiva civil é composta de conceitos gerais, podendo adaptar-se à ordem constitucional

vigente. O que se busca na realidade é a humanização das relações sociais hodiernas em consonância com os ditames constitucionais de dignidade, solidariedade e igualdade.

A tendência a que se aponta provém da recente evolução de perspectiva sobre o Direito Privado, conceito imprescindível para a teoria do Direito Civil Constitucional. Nesse sentido, leia-se:

> Assim, amparados na feição civilista, os defensores do chamado 'Direito Civil Constitucional' sustentam que o direito privado deve ser lido em consonância com os ditames constitucionais, haja vista que a concepção jurídica moderna, na qual o patrimônio era a razão de ser do ordenamento, cede lugar para o viés pós-moderno, que prega a socialização do direito, cujo cerne é a pessoa humana.[53]

Inegável influência dos ideais provenientes do Direito Civil Constitucional, de tal forma que, cada vez mais, observa-se doutrina e jurisprudência caminhando no sentido de tutelar as relações privadas em busca de proteção aos direitos personalíssimos e do mínimo em discussão. Nesse sentido, anota Fachin:

> Na inegável transformação que abre portas, sob a crítica dos paradigmas tradicionais, ao Direito Civil contemporâneo, abre-se espaço para dar um passo adiante. A garantia pessoal de um patrimônio mínimo, do qual ninguém pode se assenhorear forçadamente, sob hipótese legítima alguma, pode ser esse novo horizonte.[54]

Dessa nova perspectiva que surge sobre o Direito Privado, no estudo em andamento, visamos a discutir a importância de tutela do patrimônio mínimo, dado seu papel essencial na concretização da vida digna do indivíduo e de sua família. Buscamos, no próximo tópico, estabelecer pontos fáticos e jurídicos capazes de caracterizar o patrimônio mínimo como instituto básico da dignidade almejada.

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

### 3.1 Método de abordagem

Utilizou-se a abordagem dedutiva, pois partimos da construção de um raciocínio geral para a aplicação em um caso específico, englobando desde a própria explanação sobre a teoria fundamental para o artigo até os seus efeitos sobre as relações jurídicas de Direito Privado na legislação brasileira.

### 3.2 Método de procedimento

O procedimento utilizado foi o comparativo, pelo qual confrontamos os pensamentos de diferentes doutrinadores, analisando-os criticamente, com a finalidade de desvendar que aspectos dos estudos e dos posicionamentos de cada um mereceriam ser acatados e o que precisaria ser mais cuidadosamente pensado.

### 3.3 Técnicas de pesquisa

As técnicas de pesquisa foram a documental, tendo em vista tratar-se de um trabalho jurídico e, assim, as leis serem fontes naturais de consultas, e a bibliográfica, com análise de livros e artigos específicos de Direito Civil e Direito Constitucional, analisando-se ainda obras Direito Civil constitucionalizado.

## 4 ANÁLISE DE RESULTADOS

### 4.1 Direito Civil Contemporâneo e Patrimônio mínimo: a garantia da dignidade patrimonial

A evolução da relação credor-devedor é de fácil constatação quando da análise da história do Direito Privado. Partindo da intervenção mínima do Estado, quando o credor poderia constranger o devedor em seus próprios direitos de personalidade, tornando-o, por vezes, seu escravo, como meio de satisfazer o débito; passando pela proteção à honra do devedor, em que restaram somente penas civis patrimoniais; até a hodierna tendência de proteção ao patrimônio mínimo, como forma de garantia **à** dignidade inerente à condição humana.

O Direito Civil contemporâneo denota uma série de novas perspectivas relativas às relações jurídicas privadas de nosso País. A humanização dos institutos jurídicos refletem a atual influência do texto da Constituição Cidadã sobre o Direito Privado, restando claro, portanto, que os valores pessoais devem ser objeto de tutela nas relações obrigacionais particulares.

O que se vê são mudanças na perspectiva de atuação dos modos de cobrança judicial de créditos obrigacionais. O estatuto em exame não busca desconstituir a legitimidade dos contratos, tampouco das formas judiciais de execução; o que se almeja é tão somente **clarear a inegável realidade que o patrimônio deve superar o limite individual da relação obrigacional e abraçar sua função para a coletividade**.

Daí surge a ideia, guarida de tudo o que aqui fora delineado, de que o mínimo patrimonial é um dos garantidores da dignidade humana a que tanto se ambiciona. Os limites impostos pelo Estado sob as relações privadas devem convergir no sentido de garantir o fim que aqui se discute, buscando, por meio de seus três poderes atuantes, limitar os abusos e as ilegalidades no campo do Direito Privado.

Os limites da legitimidade da atuação do Poder Público nesse sentido devem ser objeto de estudo e de nova normatização, devendo discutir-se qualquer possibilidade de defesa ao bem de família, inclusive a possível aplicação da teoria em estudo sobre as Pessoas Jurídicas, nas hipóteses facilmente encontradas em nosso país de famílias que dependam de sua existência para garantir o seu sustento mínimo.

## 5 CONCLUSÃO

A presente análise da teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo e a influência do texto constitucional sobre o novo Código Civil e sobre as relações de direito privado permitem concluir que a tendência de humanização do direito patrimonial é uma realidade inegável no Direito Brasileiro.

A Carta Magna amplia seu espectro de atuação e eficácia no sentido que influi nas relações obrigacionais para tutelar valores personalíssimos frente aos débitos patrimoniais, como a dignidade humana, o direito à propriedade e a proteção ao bem de família.

O texto do novo Código Civil apresenta influência incontestável das máximas da Carta Política, motivo pelo qual se encontra em certos institutos, como requisito de validade, valores

constitucionais, como a boa-fé e o respeito ao direito de propriedade. Nesse sentido, destaca-se ainda a inexistência de critério objetivo para fixar o mínimo patrimonial, daí a importância da atividade discricionária do aplicador da norma, que, fazendo uso de conceitos abertos que a legislação lhe oferece, deve resguardar, desde logo, o direito ao mínimo aqui delineado, atentando para as peculiaridades que o caso concreto lhe apresenta.

Trata-se, portanto, de evolução na perspectiva e nos ideais do Direito Privado brasileiro, que caminha no sentido de uma aplicação mais justa e humana da legislação pátria, mediante a atuação dos três poderes do Poder Público, que devem atuar em harmonia, buscando garantir, desde sempre, a aplicação e efetivação do texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Priscilla Raphaella Oliveira Lopes; OLIVEIRA, Saullo Pereira de. A constitucionalização do direito obrigacional. In MARQUES JÚNIOR, William Paiva. (Coord.). **Presente em Mutações do direito civil das obrigações na perspectiva da constitucionalização das relações privadas**. Fortaleza: DINCE, 2012, v. 1.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUIMARÃES, Ana Renata de Freitas; CUNHA, Isaac Rodrigues. Do conceito de obrigação: para além do direito civil. In MARQUES JÚNIOR, William Paiva. (Coord.). **Presente em Mutações do direito civil das obrigações na perspectiva da constitucionalização das relações privadas**. Fortaleza: DINCE, 2012, v. 1.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Maria José Mais. O Direito Civil Constitucional e os Princípios Norteadores do Novo Código Civil como Pilares Fundamentais do Moderno Direito Privado: a Boa-Fé Objetiva e a Função Social. **PGE.AC.** Disponível em: <http://www.pge.ac.gov.br/site/arquivos/bibliotecavirtual/revistas/revista04/monografia-odireitocivilconstitucional.pdf> Acesso em: 24 abr. 2012

# A NECESSIDADE DE SANÇÃO PARA A EFETIVIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

*Bruna M. Oliveira, autora* [8]
*Zaneir Golçalves Teixeira, orientadora* [9]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1. INTRODUÇÃO. 2. REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Configuração do Direito na sociedade e conceituação; 2.2 Regras de conduta; 2.3 Sanção; 2.4 O sistema sancionatório no Brasil; 2.5 A necessidade de sanção para a efetividade do ordenamento jurídico. **3. METODOLOGIA DA PESQUISA. 4. ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## Resumo

Este estudo trata de uma perspectiva sociológica acerca da teoria geral do Direito no que tange à real necessidade de sanção para a efetividade do ordenamento jurídico. Este trabalho fará uma contextualização sobre o momento do reconhecimento do Direito enquanto sistema regulador da sociedade, bem como será realizada uma análise de suas características. Será feita a apreciação do sistema normativo que o Brasil adota e dos meios sancionatórios. Para tanto, foram realizadas pesquisas bibliográficas em livros, sites, artigos, a partir da abordagem. Essas pesquisas mostraram que, no caso do Brasil, é necessária a sanção para a efetividade do ordenamento jurídico, bem como é necessária uma maior fiscalização para a efetividade da sanção.

**Palavras-chave:** Ordenamento Jurídico. Sistema Normativo. Sanção.

[8] Estudante do 5º semestre de Direito da Faculdade Christus. Monitora da disciplina Teoria geral do Direito (bmelo.oliveira@hotmail.com)
[9] Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1997) e mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professora da Faculdade Christus e membro do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da FAMETRO. (zaneir@hotmail.com)

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva investigar a origem do Direito e a necessidade de sanção para a efetividade do ordenamento jurídico, partindo de uma perspectiva de pesquisa dialética baseada em materiais bibliográficos e documentais. Inicia com um breve histórico acerca da presença marcante do Direito na sociedade com o positivismo. Aborda as formas existentes de sanção e as suas respectivas aplicações utilizadas no sistema jurídico brasileiro e na sociedade. Ao final, busca-se descobrir se, de fato, é preciso sanção para o ordenamento jurídico ser eficaz.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

Para um maior entendimento do tema, buscou-se fazer uma análise bibliográfica baseada em obras de autores, como Norberto Bobbio, Hans Kelsen e Tercio Sampaio Ferraz Jr.

### 2.1 Configuração do Direito na sociedade e conceituação

*A priori,* o Direito na sociedade não era bem delineado, não possuía um conceito que o definisse. As condutas humanas exercidas eram para defender os interesses próprios e os da comunidade/sociedade a qual se pertencia, no entanto ainda não eram reconhecidas como condutas que compunham o Direito, eram atos primitivos. Com o passar do tempo, o modo de agir dos homens foi tomando formas definidas e seguindo um ideal de defesa. Os romanos foram os pioneiros no que se trata de desenvolver o Direito positivado, escrito.

Hobbes, ao tratar do homem e do seu modo de agir, conceituava a autodefesa exercida nos primórdios com uma frase marcante: "o homem é o lobo do homem"[55]. Essa frase retrata o "estado de natureza" dos homens que têm os mesmos interesses e lutam entre eles por esses interesses, expondo, assim, o conflito/guerra a todo momento e a necessidade de um pacto formal entre iguais que renunciam a liberdade em troca de uma paz, do fim da guerra. De certo modo, a primeira forma de defender seus interesses demonstraria um pouco do Direito jusnaturalista[56] [direito natural]. Posteriormente, com o estabelecimento do que seria o Direito, o interesse próprio defendido por si mesmo seria reconhecido como o instituto da autotutela[57] e seria limitado, bem como seriam definidos outros institutos solucionadores dos conflitos como a mediação[58], arbitragem[59], e jurisdição[60]. Esses institutos seriam marcados/estabelecidos, principalmente, pelo juspositivismo[61].

O conceito de Direito começou a delinear-se com a necessidade de organização da sociedade e das condutas humanas. Sendo assim, Hans Kelsen diz:

> O Direito é uma ordem da conduta humana, Uma "ordem" é um sistema de regras. O Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema. [...] Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida.[62]

Atualmente, uma definição em destaque do Direito é a de Miguel Reale[63], a qual determina que Direito é a junção de fato, valor e norma, ou seja, seria necessário o acontecimento de um determinado fato que causasse repercussão na sociedade, esta valoraria o acontecido e criaria a norma para regular os demais casos semelhantes. Sendo assim, Direito conteria a ideia de manter a ordem social, e, com isso, ficaria determinado o significado de Direito, bem como os elementos que o compõem.

### 2.2 Regras de conduta

As regras de conduta, também conhecidas como normas, são um meio pelo qual o Direito se apresenta como ordenação das condutas que demonstram o dever ser nas relações. Porém as regras de condutas não são somente normas jurídicas, existem outras que demonstram preceitos religiosos, regras

morais, sociais, costumeiras, entre outras.

Nesse estudo, o enfoque será nas normas jurídicas. Das inúmeras noções deste tipo de norma, Tercio Sampaio Ferraz Jr destaca a de Von Jhering:

> A definição usual de direito reza: direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e esta definição a meu ver atingiu perfeitamente o essencial. Os dois fatores que ela inclui são o da norma e o da realização através de coação... O conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição (proposição jurídica), mas uma proposição de natureza prática, isto é, uma orientação para a ação humana; a norma é, portanto, uma regra, conforme a qual nos devemos guiar.[64] Jhering traça, a partir desta definição genérica, os caracteres distintivos da norma jurídica. Observa, em primeiro lugar, que, em comum com as regras gramaticais, a norma tem o caráter de orientação, delas separando-se, porém, à medida que visam especificamente à ação humana. Nem por isso elas se reduzem à orientação para a ação humana, como é o caso das máximas de moral, pois a isto se acresce um novo aspecto, ou seja, o caráter imperativo. A norma para ele é, assim, uma relação entre *vontades*, sendo um imperativo (positivo: obrigação, ou negativo: proibição) no sentido de que manifesta o poder de uma vontade mais forte, capaz de impor orientações de comportamento para vontades mais fracas. Relação de império, as normas são interpessoais e não existem, como tais, na natureza. Conforme se dirijam à ação humana num caso concreto ou a um tipo genérico de ação, as normas constituem imperativos concretos ou abstratos. Jhering conclui que, na sua especificidade, a norma jurídica é um imperativo abstrato dirigido ao agir humano.[65]

Para a distinção entre a norma jurídica e os demais tipos de norma, Bobbio trabalhou a teoria da norma jurídica, a qual fez uma comparação entre elas. Nessa teoria, **são considerados três critérios de valoração da norma jurídica: j**ustiça, validade e eficácia. Esses critérios são independentes, ou seja, "a justiça não depende nem da validade nem da eficácia, a eficácia não depende nem da justiça e nem da validade" [66], como exemplo disso, pode-se mostrar a admissão da escravidão em outros tempos que tornava uma norma válida sem ser justa. No entanto, pode haver confusões entre esses critérios[67] que determinariam a redução dos critérios em algumas conceituações do Direito, exemplo: o direito natural reduziria a validade à justiça; o positivismo jurídico reduziria a justiça à validade; por fim, o realismo jurídico reduziria a validade à eficácia.

O critério de justiça trata da correspondência ou não aos valores que inspiram um determinado ordenamento jurídico, não sendo necessário um ideal comum para toda a sociedade, mas sim um ideal majoritário que determine os fins dessa organização social específica. Esses fins, em regra, são estabelecidos pelo legislador ao julgar/estabelecer se a norma é apta ou não, justa ou injusta, demonstrando um contraste entre o mundo real [ser] e o mundo ideal [dever ser].

O critério de validade refere-se à questão de existência de uma norma, ou seja, a constatação acerca se esta pertence a um determinado sistema. Para isso, **é importante averiguar a origem da norma a partir de determinados quesitos: averiguar se a autoridade que a produziu era competente para tal; averiguar se não foi ab-rogada; averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema**[68].

O critério de eficácia trata da adesão da sociedade [destinatários da norma jurídica] a determinada norma, ou seja, trata da sociedade segui-la e, no caso de não cumprimento, de a mesma ser imposta pela autoridade competente. As normas mais ineficazes são aqueles em que são violadas e não há coação para serem aplicadas.

Além desses critérios, a teoria ainda trabalha as prescrições jurídicas e a classificação das normas jurídicas[69].

As normas são criadas pelo Poder Legislativo e aplicadas pelo Poder Judiciário. O Poder Judiciário, inclusive, atua como legislador passivo ao analisar determinada lei em comparação com outras leis superiores acerca da sua validade [exemplo: lei infraconstitucional em face da Constituição Federal]. O Poder Judiciário atua na busca de tornar a norma eficaz por meio da sanção para o agente que não cumpre a norma.

### 2.3 Sanção

Na busca de Bobbio e dos demais juristas por um critério que diferenciasse a norma jurídica das demais, Bobbio depara-se com o critério da sanção. Seria a sanção uma resposta à violação, ou seja, um modo de punir aquele que contraria a norma. Sendo assim, Norberto Bobbio escreve sobre esse critério:

> Uma norma prescreve o que deve ser. Mas aquilo que *deve ser* **não corresponde sempre ao que é**. Se a ação real não corresponde à ação prescrita, afirma-se que a norma foi *violada*, enquanto exprime não o que é, mas o que deve ser. À violação, dá-se o nome de ilícito. O ilícito consiste em uma ação quando a norma é um imperativo negativo e em uma omissão quando a norma é um imperativo positivo.[70]

Sendo assim, a análise do critério da sanção demonstra a divergência entre as demais normas a partir de alguns quesitos que diferenciam as sanções jurídicas das sanções morais e sociais. E, em decorrência disso, chegar-se-á ao ponto principal desse estudo: a sanção e a sua necessidade para a efetividade do ordenamento jurídico.

A sanção moral é aplicada pelo próprio violador da norma a si mesmo, sendo que, nesse caso, trata-se de normas morais. Entende-se por norma moral as normas cuja sanção deriva do interior, da esfera pessoal. A violação de uma norma moral desencadearia então em um "sentimento de culpa, um estado incômodo, de perturbação, às vezes de angústia"[71]. Com isso, pode-se dizer que a sanção moral deriva do consciente de cada ser.

A sanção social é aquela despertada em um indivíduo a partir do sentimento de um grupo social ou de outro indivíduo que a represente quando a norma desse grupo é violada. Em regra, essas normas e sanções derivam do costume. Como exemplo de sanções sociais, pode-se citar: reprovação do ato pelo grupo, eliminação/expulsão do grupo, linchamento, dentre outras.

A sanção jurídica é a institucionalização da sanção, ou seja, é a regulação da violação das normas de forma positivada.

É uma maneira de organizar, proporcionalizar as medidas necessárias para a reprovação da resposta ao ato contrário à norma, sendo assim, tem por finalidade atingir uma conduta humana considerada pelo legislador como correta. Dentre essas, existem 2 [dois] tipos de sanções jurídicas específicas: criminal e civil [em sentido amplo]. As sanções penais se apresentam por meio da pena [exemplo: multa, detenção] ou medida de segurança. As sanções civis, em regra, apresentam-se por meio de obrigações e/ou reparações. Também existem as sanções administrativas, geralmente expressas como multas ou suspensão de certos direitos.

### 2.4 O sistema sancionatório no Brasil.

Em regra, quando se fala de sistema sancionatório se pensa logo na área do Direito Penal, por esta possuir um peso de punição maior. No entanto, a área cível desperta também sanções que se regulam por reparações, havendo ainda a sanção administrativa "que impõem a pessoas físicas e jurídicas a proibição de licitar e contratar com qualquer órgão ou entidade da Administração Pública"[72].

**É importante ressaltar a necessidade de uma maior fiscalização na aplicação das sanções, principalmente na área cível, bem como efetivar da maneira correta as sanções da área de penal, atentando para os direitos do réu que também precisam ser observados. O Estado possui poder não só para aplicar a sanção, mas também para fazê-la cumprir da maneira estabelecida.**[73]

O Brasil possui um sistema sancionatório que se aproxima do sistema sancionatório português. É um sistema positivado, no qual prevê todas as sanções dispostas já em seu ordenamento, visto que já é determinado pela própria Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIX[74].

### 2.5 A necessidade de sanção para a efetividade do ordenamento jurídico

No que se refere à relação concernente à sanção e sua função quanto à efetividade do ordenamento jurídico, Bobbio faz uma explanação das ideias de Kelsen, constituídas em sua Teoria Pura do Direito. O referido teórico não se preocupava, como se infere de sua teoria, com a finalidade do Direito, e sim com a sua estrutura.

Kelsen não se preocupou com a finalidade do ordenamento jurídico, e a razão de tal compreensão se fundamenta na ideia de que ele percebe o Direito meramente como um instrumento, ou seja, um meio, que pode buscar os mais diversos fins. O Direito, na concepção de Kelsen, estaria consubstanciado em meios coercitivos para induzir os membros de um grupo social a fazer ou não algo. Ele compreendia tal Ciência como um ordenamento para a promoção da paz, como um ordenamento coercitivo.

Em decorrência de o Direito ser considerado assim, a técnica de controle social utilizada por ele consiste na ameaça e na aplicação de sanções negativas, ou seja, sanções que trazem consequências más a quem pratica ações indesejáveis.

Na concepção de Kelsen, o homem é um ser naturalmente egocêntrico, e estabelecer uma ordem social não altera essa sua natureza. No entanto, as consequências previstas pelas normas jurídicas conduzem o homem a fazer um juízo de ponderação, inclinando-o a obedecer às prescrições normativas pelo fato de haver mais vantagem para ele, ou uma menor desvantagem. Pode-se perceber o seu caráter egoísta, na concepção kelseniana, ao realizar essa ponderação.

Diante de tal natureza, como foi explanado, é necessário que as consequências previstas para as condutas indesejadas nas normas jurídicas levem o homem a considerar menos vantajoso infringir o comando dessas normas. A sanção, assim, tem um caráter funcional, como previu Kelsen, consubstanciando-se na razão que motiva o destinatário das normas a cumpri-las.

O Direito é considerado pelo mencionado teórico como uma ordem social coercitiva, impositiva de sanção. Diferentemente da moral, que recomenda aprovação ou desaprovação de condutas, ele estatui consequências que podem ser imputadas às pessoas com o uso da força física.

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

Este artigo se baseou em uma pesquisa explicativa, que busca conceituar os tipos sancionatórios existente, sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro e sua fiscalização na aplicação. Utilizou o método dialético, com predominância do método indutivo, bem como o método histórico e comparativo para facilitar a compreensão das temáticas. Esse estudo se baseou na análise de doutrinadores e sites.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Foi analisado nesse estudo a origem e o conceito do direito, o conceito da norma jurídica, o conceito e os tipos de sanção. *A posteriori*, verifica-se então a necessidade da sanção para a efetividade do ordenamento jurídico, bem como de uma maior fiscalização para a aplicação da sanção no sistema brasileiro.

## 5 CONCLUSÃO

A visão de Bobbio sobre o assunto considera que o Direito seja visto não só quanto à sua função repressiva-protetora, como também quanto à sua função promocional, ou seja, há, nessa concepção, uma mudança atinente à função dessa Ciência, que deve ser, além de repressiva e protetora, também diretiva.

Não obstante isso, a visão de Kelsen quanto à estrutura do ordenamento jurídico não estará ultrapassada, pois a especificidade desse ordenamento sempre dependerá da tipicidade de sua estrutura e não da sua função. Aquela sempre se configurará, mesmo que a função do Direito, de alguma forma, apresente mudanças.

Sendo esse estudo uma pesquisa explicativa direcionada acerca da sanção e baseado principalmente em grandes nomes como o de Noberto Bobbio e de Hans Kelsen, pode-se concluir que, na sociedade atual, faz-se necessária a fiscalização para efetividade da sanção no ordenamento jurídico. Ainda que a sanção não seja vista sob o prisma de Kelsen, para o qual a sanção era o pressuposto para o cumprimento, e sim sob o novo prisma no qual a sanção é apenas a consequência.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo: Unesp, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

# DIREITOS HUMANOS DE MINORIAS À LUZ DA IGUALDADE DE DIREITOS E DIREITO À DIFERENÇA

**Bruna Silva Rodrigues, autora**[7510]
**Francisca Ivanise Barroso Galvão, coautora**[1176]
**Martha Priscylla Joca, professora orientadora**[1277]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1. INTRODUÇÃO. 2. REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1. Igualdade e discriminação; 2.2. Diferença e generalização; 2.3. Direito à diferença. **3. METODOLOGIA. 4. ANÁLISE DE RESULTADOS. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## Resumo

O artigo, em tela, busca apresentar que o direito à diferença é uma premissa para que se haja igualdade. A igualdade de direitos somente poderá ser concretizada quando as diferenças dos indivíduos forem reconhecidas e respeitadas. Portanto é necessário haver o reconhecimento da diferença e a distribuição mais justa de recursos e bens. Um importante mecanismo de reconhecimento é evidenciado nas ações afirmativas, que buscam reconhecer que existem preconceito e discriminação, procurando combater essas desigualdades. O objetivo deste trabalho é relacionar igualdade e diferença como direitos distintos que independem mutuamente. A metodologia utilizada foi fundamentalmente teórica por meio de pesquisa bibliográfica de autores pesquisadores que investigam o assunto. Salientamos que a igualdade se opõe à desigualdade e não à diferença. A diferença é uma peculiaridade pertencente ao indivíduo que não deve, de maneira alguma, vir a inferiorizá-lo frente a outro indivíduo. Uma sociedade mais justa e igualitária somente será possível com respeito à diversidade dos indivíduos.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Igualdade. Diferença.

[10] * Aluna do Curso de Direito da Faculdade Christus. Participante do Grupo de estudos em Direitos Humanos de Minorias: à luz do direito à igualdade. E-mail: brunarodrigues_88@hotmail.com

[11] Aluna do Curso de Direito da Faculdade Christus. Participante do Grupo de estudos em Direitos Humanos de Minorias: à luz do direito à igualdade. E-mail: ivanisegalvao@yahoo.com.br

[12] Mestre em Direito/UFC, professora universitária, orientadora do Grupo de estudos e pesquisa em Direitos Humanos de Minorias: à luz da igualdade. E-mail: priscylla.joca@uol.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

A igualdade de direitos é um objetivo pelo qual se almeja uma sociedade justa, democrática e igualitária. Não há como se pensar em uma sociedade justa sem que haja igualdade entre os indivíduos.

O objetivo da igualdade não é de que vivamos em uma sociedade homogênea, pois, nós, componentes dessa sociedade, não o somos. Devemos buscar o respeito às diferenças com igualdade de direitos. Acredita-se que o fundamental é buscar a igualdade, mas é necessário analisar por outro prisma. Existem pessoas que querem destacar as suas peculiaridades, afirmar as suas diferenças. Querem que a sociedade identifique e respeite essas diferenças. Não se deve, evidentemente, menosprezar a igualdade, pois esta defende os direitos das pessoas, mas é justo que estas possam assumir suas características individuais sem temer possíveis julgamentos.

A igualdade e a diferença não se encontram em polos opostos, mas que interagem entre si. Temos que, primeiramente, reconhecer as diferenças para podermos viver uma igualdade substancial.

Alguns quesitos são essenciais para efetivação da igualdade como o reconhecimento de que há desigualdades, para que alguma medida possa ser tomada no intuito de igualar as condições entre os indivíduos.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

A temática direito à igualdade vem sendo discutida desde longa data, especificamente a partir dos ideais franceses de revolução. Contudo, as mudanças ocorridas na sociedade, no decorrer de séculos, busca e necessita da efetivação dessa igualdade. Porém, ao falarmos em direito à igualdade, não estamos falando que a sociedade deve ser homogênea, mas que os indivíduos sejam reconhecidos em suas peculiaridades e que estas não sejam motivos de desigualdade e discriminação, mas sim de reconhecimento para que haja um tratamento mais justo entre os indivíduos. Como já nos foi dito por Aristóteles, a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

### 2.1 Igualdade e discriminação

Ao evidenciarmos a temática direito à igualdade, remetemos às revoluções do final do século XVIII que, baseados nos ideais iluministas, garantiram a igualdade nos documentos constitucionais. No entanto, era uma igualdade apenas formal, abstrata, ou seja, era garantida na lei, mas não eram oferecidos os requisitos para que essa igualdade se efetivasse.

O direito à igualdade material é falado somente a partir do Estado social quando o Estado buscou garantir os meios materiais para que a igualdade fosse efetivada.

Atualmente, no Estado Democrático de Direito, ainda lutamos e buscamos a efetivação da igualdade. Segundo Flávia Piovesan,

> a igualdade material é um resultado ao qual se pretende chegar, acenando para uma atuação estatal marcada pelo protagonismo, tendo como base o impacto e efeito concreto e real de leis e políticas públicas no exercício de direito, considerando os diversos grupos e suas eventuais desvantagens e vulnerabilidades sociais.[78]

Observa-se, assim, que os direitos foram garantidos em um documento escrito, foram legitimados pela sociedade, porém

a sua efetivação é uma busca que talvez nunca termine, pois, na sociedade, as necessidades crescem e se modificam.

Os grupos minoritários buscam a efetivação da igualdade e o reconhecimento de seus direitos. São mulheres, negros, deficientes, homossexuais que buscam reconhecimento e oportunidade frente à sociedade. É notório que esses grupos estão em situação de desvantagem em nossa sociedade, tendo em vista que estes não possuem significativa representação nos cargos públicos de tomada de decisão, estão incluídos em altos níveis de pobreza, sofrem notório preconceito e discriminação etc.

As ações afirmativas são um exemplo de mecanismo que pode vir a diminuir as diferenças de oportunidades dos grupos mais vulneráveis da sociedade. Joaquim Barbosa entende que:

> Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. [79]

Para que exista igualdade em uma sociedade plural e diversa como a nossa, deve-se reconhecer que há desigualdade e esta é fator de segregação social, que há grupos em situação de vulnerabilidade e desigualdade. A partir disso, devem-se garantir meios, por meio de políticas públicas de cunho provisório, para que os que estão em situação de desigualdade possam ser favorecidos.

Como relata Joaquim Barbosa, o primeiro país a adotar o sistema de ações afirmativas foi os EUA na tentativa de atenuar a grande discriminação que segregava de forma massacrante os negros. Posteriormente, essas ações foram estendidas às mulheres e às outras minorias étnicas e nacionais, aos índios e aos deficientes físicos.[80]

Segundo Flávia Piovesan, "a igualdade e a não discriminação constituem um princípio fundamental que ilumina e ampara todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Sua proteção é requisito, condição e pressuposto para o pleno exercício de direitos".[81]

Uma sociedade que não priorize ultrapassar os problemas advindos da discriminação e da desigualdade tende a não progredir. O progresso requer que os indivíduos tenham seus direitos garantidos, protegidos e efetivados, e a discriminação é uma barreira que põe uns contra os outros. Como é dito por Joaquim Barbosa "discriminar nada mais é do que uma tentativa de se reduzirem as perspectivas de uns em benefícios dos outros".[82]

Não há como se pensar em uma sociedade justa sem igualdade com respeito às diferenças. Não confundamos diferença com desigualdade. A primeira se refere às peculiaridades inerentes aos seres humanos, que, de forma alguma, deve inferiorizá-los. Pelo contrário, as diferenças caracterizam e evidenciam adjetivos que, muitas vezes, são motivo de orgulho para os indivíduos. A segunda remete à discriminação que possui apenas caráter negativo e segregador, marginalizador.

## 2.2 Diferença e generalização

De acordo com o minidicionário Larousse[83], a palavra **diferença** significa caráter que distingue um ser do outro. Diz-se também diversidade, variedade, divergência etc. Ao longo dos anos, lutamos pela igualdade de direitos em todos os setores da vida do ser humano.

Mas hoje, no século XXI, ao observar as mudanças no modo de vida dos seres humanos, de suas novas escolhas e aspirações, surge uma inquietação sobre o referido assunto: e quando o indivíduo não quiser ser igual? E quando essa pessoa busca o seu lugar no mundo estabelecendo sua vontade, que não necessariamente é aquela aspirada pelo outro, ou seja, aquela estabelecida pela sociedade? Será que a questão da igualdade não acaba por generalizar a identidade do indivíduo, esquecendo suas vontades pessoais?

Desde os primórdios, Aristóteles defendia que a justiça deveria tratar o igual como igual e o desigual como desigual, pois a uma pessoa desprovida de bens não se poderia aplicar uma mesma regra que se aplicava a uma pessoa detentora de posses.

Deve-se ter muita prudência para não se tratar um indivíduo com discriminação, determinando que esse ou aquele seja melhor do que este, pois, com base nesse pensamento, mais de seis milhões de pessoas foram assassinadas em campos de extermínios. O Nazismo se pautava na diferença, para poder cometer todos os tipos de atrocidades contra aqueles que eles consideravam diferentes e inferiores, devendo-se exterminar todas as raças que não fossem de estirpe pura, tal qual a Ariana.

Não se pode deixar de falar da escravização de povos africanos, que tiveram suas existências como pessoas de direitos negadas e foram utilizados como objetos, propriedade. Essas mesmas pessoas, mais tarde, foram, também, consideradas inferiores, foram impedidas de frequentar os mesmos lugares que pessoas de **pele branca** frequentavam.

Qualquer forma de pensar e agir que resulte na diminuição de um ser em relação ao outro caracteriza crime, pois discriminação é inadmissível em nosso país, embora saibamos que, no dia a dia, de alguma maneira, somos vítimas de algum tipo de preconceito, seja por raça, religião, sexo, deficiência, condição econômica, seja por orientação sexual etc.

O sentido de diferença que está sendo abordado neste texto está relacionado não com a diferença no sentido de tratar o outro com inferioridade, mas sim no sentido da vontade, da necessidade que um ser humano tem de querer ser distinto do outro, diferente.

Nos parágrafos anteriores, foram abordados temas relacionados à discriminação do ser humano em torno de algum aspecto com o qual muitas pessoas não concordam e passam a discriminar. Aqui o assunto é referente ao direito que o outro tem de ser diferente, de fazer o que acha certo e não o que a sociedade pensa ser o certo.

Segundo Flávia Piovesan[84], não é mais possível tratar o indivíduo de forma generalizada. O que a autora enfatiza é

que há determinados grupos que não são reconhecidos, como os homossexuais, que, diferente dos heterossexuais, em face de sua opção sexual, que foge dos **padrões** sociais, são vistos como desprovidos de valores.

A referida autora defende que haja uma política de reconhecimento para os homossexuais, os quais que enfrentam discriminações por seu não reconhecimento.[85]

Uma pessoa, independente de sua classe social, orientação sexual, etnia, sexo, tem direito às próprias escolhas, devendo ser tratada com toda a dignidade que lhe é de direito. Nesse contexto, gays e lésbicas devem ser tratados com o mesmo respeito que os heterossexuais.

### 2.3 Direito à diferença

Flávia Piovesan se refere ao direito à diferença, mencionando que o reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma de emancipação e igualdade.[86]

Se a sociedade absorver essa ideia do direito à diferença e do reconhecimento da identidade de cada indivíduo, sem generalizá-lo, abandonando os velhos padrões, será possível a existência de uma sociedade plural, convivendo com toda a diversidade de cultura e ideologia.

Afinal, não adiantariam tantas lutas, ao longo de séculos, por direitos à liberdade, à igualdade e à fraternidade para que, hoje, no século XXI, tantos cidadãos tenham de viver no anonimato, temendo represálias caso assumam sua identidade.

Direito à diferença é um direito inerente a todos, pois isto é verdadeiramente o significado de liberdade. Se uma pessoa não é livre para expressar sua forma de ser, não há liberdade, apenas, uma ilusão.

## 3 METODOLOGIA

A pesquisa realizada fez uso fundamentalmente da análise teórica de textos e livros sobre o tema que se pretendia sistematizar. Como se trata de pesquisa teórica, utiliza-se o método bibliográfico, que busca fundamentação a partir das "contribuições dos autores dos estudos analíticos constantes nos textos".[87]

Utilizou-se forte apoio de artigos científicos da Flávia Piovesan e Joaquim Benedito Barbosa Gomes.

Outros autores que deram suporte bibliográfico foram Boaventura de Souza Santos e Nancy Fraser.

## 4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Ao longo do tempo, as classes minoritárias vêm lutando para efetivar a igualdade e para assegurar seus direitos. Mesmo com tantas injustiças, é perceptível que muitas mudanças, ainda que lentas, venham acontecendo.

Por meio do exercício da democracia, assegurada pela Constituição Federal, os grupos minoritários têm seus direitos garantidos, e o Estado deve ser toda a nação brasileira e não somente grupos privilegiados.

Como política de afirmação de direitos, por exemplo, a política de cotas é um tema muito debatido. As opiniões são muito divergentes, pois, para uns, as cotas afirmam a discriminação e, para outros, privilegiam determinado grupo em relação a outros.

Sabe-se que as cotas têm como objetivo incluir o grupo minoritário na sociedade, ou seja, ampliar sua atuação, não somente no espaço cultural, mas também no exercício cidadania.

São mulheres, negros, deficientes, homossexuais e outras minorias que buscam reconhecimento e oportunidade frente à sociedade, lutando para ter seus direitos resguardados.

## 5 CONCLUSÃO

A pesquisa evidenciou a importância do reconhecimento à diferença. Há grupos que lutam para ter suas diferenças reconhecidas e, com base em alguns autores, como Boaventura e Flávia Piovesan, só há possibilidade de igualdade quando há direito à diferença, pois, sem esta, logo a diferença seria convertida em discriminação.

O ponto inicial da luta pela igualdade evidencia-se no reconhecimento às diferenças. Como mecanismo de reconhecimento, as políticas de ações afirmativas revelam-se eficientes, buscando oferecer aos indivíduos que estão em situação de vulnerabilidade um meio de diminuição da desigualdade ao acesso a bens essenciais.

Portanto, não há como se pensar em igualdade sem reconhecimento das diferenças. Esses fatores evidenciam uma sociedade justa.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO, Laís Barbosa de. **Minidicionário Larousse da Língua Portuguesa.** 3. ed. São Paulo: Larousse do Brasil, 2009.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Série Cadernos CEJ, 24. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/Vol24/pdf>. Acesso em: 22 mai. 2012.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

# O DANO MORAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

*Bruno Santos Montenegro, autor*[13]
*Márcia Araújo Gois Albuquerque, coautora*[14]
*Gretha Leite Maia, professora orientadora*[15]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Conceito de direitos da personalidade; 2.2 Características dos direitos da personalidade; 2.3 A construção da teoria dos direitos da personalidade; 2.4 Problemática da efetivação dos direitos da personalidade; 2.5 Conceito de dano moral; 2.6 O dano moral no ordenamento jurídico pátrio; 2.7 Limite legal ao dano moral; 2.8 Valoração adequada do dano moral. **3 METODOLOGIA DA PESQUISA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

A análise do dano moral à luz das normas inerentes aos direitos da personalidade é relativamente recente na doutrina brasileira. O estudo da história de referidos institutos jurídicos nos permite desenvolver soluções para a problemática da efetivação da dignidade da pessoa humana. Em uma tentativa de efetivar os direitos da personalidade, o ordenamento jurídico pátrio previu normas de caráter indenizatório que beneficiarão as vítimas de lesão aos referidos direitos, bem como punirão o autor da violação. Porém, ao fazê-lo, o legislador nacional não determinou o modo pelo qual se deve aplicar o instituto do dano moral, deixando a cargo do Judiciário a quantificação da indenização referente à lesão ao direito da personalidade. A busca doutrinária pela valoração adequada do *quantum* indenizatório do dano moral reflete na aplicação dos direitos da personalidade, pois aquele nada mais é que uma violação deste.

**Palavras-chave:** Direitos da Personalidade. Dignidade da Pessoa Humana. Dano Moral. *Quantum* Indenizatório. Efetivação das Normas Personalíssimas.

13 Graduando em Direito na Faculdade Christus. Integrante do Projeto Pesquisador Júnior. bruno.santos.montenegro@hotmail.com.
14 Graduanda em Direito na Faculdade Christus. Integrante do Projeto Pesquisador Júnior. marcia_araujo_gois@hotmail.com
15 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora do Curso de Graduação da Faculdade Christus.

## 1 INTRODUÇÃO

Historicamente, a busca incessante pelo poder culminou nas atrocidades dos regimes totalitários nazifascistas, fundamentados por um Positivismo Jurídico que Kelsen sequer chegou a imaginar poder causar tamanha conturbação.

A Segunda Guerra Mundial impressionou pela devastação de países inteiros, bem como pelo número de mortos e feridos. Desde então, os direitos humanos e fundamentais ganharam destaque no contexto social e no universo jurídico.

A tutela da pessoa natural é tendência definida nos ordenamentos jurídicos como um todo. No Brasil, o Novo Código Civil surgiu com um capítulo próprio sobre os direitos da personalidade, em uma festejada mudança seguidora dos parâmetros da Constituição Federal de 1988, que, dentre outros valores, preza pela dignidade da pessoa humana [artigo 1º, III], solidariedade social [artigo 3º, I e II] e a igualdade em sentido amplo ou isonomia.

Parte considerável da doutrina mostra resistência em considerar danos morais e direitos da personalidade como objetos autônomos, no Direito, uma vez que a interação entre os referidos institutos é tão estreita, que torna discutível a possibilidade da existência daqueles fora do âmbito desses.

Por meio deste projeto, pretende-se situar o dano moral e os direitos da personalidade no ordenamento jurídico pátrio e analisar o *quantum* indenizatório devido em razão de ofensa a direitos personalíssimos.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Conceito de direitos da personalidade

Personalidade é o conjunto de características que nos define como seres humanos, individualizando-nos. Cada pessoa é dotada de padrões físicos e psicológicos, e são esses padrões que denominamos personalidade.

Por força do artigo 2º do Código Civil de 2002, tem-se que a personalidade civil começa do nascimento com vida. Tal regra se assenta no Direito Romano, pelo qual a personalidade, capaz de proporcionar uma esfera de direitos subjetivos ao seu detentor, inicia-se com a concepção.

Assim sendo, o nascituro não possui personalidade civil, não sendo, portanto, detentor de nenhum direito inerente à pessoa humana. O que existe no nosso ordenamento jurídico é uma mera proteção à sua expectativa de direito. Referida proteção é o fundamento das chamadas ações de alimentos gravídicos, comuns nas Varas de Família.

A personalidade, por si só, não constitui um direito, apesar de ser fundamento de inúmeros outros. Maria Helena Diniz, citando o professor Goffredo Telles Junior, leciona que:

> A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.[88]

O ordenamento jurídico pátrio é omisso quanto à conceituação de Direitos da Personalidade. O legislador do Código Civil de 2002 perdeu uma ótima oportunidade de preencher esse vazio legal. Portanto, é dever doutrinário e jurisprudencial delimitar o que vem a ser direitos da personalidade.

Pablo Stolze conceitua-os como "aqueles que têm por objeto

os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais"[89]. Sérgio Cavallieri, com a maestria que lhe é peculiar, ensina-nos:

> Com efeito, a par dos direitos patrimoniais, que se traduzem em uma expressão econômica, o homem é ainda titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana. São os *direitos da personalidade*, que ocupam posição supraestatal, dos quais são titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida (Código Civil, arts. 1º e 2º). São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana.[90]

Qualquer tentativa em estabelecer todos os direitos da personalidade está fadada ao fracasso. A evolução constante das relações humanas dá origem a novos aspectos da personalidade. Dessa maneira, ao conceituarmos direitos da personalidade, devemos fazê-lo de modo genérico, dando enfoque ao seu objeto de proteção, e não ao direito em si.

### 2.2 Características dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade possuem uma série de caracteres que lhes são peculiares. Essas características refletem a importância dos referidos direitos para o ser humano como integrante de um organismo social.

O artigo 11 do novo Código Civil faz alusão à intransmissibilidade, irrenunciabilidade e impossibilidade de limitação voluntária ou indisponibilidade da espécie de direitos em estudo.

Portanto, os direitos da personalidade não podem ser transmitidos para herdeiros, terceiros ou sucessores; além de serem irrenunciáveis, ou seja, o seu titular não pode abrir mão de exercê-los [a pretensão de reparação por lesão sofrida à personalidade é imprescritível]; e, por fim, não podem ser alvo de qualquer tipo de limitação voluntária.

### 2.3 A construção da teoria dos direitos da personalidade

A positivação jurídica nacional dos direitos da personalidade é relativamente recente, tendo em vista que o Código Civil de 2002 inovou ao destinar todo um capítulo à proteção de referidos direitos personalíssimos. Tais normas, presentes no mencionado Codex, visam a efetivar os valores supremos albergados por nossa Constituição Cidadã de 1988, conforme seu preâmbulo que se segue:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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 nacional e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Não existe um consenso doutrinário quanto à teoria dos direitos da personalidade, conforme apontamento do jurista Walter Moraes: "a doutrina dos direitos da personalidade, cheia ainda de imprecisões, contradições e perplexidades, continua a não dispensar arrimo retórico para suprir o seu déficit de clareza e coerência"[91].

Carlos Alberto Bittar, ao analisar o surgimento dos direitos da personalidade, leciona que:

> A construção da teoria dos Direitos da Personalidade humana deve-se, principalmente: a) ao cristianismo, em que se assentou a ideia da dignidade do homem; b) à Escola de Direito Natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissoluvelmente e preexistente ao reconhecimento do Estado; e, c) aos filósofos e pensadores do iluminismo, em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo frente ao Estado.[92]

Ainda que o cristianismo seja um marco para a concepção da dignidade da pessoa humana, podemos citar previsões mais remotas sobre o reconhecimento da personalidade.

Na Grécia Antiga [sécs. III e IV a.C.], as normas inerentes à personalidade de cada membro da sociedade já eram conhecidas. Elas tiveram origem nas constantes discussões filosóficas proporcionadas pelos influentes pensadores daquele período. A democracia grega baseava-se na participação dos seus cidadãos, que detinham um conjunto de direitos individuais e políticos [excluem-se, portanto, os escravos].

O Direito Romano é apontado pela doutrina tradicional como o precursor da teoria jurídica da personalidade. Para os romanos, a personalidade era inerente ao indivíduo dotado de *status libertatis, status civitatis* e o *status familiae*.

Pablo Stolze Gagliano faz referência ao *actio iniuriarum* ao analisar a personalidade no Direito Romano. Este consistia em um interdito criado no séc. II a.C. para a defesa dos direitos de personalidade, como a honra, liberdade, dentre outros.

> No Direito Romano, um dos instrumentos de tutela da personalidade consistia na *actio iniuarum*, criada pelo pretor e concedida à vítima de um delito de *iniuria*, que consistia, *lato sensu*, em todo ato contrário ao direito e, *stricto sensu*, em qualquer agressão física, bem como difamação, no ultraje e na violação de domicílio.[93]

Já na Idade Média, outro importante marco para o reconhecimento dos direitos da personalidade foi a assinatura da Carta Magna de 1215, na qual o Rei João reconhecia os direitos primários do ser humano, limitando o poder absoluto da Monarquia Inglesa. A liberdade e o devido processo legal são exemplos de direitos reconhecidos por referido documento.

> Nº. 39. Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país.
>
> Nº. 42. Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós

> devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito.

Na Idade Moderna, o liberalismo inglês [séc. XVII] e o movimento iluminista francês [séc. XVIII] impulsionaram a modificação do papel humano na sociedade em que estava inserido. O homem passou a ser visto como centro da ordem social, incentivando a criação de um conjunto de normas que o protegesse nesse referido contexto histórico.

Uma das vertentes de tais movimentos culturais foi a da Escola do Direito Natural, na qual se formentou a ideia de um direito geral derivado da pessoa humana, sem a necessidade da positivação jurídica por parte do Estado. Portanto, os direitos humanos eram inatos e universais. Para Carlos Alberto Bittar, adepto da Teoria Naturalista, caberia "ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano de direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária –, dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares"[94].

Em contraponto à corrente jusnaturalista, o Positivismo Jurídico do séc. XX negou a existência de um direito da personalidade de caráter geral, estabelecendo que somente possuirá viés de direito subjetivo aquilo que estiver devidamente chancelado pelo Estado.

A teoria positiva do direito ganhou fortes adeptos, destacando-se a figura de Hans Kelsen, que, no ano de 1830, lança a Teoria pura do Direito, principal obra sobre o positivismo jurídico. Referida corrente positivista norteou os ordenamentos jurídicos de diversos países europeus, servindo de base para a aplicação dos diferentes ramos do Direito.

A concepção jusnaturalista reemergiu a partir da segunda metade do século passado, com o fim da Segunda Guerra Mundial. As atrocidades cometidas à pessoa humana nesse período motivaram a criação de normas gerais de proteção ao homem. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 destinou à dignidade da pessoa humana proteção máxima do ordenamento jurídico internacional.

> Preâmbulo
>
> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,
>
> Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

As constituições e os textos infraconstitucionais de diversos países passaram a prever a existência de um direito geral de personalidade, não exigindo, portanto, a proibição legal de todas as condutas capazes de ameaçar a dignidade da pessoa humana. Como exemplo, podemos citar a Constituição mexicana de 1917:

> Artículo 1º...
>
> *Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como fundamento da República, no seu art. 1º, a dignidade da pessoa humana, elaborando um rol, meramente exemplificativo, de direitos especiais da personalidade, estando eles, em sua maioria, enumerados nos incisos do art. 5º do texto constitucional.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, "a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente de *numerus clausus*, ou enumeração taxativa. Estes mencionados nas alíneas constitucionais não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar."[95]

Assim sendo, não cabe à lei enumerar todos os direitos da personalidade. O próprio texto constitucional previu a possibilidade de existir outros direitos e garantias advindos dos fundamentos e princípios adotados pela Constituição, sem que estejam expressamente mencionados [art. 5º, § 2º].

### 2.4 A problemática da efetivação dos direitos da personalidade

Diante do que já foi abordado, sabe-se que os direitos da personalidade são aqueles superiores ao ente estatal, inerentes à pessoa humana, dotados de características particulares, como a indisponibilidade e a intransmissibilidade. Além disso, tem-se que, ao analisarmos referidos direitos no campo da validade jurídica, estes não precisam estar positivados no ordenamento jurídico pátrio para que sejam considerados válidos.

Porém, no campo da eficácia, os direitos personalíssimos possuem um largo caminho ainda a ser percorrido, tendo em vista que a dignidade humana está longe de ser alcançada por todos os membros da nossa sociedade.

O legislador constituinte, em uma tentativa de amenizar tal problemática, previu, no próprio texto constitucional, garantias fundamentais, cuja finalidade é a de assegurar o exercício dos bens e das vantagens prescritos na norma constitucional e daqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Cidadã.

Paulo Gustavo Gonet Branco, assim diferenciou direitos e garantias:

> No âmbito das classificações dos direitos fundamentais, intenta-se, por vezes, distanciar os direitos das garantias. Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São essas normas que dão origem aos direitos-garantia, às chamadas garantias fundamentais.[96]

Portanto, ao determinar que "são invioláveis a intimidade, a

vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" [art. 5º, X, da CF de 1988], o legislador constituinte elevou a indenização pelo dano moral à verdadeira garantia fundamental dos direitos da personalidade. Esse é o entendimento corroborado por Yussef Said Cahali, que assim se referiu à conceituação de dano moral do ilustre doutrinador civil: *"***a Constituição de 1988 apenas elevou à condição de** garantia **dos direitos individuais a reparabilidade dos** danos **morais, pois esta já estava latente na sistemática legal anterior."***[97]*

**Na mesma linha de raciocínio, Rui Stoco leciona que:**

> **[...] Foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que a aceitação plena da reparação por** dano moral **se consagrou. [...] A Lei Magna fê-lo de forma irrestrita e abrangente. Fez mais. Alçou esse direito à categoria de** garantia fundamental **(CF/88, art. 5º, incisos V e X), considerada como cláusula pétrea e, portanto, imutável, nos estritos termos do art. 60, § 4º, da Magna Carta.***[98]*

## 2.5 Conceito de dano moral

A previsão de reparação a danos premeditados faz-se presente no contexto histórico, desde a Lei das XII Tábuas. Na Antiga Roma, a cada ofensa moral correspondia uma reparação, a ser aplicada pelo Juiz, em dinheiro, com o fim de minorar ou aliviar o dano.

O próprio Direito Canônico, principalmente no que tange à promessa de casamento, relaciona uma série de danos morais a reparações correspondentes. A Bíblia, por sua vez, quanto ao assunto da reparação ao dano moral, também se manifesta, a exemplo do exposto no seguinte dispositivo:

> Se um homem encontrar uma donzela virgem, que não tem esposo, e tomando-a à força a desonrar, e a causa for levada a juízo, o que a desonrou dará ao pai da donzela cinquenta ciclos de prata, tê-la-á por mulher, porque a humilhou, não poderá repudiá-la em todos os dias de sua vida.

Considera parte da doutrina, a exemplo de Zannoni, que o dito dano moral ultrapassa a angústia, dor, aflição espiritual, bem como o complexo de emoções sofrido pela vítima do evento danoso, ou seja, vai além de suas consequências ou do próprio conteúdo.

A delimitação do conceito de dano moral é alvo de uma série de dificuldades, segundo os civilistas. Aguiar Dias, em seus estudos, verificou que "com os danos não patrimoniais, todas as dificuldades se acumulam, dada a diversidade dos prejuízos que envolvem e que de comum só têm a característica negativa de não serem patrimoniais."[99]

Yussef Cahali introduz, no ambiente doutrinário, a caracterização do dano moral por seus próprios elementos "como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos."[100]

Tal ponto de vista, entretanto, não faz maioria dentre aqueles que costumam discorrer sobre o tema. A esse respeito, válido se faz trazer o conceito de dano moral tido por outros doutrinadores.

Sílvio de Salvo Venosa considera o instituto em estudo um prejuízo que afeta o ânimo psíquico e intelectual da vítima, "abrangendo também os direitos da personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade etc."[101]

Maria Helena Diniz integrou uma série de definições ao conceituar o dano moral, considerando a possibilidade de uma série de interpretações acerca do tema, de forma a não limitá-lo apenas à dor advinda da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.

A doutrinadora foi altamente precisa quando explanou que o "dano é a lesão [diminuição ou destruição] que, devido a certo avento, sofre uma pessoa contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral". Segundo a autora, seria o instituto do dano moral a "lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade [...] ou nos atributos da pessoa."[102]

## 2.6 O dano moral no ordenamento jurídico pátrio

Anteriormente, não havia manifestações claras e textuais à possibilidade da indenização devida em consequência ao dano moral. A Constituição Federal de 1988 inovou, em alguns de seus dispositivos, ao manifestar-se de forma a resguardar os direitos da personalidade e chega inclusive a prever situações em que o dano moral deve ser reparado ou indenizado.

Nesse sentido, é cabível citar o texto do artigo 5º, inciso V, segundo o qual: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material ou moral à imagem".

É importante aqui ressaltar o inciso X do artigo 5º, em que também fica patenteada a proteção oferecida pelo legislador originário àqueles que tiveram seus direitos de personalidade atingidos.

De maneira a caracterizar o dano, ainda que inteiramente moral, como ato ilícito, o Código Civil de 2002, em seu título III [Dos Atos Ilícitos], artigo 186, da seguinte forma dispõe: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Impondo a obrigação de indenização dos prejuízos, no intuito de garantir juridicamente a reparação em razão do dano moral, estabelece o artigo 927, do título IX, do Novo Código Civil: "Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Os artigos 186 e 927 do diploma legal exposto devem, portanto, ser aplicados em conjunto com o texto da Magna Carta, em uma alusão ao que se considera a constitucionalidade do Código Civil.

Antigamente, o Direito Privado não previa indenização relativa ao sofrimento, ao constrangimento ou à dor. Aos sentimentos, portanto, não corresponderia um valor pecuniário reparatório que ultrapassasse o dano patrimonial sofrido pela vítima. O pensamento jurídico atual, por sua vez, prevê a prevenção de

ocorrência de danos morais e a reparação extrapatrimonial, quando necessário, privilegiando, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no inciso III do artigo 1º do texto constitucional.

Destarte, é essencial a efetivação das diretrizes fixadas pela Lei Maior e incabível a consideração de forma individualista e patrimonialista do Direito Privado. A interpretação do Código Civil deve ter como pilares os princípios constitucionais, em uma espécie de adaptação à atual visão jurídica. O direito civilista cada vez mais se adapta ao posicionamento da Magna Carta, de maneira a prevenir o dano e evitar a violação dos direitos da personalidade.

### 2.7 Limitação legal ao dano moral

Uma das objeções apontadas pela doutrina de outrora para a reparação do dano moral era a dificuldade que existia para quantificá-lo. Atualmente, defende-se o arbitramento judicial. Sérgio Cavalieri assim se refere ao tema:

> Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a titulo de reparação pelo dano moral.[103]

A jurisprudência brasileira ainda não estabeleceu critérios claros para a valoração do dano moral. Antes da Constituição Federal de 1988, era comum o magistrado fixar limites [entre 5 a 100 salários mínimos] fundamentando-se em preceitos legais [Código Brasileiro de Telecomunicações, no seu art. 84, §1º, por exemplo].

Porém, interpretar a Constituição de 1988, norma maior do ordenamento jurídico nacional, em conformidade com a lei ordinária, por si só, já seria uma medida inconstitucional.

Assim sendo, a jurisprudência afastou os limites legais à quantificação do dano moral. Entendimento este sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no verbete nº. 281: "a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa".

### 2.8 Valoração adequada ao dano moral

Segundo Orlando Gomes, "dano moral é o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão de direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem"[104]. A indenização ao dano moral, portanto, é sucedânea a direito personalíssimo, decorrendo de desvantagem na psique, na honra ou no bem-estar.

Certamente, deverá haver reparação por dano moral sempre que se afetar a honra, a dignidade e a reputação de um indivíduo. A repercussão do dano na vida do ofendido e a possibilidade econômica do ofensor são aspectos essenciais aos quais os julgadores costumam atentar.

Cumpre ressaltar que a reparação por dano moral caminha firmemente favorecida por sentenças e acórdãos respeitáveis no Brasil. Evidencia-se o artigo 159 do Novo Código e a reparação do dano em sentido ilimitado, irrestrito e amplo, uma vez que a ordem jurídica não pode permitir a impunidade dos ofensores que se utilizam de má-fé para prejudicar direitos personalíssimos dos ofendidos.

A extensão do dano, a situação patrimonial e imagem do lesado, bem como a condição financeira do ofensor e sua intenção ao causar o dano são aspectos relevantes a serem observados para que haja adequada valoração em relação ao dano moral pelos órgãos jurisdicionais, segundo Ives Gandra Martins.

Na avaliação do dano moral, o grau de sequela produzido, que envolve o *quantum* da vergonha, humilhação, situação vexatória e repercussão negativa na vida do ofendido, deve ser medido pelo juiz.

Enfim, reconhece-se como atividade altamente complexa a elaboração de sentenças com indenizações referentes a danos morais, uma vez que, nos referidos casos, busca-se dosar com justiça a condenação do ofensor e a reparação da ofensa.

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

O presente artigo tem como finalidade apresentar o dano moral à luz dos direitos da personalidade, utilizando-se de fontes de pesquisa do tipo descritiva, fundamentada na investigação e na interpretação de informações oriundas de material bibliográfico, meios eletrônicos e jurisprudências, bem como de legislação constitucional, civil e processual civil.

A análise da jurisprudência será feita pelo modo indutivo, pelo qual observaremos os diferentes casos relacionados à indenização do dano moral e as suas consequências para a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por meio da pesquisa teórica, desenvolvemos um senso crítico em relação aos temas trabalhados, objetivando encontrar soluções à problemática da efetivação dos direitos da personalidade.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

A análise jurisprudencial feita para a elaboração deste presente artigo enfatizou o levantamento do *quantum* indenizatório fixado por cada Tribunal Judiciário. Esperávamos encontrar uma medida padrão para a indenização da lesão ao direito da personalidade sofrido.

Porém, esbarramos com jurisprudências diversas, nas quais o *quantum* se mostrava muito variável. Podemos citar como exemplo as ações referentes à inscrição indevida do consumidor em serviços de proteção ao crédito. Sabe-se que, nesses casos, o dano moral é presumido, devido à determinação jurisprudencial. Contudo, o *quantum* indenizatório estende-se em uma faixa de R$ 3.000,00 a R$ 20.000,00, em um mesmo tribunal, o que incapacita uma análise objetiva sobre o tema.

A desigualdade da valoração do dano moral nessas referidas ações indenizatórias se justifica pelas peculiaridades de cada casa. Geralmente, os *quanta* indenizatórios mais elevados fundamentam-se no fato de que a inscrição indevida do consumidor gerou uma lesão a mais de um direito [a honra

e a credibilidade para levantamento de crédito perante um banco, por exemplo].

A jurisprudência procura afastar o enriquecimento ilícito do lesado, porém, ao fazê-lo, macula a ideia de direitos da personalidade, em alguns casos. As maiores injustiças ocorrem nas lesões ao direito à vida. Um mesmo Tribunal que destinou R$ 30.000,00 a reparar a desonra sofrida por vinculação de conteúdo denegritório em perfil falso de site de relacionamento na internet, valorou em R$ 20.400,00 a responsabilidade estatal em indenizar a viúva que perdeu seu marido em acidente de trânsito devido à negligência de um funcionário público.

## 5 CONCLUSÃO

Por meio deste artigo, chegou-se à conclusão de que as violações dos direitos da personalidade resultam em danos morais. A própria dor tão dificilmente mensurada pelos magistrados, em casos de indenização relacionada a dano moral, é consequência do direito personalíssimo violado.

O julgador, portanto, não deve limitar-se à quantificação da dor moral ou psicológica sofrida por um indivíduo. Destarte, o parâmetro adequado é a verificação dos direitos da personalidade atingidos, uma vez que aquilo que concerne à esfera psíquica ou íntima do indivíduo é resultado da violação dos referidos direitos.

Cumpre ressaltar que são aspectos fundamentais da reputação, da honra e da integridade, bem como de outros direitos da personalidade, os sentimentos, as afeições, a consciência e a dor.

Enfim, a abstenção de direitos de caráter absoluto e de natureza não patrimonial resulta em dano moral. A dignidade da pessoa humana obtém proteção universal por ser fundamento de relevância extrema à existência saudável e à própria convivência social, por essa razão, é alvo da satisfação de interesses individuais e estatais.

Por fim, registra-se a impossibilidade de mensuração de um valor monetário correspondente ao dano moral, uma vez que não se quantifica a lesão a direito da personalidade. Todavia, não deve ser admitida a indenização em valor simbólico, devido ao seu caráter compensatório. Busca-se, sobretudo, a justa medida, sem permitir enriquecimento ilícito do ofendido, nem impacto negativo na vida daquele responsável pela ofensa.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José Aguiar**. Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** teoria geral do direito civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GACLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil:** parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORAES, Walter. Concepção Tomista de Pessoa. Um Contributo para a Teoria do Direito da Personalidade, **Revista de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n.3, jul/set. 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil:** parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

# UMA ANÁLISE DO CONCEITO DE POVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

*Carlos Wendell de Souza Maia, autor*[16]
*Anna Luiza Matos Coêlho, professora orientadora*[17]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 O QUE AFINAL SE CONCEBE COMO POVO?** 2.1 Conceito de população; 2.2 Conceito de cidadão; 2.3 Conceito de Povo; 2.4 Uma análise dos vocábulos povo, população e cidadão no âmbito do direito Constitucional Brasileiro **3 A MUDANÇA GRADUAL DA IMPORTÂNCIA DO POVO NAS SUAS RELAÇÕES COM O ESTADO.** 3.1 O povo como ator principal na evolução histórica dos Direitos do Homem; 3.2 As primeiras constituições e a Constituição Brasileira de 1988; **4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONTEMPLAÇÃO DO POVO COMO SUJEITO DE DIREITOS E DEVERES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 fez uso do termo povo no seu preâmbulo e no parágrafo único do Art. 1º do seu texto para legitimar a sua elaboração. Todavia, esse sentimento de inclusão do povo seguiu mutações históricas no seio das sociedades e dos Estados Soberanos, que acabaram por conceber as primeiras constituições humanizadas e cidadãs, como a Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de Weimar, de 1919. As constituições brasileiras de 1934 e de 1946 deram os primeiros passos para a construção de um Estado Social, mas o sentimento constitucional levado a efeito com a Constituição Federal de 1988 deu ainda mais ênfase ao respeito à dignidade da pessoa humana, aproximando-se sobremaneira dos anseios do povo. Nesse sentido, o termo povo é usado nos textos constitucionais em detrimento de população e de cidadão, posto ser aquele muito abrangente e este muito restrito. Todavia, tratando-se do uso do signo estudado, vale uma avaliação para além de conceitos, que se estabelece na gradação do quanto esse povo é efetivamente titular dos direitos garantidos na Constituição Federal Brasileira de 1988. Para tanto, mostrou-se necessário utilizar-se uma revisão bibliográfica para concluir pela melhor utilização do termo povo e se perceber a distância real entre o sentimento constituinte e a aplicabilidade de suas normas, dado o difícil acesso à justiça por parte do povo mais carente do direito, por serem exíguas as varas da Justiça em todo país, desnudando, assim, a precária máquina Judiciária. Para além disso, é também cristalina a percepção dos privilégios capitalistas historicamente garantidos aos mais abastados em detrimento dos mais pobres, da força de trabalho, dos menos esclarecidos, ou seja, do povo como conhecemos conceitualmente, esse povo-ícone que só abstratamente é titular de direitos.

**Palavras-chave:** Constituição Federal Brasileira. Primeiras Constituições. Estado Social. Povo.

---

[16] Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Christus (Fortaleza – CE). Atualmente é monitor de "Introdução ao Direito – Propedêutica", da Faculdade Christus.

[17] Mestre em Direito (Universidade Federal do Ceará). Especialista em Direito Privado (Universidade Mogi das Cruzes – SP). Especialista em Direito Processual (Universidade Federal do Ceará). Professora do Curso de Direito da Faculdade Christus (Fortaleza – CE). Advogada. E-mail: annamcoelho@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Frequentemente, o instituto chamado povo é invocado para fazer parte dos mais diferentes documentos e discursos. Esse povo exaltado figura sob uma nuance de muita pompa e importância; seus titulares são respeitados e até disputados, por vezes, para fazer jus ao poder de quem os pronuncia. Todavia, uma pergunta não é de fácil resposta: quem é esse povo que tanto se enaltece? São pessoas individualizadas e vistas como uma unidade importante em cada uma ou é uma massa, valendo pelo que representam abstratamente? São aqueles que vivem de fato no país? São seus imigrantes legalizados? Os titulares de direitos civis ou dos direitos eleitorais ativos e passivos? Apenas os membros de determinados grupos sociais, étnicos ou religiosos? Como dito, não é simples chegar a qualquer conclusão. Portanto, o núcleo essencial do presente estudo é saber quem é esse povo analiticamente.

Não se perquire neste artigo esgotar o sentido do signo povo, quer-se apenas delimitar provisoriamente o seu entendimento com vistas a melhor avaliar o sentido político-cultural que se deseja alcançar. O sentido do verbete será analisado primeiramente por meio da sua concepção estritamente gramatical, e somente depois será estudado aos olhos da sociologia do direito e da política, ao passo que se aponta então o porquê de o termo povo ser o mais adequado destinatário deste estudo. Percorrem-se os entrelaços históricos entre o povo e os diversos tipos de Estado, e como este povo ascendeu ao patamar da importância sugerida pela invocação indiscriminada do seu nome. A partir daí, inicia-se um caminho por meio da participação do povo na eclosão da Revolução Liberal, passando pela sua reação frente às mudanças ocasionadas pela Revolução Industrial e desembocando na reação dos povos do mundo face às atrocidades ocasionadas pela Segunda Grande Guerra. Todo esse desenrolar de eventos transformou a maneira como o povo passou a participar da História e como ele passaria a ser o centro das questões do Estado, com a declaração do que seriam hoje os Direitos Humanos em nível internacional e a criação de Constituições mais humanizadas e garantidoras dos direitos da pessoa humana.

Chegando, por fim, ao cerne principal deste artigo que é a contemplação do povo como sujeito de direitos na Constituição Federal Brasileira de 1988, percorre-se esta brevemente para se fazer colecionar no presente artigo algumas das manifestações mais importantes do termo povo na referida Constituição, seguindo-se de comentários e questionamentos a respeito da efetividade da aplicação das suas normas e dos seus princípios que tem como destinatário esse mesmo povo. Algumas críticas foram feitas, mormente no que se refere à inobservância dos direitos fundamentais amplamente protegidos em tese, mas ignorados na prática.

## 2 O QUE AFINAL SE CONCEBE COMO POVO?

Muito frequentemente o povo é utilizado em textos de

normas e, sobretudo, em documentos constitucionais, todavia o emprego desse termo não se reveste de traços neutros ou inocentes, mas decididamente seletivo. De modo que há certamente uma razão lógica para a escolha do termo povo como designatário dessa atenção, dada a possibilidade de outros verbetes serem utilizados, por mais das vezes, com sentido bastante semelhante. Portanto além de fixar o olhar apenas no conceito de povo, entende-se necessário compreender o significado de população e de cidadão.

### 2.1 Conceito de população

O termo população tem diferentes significados dependendo da disciplina na qual é empregada, visto poder ser utilizado na biologia para determinar a quantidade de organismos vivos em um determinado ambiente e o resultado da sua proliferação, e na estatística para efeitos dos estudos demográficos, por exemplo. Mas o que interessa aqui é delimitar sua definição sociológica, e, para tanto, adotou-se o dicionário Aurélio, no qual o emprego do termo populaçãoi é dado como: "s.f. Conjunto de seres humanos que possuem uma característica particular: população rural".

Sem muito esforço, percebe-se que o conceito de população é bastante abrangente, e, ao mesmo tempo, sua aplicação parece limitadora. Por exemplo, quando se fala na população nordestina, eliminam-se todas as outras regiões; se fala da população serrana, exclui a população sertaneja ou praiana; e, se se refere à população urbana, deixa de lado a população rural. Portanto, mesmo que se pretendesse utilizar o verbete em substituição ao povo nos documentos de uma nação, este deveria ser empregado como a população brasileira, por exemplo, e, ainda assim, soaria desconsoante à intensão do legislador, dado não carregar em si o conceito de união ou nação.

### 2.2 Conceito de cidadão

Corriqueiramente o termo cidadão é utilizado no dia a dia, mas pouco se sabe que o conceito de cidadania sempre esteve fortemente atrelado à noção de direitos, senão veja-se a definição de cidadãoii no mesmo dicionário: "s.m. Na Antiguidade, o que gozava o direito de cidade: cidadão romano. / Membro de um Estado, considerado do ponto de vista de seus deveres para com a pátria e de seus direitos políticos".

Como se pode perceber, o conceito de cidadão não está somente atrelado à noção de ser sujeito de direitos, mas principalmente de ser sujeito de direitos políticos, o que torna o termo insuficiente frente ao conceito de povo, posto ser muito restrito. Perceba-se que todo cidadão faz parte do povo de um país, mas nem todo o povo é cidadão segundo o dicionário, dado o fato de que o povo em sua totalidade goza dos seus direitos civis, mas nem todos estão aptos a exercer os direitos políticos de um Estado.

Essa visão é rebatida por alguns estudiosos que dizem que ser cidadão vai bem além do que ter seus direitos políticos ativos e passivos, pois o fato de poder votar ou ser votado não garante nenhuma cidadania se não vier acompanhado de uma série de garantias individuais de cunho social, econômico, cultural etc. Portando, a cidadania passaria pelos direitos inerentes à dignidade da pessoa humanaiii também, e não somente no usufruto dos direitos políticos do cidadão. Contudo, apesar de todo o exposto, o termo cidadão ainda parece ser pivô de interpretações dúbias no seu emprego, ora *stritu sensu* ora *latu sensu*, o que encareceria o seu uso como termo mais adequado para designar esse destinatário da norma que se procura.

### 2.3 Conceito de Povo

Utilizado arrazoadamente nos documentos e nos textos, constitucionais e infraconstitucionais, é de se pressupor sua importância institucional como motivador de um sentimento de inclusão de todos, mas será ele o melhor signo a ser utilizado? Analise-se isso, finalmente, por meio da definição de povoiv no dicionário supracitado:

> s.m. Conjunto de homens que vivem em sociedade. / Conjunto de indivíduos que constituem uma nação. / Conjunto de indivíduos de uma região, cidade, vila ou aldeia. / Conjunto de pessoas que não habitam o mesmo país, mas que estão ligadas por sua origem, sua religião ou por qualquer outro laço. / Conjunto dos cidadãos de um país em relação aos governantes. / Conjunto de pessoas que pertencem à classe mais pobre, à classe operária ou à classe dos não proprietários; plebe. / Lugarejo, aldeia, vila, pequena povoação: um povo. / Público, considerado em seu conjunto. / Multidão de gente, as massas. / Fam. Família, a gente da casa.

A definição, per si, do vocábulo povo é bem mais extensa que as definições anteriormente estudadas, o que leva a crer, e não somente pela sua abrangência, mas também pela sua quase completude, que é realmente o termo povo o melhor a ser utilizado quando da intenção do legislador originário ou derivado surge essa busca por legitimidade. O que se deve atentar, para além dessa moldura, é a finalidade teleológica desses louros. Até que ponto esse povo é utilizado apenas para legitimar ou engrandecer grandes discursos, e não como real povo-destinatário desses documentos. Afinal, o povo não deve apenas ser louvado em palavras, mas encontrado empiricamente, visto que o povo a distância tão somente fundamenta e legitima, como um povo-ícone, enquanto o povo-destinatário deve ser respeitado e urge ser sempre a motivação material real para a criação de direitos e a sua efetivaçãov.

À margem dessa discussão, o termo povo continua sendo o mais requisitado e louvado, ora em discursos, ora em papéis, leis, protocolos de intenção, documentos, tratados etc. Não importando, muitas vezes, o quanto o seu formal ufanismo se aproxima materialmente dos destinatários aos quais ela se remete.

### 2.4 Uma análise dos vocábulos povo, população e cidadão no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro

Como se percebe, o signo povo é bem aplicado em documentos e discursos visto ser o significado de população muito genérico e de cidadão, por sua vez, muito restrito. População brasileira seria, por conseguinte, uma massa vivente no mesmo território, compartilhando semelhanças, como a língua e de um modo geral os mesmos costumes. No entanto, não foi essa ênfase que quis o constituinte originário muito menos o que quer a maioria dos políticos da atualidade. Estes ensejaram, e ainda anseiam, definir o povo como instância de legitimação

das suas ordens e desordens legiferantes e executivas. Estes querem legitimar os seus discursos, seus apelos e atropelos, na força de um povo que, em conjunto, o colocou em situação de representação deles mesmos. E se este povo deixar de ser útil aos seus interesses, deixando de ser esse padroeiro tutelar abstrato da legitimação dada, muitas vezes, esse povo é deslegitimado para a criação de outro povo que dê fôlego aos seus desígnios, como quando se faz uso de medidas extremas de limpezas étnicas[iv], por exemplo.

Na mesma toada, o significado de cidadão, apesar de ser suficiente para uma grande parte da classe política, é bastante resumido, já que se refere somente àqueles que têm seus direitos políticos ativos e passivos garantidos, portanto não abrangeria o conceito totalitário de povo. Se é somente esse povo cidadão que pode eleger os representantes do seu município, do seu estado ou do seu país, não é reciprocamente verdadeiro que apenas eles devem ser objeto dos direitos e das garantias fundamentais tratados na Constituição Federal Brasileira, e nem mesmo na ordenação social das leis ordinárias e complementares. Afinal de contas, seria uma matemática difícil de consentir, porquanto quem não pudesse votar não faria parte do povo. Não se trata de apregoar que ao povo de maneira geral deve ser dada toda proteção apenas, mas se somente o povo cidadão pudesse ser sujeito de direitos, os direitos deles mesmos estariam em cheque, pois, passado o período eleitoral, estes veriam diminuída a sua importância, seria um período inicial de valor do voto e posteriormente desvalor de quem já votou[vii].

Finque-se, então, o conceito de povo mesmo, sendo este mais abrangente, tratando daqueles homens em sociedade, construindo uma nação, compreendida por país, regiões, estados, municípios e até vilas. A sua definição fala também da relação entre estes e seus governantes, e, mesmo a sua relação com seu país de origem, caso estejam distantes do seu chão. Todas essas definições de povo se alinham com o pensamento geral do homem médio, portanto aceitáveis ao passo que realmente parecem ser a essas pessoas que se referem genericamente o texto Constitucional e a classe política, principalmente quando do texto do parágrafo único do Art. 1º da Constituição Federal Brasileira que diz que "todo poder emana do povo", apesar de saber-se que ele apenas indiretamente tem o poder, quando, na verdade, o emana por meio da sua representação política[viii].

O problema mesmo apareceu com as definições finais de povo, no dicionário, quando povo é comparado à plebe, à classe operária, a uma parcela da coletividade sem recursos, a um estrato da população sem propriedades, sem oportunidades, sem emprego ou renda, sem educação etc. Afinal de contas, urge ultrapassar o raso estudo do conceito de povo para se passar a encarar o povo como uma realidade palpável e real[ix], com seus problemas sociais e econômicos, porquanto viventes em uma nação cheia de desigualdades impostas pela dominação pura das classes de pessoas mais ricas e por decisões políticas muitas vezes nada em prol da coletividade. Nesse momento, surge então a voraz percepção de que as classes de pessoas menos favorecidas são somente invocadas como povo legitimador e não como reais sujeitos de direitos, haja vista a falta de acesso aos serviços mais básicos de saneamento, a uma educação digna, uma moradia decente, um trabalho dignificador, um lazer apropriado e, por consequência, a uma família muito mais bem estruturada.

A questão primordial é que, no mesmo Estado, encontra-se um povo de primeiro mundo e uma subcategoria que se pode intitular de subpovo do terceiro mundo, como defende Friedrich Müller. O pior é que essa distinção velada e não desfraldada é aceita pelo poder público, pela classe política, pela sociedade e pelo Direito; afinal, apesar de o código jurídico em vigor não coadunar com essa realidade, no mundo real, é como se existisse um código não jurídico aceitado e não combatido, que efetivamente não alcança essa parcela do povo excluído, em uma segregação de direitos violenta entre quem efetivamente se encontra nas classes mais privilegiadas, em desfavor de quem tem menos ou quase nada a dar em troca no cruel sistema capitalista, que interliga direito, política e economia[x], sempre generosamente beneficiando o topo da pirâmide social.

O que geralmente não é lembrado é que o povo referido tantas vezes se constitui tanto de ricos como de pobres, negros ou brancos, empregadores ou empregados, nordestinos ou sulistas ou de qualquer outra região. Porém, esse código não jurídico, sob o olhar inerte de todos, teima em efetivamente tutelar apenas os direitos de uma parcela mais abastada e esclarecida. O que se vê em muitas oportunidades é o direito desse povo excluído sendo desrespeitado, e este sequer tem o direito de protestar com indignação, afinal o Direito foi feito para a conformação social e para que a vida social se resolva pacificamente, apesar de esse mesmo Direito não alcançar o objetivo de proteção dos interesses das minorias, o que garantiria a própria paz social com muito mais efetividade e menos uso da força.

## 3 A MUDANÇA GRADUAL DA IMPORTÂNCIA DO POVO NAS SUAS RELAÇÕES COM O ESTADO

Para se compreender como o povo ganhou *status* de ícone das Constituições, sendo o destinatário final das pretensões do Estado Moderno, vale fazer um breve estudo histórico de como esse povo se relacionava com o Estado e como as mudanças no seio da sociedade deram uma reviravolta na política, na economia, no direito e no próprio Estado, que foi perdendo o poder absoluto que detinha, passando a compartilha-lo *pari passu* com o povo.

No medievo, os reis governavam seus territórios a partir do dogma de que seriam os enviados de Deus na terra. Em conluio com a Igreja, conseguiram dominar e subjugar seus povos durante séculos a fio. A chave para compreender essa concepção está nas teorias de Thomas Hobbes e Nicolau Maquiavel. Hobbes[xi] publicou seu livro Leviatã em 1651 que afirmava principalmente que o homem é o lobo do homem e que, se não houver uma autoridade capaz de ordenar a vida em sociedade, o homem cheio de direitos terminaria por destruir-se todo e a sua espécie. O homem precisaria então de um poder Estatal personificado em um soberano, ou o Leviatã, indomável monstro marinho citado na Bíblia subjugado apenas ao próprio Deus, e que esse soberano com poder absoluto não deveria sofrer qualquer limitação jurídica ou política. E, na mesma linha de raciocínio, Maquiavel[xii] ensinava que o homem deve buscar o poder e perpetuar-se nele por meio de quais armas fossem necessárias. Em

seu livro O Príncipe, ele defendia que o soberano deveria buscar a guerra, dominar e subjugar outros países, aniquilar os adversários ou qualquer pessoa que pusesse em risco o seu poder. Naturalmente, pode-se dizer que os escritos de Hobbes e Maquiavel foram exaustivamente citados como fundamento para o modelo político utilizado entre os séculos XV e XVIII, ou seja, o Estado Absoluto.

Com a Reforma Protestante de Martinho Lutero, que veementemente contestou a alegação de que a dispensa da punição de Deus sobre o pecado poderia ser comprada por meio de indulgências, que resultou na publicação de suas 95 Teses em 1517, a Igreja deixou paulatinamente de ser o único elo entre os fiéis e Deus e foi lentamente perdendo o poder político que tinha, de modo que o Estado foi agigantando-se como a única forma de organização social possível. Continuavam assim os soberanos com a sua mão de ferro a controlar seus territórios sem obrigação de dar justificativas a ninguém, e esse *statu quo* se prolongou durante séculos, ainda sob a visão absolutista dos dois pensadores daquele século citados acima. Até que o mundo sofreu uma reviravolta com a Revolução Francesa[xiii] que, além de destituir do poder o soberano e instituir o lema *Liberté, Égalité, Fraternité,* fez mudar a maneira como a sociedade se comportava diante da realidade ao seu redor e a maneira como ela se relacionava com o Estado. Era justamente uma reação contrária ao Estado Absoluto hobbesiano e maquiavélico, por meio da germinação do Estado Democrático de Direito.

### 3.1 O povo como ator principal na evolução histórica dos Direitos do Homem

Para melhor se depreender a mudança de paradigma introduzida pela Revolução Liberal, analise-se a sociedade anterior a ela. Segundo a Antropologia, a sociedade primitiva é aquela em que não se configura a propriedade de bens nem a divisão de classes. Nesse tipo de sociedade, as pessoas contribuem com uma parcela de trabalho na medida da contribuição de cada um, e estes vivem a partir de normais sociais garantidas pela própria sociedade em que vivem e pelas normas emanadas casual e fortuitamente pelo seu soberano. Porém, sabe-se que a sociedade é dinâmica, modificando-se por meio de metamorfoses na tecnologia, na política, na economia, e assim assimila-se a mudança acrescentada pela Revolução Francesa. Nesse novo modelo de sociedade, exalta-se o surgimento da propriedade privada, da apropriação dos meios de produção por parte da burguesia, que acumula boa parte da riqueza, constituindo-se assim também a criação de estratos sociais. Eclode-se, então, uma colisão de interesses entre a burguesia e o povo trabalhador, visto que àqueles eram auferidos os ganhos advindos do suor destes, já que a burguesia se apropriara dos meios de produção e visava exclusivamente o acúmulo de riquezas, enquanto a classe dos não proprietários não admitia que a riqueza fosse distribuída em razão da posse dos meios de produção, em detrimento do trabalho. Urgiu assim a criação do estado liberal burguês para "equalizar" os conflitos inerentes a essa nova sociedade surgida como consequência da mudança de paradigmas na distribuição de riquezas, agora atinente à posse dos meios de produção[xiv].

Ainda falando sobre a Revolução Francesa, o seu lema *Liberté, Égalité, Fraternité* tem muito a dizer sobre como ocorreram essas modificações sociais e qual seu impacto para a modificação na relação entre o povo e o Estado. O primeiro deles tem fundamento na **liberdade**, e foi alçado em um momento em que a burguesia era colocada de lado nos seus interesses e esta se viu impedida de prosperar. Porém não somente isso, essa burguesia não se achava mais em compasso com o poder, visto que suas demandas eram crescentemente ignoradas pelo soberano francês e os privilégios concedidos à nobreza e ao clero por meio de uma pesada carga tributária contribuíram ainda mais para estimular a revolta popular. As navegações e descobertas de novos mundos alavancaram a burguesia, antes esquecida, a um patamar econômico de destaque. Todavia como o povo não tinha participação nas tomadas de decisão nem direito a voto, a burguesia se achou desprestigiada e ameaçada, visto que lhes eram tirados tanto o dinheiro quanto o poder.

Daí o significado da palavra Liberdade no lema da citada revolução. A burguesia movimentou toda a parcela da população descontente e, muitas vezes, cheia de ira contra o rei, e impôs ao Estado o respeito às suas negociações, que se baseava no seguinte: "nós temos direito à propriedade, nós temos direito de negociar da maneira como consentirmos volitivamente, o Estado não deve intervir contra nossos acordos". Era o pensamento de Adam Smith com a sua doutrina do *laissez-faire, laissez-passer* [deixa fazer, deixa passar] que traduz o pensamento de que o Estado não deveria intervir na economia, uma vez que esta conseguiria autorregular-se. Era a concepção liberal da mão invisível do mercado defendida pelos burgueses.

A segunda geração de direitos baseou-se na **igualdade**, dados os problemas advindos pelo impulsionamento da Revolução Industrial, pois, apesar de toda a luta burguesa pela participação do povo no Estado, na verdade, não se mirava na isonomia para todos os seres humanos; em outros termos, não havia interesse em proclamar a igualdade social ou a luta contra a desigualdade econômica da época. A Revolução Industrial vivida no século XIX, chamada de *Belle Époque* pelos franceses, ocorreu à custa de muito sacrifício da classe trabalhadora que vivia em condições deploráveis de vida e de trabalho. Desse modo, muitos setores da sociedade não se encontravam satisfeitos com essa igualdade meramente formal, o que o povo queria era uma igualdade para todos e a inclusão social de estratos sociais esquecidos. E assim, com a luta de classes operárias cada vez mais organizada e a impossibilidade do Estado de garantir a harmonia social, este sucumbiu ao momento histórico de lutas dos trabalhadores e deu a luz ao Estado do bem-estar social [*Welfare State*], sem se afastar da política capitalista de antes, mas aproximando-se do que o povo necessitava como garantias básicas para uma vida digna, o que inclui, além dos direitos trabalhistas, os direitos econômicos, sociais e culturais.

Se se começou a desdobrar o presente estudo desde o desenvolvimento do relacionamento do povo com o Estado a partir das revoluções liberais ou burguesas, que ensejaram a luta pelos direitos negativos, ou seja, o direito de exigir um não agir do Estado para garantir os direitos civis, políticos e comerciais; seguiu-se pelos problemas ocasionados pela exclusão de boa parte do povo, por ocasião da Revolução

Industrial, que, além de querer esses direitos à liberdade, queria também uma igualdade entre todos, o que levou o Estado a oferecer direitos prestacionais, quer dizer, um agir para garantir a igualdade social e econômica; deve-se, por fim, remeter à **fraternidade**, Terceira Geração de Direitos Fundamentais surgida após as atrocidades da Segunda Grande Guerra, quando os países, por meio de tratados internacionais, proclamavam a proteção dos valores ligados à dignidade da pessoa humana e a construção de um padrão ético para todos os países. Se nas gerações dos direitos fundamentais, o primeiro diz respeito aos direitos individuais e o segundo aos direitos coletivos, ao terceiro cabe a proteção dos direitos de toda a humanidade, que são os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio e o direito de comunicação.

### 3.2 As primeiras constituições e a Constituição Brasileira de 1988

As primeiras constituições não surgiram do nada, muito menos miravam lugar algum. Todo o processo histórico que ocorria no mundo fazia a base para a construção de um documento tal importante, que seria considerado o fundamento ético, político, jurídico, institucional, que contivesse as regras e os princípios norteadores de uma nação e que ainda promovesse as diversas prestações inerentes a uma sadia qualidade de vida e bem-estar, que se desdobra em tantas subcategorias quanto necessárias, como uma boa moradia, um trabalho digno, que respeite seus direitos trabalhistas, uma educação de qualidade, entre outros.

Portanto, essas bases norteadoras para a construção das constituições perpassam pelos pilares éticos defendidos pelo liberalismo, pilares esses que foram incorporados em diversas declarações de direitos, como a Declaração de Direitos da Virgínia em 1776, decorrente da Revolução Americana e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a partir da Revolução francesa de 1789. Os direitos tutelados por essas declarações tinham uma influência altamente iluminista, principalmente na filosofia iluminista de John Locke[xv]. Após esse momento histórico, verificou-se a Revolução Industrial, que, como dito anteriormente, trouxe bastantes problemas sociais e, em consequência, uma luta por direitos trabalhistas, em face ao tratamento desumano de longas jornadas de trabalho, sem direito a férias ou descanso regular, e, muitas vezes, com a escravidão de crianças para efetuar o trabalho pesado de adultos. Toda essa luta por direitos trabalhistas culminou na primeira grande revolução socialista na Rússia, em 1917, que mandou um recado ao resto do mundo capitalista que as reivindicações operárias eram uma ameaça real. O resultado foi a adaptação do Estado puramente capitalista para a criação do Estado de bem-estar social para promover a maior igualdade social e garantir as condições básicas de uma vida digna.

A partir de então, já se permite citar as duas primeiras constituições a positivar esses direitos, fornecendo as bases para a tutela dos direitos de igualdade econômica e social, a partir de uma diretriz constitucional: A Constituição do México, de 1917, e a Constituição alemã de Weimar, de 1919. A primeira foi uma constituição anticlerical e liberal, incluindo medidas relativas ao trabalho e à proteção social, o que era uma posição bastante radical para a época. Ela reflete as diferentes tendências expressas antes e durante a Revolução Mexicana: anticlericalismo, agrarismo, sensibilidade social, nacionalismo. Anuncia uma reforma agrária e leis sociais, como a jornada de oito horas, o direito de associação em sindicatos, o direito à greve, ao salário mínimo, à limitação do trabalho feminino e infantil. A não reeleição do presidente e a extinção do cargo de vice-presidente foram igualmente estabelecidas nesta Constituição. Vale salientar que, apesar de toda boa intenção, a redação original da Constituição Mexicana foi alvo de diversas alterações no seu texto singular. Já a Constituição de Weimar representou o auge da crise do Estado Liberal do séc. XVIII e a ascensão do Estado Social do séc. XX. Ela não abolia formalmente o Império Alemão, mas lhe dava uma nova fisionomia, democrática e liberal. A nova constituição substituiu a personalidade do Imperador pela do Presidente do Império, que era eleito democraticamente pelo povo, que, por sua vez, nomeava o Chanceler do Império, que não mais respondia ao Imperador, e sim ao Parlamento. A Constituição de Weimar trilhou a mesma via da Carta mexicana e previu em seu texto todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho.

No que diz respeito à relação das Constituições Brasileiras com essas mudanças ocorridas na história, pode-se dizer que o Brasil, mesmo em um passo lento e atrasado, não ficou fora dos câmbios sociais que motivaram as diversas economias e sociedades ao seu redor. Primeiramente, assenta-se dizer que o pensamento de igualdade que exalava dos poros dos iluministas, entre eles John Locke, também se fez presente na Constituição Política do Império, em 1824, com sua redação afirmando que a Lei seria igual para todos [Art. 179, inc. XIII]. Todavia, a escravidão só foi abolida no Brasil mais de 60 anos depois, em 1888, com a Lei Áurea, o que não é de se espantar, já que os próprios precursores do iluminismo, muitas vezes, defendiam a escravidão e investiam seus rendimentos no tráfico de negros, tão forte e enraizada a cultura da servidão negra da época.

O mundo continuava sua evolução em direção ao respeito no que cerne à dignidade do homem, e, mesmo com um atraso de mais de quinze anos em relação às Cartas Magnas do México e de Weimar, a Constituição Brasileira passou a dar os passos iniciais para a construção de um Estado de bem-estar social. No Brasil, a Constituição de 1934 e, de forma mais abrangente, a Constituição de 1946 passaram a prever vários direitos sociais, como aposentadoria, educação, assistência social etc. e ainda os direitos ligados à proteção dos trabalhadores. Nesse momento histórico, a Constituição Federal anuía a um momento de respeito ao povo que estava em voga a nível mundial, passando a fazer deste o princípio de uma relação em que o Estado passaria cada vez mais a direcionar suas políticas para a satisfação desse povo como destinatário das diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas por ele.

## 4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONTEMPLAÇÃO DO POVO COMO SUJEITO DE DIREITOS E DEVERES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Toda Constituição é uma ruptura com o passado, e a Constituição Federal Brasileira demonstra bem isso. Saindo

de um longo período de ditadura, ela é uma resposta ao clamor do povo em busca de novos rumos para a sociedade, não só em termos econômicos, mas também em termos sociais e de respeito aos direitos humanos. A Constituição brasileira é um marco na história da democracia da nação, colocando o povo como o centro das discussões, das normas, dos objetivos, dos princípios e do sentimento constituinte. Esse sentimento acabou por influenciar a maneira como o próprio Direito era enfrentado no Brasil, afinal o estudo do Direito Constitucional passou a ter status de imprescindível nas cadeiras das faculdades de Direito, ao passo que a maioria dos julgados passou a ter a Constituição como fundamento central das decisões.

Todavia, essa finalidade cidadã da Constituição não pode apenas ficar na intenção, há de se concretizar[xvi] na vida real, no seio do povo, no seu quotidiano, portanto há de ser tirada do papel e posta em prática. Portanto, para melhor se compreender o sentimento constitucional que inspirou o constituinte originário, vale iniciar observando o que diz a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, no seu preâmbulo, para legitimar a então elaborada carta suprema de direitos:

> Nós, representantes do **povo** brasileiro, reunidos em Assembleia 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. (grifo nosso)

Como se pode perceber, o texto conduz à percepção de que se vive no Brasil uma democracia representativa, na qual se elegem representantes e estes falam pelo povo que o elegeu nas suas respectivas câmaras ou assembleias, ou até mesmo em seus escritórios. Desse modo, sentem-se legitimados para produzir um documento como a Constituição Federal Brasileira organizando o Estado Federativo, a cobrança de impostos, até mesmo os três poderes da república, que são: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e ainda elencando o rol de direitos fundamentais. No entanto, quanta força tem esse povo para indiretamente mover toda essa máquina e também ser titular de tanta proteção? Para dissecar, então, tal questionamento, vale esmiuçar a Constituição Federal Brasileira para analisar como esses direitos são apontados e a sua efetividade prática.

Por se viver em uma democracia, tende-se a não enxergar o contraste existente entre diferentes pessoas, e, pelo próprio princípio da isonomia[xvii], apetece responder que o povo é constituído por todos. Como dito anteriormente, a pergunta sobre quem é esse povo titular de direitos é sempre muito retórica, e as respostas nada analíticas, pois é fato que existe uma discriminação velada quanto à aplicação das normas nas diferentes classes sociais, porquanto os pobres sofrem muito mais com o rigor da lei do que as classes média e alta, visto que a maioria dos internos em instituições penais é proveniente do estrato mais pobre da sociedade; e ainda, sem falar na aplicação rigorosa da lei sobre os negros em detrimento dos homens de cor mais clara, de tal modo que, apesar da Constituição garantir muitos benefícios ao povo por meio de normas e princípios, pouco se realiza efetivamente para lhes dar mais qualidade de vida[xviii]. Portanto, faz-se mister uma linha de estudo do seu conceito mais à luz da realidade prática usada na Constituição Federal de 1988 por meio do próprio texto Constitucional.

Já se constatou que o preâmbulo da Constituição evoca esse povo legitimador e verificou-se também que o parágrafo único do artigo 1º aduz que o poder emana desse povo como instância de distribuição de poder aos seus sufragados. Porém, considerando o povo sujeito das atribuições do Estado, examine-se o que pretende o artigo 3º da CF/88 que traça os objetivos da República Federativa do Brasil:

> Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ao ler o transcrito, fica claro que o constituinte originário teve boas intenções ao tentar romper de vez com os quase 30 anos de ditadura militar que controlou o Brasil com braço de ferro, contemplando os vários direitos fundamentais na Carta de 1988, destinando-se não só a assegurar o exercício dos direitos individuais e de liberdade, mas também os direitos sociais, como se apreende no artigo acima. Todavia, parece inevitável enxergar que, por mais das vezes, esses objetivos não só não se efetivam, como também geram um sentimento de desânimo por parte do povo que não vê seus anseios deslindados[xix], o que efetivamente não dá para se colocar como culpa única e exclusiva da classe política, visto que ao próprio povo é dado lutar e se engajar para a sua real efetivação.

Para ficar claro, para que os objetivos da República se efetivem, é preciso empenho político, mas também um consórcio popular para que o país seja livre, desenvolva-se e cresça sem distinções de cunho social, de raça, de sexo ou de religião. Por outro lado, somente a educação é capaz de engajar o povo na luta política, o que não quer dizer somente a política partidária, mas simplesmente o cuidado com a sociedade ao seu redor. Porém, como dito, é preciso educação social, ambiental, ética, política e econômica, o que nem sempre é o desejo de quem está no poder.

> Em outros trechos da Constituição Federal, percebe-se a genuína intenção do constituinte originário em fazer acontecer um momento novo no Estado Brasileiro. Um exemplo disso pode ser percebido quando os direitos e garantias fundamentais historicamente colocados nos últimos capítulos das velhas constituições passaram a ser reconhecidos como basilares e colocados no início da Constituição de 1988, principalmente do Art. 5º., mas não somente, dado serem encontrados também nos Arts. 6º e 7º, ou mesmo em outros artigos em que a dignidade da pessoa humana esteja em destaque, como quando tratando da seguridade social, do desporto,

> da saúde ou do meio ambiente, este tendo redação novamente evocatória do povo, quando afirma que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo[xx].

## 5 CONCLUSÃO

Tendo sido realizada uma revisão bibliográfica, abrangendo o sentido do signo povo gramaticalmente, a evolução histórica das relações do povo com os diversos tipos de estados, a sobrepujança do respeito à dignidade da pessoa humana e, por fim, a criação de constituições mais humanizadas, chegou-se à conclusão de que a utilização do verbete povo é mais adequada que cidadão ou população, apesar de a terminologia não determinar uma maior efetividade na consecução dos direitos inerentes a eles. Concorrer para a elucidação do verbete estudado e a sua comparação com outros signos utilizados na Constituição Federal Brasileira é a base inicial para a compreensão das razões de se evocar com tanta frequência o termo povo no dia a dia das instituições retro citadas.

Todavia, uma compreensão de como o povo evoluiu historicamente para alcançar o respeito formal e material das constituições, por meio de revoluções e de lutas de classe, é da mesma forma imperioso. De modo que é justificada a necessidade de se encarar o conceito de povo, mas não somente, pois chegar ao turbilhão de eventos que concluiu com a elaboração da Constituição Federal Brasileira de 1988 chama à análise pertinente da real aplicação da letra da norma constitucional, para se avaliar o quanto o sentimento de mudança de paradigmas querido pelo constituinte foi realmente alcançado.

Nesse sentido, percebe-se que, na genuína intenção de diligenciar esse novo modelo de Estado, chamado Estado Social Democrático de Direito, o constituinte utilizou-se do povo para legitimar suas aspirações no preâmbulo e no parágrafo único do Art. 1º, o que se entende por todo o texto constitucional em harmonia com a sua intenção original de ser esse povo o destinatário dessas normas. No entanto, como a sociedade é dinâmica, as transformações sociais são constantes e inevitáveis, não obstante essa metamorfose, muitas vezes, privilegiar poucos em detrimento de muitos, o que, no âmbito geral, dificulta sobremaneira a efetivação do sentimento constitucional.

Nesse contexto, a pergunta que se faz é até onde o destinatário efetivamente alcança o desígnio do legislador constituinte? Até que ponto todos são iguais perante a lei segundo o Art. 5º, *caput,* da CF/88 se o que se constata diariamente são pessoas sendo tratadas de forma preconceituosa por parte da sociedade, da polícia e até dos operadores do Direito? Como é possível dizer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado [Art. 5º, LVII, CF/88] se todos os dias são mostrados homens e mulheres acusados de crimes na televisão para o julgamento público da sociedade? Ou mesmo, quantas pessoas têm acesso de qualidade à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção a maternidade e a infância, e a assistência social [Art. 6º, CF/88] se desamparados? São essas questões que inquietam o povo, que de ponta-cabeça é chamado à tona, exaltado e louvado, todavia preferiria antes alcançar toda a titularidade dos direitos jurados e ser respeitado como pessoa efetivamente.

Possuindo uma estrutura judiciária precária, em que a maior parte dos 5.565 municípios brasileiros [aproximadamente] não tem varas próprias da Justiça, pode-se concluir que a efetivação dos direitos fundamentais [que são os que mais de perto importam aos destinatários aclamados como povo] é algo dos sonhos dos mais inocentes operadores do Direito, dado ser um pressuposto básico para a sua realização o amplo acesso à Justiça, sobretudo àqueles mais necessitados, que são as principais vítimas da negação de seus direitos, de modo que o povo-destinatário não passa de povo-ícone, dado ser apenas justificante e legitimador nos dias de hoje, o que não impede acreditar-se em uma humanização jurisdicional cada vez mais próxima do sentimento de respeito à dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS


BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.** 33. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Dicionário do Aurélio.** Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com/Populacao.html>. Acesso em: 5/3/2012.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria:** forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MAIA, Christianny Diógenes. Por uma nova concepção jurídica de cidadania. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 6, nº. 10, pp. 33 a 45. 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe:** obra completa com comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como Simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.


---

[i] POPULAÇÃO. **Dicionário do Aurélio.** Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com/Populacao.html>. Acesso em: 05/03/2012.

[ii] CIDADÃO. **Dicionário do Aurélio.** Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com/Cidadao.html>. Acesso em: 05/03/2012.

[iii] MAIA, Christianny Diógenes. Por uma nova concepção jurídica de cidadania. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 6, n. 10, 2008. p. 36.

[iv] POVO. **Dicionário do Aurélio.** Disponível em <http://

www.dicionariodoaurelio.com/Povo.html>. Acesso em: 05/03/2012.

[v] MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 83.

[vi] MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 67.

[vii] MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 63.

[viii] MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 62.

[ix] MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 113.

[x] MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.p. 96.

[xi] HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria:** forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.78.

[xii] MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe:** obra completa com comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia. São Paulo, Jardim dos Livros, 2007, p.137.

[xiii] MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 33.

[xiv] ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.31:

[xv] LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 76.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 2. ed., São Paulo: Atlas. p. 68.

[xvi] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. 33 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010. Art. 5.

[xvii] MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 87.

[xviii] MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 2. ed. , São Paulo: Atlas. p. 70.

[xix] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. 33 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010. Art. 225.

# CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO SUBJETIVO

*Cleane de Lima Aquino, autora*[18]
*Anna Luiza Matos Coêlho, professora orientadora*[19]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Origem histórica e conceitos; 2.2 Natureza Jurídica do direito subjetivo; 2.3 Classificações dos direitos subjetivos; 2.4 A importância da efetivação dos direitos subjetivos. **3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DE RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

Os direitos subjetivos para serem efetivados precisam, antes de tudo, serem conhecidos. Dessa forma, o presente estudo se propõe a apresentar os conceitos, as espécies e as teorias acerca da natureza do direito subjetivo, notadamente quanto às suas características e à relevância na seara jurídica, com o intuito de propiciar uma aproximação do leitor, em especial àqueles que começam a ter os primeiros contatos com a Ciência do Direito, com essa potencialidade humana de exercer direitos, a fim de que tal potencialidade, à medida que se torne conhecida, seja efetivamente praticada. A metodologia utilizada foi exclusivamente bibliográfica, de caráter dedutivo e com ênfase na doutrina contemporânea. Diante do exposto, conclui-se que, para que se possa assumir uma posição sólida de titular de direitos subjetivos, de maneira a formar-se uma consciência acerca da necessidade de lutar pela sua efetivação, é imprescindível o mínimo de conhecimento acerca de sua base, de sua essência criadora.

**Palavras-chave:** Direito subjetivo. Faculdade de agir. Efetivação de direitos.

18 Aluna do 5º semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus – Fortaleza. Integrante do grupo de estudos em introdução ao estudo do Direito promovido pela Faculdade Christus – Fortaleza. E-mail: cleanelima20@hotmail.com

19 Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, especialista em Direito Privado pela Universidade de Mogi das Cruzes e especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará. Professora da Faculdade Christus-Fortaleza. E-mail: annamcoelho@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Este estudo surge a partir dos encontros do grupo de estudos em introdução ao estudo do Direito promovido pela Faculdade Christus, nos quais se buscou um aprofundamento acerca de pontos tão importantes na introdução do estudante da graduação no universo jurídico.

Os direitos subjetivos se mostram como uma parte essencial do entendimento acerca da própria Ciência Jurídica, constituindo-se como um dos pilares de sua compreensão. De tal forma que se faz necessária uma aproximação com seus conceitos, com suas teorias e com sua contextualização e inserção social, à medida que a vida pacífica em sociedade necessita dessa possibilidade individual que cada um possui de impor aos demais o que a norma jurídica lhe garante como sujeito de direito.

È nesse contexto que se observa a relevância do tema, haja vista propiciar um contato inicial com a formação do que se conceitua como direito subjetivo, suas espécies ou divisões e as teorias que se propõem a explicá-lo. Bem como uma aproximação com a ideia de que para se alcançar, de fato, a finalidade a qual o Direito se propõe, o sujeito detentor de direitos subjetivos deve esforçar-se na defesa desses direitos, de sorte que, quando um indivíduo defende o seu direito individual, acaba por defender todo o direito.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Origem histórica e conceitos

Diante dos constantes conflitos que permeiam as relações sociais, surge o Direito como um regulador da conduta humana na sociedade na qual se insere. Consiste em um conjunto de normas que visam à pacificação social.

Segundo Herkknhoff, não se pode estabelecer uma única definição possível para o vocábulo **direito**, visto que pode ser empregado em diversas acepções: direito como um conjunto de normas ou regras jurídicas; direito como "a autorização que um sujeito tem para exigir a prestação de um dever por parte de outro sujeito"[105]; direito como ideia de justiça; direito como ciência e, por último, como fato social.

Neste estudo, deter-nos-emos na análise da segunda acepção da palavra direito, vale dizer, direito como uma faculdade de agir ou direito subjetivo, destacando os diversos conceitos, teorias e espécies, bem como a evolução histórica do emprego do termo direito subjetivo.

A construção do conceito de direito subjetivo, embora relativamente recente, faz referência ao **Digesto**, no qual o jus era definido como o que é justo, como a parte que é devida a um determinado indivíduo em relação aos outros. Além disso, ofereceram grande contribuição para a formação de tal conceito o filósofo inglês Guilherme de Occam, cuja ideia era de que o direito subjetivo é próprio do ser humano e tem o condão de lhe propiciar alguma benesse, além da escolástica espanhola, cujo maior expoente foi Suárez, definindo direito subjetivo como uma forma de poder moral sobre algo que, de alguma maneira, pertence ao sujeito.

Enquanto que, em várias línguas, existem termos próprios para distinguir o direito objetivo do direito subjetivo, na língua pátria, é preciso fazer tal distinção pelo sentido completo da frase. Nader, citando Kelsen[106], aduz que essa diferenciação é desnecessária visto que a existência do direito objetivo é pressuposto para que possa existir o direito subjetivo. Não se separando, portanto, um do outro.

Existem vários conceitos que visam a definir a ideia de direito subjetivo. Para Miguel Reale, "direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de Direito atribuem a alguém como próprio[107]." Ele destaca a possibilidade de uma pretensão que é devidamente amparada por uma norma de direito positivo, o que faz com que sua exigibilidade seja garantida, haja vista estar albergada pelo direito objetivo. Enfatiza também que essa possibilidade

abstrata prevista no ordenamento decorre de uma previsão concreta do legislador dos fatos da vida social: "É próprio do direito prever comportamentos prováveis, configurando, por antecipação, nos modelos jurídicos instaurados, aquilo que normalmente deverá ocorrer"[108].

É importante destacar que o Direito não consegue prevê todas as condutas do homem em sociedade, sendo assim, a maioria das condutas previstas, *in abstrato,* são decorrentes de experiências preexistentes, já experimentadas nas relações sociais, e não de simples previsões de comportamentos possíveis ou prováveis.

Maria Helena Diniz, utiliza-se do conceito de Goffredo Telles Jr. que diz que o direito subjetivo:

> [...] é a permissão, dada por meio de norma jurídica válida, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter algo, ou, ainda, a autorização para exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou através dos processos legais, em caso de prejuízo causado por violação da norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido[109].

De acordo com o conceito citado, percebe-se que os direitos subjetivos são tanto aqueles que decorrem da permissão dada pela norma jurídica, seja ela explicita, seja implícita, como os que decorrem da violação por outrem de um direito amparado pela norma. Daí se diferencia, segundo a referida autora, duas espécies de direito subjetivo: o **comum da existência**, que seria o primeiro grupo, no qual não há necessidade de violação de um preceito da norma para a exigibilidade de tal direito, por exemplo, o direito de casar e constituir família; e o de **defender direitos**, que decorre da violação de um direito e dá à pessoa lesada a possibilidade de pleitear judicialmente a reparação do dano sofrido, v.g., o direito que um sujeito tem de mover ação de reparação de danos contra alguém que bateu em seu carro.

Como já mencionado, para Herkenhoff, o direito subjetivo consiste na "autorização que um sujeito tem para exigir a prestação de um dever por parte de outro sujeito"[110]. Nesse sentido, entende-se que o direito subjetivo de um sujeito sempre estará relacionado com o dever jurídico de outro, ou seja, se alguém é titular do direito de usar, gozar e dispor de sua propriedade, a esse direito se opõe o dever jurídico dos demais membros da sociedade, haja vista se tratar de um direito *erga omnes*, de respeitar a propriedade daquele.

Herkenhoff entende, ainda, que o direito subjetivo se apresenta como **interesse**[111], vale dizer, quando é direito do próprio titular a quem foi instituída tal prerrogativa; e como função, quando a instituição do direito se faz em benefício de terceiros. Nesse sentido, vislumbra-se o direito como interesse quando, v.g, diz-se que alguém tem o direito a usar de sua propriedade como bem lhe aprouver, respeitando, obviamente, os limites da função social. O direito como função, por sua vez, pode ser visualizado na ideia contida no artigo 53 da Lei Maior, que dispõe acerca da inviolabilidade civil e penal pelas opiniões, pelas palavras e pelos votos dos Senadores e Deputados. Ora, sendo referidos parlamentares representantes do povo, essa imposição de inviolabilidade não se dá em favor da pessoa do parlamentar, mas em benefício do povo e do próprio regime democrático.

### 2.2 Natureza jurídica do direito subjetivo

Para explicar a natureza do direito subjetivo, destacam-se as seguintes teorias:

**a) Teoria da vontade**: Segundo tal teoria, defendida por Savigny e Windscheid, o direito subjetivo é "o poder ou senhorio da vontade reconhecido pela ordem jurídica"[112]. Essa teoria foi fortemente criticada, especialmente por Kelsen, sob o fundamento de que o direito subjetivo independe da vontade do titular, visto que os incapazes, por exemplo, não possuem vontade em sentido jurídico e, mesmo assim, são detentores de direitos subjetivos. Além disso, existem casos em que o ordenamento protege o direito do titular em detrimento de sua vontade de fato. Como exemplo dessa ideia de Kelsen, pode-se citar o direito de propriedade decorrente de herança, ocasião na qual, mesmo o herdeiro ignorando a abertura da sucessão, não havendo, portanto, manifestado sua vontade, já possui a titularidade de referido direito.

Diante das críticas, o próprio Windscheid reconheceu que tais refutações tinham argumentos lógicos e tentou esclarecer acerca da vontade mencionada, dizendo que não se tratava da vontade em sentido psicológico, e ,sim, em sentido lógico[113].

Sendo assim, posicionou-se o autor no sentido de que a vontade da qual tratava não era a vontade subjetiva, e, sim, a vontade normativa, vale dizer, um poder jurídico de proteção do interesse do titular do direito.

**b) Teoria do interesse**: Para o jurisconsulto alemão Rudolf Von Ihering, o direito subjetivo "é o interesse juridicamente protegido por meio de uma ação judicial." Afirma, assim, que a natureza do direito subjetivo não se fundamenta na vontade, mas no interesse do indivíduo, amparado pela norma jurídica. Assim como a teoria de Savigny e Windscheid, esta também foi alvo de diversas críticas, entre elas, o fato de que nem todos os interesses juridicamente protegidos constituem direitos subjetivos.

Como exemplo do fato de nem todo interesse juridicamente protegido configurar direito subjetivo, pode-se citar o fato de que os habitantes de determinado Município têm interesse em fiscalizar se as mercearias observam a data de validade dos produtos que vendem. Contudo, referidos cidadãos não têm o direito subjetivo de proceder, de fato, a fiscalização e punir a inobservância desse cuidado, cabendo ao Estado fazê-lo.

Segundo Maria Helena Diniz[114], os interesses ou bens não constituem direitos subjetivos, são objetos em razão dos quais o direito subjetivo existe. Nesse sentido, se analisar-se a perspectiva do direito à vida, ter-se-ia que o direito subjetivo é a possibilidade de viver e de defender a vida, ou seja, a ação que visa a preservar o bem da vida a ser resguardado, e não o bem por si só, sendo este mero objeto.

**c) Teoria eclética ou mista**: Defendida por Georg Jellinek, essa teoria vem agrupar as anteriores ao afirmar que o direito subjetivo é "o poder da vontade reconhecido e protegido pela ordem jurídica, tendo por objeto um bem ou interesse"[115].

O jurisconsulto alemão, que considerou as teorias da vontade e do interesse incompletas, sofreu as mesmas críticas despendidas às teorias que o precederam.

Outros autores também deixaram sua contribuição para tentar explicar a natureza do direito subjetivo. Entre eles, destacam-se: Leon Duguit, para quem a noção de direito subjetivo carece de sentido e, portanto, deveria ser substituída pela noção de situação jurídica; e Hans Kelsen que defende que o direito subjetivo não se distingue do direito objetivo[116].

Entendia Duguit que cada indivíduo tinha o dever de cumprir determinada função social, e era essa situação jurídica que formava o ordenamento, e não a ideia de um direito individual e subjetivo. Kelsen, por sua vez, defendia que o direito subjetivo nada mais era que o próprio direito objetivo que, quando imposto a outrem, impunha-lhe o dever de respeitar a faculdade do titular do direito.

### 2.3 Classificações dos direitos subjetivos

Os direitos subjetivos podem ser classificados tomando-se como parâmetro o seu conteúdo, a sua eficácia ou ainda a possibilidade de serem transferidos a terceiros, dentre outros.

A divisão que classifica os direitos subjetivos sofre certa variação de acordo com o autor que a elenca. Paulo Dourado de Gusmão[117], classifica-os considerando patrimoniais e não patrimoniais, personalíssimos e obrigacionais, público e privado, entre outras. Paulo Nader[118], por sua vez, divide-os em direitos subjetivos:

**a) Públicos e privados**: Essa classificação se dá em face do sujeito que figura na relação jurídica. Em se tratando de uma relação jurídica em que a predominância de interesses é do Estado, está-se diante de uma relação de direitos subjetivos públicos. Se, por outro lado, a relação jurídica só envolve particular, fala-se de direitos subjetivos privados.

**b) Absolutos e relativos:** Trata-se, nessa classificação, acerca da eficácia dos direitos subjetivos. Diz-se direito subjetivo absoluto aquele em que não se determina uma pessoa específica para figurar na qualidade de sujeito passivo da relação. São direitos que vinculam à coletividade, *erga omnes,* portanto. Por sua vez, o direito subjetivo relativo é aquele que só obriga as partes envolvidas [***inter partes***] podendo a obrigação ser decorrente da lei, de acordo entre as partes [contrato] como também de ato ilícito.

**c) Transmissíveis e intransmissíveis**: Dizem acerca da possibilidade de se delegar à outra pessoa a possibilidade de exercer um direito. Na seara dos direitos intransmissíveis, essa impossibilidade de transmissão é imposta pela lei ou pelo próprio fato.

Há ainda algumas outras classificações de direitos subjetivos, como principais e acessórios, renunciáveis e irrenunciáveis, as quais não serão detalhadas neste estudo, haja vista entender-se pela noção de que referidos termos são autoexplicativos.

### 2.4 A importância da efetivação dos direitos subjetivos

Em se tratando da efetivação de direitos, são relevantes as palavras do jurista alemão Rudolf Von Ihering, tendo este dedicado ao assunto a obra "A luta pelo Direito[119]" que, embora tenha sido escrita há certo tempo, faz-se sempre relevante e atual.

Ihering trata acerca da necessidade de que a efetivação dessa faculdade de agir, inerente aos sujeitos de direito, não se limite ao campo teórico, mas que, ao contrário, seja constantemente praticada, visto que cada sujeito é responsável pela efetivação de seu direito e que esta só se perfaz mediante luta e esforço. Para o referido autor:

> Sem luta não há direito, como sem trabalho não há propriedade. A máxima: *ganharás o teu pão com o suor do teu rosto*, corresponde com tanta mais verdade estoutra: *só na luta encontrarás o teu direito,* desde o momento em que o direito renuncie a apoiar-se na luta, abandona-se a si próprio, porque bem se lhe podem explicar estas palavras do poeta: tal é a conclusão aceite atualmente: só deve merecer a liberdade e a vida quem para as conservar luta constantemente.[120]

É importante observar a importância dada por Ihering à materialização do direito, valorizando-a, até mesmo em detrimento de tanta doutrina escrita. De fato, quem tem seu direito lesado tem uma obrigação (moral) de resistir. Vale dizer que essa resistência não está caracterizada pelo uso da força, haja vista a possibilidade de o indivíduo buscar a proteção jurisdicional do Estado.

Para o jurista alemão "Todos aqueles que fruem os benefícios do direito devem também contribuir pela sua parte para sustentar o poder e a autoridade da lei[...]"[121]. De tal forma que a manutenção dessa luta é uma obrigação do indivíduo para com a sociedade na qual coabita.

Efetivamente é mister que cada indivíduo faça a sua parte no que se refere à luta por um direito que não exista somente nos códigos ou nas sábias palavras dos doutrinadores, um direito que se enxerga, que se toca e que se faz presente em todas as relações.

## 3 METODOLOGIA

O presente estudo teve origem no grupo de estudos Introdução ao Estudo do Direito, promovido pela Faculdade Christus, cuja orientação ficou a cargo da professora Anna Luiza Matos Coêlho, cujas atividades ocorreram no período de 2011.1.

Tomando-se como parâmetro a classificação clássica adotada em métodos de pesquisa, tem-se que esta é tida como de matriz bibliográfica, à medida que se utilizou da doutrina pátria para a confecção do trabalho em comento.

Em um primeiro momento, optou-se pela exposição de um estudo histórico do tema, trazendo-se em seguida uma definição possível acerca deste. Posteriormente, fez-se uma exposição de uma série de teorias a fim de determinar a natureza jurídica do direito subjetivo. Por fim, decidiu-se por esboçar classificações acerca do instituto em estudo, bem como expor resumidamente a importância da efetivação deste.

Feitas essas breves explanações, observa-se que o trabalho, ora proposto, pautou-se pelo método dedutivo, uma vez que foi apresentada uma noção mais genérica do tema, conceituando-o, e, em um segundo momento, especificou-se o tema, abordando as suas classificações e a sua relevância.

Entre os diversos doutrinadores que tratam a respeito do tema, foram utilizados as obras de Rudolf Von Ihering, João Baptista Herkenhoff e Miguel Reale, dentre outros.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

De início, cumpre destacar que o trabalho exposto visa a apresentar noções acerca do instituto direito subjetivo. Elegeu-se este enquanto faculdade de agir, nos moldes do que Maria Helena Diniz concebeu como permissivo legal, e em consonância com o entendimento de Herkenhoff, ao interpretar que há uma correlação entre o direito subjetivo de um sujeito e o dever jurídico de outro.

Feitas essas considerações, fez-se necessário apontar elementos da natureza jurídica desta faculdade, notadamente quanto à adoção das teorias da vontade, do interesse e eclética ou mista.

Finalmente, a título de conferir uma melhor compreensão acerca do tema, foram apresentadas classificações dos direitos subjetivos, mormente, direito subjetivo: público e privado; absoluto e relativo; transmissível e intransmissível.

## 5 CONCLUSÃO

O direito subjetivo se mostra como uma possibilidade que cada indivíduo possui de pleitear, seja no âmbito judicial ou extrajudicial, a reparação de um direito violado ou simplesmente a observância a uma garantia legal que lhe é devida.

As teorias criadas acerca da natureza do direito como faculdade de agir foram, cada uma a seu tempo, alvo de críticas diversas acerca de seu elemento essencial, de tal forma que nenhuma delas pode ser considerada, de maneira isolada, para uma conclusão definitiva sobre a natureza do direito subjetivo.

È cediço que de nada vale a existência de uma faculdade de exercer direitos, que se vincula diretamente à realidade do direito como norma, se o direito subjetivo limitar-se meramente ao campo teórico. Há uma constante necessidade de que se busque efetivar tais direitos, levando o indivíduo ao encontro do direito como norma de pacificação da sociedade na qual está inserido.

## REFERÊNCIAS

DINIZ. Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de**. Introdução ao estudo do Direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

HERKENHOFF, João Baptista**. Para gostar do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2005.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NADER, Paulo**. Introdução ao estudo do Direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense.2005

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

# JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: QUESTÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E DE PROCEDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR POR VIA JUDICIAL.

*Cristiano Bento Monteiro, autor*[20]
*Jânio Pereira Cunha, professor orientador*[21]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Correntes filosóficas; 2.2 Evolução dos direitos fundamentais; 2.3 Aplicabilidade dos direitos fundamentais; 2.4 Reserva do financiamento possível; 2.5 Direito à saúde na Constituição Federal de 1988; 2.6 Efetivação do direito à saúde via jurisdição. **3 METODOLOGIA DA PESQUISA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

O direito à saúde, por ser um direito de segunda dimensão, necessita de efetivação mediante políticas públicas. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um rol de direitos fundamentais que devem ser observados pelos Poderes Constituídos. O direito à saúde necessita de efetivação/regulamentação para que possa ser exercitado. Entretanto, não raras vezes, os poderes legitimados para a efetivação de tal política pública, quais sejam, o Executivo e o Legislativo, não desempenham a sua função constitucional de modo satisfatório. Desse modo, busca-se analisar se esse direito é mera norma programática ou é um direito público subjetivo, exigível, inclusive, na seara jurisdicional. Analisam-se também as teorias da aplicabilidade das normas fundamentais, sugerindo uma nova forma de analisar esse fenômeno. Observam-se os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial como argumentos utilizados no debate jurídico. A metodologia utilizada foi exclusivamente bibliográfica, de caráter indutivo e com ênfase na doutrina pátria contemporânea. Diante do exposto, conclui-se que, para balizar a atividade jurisdicional na efetivação do direito fundamental à saúde, os critérios da relevância e urgência tornam-se necessários, impedindo que se acarrete uma ingerência indevida nos ramos da política e legitimando, portanto, as decisões judiciais.

**Palavras-chave**: Direito à Saúde. Direitos Fundamentais. Reserva do Possível. Aplicabilidade das Normas Fundamentais.

20 Aluno-monitor de Direito Constitucional da Faculdade Christus. E-mail: cristiano.bento@yahoo.com.br.
21 ** Mestre em Direito Constitucional. Professor do Curso de Direito da Faculdade Christus. E-mail: janiopcunha@ig.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

A saúde, como um direito fundamental constitucional, está cada vez mais sendo exigida via jurisdição. A função do Judiciário, à luz de um Estado que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, é resguardar os direitos fundamentais. No entanto, esse direito é efetivado mediante políticas públicas. A concessão desse direito pelo Judiciário implica a efetivação dessa prerrogativa do particular em detrimento da coletividade. Desse modo, torna-se imperioso analisar o papel de legitimidade do Judiciário quanto à questão de conceder medicamentos e tratamentos que não estão disponíveis no Sistema Único de Saúde (SUS) e, quando do provimento da ação do autor da demanda, analisar o impacto que causa a toda a coletividade. Desse modo, têm-se como objetivos gerais analisar o papel do Judiciário, perquirindo se este tem legitimidade de conceder medicamentos e tratamentos médicos não orçados em lei; observar a sua atuação em um Estado Democrático de Direito, diante da teoria de que as políticas públicas ficam a cargo da representação popular, sendo atribuída a sua esfera de competência as questões jurídicas.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Correntes filosóficas

Os direitos humanos ou direitos fundamentais, quando positivados em uma constituição, são, dependendo da corrente filosófica, direitos jusnaturalistas, positivistas ou fruto da historicidade.

Segundo a corrente jusnaturalista, os direitos humanos existem mesmo que não estejam expressos em um dado ordenamento jurídico, possuindo como seu pressuposto único a existência humana, tendo por sujeito de direito aquele que possui vida. Não necessitam estar previstos por lei, bastando que se relacionem a dignidade da pessoa.

A corrente positivista entende que não há direitos senão aqueles reconhecidos como tais em um dado ordenamento jurídico. Assim, não existem direitos senão previstos em uma constituição ou por lei. Para serem reconhecidos como direitos, eles devem estar expressos, o Estado deve reconhecê-los previamente.

A corrente que defende que os direitos fundamentais são frutos da história se baseia na evolução dos direitos fundamentais, no seu reconhecimento paulatino na história da humanidade. Entende-se que os direitos humanos não são estáticos, mas sempre evoluindo, à medida da evolução da própria sociedade, condicionados aos fatores reais de poder, como diria Ferdinand Lassale. Vão-se reconhecendo novos direitos que integram a personalidade da pessoa.

> Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos, em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez em nem de uma vez por todas.[122]

Portanto, a história é que dita quais direitos fundamentais devem ser reconhecidos como tais, não estando necessariamente positivados, podendo existir princípios e

normas supralegais. Essa é a tese dominante na atualidade. Baseia-se na evolução histórica dos direitos humanos.

### 2.2 Evolução dos direitos fundamentais

A concepção de dignidade humana é universal e perene, apesar de não ser assim referida durante toda a história do homem. Apesar disso, teve-se sempre a noção de que o homem era detentor de direitos, pois a ideia de direito do homem é tão antiga quanto à própria existência da sociedade.

> A ideia de justiça, de liberdade, de igualdade, de solidariedade, de dignidade da pessoa humana, sempre esteve presente, em maior ou menor intensidade, em todas as sociedades humanas. Portanto, a noção de direitos do homem é tão antiga quanto à própria sociedade.[123]

Partindo-se da ideia de que os direitos fundamentais são frutos da historicidade, a sua positivação se fez necessária, transformando-se em direitos fundamentais, para que houvesse a sua delineação mínima, permitindo que cada cidadão pudesse ter conhecimento prévio e para que os detentores do poder pudessem observá-las, pois, na história da humanidade, é fácil verificar as constantes violações à dignidade do ser humano.

Desse modo, a concepção de direitos fundamentais tem por fundamentos dois pontos basilares: a limitação do poder e a preservação e/ou instituição da dignidade da pessoa humana. No entanto, essa noção de direitos fundamentais, com esses dois pontos basilares, é uma invenção da modernidade, surgida com a ideia de Estado Direito, que se originou no século XVIII, precisamente na Independência dos Estados Unidos, em 1776, e na Revolução Francesa, em 1789.

A partir de então, a busca para o reconhecimento de direitos se tornou uma constante. Assim, a doutrina estabelece as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais: direitos de primeira, segunda e terceira dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram no Estado Liberal em oposição ao Estado Absolutista e trazem consigo o ideal de liberdade política, locomotiva e religiosa, caracterizando os direitos negativos, exigindo abstenção por parte do Estado.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por outro lado, surgiram no início do século XX, no Estado Social em oposição ao Estado Liberal, e trazem consigo o ideal de igualdade, exigindo uma atuação positiva por parte do Estado.

Em relação aos direitos fundamentais de terceira dimensão, surgidos nos meados do século XX, representam o ideal de fraternidade e solidariedade, volvendo os olhos para os interesses difusos e coletivos.

O direito à saúde se enquadra nos direitos fundamentais de segunda dimensão, como conquista pela igualdade de direitos e como exigência para que o Estado possa efetivá-lo, exigindo uma atuação positiva por parte deste.

### 2.2 Aplicabilidade dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), base de todo o ordenamento jurídico, fundamento último de validade de todas as leis, estatuiu uma série de direitos fundamentais em seu art. 5°, chamado de catálogo de direitos fundamentais, além de outros espraiados ao longo de seu corpo normativo. No parágrafo 1º do seu artigo 5°, a Constituição estabelece que os direitos fundamentais são dotados de aplicabilidade imediata, devendo ser, portanto, aplicados a partir do exato momento de sua vigência. Veja-se: Art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata.

No entanto, a doutrina pátria, observando o fenômeno dos direitos fundamentais, constatou que muitos desses direitos não são observados, ou não são efetivados, seja por falta de vontade política, seja por total impossibilidade de serem efetivados de plano.

Afinal, deve-se reconhecer que o fato de escrever todos os anseios da sociedade em uma constituição não quer dizer que a realidade se modificará de pronto.

Diante de tal realidade, ou seja, a da não imediatividade de todas as normas fundamentais, José Afonso da Silva, de acordo com a sua clássica divisão de eficácia e aplicabilidade das normas fundamentais, afirma que há normas fundamentais com diferentes níveis de eficácia, classificando-as em eficácia plena, contida e limitada. Ele ainda subdivide as normas de eficácia limitada em normas instituidoras de princípios institutivos ou organizativos e em normas definidoras de princípios programáticos.

Em outra direção, parte da doutrina se posiciona no sentido de dar plena efetividade às normas fundamentais, quaisquer normas fundamentais, sejam de primeira, segunda ou terceira dimensão, sejam, segundo a classificação de José Afonso da Silva, de eficácia plena, contida ou limitada. Não importa qual norma fundamental nem onde ela esteja posicionada no corpo da Constituição, isto é, arrolada no catálogo ou fora dele. Qualquer norma fundamental terá plena eficácia, gerando direito público subjetivo, podendo os magistrados fundamentarem suas posições diretamente da Constituição. Faz-se, portanto, uma interpretação literal da Constituição.

> Afinal não haveria sentido em condicionar a aplicabilidade de determinado direito fundamental a uma futura e incerta regulamentação legislativa. Se o direito somente pudesse ser efetivado quando legislador regulamentasse o seu exercício, ocorreria uma verdadeira inversão de autoridade, na qual o poder constituído teria mais poderes do que o próprio poder constituinte. [124]
>
> Assim, por força da cláusula de aplicabilidade direta e imediata, o direito fundamental tem a capacidade de produzir efeitos mesmo que não esteja regulamentado pelo legislador infraconstitucional.
>
> [...]
>
> Em hipótese alguma um direito fundamental pode deixar de ser concretizado pela ausência de lei. Se determinado direito fundamental está deixando de ser efetivado por ausência de regulamentação infraconstitucional, cabe ao Judiciário tomar as medidas cabíveis para que o direito não fique sem efetividade. [...]
>
> A aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais implica, ainda, o reconhecimento da possibilidade de surgirem direitos subjetivos diretamente da

> Constituição.[125]

O presente trabalho corrobora, em parte, as duas posições doutrinárias, no entanto, posiciona-se de forma eclética e dialética, sugerindo outra forma de analisar o art. 5º, §1º, da CF. Entende-se que é demasiadamente perigoso inverter o papel do poder constituinte com o poder constituído. Afinal, depender de regulamentação normativa as normas constitucionais é afirmar a impotência do poder constituinte originário. No entanto, sabe-se que o poder constituinte originário é incondicionado e ilimitado juridicamente.

De tal sorte, o poder constituinte derivado, por ser condicionado e limitado, deve observância à obra do constituinte originário. Não é razoável inverter a ordem. Desse modo, não se pode permitir que o constituinte derivado obste a aplicação da norma fundamental constitucional por desídia ou por entender que não deva regulamentá-la, impedindo a sua normal fruição por parte dos indivíduos, que se acham "amarrados" se, porventura, aceitar a teoria de que as normas constitucionais necessitam de regulamentação pelo legislativo para gerarem direitos públicos subjetivos.

Em vista disso, não se pode aceitar a doutrina que estabelece que as normas fundamentais de eficácia limitada somente podem ser exercitadas quando forem devidamente regulamentadas.

Por outro lado, também não é aceitável a tese que entende que as normas programáticas, que estatui um plano para o Governo, sejam, desde logo, a partir de sua promulgação, exigíveis judicialmente. Não é porque houve a previsão constitucional que, a partir da sua publicação, poderá ser exigível de imediato, pois, muitas vezes, é necessária uma estruturação e/ou uma regulamentação para dar efetividade àquela norma e pode ser que, para isso, seja necessário tempo.

Assim, defende-se, neste trabalho, que o critério para interpretar o art. 5º, §1º, da CF, é o princípio da proporcionalidade. Se a norma constitucional fundamental está sem regulamentação por um tempo que já poderia o legislador tê-la feito, pode-se exigi-la diretamente, sem necessidade de aguardar por uma regulamentação, pois não pode o indivíduo ficar sem exercitar o seu direito por desídia ou por falta de vontade do órgão legiferante.

No entanto, se a norma constitucional é nova, no sentido de que ainda não se passou um tempo razoável para regulamentá-la, não pode o judiciário efetivar o direito fundamental desde já, por ofensa ao princípio da separação de poder. É necessário, nesse caso, esperar que o órgão legitimado pelo povo a regulamente ou aguardar a mora inaceitável do legislativo para que possa o judiciário efetivá-la.

Pelo exposto, entende-se que não é razoável que exista norma originária dispondo sobre direitos fundamentais, que foi promulgada junto à Constituição, ainda sem a devida regulamentação, por não entender razoável que o órgão encarregado não cumpriu a sua função. Portanto, pode o individuo buscar o seu direito público subjetivo via jurisdição para que se efetive a norma constitucional fundamental originária.

Portanto, tendo em vista o tempo decorrido da promulgação da norma constitucional, podemos aplicar a teoria de José Afonso da Silva se a norma constitucional ainda não transpassou tempo razoável para a sua regulamentação. Se, por outro lado, a norma fundamental constitucional está pendente de regulamentação por tempo não razoável, pode exigir a sua efetivação pelo Judiciário, sem que incorra em violação ao princípio da separação dos poderes, pois ao Judiciário cabe, no constitucionalismo contemporâneo, a guarda da Constituição, a fiscalização dos poderes constituídos e a efetivação dos direitos fundamentais.

### 2.3 Reserva do Financiamento Possível

A doutrina faz diferenciação entre o princípio da reserva do possível e o princípio do financiamento possível.

> [...] Parece importante, em primeiro lugar, distinguir *reserva do possível* de *reserva do financiamento possível*. Aquela é gênero do qual esta é espécie. Enquanto a *reserva do possível* diz respeito a todos os eventos formais ou materiais que impedem a concretização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, a *reserva do financiamento possível* faz referência apenas a eventuais limites orçamentários do Estado.[126]

O princípio da reserva do financiamento possível aduz que, para que haja provimento dos direitos sociais, é necessária disponibilidade orçamentária. As necessidades humanas são ilimitadas; e as verbas públicas, limitadas. Diante dessa dicotomia, não há possibilidade fática de se efetivar os direitos sociais se não houver recursos que possibilitem sua implementação.

Preconiza que nem sempre é possível efetivar todos os direitos positivados na constituição, tendo em vista que a plena realização de um dos direitos pode causar a não efetivação de outros. Desse modo, por falta de recursos, a concretização dos direitos fica a cargo da discricionariedade, da oportunidade e da conveniência do executivo, visto a total impossibilidade de realização de todos os direitos constitucionalizados, cabendo ao administrador público a escolha dos bens jurídicos a serem efetivados.

> Ocorre que muitas vezes o Estado alega não possuir recursos financeiros para arcar com toda a carência social. Em uma palavra, alega-se, com habitualidade, que nem sempre os recursos financeiros se mostram suficientes para suprir todas as demandas por estes direitos.[127]

### 2.5 Direito à saúde na Constituição Federal de 1988

O direito à saúde está previsto em vários artigos da Constituição Federal de 1988, devido ao valor que o constituinte originário lhe deu. Afinal, o direito à saúde é consectário lógico do direito à vida, até mesmo se confundindo com este. O direito à vida não é somente ter a possibilidade de nascer ou de permanecer vivo, mas a sua conotação social impele a uma vida digna. Portanto, não restam dúvidas de que, para se ter uma vida digna, é necessário o Estado garantir o direito básico à saúde aos seus cidadãos.

A CF/88 reconheceu expressamente, no art. 6°, o direito à saúde como um direito social fundamental. No artigo 23, inc. II, estabelece que a saúde é competência administrativa

comum dos entes federativos, devendo todos eles, com plena autonomia, sem ingerência dos demais, atuarem na efetivação desse direito.

O artigo 24, inc. XII, estabelece que é competência legislativa concorrente da União, dos Estados-membros e Distrito Federal. A União edita normas gerais e os Estados suplementam a legislação federal com leis específicas.

A CF também alocou o direito à saúde no capítulo relativo à seguridade social. Estabelece que a seguridade social é composta pela saúde, pela previdência social e pela assistência social. A saúde diferencia-se da previdência social. Esta é eminentemente contributiva, isto é, necessita de que o segurado seja contribuinte com o regime previdenciário, seja de forma obrigatória ou facultativa. A saúde, por outro lado, não necessita de contribuição para se ter acesso. A saúde, outrossim, diferencia-se da assistência social. Para ter acesso à assistência, é necessário comprovar alguns requisitos. Ela somente está disponível para quem precisar, não é qualquer pessoa que tem acesso a ela, tem-se que cumprir alguns requisitos. É preciso demonstrar necessidade. A saúde, entretanto, é para todos. Quem tem condições financeiras, ou não, pode usufruir da saúde. Não é necessário preencher requisitos.

O artigo 196 da CF dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Desse modo, previu expressamente o Texto Magno a obrigatoriedade de o Estado garantir o acesso à saúde aos que dela necessitar, não estabelecendo qualquer ressalva a essa prerrogativa constitucional.

### 2.6 Efetivação do direito à saúde via jurisdição

A pergunta que se faz é a seguinte: pode o órgão jurisdicional, que não é legitimado pelo povo para prover políticas públicas, conceder medicamentos e/ou tratamentos médicos, sabendo-se que os recursos financeiros são limitados e as necessidades humanas são ilimitadas?

A questão da implementação de políticas públicas no que tange à concessão de medicamentos e tratamentos médicos pode ser efetuada no plano individual ou coletivo. A respeito desse último, não resta dúvida de que o Judiciário não é legitimado para a sua efetivação. Isso cabe aos órgãos políticos. A questão fica mais complexa quando se trata da legitimidade do Judiciário efetivá-las no plano individual.

A Constituição estabelece, no art. 5°, inc. XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Consagra, portanto, o acesso à justiça quando houver a lesão ou a possibilidade de lesão a um direito, qualquer direito, nem mesmo a lei poderá restringir a sua participação.

Entretanto, a participação do Judiciário para a efetivação de um direito fundamental à saúde vai necessitar de verbas públicas, escassas, que poderiam ser mais bem utilizadas no plano coletivo. Assim, faz-se a pergunta: o Judiciário poderá efetivar tais direitos, observando a necessidade do impetrante e não se atentando a necessidade do restante da população? Seria essa a melhor forma de resolver o problema da saúde pública no Brasil? A implementação desse direito via jurisdicional vai necessariamente precisar de recursos públicos que faltarão para outras necessidades básicas de igual natureza para a população. "O direito à saúde que, por ser um direito social, requer a disponibilidade orçamentária para sua implementação." [128].

O gerente público não administra a máquina pública ao seu completo alvedrio. Deve ele observância ao ordenamento jurídico, mormente a Constituição. Deve agir imbuído conforme os valores máximos que a Constituição inspira.

> Atualmente não existe um poder discricionário livre, mas somente um poder discricionário vinculado. Vinculação esta que se pode relacionar aos ditames constitucionais. Logo, o conteúdo das políticas públicas não pode ficar à vontade do administrador, mas tem de buscar efetivar os preceitos contidos na Constituição.[129]

A não observância das disposições constitucionais pela Administração Pública abre margem para a atuação jurisdicional, pois a Constituição não é um mero adorno no ordenamento jurídico, mas sim traz normas vinculantes, imperativas, cogentes, devendo o intérprete observar o princípio da Máxima Efetividade da Constituição e, pois, dos Direitos Fundamentais. "Os Poderes Públicos têm o dever de proteger, respeitar e promover condições para uma vida digna" [130]

> O reconhecimento do caráter cogente do artigo 196 da CR/88 afasta as alegações de interferência na esfera de atuação do Poder Executivo, pois a atuação do Poder Judiciário não seria para a construção de políticas públicas – função exclusiva da Administração e do Legislativo – mas para a concretização do direito à saúde diante de sua lesão ou ameaça de lesão. O individuo tem direito subjetivo a ver tutelado de forma positiva o seu direito de personalidade de saúde [...].[131]

É necessário perceber que estamos tratando do direito mais fundamental que há, apesar de não podermos estabelecer uma hierarquia abstrata dos princípios constitucionais. Assim o é porque o direito à vida, do qual é seguimento lógico o direito à saúde, é a base de todos os direitos, pois não faria sentido existir um ordenamento jurídico extremamente amplo, estabelecendo uma gama infinita de direitos sem que o seu pressuposto lógico não seja observado, o direito de viver.

> Nesse contexto, o direito à saúde desprende-se da necessidade elementar de dar ao direito à vida um senso mais geral que o simples fato da existência. A saúde constitui um valor basilar da vida humana, ela deve ser um elemento associado a todos os passos para o reconhecimento e promoção dos direitos fundamentais: por essa única qualidade, ela deve ser objeto de um regime de proteção tão explícito e eficaz quanto aquele atribuído aos valores humanos de primeiro patamar.[132]

No entanto, sabemos que os recursos são realmente limitados e que é impossível efetivar todos os direitos sociais previsto na Carta Maior. Porém, no caso do direito à saúde, é necessário ter uma atenção redobrada, não permitindo que o cidadão fique privado desse direito e que o Judiciário não adentre na esfera política. Portanto é preciso estabelecer certos requisitos para a efetivação desse direito por meio do Judiciário.

É corriqueiro o Ente Público argumentar essa impossibilidade

com base no princípio da reserva do financiamento possível para se esquivar da realização desse direito. Entretanto, o argumento único de que o Estado não tem recursos suficientes não pode ser aceito. É necessária a prova da inexistência de recursos. É preciso que fique claramente demonstrada a total impossibilidade da Administração de levar a efeito a disposição constitucional. Desse modo, o ônus de provar tal impossibilidade não cabe ao cidadão necessitado do serviço, mas sim ao Estado.

> [...] a cláusula da reserva do possível - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.[133]

Em vista do impacto que pode causar a efetivação desse direito pelo Poder Judiciário, principalmente quando estatui a Constituição que a saúde é direito de todos e dever do Estado e, quando estabelece que o acesso à saúde atende ao princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, a concessão de direito pelo judiciário deverá ter certos requisitos. Além da reserva do possível, é preciso que haja **relevância e urgência.**

> O desafio ocorre no sentido de verificar os limites em que ocorre a atuação do Poder Judiciário, que não pode substituir, em atividades, os outros dois poderes, mas tem que propiciar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, quando decorrente de políticas públicas insuficientes ou inexistentes.[134]

A concessão do direito à saúde via jurisdicional, para que o Judiciário atue de forma legítima e sem causar uma ingerência indevida na esfera dos demais poderes estabelecidos, deve ter como requisitos, tomando emprestado da medida provisória, a relevância e urgência.

O direito a ter acesso à saúde é garantido constitucionalmente para todos, independente de pré-requisitos, seja o indivíduo rico, seja pobre, bastando que a pessoa requisite o serviço que esteja disponibilizado pelo SUS. A Constituição não dispôs que o direito fundamental à saúde seja somente para os necessitados. O acesso é amplo e irrestrito para qualquer brasileiro.

No entanto, esse acesso amplo e irrestrito é garantido por meio de políticas públicas realizadas pelos poderes Executivo e Legislativo. Portanto, disponibilizado o serviço ou medicamento pelo sistema público de saúde, qualquer pessoa poderá utilizá-lo.

Na seara Jurisdicional, não pode qualquer pessoa exigir a efetivação desse direito. É assim porque deve ser efetivado para aqueles que realmente necessitem e que não possam prover com recursos próprios. Não é qualquer pessoa que pode ir ao Judiciário requisitar a sua efetivação.

Também não é qualquer tratamento que deverá ser disponibilizado pelo Judiciário. Não pode a pessoa ir ao juiz e pedir um tratamento/medicamento que não tenha certa relevância. Assim, não se poderá pedir, em regra, a implantação de silicones nos seios por questões meramente estéticas, por exemplo.

O requisito da relevância trata, portanto, da impossibilidade de o indivíduo prover o tratamento/medicamento por recursos próprios sem que comprometa o seu sustento e de sua família e que o bem da vida pedido em juízo deve ser aquele que esteja diretamente interligado ao direito a uma vida digna que, caso não seja concedido, comprometa a vida ou a integridade (física ou psicológica) do jurisdicionando.

O requisito da urgência diz respeito à necessidade do provimento judicial de forma imediata. Não se pode esperar a efetivação desse direito por meio de políticas públicas. Tem-se que ser efetivado de plano. Se o direito protestado em juízo não for urgente no sentido de que possa esperar a efetivação pelos órgãos políticos, não deve o Judiciário conceder a tutela. No entanto, se porventura o direito não é disponível na rede pública e não há previsão para sua implementação ou se é disponibilizado, porém de forma deficiente, deve-se realizar o direito.

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

O presente estudo é proveniente do programa de monitoria de direito constitucional da Faculdade Christus, cuja orientação ficou a cargo do professor Jânio Pereira Cunha. As atividades se desenvolveram no período de agosto de 2011 a abril de 2012.

Utilizou-se para este trabalho pesquisa exploratória, empreendendo-se estudo bibliográfico e documental. Buscou-se, como fonte de pesquisa, a análise de livros, artigos científicos e dissertações de mestrado, sempre averiguando as disposições constitucionais e as leis infraconstitucionais, para que se possa compreender a realidade dos direitos fundamentais, mormente o direito à saúde.

Realizou-se também uma exposição histórica do tema, analisando as correntes filosóficas e a evolução dos direitos fundamentais.

Diante dessas sucintas considerações, o trabalho efetivou-se pelo método dedutivo, apresentando-se uma noção mais genérica do tema e abordando posteriormente, de forma mais enfática, as considerações mais relevantes.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

No presente estudo, analisando a evolução dos direitos fundamentais, constatou-se que o direito à saúde é um direito fundamental tipicamente de segunda dimensão, precisando de uma atuação positiva por parte do Estado e necessitando de recursos financeiros para a sua plena efetivação.

Em relação à teoria da aplicabilidade, desenvolvida por José Afonso da Silva, a teoria da eficácia limitada não pode ser integralmente aceita, sob pena de esvaziar a própria aplicabilidade da Constituição. Sabendo-se que à Constituição se aplica o princípio da máxima efetividade, restringir o alcance da norma fundamental é esvair a própria eficácia da Constituição. Assim, sugere-se que a teoria da aplicabilidade limitada seja aceita somente em parte, isto é, aplica-se tal teoria enquanto não houver transpassado tempo razoável para o legislador ordinário regulamentar a matéria

fundamental, caso contrário, deve o magistrado efetivar o direito independentemente de regulamentação normativa.

Verificando a legitimidade do Poder Judiciário de efetivar o direito à saúde, percebe-se a plena possibilidade de efetivação desse direito pela via judicial, visto que são direitos exigíveis, pois são normas vinculantes. Entretanto, deve o magistrado observar os requisitos da relevância e da urgência para que não incorra em uma ingerência indevida nos ramos da política.

Assim, conclui-se que não há violação ao princípio da separação dos poderes quando há a efetivação judicial do direito fundamental à saúde frente à omissão dos entes encarregados de provê-lo, pois os direitos fundamentais estão expressamente previstos na Constituição Federal, sendo que as normas constitucionais têm caráter vinculante, podendo gerar direito subjetivo, exigíveis judicialmente inclusive.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme foi demonstrado, o direito à saúde atinge um elevado grau de fundamentalidade, sendo consectário lógico do direito à vida. Diante dessa realidade, é necessário haver observância para a sua devida efetivação, pois a Constituição, mais do que uma carta de intenções, é uma carta que traz em seu bojo normas jurídicas, que devem ser observadas por aqueles encarregados de dar a sua regular fruição.

A tarefa de realizar a regular fruição desse direito é dos órgãos políticos. No entanto, muitas vezes, tal incumbência não é realizada ou o é de forma deficiente. Assim, diante dessa realidade, permite-se que o Judiciário atue, de modo a realizar esse direito, pois tem o dever de observar e tornar respeitados os direitos fundamentais.

Entretanto, para o regular desempenho da atividade jurisdicional, respeitando sempre o princípio da separação de poderes, é necessário observar os requisitos da relevância e urgência. Desse modo, esses requisitos permitem uma regular atuação por parte do Poder Judiciário sem ele que adentre na esfera política, reservada para o Legislativo e Executivo. Assim, a omissão na efetivação do direito à saúde permite que o Judiciário atue nessa esfera, pois tal omissão transmudou de questão política para questão jurídica, permitindo a sua efetivação na via judicial.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

GUIMARÃES, Jader Ferreira; WITZEL, Wilson José. Limitações processuais à tutela judicial do direito à saúde. **Revista de Processo**. São Paulo. n. 179, ano 35, jan./2010.

LIMBERGER, Têmis. Direito à saúde e políticas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo. n. 251. mai/ago. 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Direito de proteção à saúde efetividade e limites à intervenção do poder judiciário. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. vol. 865, ano 96, nov./2007.

URBANO, Evo Magro Corrêa Urbano. Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. n. 188, ano 47, out./dez. 2010.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financiamento possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. n.61, ano 15, out./dez. 2007.

# INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA PENAL

*Daniel Brener de Almeida Maciel, autor*[22]
*Bruno Queiroz Oliveira, professor orientador*[23]

**SUMÁRIO: SUMÁRIO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Breve histórico e problematização; 2.2 Do direito à intimidade; 2.3 Da Interceptação telefônica; *2.3.1 Diferenciações entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina; 2.3.2 Do encontro fortuito; 2.3.3 Da prova emprestada; 2.3.4 Da decretação de ofício da interceptação telefônica.* **3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise do polêmico tema da Interceptação Telefônica como Meio de Prova Penal, prevista na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XII, e regulamentada pela Lei nº 9.296/1996, examinando brevemente a história do regime jurídico das interceptações telefônicas antes da Carta Magna em vigor, bem como expondo os principais pontos previstos na citada lei regulamentadora, como os requisitos, prazo e procedimento para deferimento do pedido de interceptação telefônica. Busca-se diferenciar a interceptação telefônica de outros institutos de denominação semelhante, e analisar os pontos controvertidos mais importantes na doutrina e jurisprudência, quais sejam o encontro fortuito de fatos não previstos na representação para determinada interceptação, a utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em outro processo penal, civil ou administrativo e a possibilidade de a interceptação telefônica ser decretada de ofício pelo juiz. Faz-se um estudo com base na legislação constitucional e infraconstitucional, bem como na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, acerca do tema.

**Palavras-chave:** Interceptação Telefônica. Direito à Intimidade. Encontro Fortuito. Prova Emprestada. Decretação de Ofício.

22 Aluno do Curso de Direito da Faculdade CHRISTUS.
23 Mestre em Direito, Professor do Curso de Direito de Faculdade CHRISTUS.

## 1 INTRODUÇÃO

O art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal prevê a possibilidade de, mediante ordem judicial, deferimento do pedido de interceptação telefônica nos casos de investigação criminal ou instrução processual penal, observando-se as hipóteses e a forma dispostas na Lei nº 9.662/96, a qual regulamenta o procedimento das interceptações telefônicas.

Todavia, a mera observância do que está previsto na citada lei reguladora não evitou a celeuma criada sobre as interceptações telefônicas, em virtude da existência de casos específicos envolvendo a colisão desse instituto com os direitos à intimidade e à privacidade, previstos na Constituição em seu art. 5º, inciso X, bem como com o princípio da proporcionalidade, causando divergência de posicionamento de doutrinadores e Tribunais.

Nesse diapasão, têm-se, também, outras questões polêmicas envolvendo o procedimento das interceptações telefônicas, como no tocante à possibilidade ou não de uma prova obtida por tal procedimento ser emprestada a outro processo; a utilização de uma interceptação telefônica como prova de um crime do qual se tomou conhecimento fortuitamente, tendo em vista que aquela fora autorizada para a investigação de um crime específico, mas, no decorrer do procedimento, verificou-se a existência desse delito; e o debate acerca da constitucionalidade da decretação das interceptações telefônicas de ofício pelos juízes.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Breve histórico e problematização

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a interceptação telefônica em nenhum momento chegou a ter um estatuto específico e descritivo que tratasse dos aspectos próprios relacionados ao tema, inobstante a reivindicação da doutrina pela sua regulamentação, a fim de que as provas obtidas por interceptação telefônica pudessem constituir um relevante instrumento estatal para o combate à criminalidade.[135] A título de exemplo, na Constituição de 1946, não existia em seus dispositivos nenhuma menção à comunicação telefônica, porém entendia-se que estava contida no art. 141, § 6º, que tratava da inviolabilidade do sigilo de correspondência.[136]

Frise-se que a Constituição de 1969 [Emenda nº 1 de 1967] previa em seu art. 153, § 9º, o sigilo das comunicações telefônicas de modo aparentemente absoluto, tendo em vista que não havia previsão de nenhuma exceção ou restrição a esse sigilo.[137] Todavia, simultaneamente, vigia a Lei n.º 4.117/62 [Código Brasileiro de Telecomunicações - CBT], o qual admitia a violação das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que autorizada pela autoridade judicial competente, vide art. 57, inciso II, alínea *e*.

O referido dispositivo da Lei nº 4.117/1962 (CBT) era motivo de divergência entre doutrina e jurisprudência, já que parte destas entendia que os direitos previstos na Constituição eram absolutos e, por isso, não poderiam ser relativizados por uma previsão infraconstitucional.

Entretanto, a processualista Ada Pellegrini Grinover, entre outros doutrinadores da corrente distinta e prevalecente, defendia a admissibilidade da interceptação telefônica, desde que precedida de ordem judicial, conforme o disposto na Lei nº 4.117/1962 (CBT), tendo em vista que "as exceções legais não poderiam configurar aniquilação do princípio constitucional, devendo ser balizadas pelas regras atinentes à matéria".[138]

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, previu-se, também, em seu art. 5º, inciso XII, a inviolabilidade

das comunicações telefônicas, mas o Constituinte, expressamente, na segunda parte do referido inciso, estabeleceu uma possibilidade de interceptação telefônica, ou seja, nas hipóteses e na forma que determinada lei específica prescrever para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, sendo indispensável ordem judicial para concessão desse pedido.

Vale dizer que o Supremo Tribunal Federal possuía o entendimento de que o art. 57, inciso II, alínea *e*, da Lei nº 4.117/1962 (CBT) não havia sido recepcionado pela Constituição em vigor. Desse modo, o mencionado dispositivo legal não poderia ter sido utilizado para fundamentar a determinação de interceptação telefônica.[139]

Ademais, é importante ressaltar que, embora o art. 5º, § 1º, da Carta Magna de 1988 disponha que as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata, nem todas possuem tal atributo, haja vista existirem aquelas que exigem uma regulamentação por lei para que determinada parte ou toda sua disposição seja aplicada.

Assim, o art. 5º, inciso XII, da Lei Maior era uma norma constitucional de eficácia limitada, valendo dizer que, após o julgado do HC 69.912-0/RS pelo Supremo Tribunal Federal, todas as interceptações telefônicas autorizadas e realizadas anteriormente foram consideradas ilegais.[140]

No período de 1988 até 1996, portanto, a interceptação telefônica não era possível, já que não havia lei que regulamentava o art. 5º, inciso XII, da Constituição, embora ainda houvesse juiz que decretasse a interceptação telefônica, fundamentando-se no citado dispositivo da Lei nº 4.117/1962 (CBT).[141]

Com a edição da Lei nº 9.296/1996, que regulamentou o inciso XII do art.5º da Constituição Federal de 1988, tornou-se possível a interceptação telefônica quando fosse autorizada pelo juiz, e observadas as disposições legais, como requisitos e prazo de duração.

Entretanto, não há dúvidas de que a violação de um direito fundamental, mesmo que fundamentada em lei própria, deva ser analisada com base no princípio da proporcionalidade, a fim de que se utilize a interceptação telefônica no combate à criminalidade, mas que, também, não seja suprimido o Estado Democrático de Direito.

### 2.2 Do direito à intimidade

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando, inclusive, o direito à indenização material ou moral no caso de violação desses direitos fundamentais.

Nesse sentido, Júlio Fabbrini Mirabete entende que, apesar de possuírem grande interligação, o direito à intimidade é menos amplo que o direito à privacidade, encontrando-se, portanto, no âmbito de incidência deste. Dessa forma, o conceito de intimidade refere-se às relações subjetivas e de foro íntimo das pessoas, como as relações familiares e de amizade. Em contrapartida, o conceito de vida privada engloba todos os relacionamentos das pessoas, inclusive os objetivos, como relações de trabalho e estudo.[142]

Ademais, cabe a conceituação de direito à intimidade por Ada Pellegrini Grinover, a qual ensina:

> O direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade; e suas manifestações são múltiplas: o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, à inviolabilidade do domicílio, o direito ao segredo (epistolar, documental, profissional) são apenas algumas de suas expressões, não se tratando de um rol taxativo, uma vez que a tutela da intimidade poderá ser estendida a novos atributos da personalidade. O direito ao segredo ou o direito ao respeito da vida privada objetiva impedir que a ação de terceiro procure conhecer e descobrir aspectos da vida privada alheia; por outro lado, o direito à reserva ou direito à privacidade sucede o direito ao segredo, compreendendo a defesa da pessoa da divulgação de notícias particulares, embora legitimamente conhecidas pelo divulgador.[143]

Contudo, apesar de o direito à intimidade e à privacidade integrarem a categoria dos direitos da personalidade, é cediço que não há direito fundamental absoluto, tendo em vista que, em todos, existe alguma limitação, inclusive o direito à vida, em virtude da legalidade e da admissibilidade da legítima defesa. Assim, também o direito à intimidade, apesar de sua importância indiscutível, pode ser relativizado em determinado momento oportuno, pois, em caso de colisão desses direitos eminentemente humanos, deve haver uma análise criteriosa acerca de qual deve prevalecer, sem que a opção de prevalência por um direito signifique a menor importância daquele que não fora observado.

Malgrado exista a garantia constitucional da inviolabilidade do direito à intimidade no art. 5º, inciso X, é de grande valia ressaltar que o legislador ao editar a Lei nº 9.296/1996 demonstrou a relevância e importância do referido direito fundamental, haja vista a limitação da possibilidade de o juiz deferir o pedido de interceptação telefônica, bem como a previsão de todo o procedimento a ser observado.

Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu art. 12, em razão da vedação de interferências arbitrárias na vida privada, reforça o entendimento de que a violação da intimidade só é plausível em situações graves, nas quais o direito em conflito com a intimidade possa prevalecer.[144]

Portanto, não parece ser razoável a utilização da inviolabilidade do direito à intimidade como argumento para impedir o deferimento da interceptação telefônica, visto que, como dito alhures, existem casos em que esse direito fundamental pode ser relativizado, após uma ponderação de valores e observância das disposições constitucionais e da Lei nº 9.296/1996, valendo dizer, ainda, que, como diria Norberto Bobbio, "toda a busca por um fundamento absoluto é infundada".[145]

### 2.3 Da interceptação telefônica

Conforme dito anteriormente, apesar de a interceptação telefônica ser regulamentada pela Lei nº 9.296/96, o que teoricamente significaria que as regras para a sua concessão e o procedimento a ser observado estariam bem definidos, não oportunizando divergência doutrinária ou jurisprudencial, a utilização da interceptação telefônica como meio de prova

penal é uma das matérias que mais causa polêmica no tocante à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que está prevista no art.5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988.

A lei reguladora das interceptações telefônicas, em seu artigo 2º, traz as hipóteses em que não será admitida a interceptação telefônica, portanto, faz-se necessária, para fins didáticos, uma leitura *a contrario sensu* da maneira trazida na lei. Assim, as interceptações telefônicas serão admitidas quando houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal [inciso I]; nos casos em que a prova não puder ser feita por outros modos [inciso II]; e se o fato investigado for punido com pena de reclusão [inciso IIII].

Ressalta-se que, embora nos termos do inciso II do mencionado dispositivo legal exija-se a indicação da autoria ou participação dos supostos criminosos, tem-se entendido pelo deferimento do pedido da interceptação telefônica, quando, em razão da particularidade do caso, não for possível obter esses dados previamente, como em determinado crime de sequestro em que a utilização da interceptação telefônica ocorra para, entre outros propósitos, buscar justamente a qualificação do criminoso.[146]

Além disso, no tocante ao disposto no inciso III, a doutrina é unânime no entendimento de que não basta que o crime seja punido com pena de reclusão para se admitir a utilização da interceptação telefônica. A esse respeito, há os ensinamentos de Vicente Greco Filho:

> [...] não é possível previamente estabelecer quais sejam esses crimes ou essas situações, mas entendemos que não será legítima e constitucionalmente sustentável a interceptação se, além da cominação abstrata da pena de reclusão, a situação concreta não seja especialmente grave. Atua, no caso, o princípio da proporcionalidade dos bens jurídicos envolvidos.[147]

Com efeito, como bem disse o doutrinador, não é qualquer caso punido com reclusão que é passível de autorização de interceptação telefônica. Desta feita, deve-se fazer uma ponderação de valores entre os bens jurídicos envolvidos para examinar se a relativização do direito ao sigilo das comunicações telefônicas é plausível.

Em relação a sua concessão, a interceptação telefônica deverá ser determinada pelo juiz competente da ação principal, de ofício ou a requerimento da autoridade policial, no caso de investigação criminal, ou do Ministério Público, no mesmo caso e na instrução processual penal, conforme o disposto nos arts. 1º e 3º da Lei nº 9.296/1996.

Entretanto, vale dizer que o art. 4º dessa lei prescreve que o pedido de interceptação deve ser fundamentado, exigindo-se a demonstração de sua necessidade e a designação dos meios que serão utilizados, bem como o art. 5º prevê que a decisão, também, será fundamentada e conterá a indicação da forma de execução da interceptação, a qual terá o prazo de, no máximo, 15 dias, prorrogável por igual período, quando for comprovada a indispensabilidade do procedimento para a produção de prova.

A renovação do prazo da interceptação telefônica tem causado divergência na doutrina e na jurisprudência, inclusive com decisões do Superior Tribunal de Justiça declarando ilícitas as provas obtidas por inúmeras renovações, como no HC 76.686/PR, no qual a 6ª Turma do STJ anulou quase dois anos de interceptações realizadas durante investigações da Polícia Federal contra o Grupo S. do Paraná. Todavia, apesar de esta se tratar de uma decisão inédita no Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência majoritária deste e do Supremo Tribunal Federal possui o entendimento pela permissão de sucessivas renovações, desde que haja justificação exaustiva nos pedidos de renovação. [148]

### *2.3.1 Diferenciações entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina*

Não obstante se tenha exposto nos tópicos anteriores questões envolvendo divergências sobre as interceptações telefônicas, antes de se adentrar ao estudo de outros assuntos polêmicos do presente ensaio em torno da Lei nº 9.296/1996, cabe distinguir três possíveis formas de violação do direito à intimidade por meio da comunicação telefônica, por exemplo, interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica ou clandestina.

Primeiramente, vale ressaltar que o termo **interceptar** significa: "interromper, pôr obstáculo a, impedir, cortar, deter, fazer parar, servir obstáculo a, deter na passagem".[149] Todavia, juridicamente o mencionado termo significa captar a comunicação telefônica ou tomar conhecimento.

Assim, interceptação telefônica é a captação da comunicação telefônica por um terceiro, sem o conhecimento ou aquiescência de nenhum dos interlocutores, sendo, por isso, também conhecida por interceptação telefônica em sentido estrito.

No que diz respeito à escuta telefônica, tem-se o entendimento de que seu conceito é praticamente o mesmo de interceptação telefônica, diferenciando-se pelo fato de na escuta telefônica um dos comunicadores ter a ciência do procedimento. Por exemplo, o caso de sequestro em que a família da vítima tem o conhecimento da utilização da medida em questão.

A gravação telefônica ou clandestina ocorre quando um dos comunicadores, com ou sem conhecimento do outro, grava a conversa entre ambos. Vale dizer que a jurisprudência dominante atualmente do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a gravação telefônica ou clandestina pode ser realizada sem autorização judicial e utilizada licitamente como prova, salvo se houver causa legal específica de sigilo ou reserva da conversação.

Por fim, cabe salientar que a interceptação e a escuta telefônica estão sujeitas ao regime jurídico instituído pela Lei nº 9.296/1996, pelo fato de nestas existir um terceiro no procedimento da interceptação, já na gravação telefônica, um dos próprios interlocutores é quem a realiza, tratando-se de uma autogravação e não uma interceptação.[150]

### *2.3.2 Do encontro fortuito*

Ao se decretar o procedimento de interceptação telefônica, observando os dispositivos previstos na Lei nº 9.296/1996, observou-se que a decisão judicial deve conter a descrição com clareza da situação objeto da investigação e a indicação e qualificação dos investigados. Todavia, ainda que se

observe essa disposição, existem outras questões com posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais discordantes, como se verá a seguir.

Assim, frise-se que existe a possibilidade de, no decorrer da captação da comunicação telefônica, surgirem outros fatos ou envolvidos na infração penal investigada, bem como crimes punidos com pena de detenção ou contravenções penais. Esse fenômeno é conhecido pela doutrina como encontro fortuito, sobre o qual se discute em quais das quatro hipóteses de sua ocorrência pode-se utilizar a prova colhida por interceptação telefônica.

Incumbe dizer que as mencionadas hipóteses de ocorrência do encontro fortuito são as seguintes: a) autoriza-se a interceptação para apuração de determinado crime, praticado por certa pessoa e são descobertos outros crimes praticados por esta; b) autoriza-se a interceptação para apuração de determinado crime, praticado por certa pessoa, sendo descoberto o crime investigado, mas, com o envolvimento de outras pessoas na prática desse mesmo crime; c) autoriza-se a interceptação telefônica para apuração de determinados crimes, praticados por certa pessoa, sendo descobertos os crimes investigados, mas com o envolvimento de outras pessoas no cometimento do mesmo delito; d) autoriza-se a interceptação para apuração de determinado crime, praticado por certa pessoa, mas é descoberto outro crime praticado por pessoa diversa da investigada, ou outros delitos cometidos por pessoas diversas. [151]

Em relação à validade dessas provas obtidas pelo encontro fortuito, parte da doutrina, como Vicente Greco Filho, entende que, quando houver conexão, continência ou concurso de crimes é válida a prova colhida fortuitamente. Já Luiz Flávio Gomes, assim como outra parcela da doutrina, entende que, apenas nas hipóteses de conexão e continência, é possível o aproveitamento da prova obtida pelo encontro fortuito. Existem, ainda, doutrinadores que, a exemplo de Antônio Scarance Fernandes, defendem a validade da prova, mesmo que não haja conexão ou continência do crime novo com o investigado, e outros que, como Damásio Evangelista de Jesus, entendem que o encontro fortuito não é válido como prova em hipótese alguma.[152]

De fato, verifica-se que o entendimento doutrinário acolhido por Luiz Flávio Gomes é o mais adequado, visto que a conexão ou continência entre os crimes e pessoas investigados e aqueles descobertos fortuitamente nas hipóteses mencionadas convalida as provas colhidas, o que, para outros doutrinadores, não se admite. Todavia, a extensão da utilização das provas colhidas fortuitamente em qualquer caso de concurso de crimes não é acertada, tendo em vista que, em alguns casos no concurso material, por exemplo, não haverá o aproveitamento da interceptação telefônica por conexão.[153]

Nesse sentido, a jurisprudência majoritária possui o entendimento defendido anteriormente, conforme a ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça abaixo:

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ABUSO DE AUTORIDADE. CORRUPÇÃO PASSIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS. LEGITIMIDADE. ESCUTA TELEFÔNICA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LICITUDE.
>
> 1. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.
>
> 2. A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/93. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial - titular exclusivo da ação penal pública -, proceder a coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria.
>
> 3. Se o procedimento de interceptação da comunicação telefônica está, nos exatos termos da Lei n.º 9.296/96, em apenso ao processo criminal e a disposição das partes que poderão, sob o crivo do contraditório, levantar todas as questões relativas à validade dessa prova, não existe qualquer cerceamento de defesa.
>
> 4. É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação. Precedentes.
>
> 5. Writ denegado.[154]

No tocante ao encontro fortuito de crime punido com pena de detenção ou contravenção penal, incumbe dizer que, embora ainda seja outro ponto de divergência doutrinária e jurisprudencial, a admissibilidade das provas colhidas tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.[155]

### *2.3.3 Da prova emprestada*

Como visto anteriormente, o art. 5º, inciso XII, da Carta Magna e a Lei nº 9.296/1996 delimitaram expressamente o âmbito de utilização das interceptações telefônicas às investigações criminais ou instruções processuais penais, ou seja, apenas para fins delitivos.

Todavia, em alguns casos, há a utilização de provas colhidas durante uma interceptação telefônica em outro processo de natureza diversa, o que é denominado de instituto da prova emprestada.

Ressalta-se que é pacífico o uso de prova emprestada em outro processo criminal, desde que o investigado ou réu seja o mesmo do processo no qual se admitiu a interceptação telefônica, pois assim estariam garantidos o contraditório e a ampla defesa.

A problemática maior surge no tocante ao uso da prova emprestada em outros processos vinculados a outros ramos do direito, visto que, por exemplo, segundo Vicente Greco Filho, a admissão da interceptação é fundada na proporcionalidade, não podendo ser desviada na praxe forense, mas, já para Guilherme de Souza Nucci, é natural que possa haver o empréstimo da prova penal para fins civis ou administrativos.[156]

Incumbe dizer que a jurisprudência majoritária vem entendendo pela admissibilidade da utilização de prova obtida

por interceptação telefônica em processos administrativos disciplinares e políticos, como no caso de procedimento de quebra de decoro parlamentar. Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas.[157]

Com efeito, não obstante se tenha uma limitação constitucional do âmbito de utilização da prova obtida por interceptação telefônica, existem casos em que o legislador pode não ter sido feliz, ou que determinado dispositivo da Carta Magna não tenha acompanhado as mudanças frequentes ocorridas nos últimos anos. Destaca-se que o posicionamento acima do Supremo Tribunal Federal foi acertado, visto que, se já houve a violação de maneira lícita da intimidade dos acusados, é razoável a utilização da prova colhida por interceptação telefônica em outro processo administrativo, em que haja as mesmas partes envolvidas no crime anteriormente investigado.

### *2.3.4 Da decretação de ofício da interceptação telefônica*

O art. 3º da Lei 9.296/1996 prescreve que a interceptação telefônica pode ser determinada de ofício pelo juiz na fase de investigação criminal ou instrução processual penal. A esse respeito, parte da doutrina, como Luiz Francisco Torquato Avólio, posiciona-se a favor da constitucionalidade de todo o mencionado dispositivo legal, visto que, com a sua utilização, não se vislumbraria a figura do juiz inquisidor, nem a sua parcialidade.[158]

Todavia, há entendimento, como o de Vicente Greco Filho, no sentido de que a mencionada determinação de interceptação das comunicações telefônicas somente seria possível na fase instrutória, pois, caso contrário, estaria sendo violado o princípio da imparcialidade judicial, criando-se o Juízo inquisitorial.[159]

Ademais, entende Paulo Rangel, também, que a interceptação de ofício na fase da instrução processual pode ser deferida pelo juiz em nome do princípio da verdade real e de acordo com o sistema do livre convencimento, mas que, no tocante à decretação na fase de inquérito policial, deve ser requerida pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, em observância ao modelo de sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.[160]

Ressalta-se que poucos são os resquícios do sistema inquisitório no ordenamento brasileiro, mesmo após a reforma processual penal em 2008, a qual culminou na previsão do art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal, por muitos entendido como inconstitucional também. Assim, a maior parte da doutrina defende que a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório, o qual embora não seja por completo, aproximou-se muito do ideal, sobretudo com base nos arts. 129, inciso I, e 144 e parágrafos.[161]

Nesse sentido, incumbe dizer que, embora ainda não tenha sido julgada, a declaração de inconstitucionalidade parcial do disposto no art. 3º da Lei nº 9.296/1996 foi o objeto da ADIn 3.450, proposta pelo Procurador-Geral da República, visando à exclusão da interpretação que permite a determinação da interceptação de ofício pelo juiz na fase preliminar.[162]

Portanto, defende-se a inconstitucionalidade da decretação da interceptação telefônica de ofício pelo juiz na fase preliminar, em virtude da evidente violação ao modelo de processo acusatório predominante no ordenamento pátrio, bem como ao princípio da imparcialidade judicial, como ocorre no art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal. Todavia, é importante ressaltar que o inciso II desse dispositivo é totalmente constitucional, devendo ser, inclusive, observado na fase processual dessa determinação de ofício, pois só permite ao juiz uma atividade probatória supletiva, ou seja, quando for necessária para o aclaramento de algum ponto controvertido relevante.

## 3 METODOLOGIA

A metodologia utilizada na pesquisa foi a seguinte: no tocante aos métodos de abordagem, o utilizado foi o dialético, devido à apresentação de correntes que são a favor da determinação da interceptação telefônica, e de outras contrárias a esse entendimento, expondo os principais argumentos dos posicionamentos divergentes; e, em relação aos métodos de procedimento, foram utilizados os métodos históricos, em razão dos comentários feitos ao surgimento da problemática central do tema, e comparativo, devido à comparação realizada entre referidas correntes, buscando elucidar as divergências entre elas.

No que diz respeito às técnicas de análise, foram utilizadas a bibliográfica, em virtude da abordagem doutrinária acerca do tema, e a documental, em razão do respaldo que o estudo teve na jurisprudência.

Por fim, cabe dizer que a natureza da pesquisa realizada é de cunho teórico, devido à análise de teorias, e o tipo da pesquisa é a explicativa, uma vez que houve o registro, a análise e a interpretação da temática abordada, bem como a explicação das causas das divergências abordadas ao longo do presente artigo.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Após a realização do presente estudo, pode-se constatar que, apesar da previsão constitucional e infraconstitucional do procedimento das interceptações telefônicas, tratando, entre outros aspectos, dos requisitos para sua concessão, o prazo de duração e a sua renovação, existe divergência doutrinária e jurisprudencial em relação à possibilidade de utilização desse

procedimento e das provas obtidas por esse meio.

A mencionada discordância diz respeito, em parte, à inviolabilidade do direito à intimidade e à privacidade, pois parte da doutrina entende que estes são direitos absolutos, enquanto que outra parcela comunga do entendimento pela admissibilidade das interceptações telefônicas.

Ademais, observaram-se outras questões polêmicas envolvendo o tema em questão, como o encontro fortuito de provas durante a interceptação telefônica; a possibilidade de uma prova encontrada no decorrer da investigação ser emprestada a outro processo; e a determinação da interceptação de ofício pelo juiz na fase preliminar e processual.

Nesses casos examinados, buscou-se exemplificar os posicionamentos discordantes, informando os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais majoritários e minoritários, a fim de que fosse possível refletir e se posicionar sobre as particularidades que envolvem as interceptações telefônicas.

## 5 CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto neste artigo, demonstrou-se que o argumento da inviolabilidade da intimidade e da vida privada em qualquer hipótese não foi acertado, visto que inexiste um direito absoluto e, em determinados casos, pode ser relativizado para a prevalência de outro, bem como é correta a utilização das provas encontradas fortuitamente durante a interceptação telefônica em outro processo, pois a conexão ou continência entre os crimes e as pessoas investigados e aqueles descobertos convalida as provas colhidas.

Ademais, constatou-se que o atual entendimento da jurisprudência majoritária, no sentido de que é admissível o empréstimo de uma prova obtida por interceptação a outro processo, inclusive administrativo ou político, é o mais adequado, visto que, se já houve a violação de maneira lícita da intimidade dos acusados, é razoável a utilização da prova obtida em outro processo penal ou dessas mencionadas naturezas.

Outro caso polêmico estudado no presente ensaio diz respeito à possibilidade de o juiz determinar de ofício as interceptações telefônicas. Nessa hipótese, defende-se a inconstitucionalidade de parte do art. 3º da Lei 9.296/1996, tendo em vista que a determinação de ofício desse procedimento na fase preliminar configura evidente violação ao sistema acusatório e ao princípio da imparcialidade judicial.

## REFERÊNCIAS


AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas:** Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica:** Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1.

GOMES, Camila Paula de Barros; BARROS, Marco Antônio de. **Interpretação Telefônica Emprestada ao Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 900, n. 99, p. 385-406, out. 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____, **Interceptação Telefônica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini**. Liberdades Públicas e Processo Penal:** As Interceptações Telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. As Nulidades do Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. 1953, v. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais Processuais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RANGEL, Paulo. Breves Considerações sobre a Lei 9.296/96. **Jus Navigandi**, Teresina, 01 maio. 2010. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=195>. Acesso em: 13 out. 2012

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério. **Leis Penais Especiais Anotadas**. 11. ed. Campinas: Millenium, 2010.

# A APLICAÇÃO DO DIREITO DAS ÁGUAS NO ESTADO DO CEARÁ: SOB O PRISMA DA GESTÃO DAS ÁGUAS DOCES.

*Déborah de Andrade Aragão, autor*[24]
*Germana Parente Neiva Belchior, professor orientador*[25**]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2. ASPECTOS EM TORNO DA CRISE AMBIENTAL E DA SOCIEDADE DE RISCO.** 2.1. O Meio Ambiente como Direito Fundamental. **3 ÁGUA E DIGNIDADE HUMANA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA.** 3.1. Histórico dos Recursos Hídricos no Brasil. **4 METODOLOGIA. 5 ANÁLISE DOS RESULTADOS.** 5.1 A Política Cearense das Águas; 5.2. A Problemática do Acesso à Água nas Comunidades Cearenses. **6 CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

Atualmente, torna-se incontestável a importância que o Direito Ambiental tem assumido nas relações e nas decisões da sociedade, considerando que a deferência às suas normas, invariavelmente, acarreta a melhoria na qualidade de vida das pessoas, além de possibilitar que as atividades econômicas sejam balizadas no Princípio do Desenvolvimento Sustentável. A água, como bem essencial à sadia qualidade de vida é fundamental à garantia da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a problemática do acesso à água assumiu, atualmente, um caráter aglutinador de conflitos jurídicos, sociais, econômicos, ambientais, políticos e éticos. Logo, a escassez hídrica e a deficiência no acesso são procedentes, fundamentalmente, da adoção de modelos de gestão não integrada, do crescimento populacional, do crescimento exagerado das demandas, da degradação da qualidade da água e do modelo excludente de desenvolvimento econômico. Nas comunidades rurais do Ceará, os açudes, nascentes e cursos d'água funcionam como importantes marcos sinalizadores para a organização produtiva e, principalmente, cultural. Servem como referência na sociabilidade e identidade, na delimitação do território e localização da população. Assim, a gestão dos recursos hídricos deve considerar as peculiaridades e os aspectos específicos locais, já que os sistemas econômicos e sociais diferem de uma região para outra. Portanto, a necessidade da implementação de políticas localizadas que estimulem mais fortemente a instituição desses mecanismos é fundamental e indispensável para dinamicidade própria à gestão do meio ambiente.

**Palavras-chav**e: Acesso à água, Direito Fundamental, Meio Ambiente.

---

24 Graduanda em Direito pela Faculdade Christus. Mestra em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Ceará- UFC. E-mail: deborahaad@hotmail.com

25 ** Doutoranda em Direito, vinculada pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Christus. E-mail: germana_belchior@yahoo.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

Desde a sua primeira Constituição, o Brasil já se preocupava com a defesa dos Direitos Fundamentais. A Carta de 1924 previa, em seu artigo 179, um rol de 35 (trinta e cinco) direitos destinados aos cidadãos brasileiros. Entretanto, a verdadeira garantia dos Direitos fundamentais foi instituída com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na qual estão previstos, além do vasto rol de direitos e garantias individuais contidos em seu artigo 5º, uma enorme gama de Direitos Fundamentais espalhados pelo texto constitucional[163].

No ordenamento jurídico constitucional brasileiro, o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito à sadia qualidade de vida assumem, indubitavelmente, o papel de Direitos Fundamentais, visto que consistem em requisitos inafastáveis do direito à vida, com dignidade[164]. A constatação de que tais direitos integram o sistema de direitos humanos, com todas as implicações na ordem jurídica nacional e internacionais é inevitável e inarredável, principalmente se tomando por base, para ilustrar, a temática do acesso à água de qualidade como forma de proteção da própria vida.

Em 1988, a Constituição Federal em seus artigos 170 e 225 abraçou o conceito de desenvolvimento sustentável dado pela Lei 6.938/81. O primeiro artigo está inserido no Capítulo que trata da Ordem Econômica e Financeira e o segundo no Capítulo Do Meio Ambiente[165], ambos referem-se ao desenvolvimento econômico e social desde que observada a preservação e defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A Constituição Federal outorga garantias a determinados institutos, integrantes do complexo coordenado de normas, clássicos direitos dependem da intervenção direta do legislador. Assim, o acesso à água de qualidade, tido como bem fundamental, depende parcialmente de normas disciplinadoras de seu uso e do direito de acesso.

Cita-se a importante característica da irrevogabilidade desse direito humano fundamental ao meio ambiente sadio, por constituir-se cláusula pétrea e núcleo imutável da Constituição Federal de 1988 (art. 60, § 4º, IV), imprimindo segurança às relações sociais, em razão da prevalência dos valores éticos universais. A irrevogabilidade do direito ao meio ambiente sadio implica que tal direito fundamental não pode ser alterado, suprimido ou enfraquecido, sob pena de esvaziar o conteúdo essencial da ética coletiva que inspira e justifica esse direito.

Desse modo, a Carta Magna brasileira, ao tratar do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental do qual todos são destinatários, estabelecendo ser de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, realizou uma inovação revolucionária, criando um terceiro gênero de bem que, em face de sua natureza jurídica, não se confunde com os bens públicos muito menos com os bens privados.

## 2 ASPECTOS EM TORNO DA CRISE AMBIENTAL E DA SOCIEDADE DE RISCO

Nas últimas décadas, as questões ambientais estão no centro de exaustivas discussões pelos mais diversos grupos sociais, motivadas pelas consequências, já percebidas, do uso indiscriminado dos recursos naturais, pela ausência de controle e monitoramento dos meios de produção e pela falta de ações efetivas por parte da maioria dos poderes públicos e da sociedade em relação ao meio ambiente.

Segundo Beck[166], esse conjunto de riscos globalizados e difundidos entre toda a humanidade geraria "uma nova forma de capitalismo, uma nova forma de economia, uma nova forma de ordem global, uma nova forma de sociedade e uma nova forma de vida pessoal." Tal sociedade se vê submergida em uma iminente crise ambiental que é consequência de ações danosas que o homem vem causando ao longo de sua existência. Para Sirvinskas[167], a crise ambiental surge entre a Idade Média e Moderna, especialmente no período da Revolução Industrial, pois começaram as agressões à natureza.

A crise ambiental se constrói a partir das questões que envolvem essencialmente o meio ambiente, mas também dos riscos gerados pela insegurança política, jurídica e social que somados indicam a gravidade de problema. Logo, sua superação reside, necessariamente, na busca de uma definição mais ampla do que seja o homem e do seu espaço na natureza, considerando sua relação com o meio ambiente, em uma obrigatória ponderação de interesses econômicos e ecológicos[168].

É o desenvolvimento ecologicamente equilibrado, é uma forma de conciliar o desenvolvimento da sociedade e, ao mesmo tempo, preservar o meio ambiente. Quando se fala em crise ambiental, não se remetem apenas aos aspectos físicos, biológicos e químicos das alterações do meio ambiente que vem ocorrendo no planeta. A crise ambiental é bem mais que isso, pois trata-se de uma crise da civilização contemporânea; é uma crise de valores, que é cultural e espiritual[169].

Com a constatação da irremediável presença dos problemas ambientais no contexto social da atualidade, a constitucionalização da proteção do meio ambiente tornou-se uma irresistível tendência internacional, contemporânea do surgimento e do processo de consolidação do direito ambiental[170] que passou a ser tratado como um direito fundamental de suma importância para a garantia da continuidade da vida no planeta, em primeiro plano a vida humana.

### 2.1. O Meio Ambiente como Direito Fundamental

O conceito de Direitos Fundamentais é algo recente na história jurídica, tendo suas primeiras e sutis aparições nas revoluções civis que encerraram o Século XVIII, a exemplo dos Estados Unidos da América, em 1776 e França, em 1789, que agregaram aos seus ideais políticos os pensamentos filosóficos e políticos dos iluministas.

Em consonância com a maioria dos doutrinadores, podemos tratar os Direitos Fundamentais[171] como prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade. No entanto, a definição do que sejam os Direitos Fundamentais se mostra extremamente complexa quando estes são colocados sob uma perspectiva histórica e social, visto que se tenta buscar um fundamento absoluto sobre o qual se pode respaldá-los, de modo a garantir seu correto cumprimento ou até mesmo como meio de coação para observância de maneira universal.

Segundo Gilmar Mendes[172], não é possível desconsiderar que os Direitos Fundamentais atuam sob duas frentes, alavancados sob perspectivas distintas, porém complementares, por se tratarem, a um só tempo, de direitos de caráter subjetivo que outorgam aos titulares a possibilidade de impor ao Estado suas vontades e seus interesses, como também possuem caráter objetivo, atuando como elemento fundamental da ordem constitucional, constituindo-se na base do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito.

Assim, o conceito meramente formal não basta, pois, desde que se revelem essenciais para a dignidade da pessoa humana, sua liberdade e igualdade, os direitos fundamentais podem localizar-se fora do texto escrito. Não obstante, é necessário destacar que os direitos fundamentais inseridos em um dado ordenamento jurídico não se restringem aos elencados na sua Carta Magna, englobando também aqueles que estão enraizados na consciência do povo.

Bobbio[173], ao dissertar sobre os direitos de terceira geração, afirma que "ao lado dos direitos, que foram chamados de direitos da segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos da terceira geração [...]." Pelo que se pode considerar como o mais importante deles sendo o direito de viver em um ambiente não poluído.

O direito ao meio ambiente, sendo este sem possibilidade de concessões, ecologicamente equilibrado é direito da pessoa humana, cuja proteção do meio ambiental é dever do Estado e da coletividade, redundando em verdadeira solidariedade em torno de um bem comum.

## 3 ÁGUA E DIGNIDADE HUMANA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA

A água, como bem essencial à sadia qualidade de vida, é fundamental à garantia da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos do Estado democrático de Direito (CR/88, art. 1°, III) e que estão relacionados com os direitos fundamentais referidos no art. 6° da Constituição[174].

A qualidade da água funciona como um diagnóstico do estado de conservação do ambiente, visto que, mediante a sua análise, é possível determinar o grau de erosão do solo, os lançamentos orgânicos, a poluição por esgotos e, até mesmo, a poluição atmosférica, bem como na saúde e na qualidade de vida das populações, visto que esses fatores influenciam diretamente nos consumidores desses recursos[175].

A escassez de água condiciona entraves ao desenvolvimento econômico e, por consequência, limita o desenvolvimento social de locais nos quais ela se apresenta. Dentro desse contexto, criam-se conflitos políticos, culturais e econômicos envolvendo os recursos hídricos em torno de água que acabam por preconizar uma reflexão sobre a primazia dos usos e suas lógicas, observando sua interposição com o desenvolvimento, a degradação e a promoção da qualidade de vida.

É inegável que o acesso à água potável está intimamente

relacionado ao direito fundamental do homem, pois é um elemento essencial para sua sobrevivência, uma vez que não ter acesso a ela colocaria em risco à integridade física, a saúde e consequentemente, a vida humana.

De acordo com Graf[176], a água, ao ser considerada um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, assume uma inegável natureza jurídica de bem difuso ambiental. Sendo seu consumo, gerenciamento e monitoramento condicionados à manutenção do equilíbrio ecológico do ambiente, embora sem implicar que todo e qualquer uso cause desequilíbrios juridicamente relevante, mas devendo configurar-se em ações limitadas e controladas, fundamentadas na sustentabilidade ambiental.

O aumento do consumo da água é motivado pelo crescimento da população e da produção de bens e produtos em geral [177], ficando evidente que sua escassez está diretamente ligada ao entrave no desenvolvimento de algumas regiões, portanto torna-se clara a necessidade de compreender a água como um recurso, um bem econômico[178].

Logo, é inegável que o acesso aos recursos hídricos, cuja qualidade e disponibilidade atendem aos parâmetros mínimos exigidos, é fundamental para a garantia de uma vida digna, premissa maior da Constituição brasileira.

### 3.1. Histórico dos Recursos Hídricos no Brasil

A Constituição de 1988[179] alterou profundamente o domínio das águas no Brasil, que passou a ser público, dos Estados ou da União, somente. No art. 26, constam dentre os bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito, ressalvadas, nesse caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União (inc. I).

No domínio da União, estão os lagos, rios e quaisquer correntes de águas em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais e os potenciais de energia hidráulica (art. 20, III e VIII). Nos termos do § 1° desse artigo, é assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da Administração direta da União, participação no resultado da exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica.

Previu, ainda em seu art. 30, inc. V, que compete aos Municípios a prestação dos serviços públicos de interesse local. Em princípio, a ideia de prestação dos serviços públicos relativos à água, sobretudo na ponta da distribuição da água, deveria ser uma competência dos Municípios.

Isso indica que não há, portanto, águas particulares no País, mesmo as que se encontram nos limites de uma propriedade privada, tendo seus usos subordinados aos interesses públicos, associado à competência privativa da União de legislar sobre águas, o que se observa é que não existe, por parte dos governos, a contundência em ações articuladoras visando ao desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais, por meio da priorização do aproveitamento econômico e social dos rios e das massas represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

## 4 METODOLOGIA

Inicialmente, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, por meio da leitura aprofundada dos livros citados nas referências, com a finalidade de se obter um maior conhecimento da matéria a ser abordada, por meio da evolução histórica da proteção jurídica do acesso à água, bem como o estudo do Estado de Direito Ambiental na doutrina e de seus princípios fundantes e estruturantes.

Depois, executou-se a fase descritiva do presente estudo, que consistiu na compilação dos conhecimentos adquiridos, descrevendo-se aspectos em torno do conceito jurídico de recursos hídricos com enfoque nas águas doces, bem como a natureza jurídica do direito-dever fundamental ao acesso à água à luz da Constituição Federal de 1988. Logo em seguida, iniciou-se a fase explicativa, na qual se buscou discutir a possibilidade de implementação do Estado de Direito Ambiental, assim como os desafios de efetivação dos direitos de acesso à água frente aos avanços tecnológicos da agroindústria.

Quanto ao método de procedimento da pesquisa, utilizou-se o histórico para verificar como se deu a crise ambiental de acesso aos recursos hídricos existentes, o surgimento dos conflitos sociais pela água, enfatizando-se a ascensão do meio ambiente e do acesso à água ao status de direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio.

## 5 ANÁLISE DOS RESULTADOS

### 5.1 A Política Cearense das Águas

O Estado do Ceará foi o pioneiro na instalação da política de açudagem[180], iniciada a partir de 1877, quando a região foi assolada por uma grande seca que trouxe graves consequências políticas, sociais e ambientais que alteraram de maneira profunda a dinâmica das relações sociopolíticas locais.

As primeiras tentativas de mitigar os efeitos da seca eram permeadas por decisões políticas e contaminadas pelo jogo de interesses dos poderes locais que acabaram por utilizar-se do fenômeno climático da estiagem como ferramenta de barganha e fortalecimento dos "currais políticos" [181]. O Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS) passou a ser utilizado como um instrumento de legitimação de poder dos dominantes locais e do Governo Federal, alimentando a estrutura coronelista-clientelista que detinha o controle sobre a política e a economia da região [182].

As comunidades nordestinas acabaram por adaptarem-se de maneira mediamente satisfatória à sazonalidade climática, habituando-se a conviver com a ausência de precipitações durante um período anual de até oito meses utilizando a água armazenada em cisternas, cacimbas, barreiros, poços, açudes e barragens [183].

Porém, deve-se considerar que nem sempre houve benefícios econômicos esperados com a implementação dos reservatórios artificiais. Apenas 20% dos açudes são usados na distribuição de água, de forma que contribuem de maneira pouco significativa para o combate à seca, devido à baixa capacidade técnica e deficiência no uso social da água, especialmente no que diz respeito à produção de alimentos,

pela pesca e a aquicultura [184].

Em 2001, o DNOCS passou a ser subordinado ao Ministério da Integração Nacional, sendo ferramenta efetiva na contribuição da implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos. A partir da sanção da Lei nº 10.204, de 22 de fevereiro de 2001, sua área de atuação foi ampliada para abranger Estados do Piauí, do Ceará, do Rio Grande do Norte, da Paraíba, de Pernambuco, de Alagoas, de Sergipe, da Bahia, a zona do Estado de Minas Gerais situada no denominado "Polígono das Secas" e as áreas das bacias hidrográficas dos Rios Parnaíba e Jequitinhonha, nos Estados do Maranhão e de Minas Gerais, respectivamente, de acordo com seu artigo 2º, § 3º[185].

O Governo Federal passou a buscar alternativas para o desenvolvimento local, dentre as quais a irrigação surgiu como um utensílio de grande importância para o enfrentamento da problemática da estiagem e suas consequências na economia local e no desnivelamento social das comunidades nordestinas[186].

O Estado do Ceará, igualmente quando implementou a política de açudagem, instalando em seu território o primeiro reservatório artificial de grande porte do Nordeste brasileiro, o Cedro (1890-1906), seguiu sua tendência histórica de pioneirismo, antecipando-se à Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos[187]. Foi o segundo estado brasileiro a estabelecer, ainda em 1992, seu sistema de gerenciamento e sua política de gestão de recursos hídricos, por meio da Lei Estadual 11.996 de 24 de julho.

No entanto, essas políticas raras as vezes que são implementadas contemplam uma parcela insignificante da população rural que são alocadas em terras com poucos recursos produtivos e recebendo subsídios ineficientes e precários, sem auxílio **técnico ou estrutural.** Nesse sentido, o planejamento do Estado deveria conceber os programas de reforma agrária e de irrigação como elementos integradores de uma ampla política de desenvolvimento territorial[188].

As demandas do ponto de vista social, as condições de atuação das instituições para realizar a operação e manutenção dos projetos foram completamente esquecidas, pois se acreditava que as soluções técnicas para a promoção do desenvolvimento econômico e social funcionariam eficazmente, independentemente dos incentivos e das oportunidades estratégicas oferecidas aos vários interesses e atores envolvidos[189].

### 5.2. A Problemática do Acesso à Água nas Comunidades Cearenses

Nas comunidades rurais do Ceará, os açudes, nascentes e cursos d'água funcionam como importantes marcos sinalizadores para a organização produtiva e, principalmente, cultural. Esses recursos hídricos servem como referência na sociabilidade e na identidade, na delimitação do território e na localização da população[190].

A estreita ligação de dependência das atividades produtivas para o homem sertanejo que tem na terra sua principal e, por vezes, única, fonte de renda coloca a água como fundamento primordial na construção dos espaços nordestinos e principalmente, na maneira como o homem se relaciona com o local [191]. Sua conduta de povoamento, produção e permanência na terra ainda hoje está atrelada irremediavelmente às condições ambientais, cujo principal aspecto é a disponibilidade do recurso hídrico[192].

Essas questões de proporções inicialmente locais acabaram por afetar de maneira subsequente áreas mais extensas, envolvendo, por vezes, as bacias ou sub-bacias nas quais os reservatórios se inseriram. Esses açudes sofrem também alterações por processos químicos: como reações, dissolução e precipitação, além de processos biológicos, como crescimento, morte e decomposição de animais e vegetais[193]. Em alguns casos, a redução da concentração de oxigênio dissolvido, bem como a ressuspensão da camada anaeróbia do fundo afeta diretamente os organismos aquáticos, podendo, até mesmo, causar a mortandade de peixes[194].

O processo de gestão dos recursos hídricos é algo extremamente dinâmico e tem uma adoção relativamente recente nos planejamentos governamentais, com isso a adoção da Bacia Hidrográfica como unidade ideal de planejamento exige que sejam desenvolvidos modelos de gerenciamento adequados[195]. No Brasil, a busca de implementação dessas ações se iniciou por volta da década de 70, com a adoção do modelo de gerenciamento francês, conhecido como **Modelo de Negociação,** que se baseia no princípio de que a água é um bem finito, limitado e, portanto, vulnerável [196].

De acordo com Nilson Campos[197], a atenuação da seca hidrológica depende da eficiência da gestão das águas. Essa gestão deve assentar em duas funções da Engenharia: transporte de água no tempo - dos "invernos" para as secas, e o transporte de água no espaço, dos açudes para as cidades e os campos de irrigação. Essas ações, entretanto, devem ser acompanhadas e analisadas por meio do monitoramento da qualidade da água, pois, dessa maneira, é permitido acompanhar a possível deterioração dos recursos hídricos ao longo de uma bacia ou ao longo do tempo, o que facilita a ação dos usuários e dos tomadores de decisões destes recursos[198].

Portanto, para se realizar uma gestão eficaz, inicialmente, é necessário realizar um diagnóstico da área que se deseja gerenciar, verificando a melhor forma de utilização dos seus recursos do ponto de vista ambiental e econômico[199].

## 6 CONCLUSÕES

O aumento do consumo da água é motivado pelo crescimento da população e da produção de bens e produtos em geral, ficando evidente que sua escassez está diretamente ligada ao entrave no desenvolvimento de algumas regiões, portanto torna-se clara a necessidade de compreender a água como um recurso, um bem econômico.

Não obstante, a mera existência de uma legislação adequada para a realidade social experimentada pela maioria das comunidades cujo acesso à água de qualidade lhes é negado, seja por fatores ambientais, seja de infraestrutura, não garante de maneira contundente que haja eficácia no que se preconiza. Invariavelmente o que se observa é que as leis voltadas para a garantia do acesso aos recursos hídricos não alcança a quem mais deveria resguardar.

A integração da gestão dos recursos hídricos, a cada dia,

firma-se como um fator imprescindível para a garantia do uso adequado e racional da água. Portanto, torna-se necessário que se definam modelos que captem a necessidade da descentralização das decisões para que sejam adequadamente englobados todos os aspectos diversificados contidos na bacia, incluindo as suas peculiaridades físicas, sociais, econômicas, culturais e políticas.

Portanto, a gestão dos recursos hídricos deve considerar as peculiaridades e os aspectos específicos locais, já que os sistemas econômicos e sociais diferem de uma região para outra. Cada região necessita avaliar as implicações concretas de suas políticas, enfocando, no entanto, objetivos comuns como a qualidade de vida e ambiental. Portanto, a necessidade da implementação de políticas localizadas, que estimulem mais fortemente a instituição desses mecanismos, é fundamental e indispensável para dinamicidade própria à gestão do meio ambiente.

## REFERÊNCIAS


ADAME, Alcione. **Direito de Acesso à Água e Outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos.** 2008. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Ambiental) - Universidade Católica de Santos- UNISANTOS, Santos, 2008.

ANA; SRH; MMA. **Documento Base de Discussão do Plano Nacional de Recursos Hídricos**. 2002.

ANDRADE, Manoel Correia. **A terra e o homem no Nordeste**, 6. ed. Recife: UFPE, 1998.

BECK, Ulrich. **Risk Society: Toward A New Modernity**. London: Sage, 1992.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental Na Sociedade De Risco.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BECK, Ulrick, **World risk society**. Cambridge: Polity Press, 1999

BITENCOURT, Neres Lourdes; SORIANO-SIERRA, Eduardo Juan; CASTRO, João Ernesto Escosteguy. **Gestão Ambiental:** Uma Estratégia para a Preservação dos Recursos Hídricos. 2001. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2001_TR101_0639.pdf>

BOBBIO, Norberto. **A Era Dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

BOLLMANN, Harry Alberto; CARNEIRO, Charles; PEGORINI, Eduardo. Qualidade da água e dinâmica de nutrientes. In: ANDREOLI, C. V.; CARNEIRO, C. **Gestão integrada de mananciais de abastecimento eutrofizados.** Curitiba: Sanepar, 2005.

BURSZTYN, Marcel. **O poder dos donos.** Petrópolis: Vozes, 1987.

CAMPOS, José Nilson B.; STUART, Ticiana. M. C. **Secas no Nordeste Brasil:** Origens, Causas e Soluções. IN: IV Dialógo Interamericano de Gerenciamento de Águas. **ABRH**, Foz do Iguaçu, 2001.

COELHO NETO, Agripino Souza. Trajetórias e Direcionamentos da Política de Irrigação no Brasil: As Especificidades da Região Nordeste e do Vale do São Francisco. XIX Encontro Nacional de Geografia, 2009, São Paulo. **Anais...** São Paulo, 2009.

COELHO NETO, Agripino Souza. Políticas Territoriais e Impactos Socioespaciais e Econômicos: A Irrigação Pública Na Região Do Médio São Francisco Baiano. In: II Encontro De Economia Baiana, 2006. **Anais eletrônicos...** Disponível em: < http://www.mesteco.ufba.br/scripts/arquivos/at_ecobai_02.pdf> Acesso em 26 de novembro de 2009.

FEIO, Mariano. Perspectivas da Açudagem no Nordeste Seco. Rio de Janeiro, **Revista Brasileira de Geografia**, ano 15, n. 2, p.213, 1954.

GRAF, Ana Cláudia B. Água, Bem Mais Precioso Do Milênio: O Papel Dos Estados. **Revista CEJ**, Brasília, n. 12, p. 30-39, set./dez. 2000.

LEAL, Márcia Souza. **Gestão Ambiental de Recursos Hídricos por Bacias Hidrográficas:** Sugestões para o Modelo Brasileiro. 1997, Dissertação (de M. Sc.), COPPE/UFRJ, Rio de Janeiro, 1997. 231p.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 9. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Eletrônica do Estado de Direito**, nº 23 –Julho/Agosto/Setembro, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf.> Acesso: 11 de novembro de 2011.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. O Direito Brasileiro, a Prevenção de Passivo Ambiental e seus Efeitos no Mercosul. **Scientia Juris**, Londrina, v. 1, n.1, p. 117-151, jul./dez. 1997.

VELLOSO, Tatiane Ribeiro. **A Gestão de Recursos Hídricos em um Contexto Regional:** A Trajetória do Departamento Nacional de Obras Contra a Seca (DNOCS). 2000. Dissertação (Mestrado em Extensão Rural), Universidade Federal de Viçosa, Viçosa-MG, 2000.

# TEORIAS CRÍTICAS: DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO ÀS NOVAS FORMAS DE PENSAR A CONSTITUIÇÃO

*Diego Guedes, autor*[26]
*Gretha Leite Maia, professora orientadora*[27]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 A Constituição e o Constitucionalismo moderno; 2.2. Neoconstitucionalismo; 2.3. Teorias críticas: a Constituição como simulacro; 2.4 Transconstitucionalismo. **3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DE RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

Trata-se de pesquisa que investiga a trajetória conceitual do constitucionalismo moderno ao Neoconstitucionalismo, investigando também as teorias críticas ao constitucionalismo e a proposta de Transconstitucionalismo dentro desse quadro conceitual. Iniciou-se pela formação de referencial teórico relativo ao movimento denominado constitucionalismo, inserido no contexto histórico das revoluções liberais burguesas, analisando a construção teórico-conceitual que deu suporte ao novo modelo de Estado Constitucional. Seguindo a linha cronológica, analisou-se a proposta do movimento identificado por Neoconstitucionalismo, desvelando a contribuição da renovação terminológica para uma nova hermenêutica e uma nova compreensão do fenômeno jurídico na virada para o pós-positivismo. Apresenta-se também uma crítica ao movimento constitucionalista, na leitura de Luiz Moreira. Encerra o levantamento conceitual objeto dessa pesquisa a análise da proposta de Transconstitucionalismo, pela contribuição do pensamento de Marcelo Neves. A pesquisa é teórica, com suporte no método bibliográfico. Conclui-se pela necessidade de reposicionamento das teorias do Direito para melhor acomodação das propostas relativas à própria função do ordenamento diante das possibilidades de reposicionamento do próprio Estado.

**Palavras-chave**: Constituição. Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Teorias Críticas. Transconstitucionalismo.

26 Aluno do Curso de Direito da Faculdade Christus. – diiegoguedes@hotmail.com
27 Mestre em Direito/UFC, professora universitária. – grethaleite@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

As teorias constitucionais têm ocupado posição central na produção do pensamento jurídico dos últimos dois séculos. Como resultado de tal eleição nas diversas agendas de pesquisa e produção de pensamento, as teorias e suas críticas constituem um campo de pesquisa próprio, e este trabalho pretende sistematizar as principais expressões do pensamento constitucional, a partir da modernidade, identificando as teorias críticas que impulsionaram transformações que implicaram a requalificação dos principais marcos teóricos, inclusive o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na era do chamado Neoconstitucionalismo.

Como objetivo específico, busca-se examinar a proposta do Constitucionalismo contemporâneo, ou Neoconstitucionalismo, e os seus reflexos nos deslocamentos produzidos no discurso dos Tribunais brasileiros e desvelar a proposta do Transconstitucionalismo, apresentada por Marcelo Neves com base na teoria sistêmica de Niklas Luhmann. A partir da noção de que se construiu, para a modernidade enquanto sociedade multicêntrica, uma estrutura semântica para o político e para o jurídico, separando os dois sistemas, a Constituição é compreendida primeiramente como o mecanismo que possibilita essa cisão, viabilizando a diferença que permitiu construir as noções de racionalidade política e racionalidade jurídica. A partir daí, podemos falar de uma relação de tensão permanente entre política e direito, rupturas e acoplamentos estruturais, o que permite, por exemplo, a teorização sobre poder constituinte.

O risco da existência de uma racionalidade própria para o jurídico, distinta da racionalidade política, é a afirmação da existência de um sistema que tem a si mesmo como referência. Desenvolve-se, então, a ideia da Constituição transversal para superar a proposta de um Direito [sistema jurídico] que se autofundamenta, buscando uma heterorreferência [a consistência jurídica seria dada pela adequação social do Direito, portanto fora do sistema semântico-estrutural jurídico]. O que era predefinido politicamente passa a ser compreensível juridicamente mediante a Constituição. A democracia, por exemplo, própria da racionalidade política, passa a transitar no sistema jurídico pela transversalidade da Constituição. O princípio da igualdade, fundamento semântico-estrutural do sistema jurídico, também transita no discurso político. Transversalidade seria, então, o meio pelo qual se vinculam racionalidades particulares de dois sistemas.

Considerando a ordem jurídica interna de um Estado, a transversalidade cumpriria o papel de consolidar o acoplamento dos sistemas político e jurídico, no que podemos denominar tradição constitucional de autossuficiência de uma ordem jurídica estatal. Marcelo Neves nos propõe a transversalidade além do Estado, buscando desvelar racionalidades jurídicas específicas de um Transconstitucionalismo, partindo do recurso ao diálogo constitucional com outras cortes internacionais e estrangeiras no âmbito das questões constitucionais internas. O Transconstitucionalismo, então, seria o trânsito estabelecido entre uma ordem supranacional e as ordens estatais a ela vinculadas.

A pesquisa realizada é de natureza teórica, bibliográfica e exploratória.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 A Constituição e o Constitucionalismo Moderno

A noção de Constitucionalismo não é recente, embora esse termo se apresente de forma bem moderna. Lembremo-nos assim das diferentes origens apresentadas a seu respeito, a origem antiga e a origem medieval. Aquela tratará do momento de organização política greco-romana sob as ideias

de Platão, Aristóteles e demais pensadores da época em que já se pregava a ideia de um Estado Constitucional e que continha a noção de garantia dos governados, sendo esta a ideia de Constitucionalismo da antiguidade. A origem medieval fará referência à aproximação do Constitucionalismo com o pensamento liberal disseminado durante os séculos XVI e XVII, sendo esta a arma da burguesia que pretendia tomar o poder, mas mantê-lo limitado juridicamente[200].

Dentre seus muitos significados, podemos destacar o constitucionalismo sob a perspectiva fenomenológica e sob a perspectiva tecnicista. O Constitucionalismo como fenômeno relaciona-se ao fato de que todo Estado pressupõe a existência de normas, de um conjunto de princípios, de usos e de costumes que estabeleçam as formas legítimas de poder e de seu exercício. A perspectiva tecnicista foi originada e adotada nos fins do século XVIII como instrumento que poria fim ao antigo regime, pois, por meio da técnica-jurídica de tutela das liberdades, os cidadãos exerceriam seus direitos e suas garantias fundamentais com base em constituições escritas. Chamado de movimento constitucionalista, esse sentido adquire múltiplas projeções: tem caráter jurídico ao propor uma regulamentação do poder por meio da adoção de constituições escritas; possui caráter social, ao estimular a luta do povo contra um tipo de poder absoluto, com o intuito de melhor organizá-lo e dividi-lo; adquire também um caráter político quando da defesa das garantias e dos direitos fundamentais, contra a opressão; e, por fim, assume um caráter ideológico por aproximar-se da ideologia liberalista para limitar o poder e garantir liberdades. A intenção do movimento era assegurar os direitos e as garantias fundamentais, pelo que vislumbraram nas constituições escritas a melhor forma de segurança, defendendo, também, a divisão de poderes.

Destacamos a divisão do Constitucionalismo, segundo Uadi Lammêgo Bulos[201], em Constitucionalismo Primitivo, Constitucionalismo Moderno e Constitucionalismo Contemporâneo. Por Constitucionalismo Primitivo, entende-se aquele em que não existia a distinção entre aspecto formal e material da constituição, logo, não havendo assim dispositivos constitucionais escritos, o que se identifica também com a acepção ampla de constitucionalismo. Destaque-se que, entre os povos primitivos, a ideia de Constitucionalismo apresentava-se sobre o seu significado mais simples, ou seja, sob a forma de organizações consuetudinárias, em que os chefes familiais ou os líderes de clãs elaboravam as normas supremas. Por isso se entende que havia assim a observância reiterada dos padrões de comportamento dos povos primitivos, logo, as constituições eram fundamentadas pelas ações da comunidade e pelos costumes nacionais [usus] a partir das relações entre governantes e governados. Outra acepção seria a de Constitucionalismo Antigo em que predominava, dentre outras características, a não preocupação dos detentores de poder de seguir a normas reguladoras de comportamento, ou seja, havia uma irresponsabilidade governamental.

No Constitucionalismo Medieval, teremos a importância da Magna Carta de 1215 como instrumento que antecedeu as declarações de direitos fundamentais e como reflexo das necessidades sociais do seu tempo, mas que serviria de exemplo para as constituições que viriam. Como exemplos de constituições [não escritas] dessa época, teremos, dentre outras, o Petition of Rights e o Bill of Rights que funcionavam como documentos garantidores de liberdades públicas.

Chegando ao Constitucionalismo Moderno, o identificamos a partir do fortalecimento de certos princípios que passaram a ser adotados por muitos Estados, como declarações de direitos e garantias fundamentais, resultado do advento das Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América em 1787 e da Constituição Francesa de 1791. Ainda no período do Constitucionalismo Moderno, teremos a fase do positivismo jurídico que afirmará a dimensão absolutamente normativa do Direito, quando da discussão de questões éticas e morais.

Sobre o Constitucionalismo Contemporâneo ou Neoconstitucionalismo destacam-se as ideias disseminadas durante a segunda metade do século XX, fase também em que se tornarão nítidos todos os problemas a respeito da produção e da aplicação normativa, a saber, a inflação legislativa, a deslegisficação e a desregulamentação. Critica-se o fato de que, muitas vezes, a Constituição, em vez de disciplinar, deixa-se realizar pelos órgãos públicos, divergindo esse aspecto da orientação clássica de que as constituições sejam instrumentos de governo, imperativas, e definidora de limites políticos. Nessa fase, as constituições estão banalizadas por uma ampliação de conteúdo e desvio de finalidade, são meros dispositivos à disposição do liberalismo capitalista ou do intervencionismo estatal, apresentando-se na concepção de constituições dirigentes que segue a ideia de um constitucionalismo exacerbado, aquele em que se coloca primeiro na Constituição para depois se tentar cumprir. Assim, esse volume de dispositivos que incham a Constituição contemporânea contribui mutuamente para a desvalorização desse dispositivo, pois, a partir do momento em que parte dele se torna não cogente, sua força constitucional compromete-se.

### 2.2 Neoconstitucionalismo

Na sua origem, o Neoconstitucionalismo pode ser associado à crise do positivismo jurídico que estabelecia limites às possibilidades de uma Constituição, ao declínio do Estado Liberal, ao Totalitarismo e à ascensão da noção de que uma Constituição seria o reflexo dos valores que formam uma sociedade - que existe outra dimensão que circunda e que interage dando vida à Constituição jurídica - o que requer a escolha de métodos adequados ao entendimento entre normas, valores e fatos. Além da ressignificação de valores, como o da segurança jurídica, propostos pelo Neoconstitucionalismo, importante lembrar-se também de outras precondições da proposta, a saber, a força vinculante das constituições, a eficácia e aplicação integral das **normas** e também da metódica específica da interpretação constitucional. Podemos falar de Neoconstitucionalismo, também, quanto à abordagem de uma nova Teoria do Direito que se preocupará mais com princípios em vez de normas, com subsunção e ponderação, com o direito constitucional em si e não com assuntos supérfluos, com a hermenêutica jurídica em vez da morosidade legislativa e, enfim, com mais valores e menos dogmas.

É no Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Contemporâneo que veremos o reconhecimento da face principiológica do Direito. Lembremos que, no Constitucionalismo moderno, anterior à segunda guerra, tinha-se um positivismo estrito já criticado pelas ideias do Constitucionalismo de Weimar, que propunha uma unidade cultural e uma carga axiológica ampliada para a interpretação constitucional. A partir desse momento, durante as décadas de 60 e 70, os princípios ganham maior importância devido a sua noção de obrigatoriedade e novas possibilidades surgem para a aplicação do texto constitucional.

Temos como grande característica do Constitucionalismo Contemporâneo a relação estreita entre direito e moral, passando-se a entender que normas e fatos não sobrevivem desvinculados um do outro, o que exige uma nova maneira na forma de entender o Direito, de conhecê-lo, superando a sua identificação como um sistema descritivo/prescritivo [constitucionalismo moderno], mas como algo de valor, ou seja, que possui uma carga axiológica e que, acima de tudo, estabelece o valor de uma Constituição e não somente o seu sentido. Assim, essa proximidade do ordenamento jurídico com a moral, imbuindo no Direito esse aspecto valorativo e o afastando cada vez mais do positivismo, faz necessária a abordagem de algumas contradições que precisam ser enfrentadas.

São várias as contradições, segundo Cecilia Caballero Lois[202]. De início,temos a falta de uma moral comum ou objetiva, o que não permite estabelecer um mesmo sentido para determinado princípio, deixando a cargo do intérprete a determinação de seu conteúdo. Outra contradição presente nesse novo sistema seria a atuação da jurisdição constitucional na contemporaneidade. O uso de subjetividades no trato de uma determinada moral potencializa o grau de discricionariedade existente pondo em cheque a segurança jurídica do sistema confiada somente a um juiz ou corte constitucional. Ao tratarmos a Constituição por esses aspectos e, principalmente, por esses fenômenos que se estabelecem a seu respeito, chegamos à crise do novo constitucionalismo, a saber, a crise da racionalidade e a da legitimidade. Entende-se por isso, também, que existe uma dificuldade na formação de uma opinião consensual a respeito do valor global de uma Constituição quando diz respeito aos muitos interesses sociais e à aplicação de normas para a tomada de decisões. Logo, essa falta de uma moral comum acaba por levar as Cortes Constitucionais a uma atuação que não condiz com suas competências, ou seja, acabam por exercer uma função legislativa quando definem e determinam o sentido da Lei Fundamental.

Uma das explicações possíveis para esse sentimento de indefinição com relação ao lugar dos princípios/valores e da própria Constituição talvez esteja, como nos propõe Cecília Lois, em que se está a usar um método que não está de acordo com a realidade enfrentada, ou seja, o instrumental teórico utilizado para a apreensão não é o correspondente/adequado, pois ainda está vinculado ao positivismo liberal característico do sistema constitucional moderno. Para responder às transformações do novo constitucionalismo, necessita-se de uma teoria do Direito que realmente lhe dê racionalidade própria.

Mesmo que encaremos o avanço do Neoconstitucionalismo de forma positiva, nos faz necessário lembrar de que ele trouxe consigo a possibilidade do chamado totalitarismo constitucional, ou seja, a ideia de constituição programática, fazendo que predominem no corpo normativo constitucional o supérfluo e o acessório. O texto constitucional foi alargado com o intuito [pelo menos é o que parece] de buscar uma maior efetividade social, um melhor desenvolvimento hermenêutico e também a expressiva força normativa da constituição. O texto normativo não mais impõe coativamente, e sim prevê princípios que celebram compromissos e promessas genéricas das mais difíceis de serem realizadas na prática, não mais disciplinando a matéria enunciada, mas deixando a cargo dos órgãos públicos tal função. Faz-nos presentes dúvidas a respeito da efetividade social das normas constitucionais quando prometem benefícios futuros, deixando a cargo do Poder Legislativo uma falsa expectativa, pois não se sabe como e quando será acionado. Alguns autores afirmam que correto é dizer que as Constituições contemporâneas estão desvalorizadas, banalizaram-se. E um dos principais motivos foi a pressa do constituinte em colocar primeiro na Constituição para depois viabilizar sua executividade, o que é problemática principalmente no caso das normas econômicas e sociais. Nossa Carta de 1988 foi considerada como um retrato caricato de todas essas consequências, principalmente quanto à afirmação das normas programáticas estabelecidas. Afirma-se que as Constituições não deveriam ser encaradas como fontes inesgotáveis de promessas, distanciando ainda mais as normas dos fatos.

O que se propõe com o Neoconstitucionalismo é que se supere essa forma de pensar a Constituição. A atuação dos tribunais constitucionais surge então como o melhor caminho para solucionar as diversas transformações desse novo sistema. Isso tudo decorre da atuação jurisdicional de Tribunais Constitucionais diversos, principalmente, do norte-americano e do europeu, não deixando de observar que, muitas vezes, se está dando eficácia a textos constitucionais escritos há séculos ou mesmo no século passado, quando a teoria do Direito proposta vinculava o intérprete à letra da lei.

A partir das características apresentadas e observando as diversas transformações pelas quais tem passado o constitucionalismo contemporâneo, já podemos perceber que o caminho preferível da classe doutrinária desse novo sistema é afastar cada vez mais a noção de que uma Constituição é um mero instrumento de Governo, como antes se pregava no período constitucional clássico, em que o texto constitucional tinha uma imperatividade absoluta. É entendível que os direitos fundamentais, hoje previstos no texto constitucional, não perdem o seu caráter axiológico, pois as Constituições não só contemplam a proteção de liberdades públicas como os apelos por uma sociedade melhor e mais justa como também os mecanismos de proteção da Constituição em si. Esses valores, entretanto, a partir do momento em que são positivados, pois ficam expostos à eventual falta de eficácia pondo em risco toda a imperatividade da Constituição e o discurso de sua força normativa.

Com todo o contexto abordado, em tempos de Neoconstitucionalismo e em meio às suas transformações, faz-se necessária uma teoria que reduza a sua incerteza e

insegurança jurídica, uma teoria que critique o desprezo e os limites impostos pelo positivismo ao direito e à ciência jurídica, uma teoria que reconheça a coexistência da norma-princípio com a norma-regra e, principalmente, uma teoria que vá de encontro à discricionariedade judicial. É fundamental a compreensão de que, na proposta neoconstitucionalista, um juiz ou corte constitucional recorre, durante a tomada de decisões, aos princípios e ao método de sopesamento/ponderação, alcançando-se, assim, uma boa solução para aquele caso, o que não significa o fechamento do sistema, pois, em um outro caso específico, aquela última decisão não será considerada como a única existente e a única correta.

### 2.3 Teorias Críticas: A Constituição como Simulacro

O professor Luiz Moreira publicou **A Constituição como Simulacro**, alinhando-se, com este livro, aos pensadores deste início de milênio que mantém uma postura de perplexidade diante dos dilemas do Homem e da precariedade das respostas propostas pela modernidade ou, como diz o autor, pela sociedade da ciência e da técnica. Sua leitura é mais um alerta de que a esfera normativa está esvaziada de fundamentação filosófica, ética e política, resultante da negação da modernidade em aceitar a dimensão simbólica, a transcendência.

É na tentativa de fazer-se um só que está o embuste da modernidade: não é possível ao homem coincidir o que é transcendente com o que é imanente. Assim, a modernidade nos conduz a uma armadilha: a tentativa de associação entre Estado e Direito, ou a pretensão de fazer coincidir o jurídico com o democrático, na clássica designação da fórmula do Estado Democrático de Direito. Alerta-nos o autor para a necessidade de percorrer o itinerário de formação do Estado moderno, aferindo se a construção das formas jurídicas tem sido realmente o resultado de um processo político de inclusão e reconhecimento, que logrou transformar em cidadão aqueles que eram súditos.

Tem lugar então a corajosa proposta do filósofo Luiz Moreira: a afirmação da deificação da constituição, como meio de nublar as verdadeiras questões de autonomia e liberdade do Homem. A leitura que se segue desconstrói o discurso legitimador da Constituição enquanto documento meramente jurídico, uma vez que a premissa para a construção de um documento efetivamente democrático nunca se constituiu: a formação de uma comunidade política, de um corpo social autônomo, pois o projeto da modernidade-racionalidade gera a seguinte aporia: em seu compromisso com o homem como unidade produtora, nunca realmente alcançaremos o homem autônomo, sujeito de direitos, plenipotenciário.

Carregando ainda marcas indeléveis dos preceitos religiosos medievos, o homem da racionalidade facilmente converte em dogma todo um conjunto de instituições sociais, que são objetos culturais, criação do homem e, portanto, inapropriáveis em uma esfera dogmática – sistema fechado – visto que deva estar sempre sujeito a alterações – em um sistema aberto em que floresça a transcendência, o imaginário autônomo. A este fenômeno, no campo do discurso jurídico, corresponde à chamada reserva intocável das constituições – vide as cláusulas pétreas e a rigidez no processo de alteração de uma constituição. A Constituição então passa a ser uma instância de adoração, substituindo o altar e o trono medievais, como instância de sequestro de um projeto de autonomia do sujeito.

Eleito como o estabilizador da tensão entre fato e norma, o Direito se mostra então como sistema legiferante e judicante, dentro de um contexto histórico de formação do estado moderno. Na racionalidade da modernidade, o poder vira institucional [do Rei à Lei] e a transcendência, ou seja, a aptidão do Homem para ultrapassar suas limitações por meio da construção de um universo simbólico [instituições imaginárias], constituidor de sentido, é abandonado enquanto projeto para a Humanidade.

Par conceitual que compõe a estrutura jurídica do Estado Democrático de Direito, obrigatoriedade e legitimidade, é identificado como os garantidores das relações fundadas na dominação-submissão, uma vez que a normatividade é a proposta da modernidade para justificar o uso do poder pelo Estado. A teoria assume contornos de brincadeira tautológica, expondo a fragilidade do critério: as normas são obrigatórias porque são válidas; são válidas, por sua vez, porque nascem de um processo democrático; como são legitimadas pela origem, devem ser obrigatórias. Para normas válidas e obrigatórias, estrutura-se um aparelho burocrático que garanta a efetividade de tais ordenações, que são as únicas que podem pretender exigibilidade. Sujeito e predicado coincidem, tal como na estranha afirmação de que o povo é o titular – dono - do poder e é o elemento pessoal que sofre esse poder, ou seja, o discurso político da modernidade busca conferir a legitimidade pelo processo legiferante, deslocando a aferição da legitimidade de qualquer outra instância, tornando aqueles que seriam sujeitos de direito em meros **sofredores** do poder soberano de modo que, como nos diz o autor, a necessária legitimidade para obter vigência converte-se em necessária adesão para obter legitimidade. A lógica da legitimidade tal como se apresenta nas teorias políticas contemporâneas depende de uma soberania apenas para se fazer representar: a efetividade do poder soberano limita-se a uma duplicação abstrata na ideia de representação.

O pensamento apresentado conclui pela afirmação da Constituição como um simulacro da modernidade. O poder constituinte, identificado como momento máximo do processo civilizatório, cultural e organizatório de um povo, último recurso a ser seguido por uma comunidade política que chegou ao clímax de seu amadurecimento associativo, é o conceito nuclear das teorias constitucionais modernas a ser prioritariamente questionado, pois propicia o simulacro da afirmação de fechamento do sistema político – depois deste clímax, capturada está a autonomia... Nas palavras de Luiz Moreira, o simulacro consiste na justificação de um ato fundante que põe a Constituição como ato extraordinário de soberania popular, quando, na verdade, o poder constituinte e a assembleia por ele instalada se revestem de caráter ordinário. Portanto, o simulacro é o ato de outorga que uma assembleia dá a si mesma com o propósito de restringir, regular e prescrever os direitos atinentes à soberana manifestação dos sujeitos de direito.

Por constituir-se em uma crítica muito bem fundamentada à teoria da constituição tal como se apresenta hodiernamente

na quase totalidade dos manuais e Curso de Direito Constitucional que direcionam a formação do pensamento jurídico nos cursos jurídicos e de conter uma proposta de revitalização das múltiplas perspectivas de ordenação, na qual o Direito é um dentre os muitos elementos, expôs-se o pensamento crítico de Luiz Moreira. Trata-se da reintrodução de temas, como a dicotomia Direito e Moral, em uma tentativa de importunar a quietude quase apática a que nos conduz a dogmática racional moderna.

### 2.4 Transconstitucionalismo

A ideia de Transconstitucionalismo nos remete, antes de qualquer abordagem minuciosa sobre o tema, a pensar a que ponto chegoram os problemas advindos com as transformações da sociedade e com a **mutação** sofrida pelo constitucionalismo contemporâneo, se comparado aos seus diversos períodos de transição. Com o surgimento dessas novas ideias de constitucionalismo, como constituições garantistas, textos analíticos longos e cheios de promessas, a crise de valores presente não só no texto constitucional como na sociedade, os questionamentos éticos e religiosos e todos os outros dilemas humanos, se percebeu que nem tudo andava de forma tão positiva, organizada e eficiente como bem se pensava. O fato de nos vermos diante de uma aproximação, cada vez maior, entre Direito e Moral nos lembra do quanto se faz importante e, ao mesmo tempo difícil, a ideia de uma **moral comum** entre os povos.

Segundo Dalmo de Abreu Dallari[203], o Estado, no plano interno, vai apresentar-se soberano e independente, o que exigirá uma maior segurança e eficácia jurídica ao se tratar do território em que se estabelece. O problema desloca-se para a relação entre os Estados, pessoas jurídicas de direito público internacional, que, apesar de viverem em uma **anarquia**, procurarão [ou não] formas de integração. Desconsiderando a utilização da força física [regresso ao estado de barbárie], os Estados serão levados pelas ideias de órgãos que considerem superiores e que possuam determinado poder supranacional.

Reconhecendo a importância das funções exercidas pelas organizações internacionais, surgidas em meio ao imperialismo que diminuiu drasticamente a ideia de submissão de um povo a outro, é forçoso reconhecer que só diminuiu, por que ainda se verificam comumente práticas como a xenofobia, o descumprimento aos direitos humanos e as desfeitas diplomáticas entre os muitos Estados. Apesar da abordagem dessa relação de um Estado com outro, de maneira externa à soberania de cada um, não se pode esquecer, também, da eficácia, da aplicação e da metodologia do texto constitucional respectivo de cada um em seu território, sendo esse um dos grandes problemas advindo com o Novo Constitucionalismo que há muito tempo tem sido assunto de pauta das diversas Teorias Constitucionais. Faz-se necessário entender que os tempos são outros e que o texto constitucional e todos os elementos que dele fazem parte, agora abrangendo características que ultrapassam territórios, ou seja, dos direitos fundamentais aos direitos humanos, merece uma revisão metodológica e uma nova teorização.

O Transconstitucionalismo difere da semântica histórico-universal do Constitucionalismo, mas existe uma interação entre os dois contextos. Marcelo Neves[204] afirma que estão envolvidos termos intensamente ambíguos e extensamente vagos, mesmo assim, existe uma interação entre os dois contextos, uma vez que a Constituição deverá refletir as mudanças na estrutura social e que essas mudanças também influenciarão a parte semântica, e vice-versa, o que se mostra como um dos motivos para que se frutifique a ideia proposta pelo sistema transversal. Os diferentes níveis de complexidade de uma sociedade devem ser acompanhados de sentidos orientadores compatíveis, a fim de que esta não fuja à realidade, assim, embora a Constituição tenha em seu sentido diversos significados, ela deverá fugir à crítica de mera metáfora.

Uma Constituição representa os anseios de desejos, interesses e esperanças de um povo, dando suporte às relações que surgem no meio complexo e multicêntrico da sociedade moderna, o que, de forma mais abrangente e externa ao territorialismo estatal, nos mostra a existência de sistemas concorrentes e de diferenças entre sociedade mundial e ordem internacional. Aquela, embora unitária, será representada por muitas e diferentes formas de comunicação e de choques concorrentes, mas, ao mesmo tempo, complementares; a última, como dimensão da anterior, refere-se às relações de um Estado com o outro e será a partir dela que as diversas formas de comunicação ultrapassarão a territorialidade dos Estados. Com o momento de desenvolvimento social em que nos encontramos, ou seja, com a globalização, apresentar-se-á a autodescrição da sociedade que, sob a nova ordem mundial, irá propor uma maior participação de instituições estatais, principalmente, de caráter cooperativo, caracterizando, assim, a existência de organizações internacionais, transnacionais, supranacionais, podendo ser chamadas de Interlocutoras ou, também, de atores privados e quase públicos como enfatiza Marcelo Neves. O autor também está de acordo com a ideia de que as fronteiras características do federalismo, dividindo o território de cada um dos Estados, seja um dos problemas responsáveis pela vagarosa transformação e desenvolvimento de um transconstitucionalismo da sociedade mundial. Estudar o Transconstitucionalismo é entender a sua proposta de filtragem de influências e instigações entre sistemas autônomos, como mecanismo de interpenetrações, mas não só essa filtragem servirá de mecanismo, assim, também, fala-se em acoplamentos estruturais, ou seja, embora tenha o mesmo objetivo de influência e instigação, esses acoplamentos se apresentam de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando os sistemas, mas sem fazer que nenhum perca a sua autonomia[205].

Haverá entre os sistemas uma relação simultânea de independência e dependência entre os sistemas acoplados, o que servirá como filtro de algumas influências e facilitador de outras. O lado negativo dessa interação será o bloqueio de autonomias de cada um dos Estados influentes, o autismo causado pela falta de ação de alguns deles em relação aos seus próprios problemas e o não reconhecimento em relação ao outro, ou seja, a perda de capacidade ou atuação negativa entre eles. Como resultado do Transconstitucionalismo, teremos racionalidades transversais, ou seja, das várias interações ocorridas entre as estruturas de cada um dos Estados envolvidos na busca de soluções aos seus problemas estruturais, surgirão as mais adequadas respostas para

aqueles problemas apresentados, mas isso requer o devido cuidado, pois, mesmo que essas racionalidades se apresentem como um objetivo alcançado, há de se temer o atomismo e a expansão imperial de ideias que podem, muitas vezes, não representarem a adequação esperada, ou seja, a resposta ao problema estrutural a que se destina. Sendo assim, o ideal seria, diante disso, a busca por uma ideia favorável a uma linguagem orientadora mundial, a um olhar suave que vise à articulação, à conversação, ao diálogo e não, somente, a um acordo meramente despretensioso.

Quando a estrutura de um sistema, até mesmo de forma internamente estatal, passa a dominar a estrutura de outro Estado com o qual se corresponda, retirando sua autonomia e fazendo que se torne plenamente incapaz de autoprodução, desvela-se, também, o fundamento moral desse problema. Logo, vemos o quão importante é a noção de consistência e de adequação na busca de racionalidades quando da relação de um Estado com o outro, do trato de acoplamentos estruturais a fim de se buscar uma hegemonia que não signifique, necessariamente, uma expansão imperial, ou seja, um imperialismo racional em relação ao problema do outro, é a busca de um consenso sobre o dissenso entre os tipos diversos de racionalidade, utilizando esses acoplamentos estruturais como pontes de transição.

Até agora tratamos de um Transconstitucionalismo cujo objetivo seria os acoplamentos estruturais[206] externos à territorialidade estatal, mas não esqueçamos que esses acoplamentos também ocorrem de forma interna a partir do momento que passamos a tratar as condições de adequação e coerência entre o nosso texto constitucional e a nossa sociedade. Lembremos que um dos muitos sentidos de Constituição, dentre as diversas semânticas constitucionais nos planos empírico, universal e cultural, é a sua representação como semântica político-jurídica que reflete a pressão estrutural de uma sociedade multicêntrica por uma diferenciação entre política e direito, em que essa semântica servirá como ideologia para o surgimento das Constituições como instrumentos possibilitadores e asseguradores daquela diferenciação, não se excluindo a noção de que é, também, uma forma de rompimento com a velha ordem de poder. Assim, há de se encarar a nossa Constituição como um acoplamento estrutural não harmônico, mas de complementação e tensões recíprocas entre as racionalidades transversais da política, do direito e, principalmente, dos anseios sociais. Com a ascensão do pós-positivismo, veremos a maior importância com que se apresentarão os princípios e, principalmente, como se apresentam muitos deles, das cláusulas pétreas, que fundamentaram as transformações e principais mudanças da nova formação de Estado que se apresenta, sendo assim, presentes no texto constitucional, remetendo-nos à ideia de uma Constituição transversal estatal. As racionalidades a que nos referimos a pouco serão representadas, no Direito, pela justiça, ou seja, pelo princípio da igualdade e, na política, pelo princípio da democracia e, a partir das interações entre essas racionalidades, buscar-se-á a neutralidade adequada à solução dos dilemas apresentados no âmbito interno de nosso território, o que nos levará a superar a ideia de constituição simbólica há muito tempo anunciada por parte da doutrina.

Dito tudo isso, bom lembrar que esse estudo se faz mínimo diante da grande ideia por trás do Transconstitucionalismo, da ideia de constituições que vão além do Estado em si, ou seja, de constituições representantes de organizações nacionais, supranacionais e internacionais, as quais, diante das muitas divergências advindas com as transformações da sociedade, se fazem cada vez mais presentes e necessárias, e, assim, esperamos que organizações como a ONU, o MERCOSUL, a OMC, a União Europeia, a Comunidade Andina, dentre muitas outras que existem, cumpram o seu devido papel na busca por soluções mais adequadas, com uma abertura maior de uma ordem jurídica em relação à outra.

## 3 METODOLOGIA

A pesquisa realizada utilizou fundamentalmente a doutrina produzida sobre os conceitos que se pretendiam sistematizar. Como se trata de pesquisa teórica, utilizamos o método bibliográfico, com forte apoio no livro Transconstitucionalismo, de Marcelo Neves. Partiu-se de uma análise dos conceitos centrais do pensamento constitucional produzido até a contemporaneidade para desvelar a possibilidade da proposta Transconstitucionalista.

Outros autores que deram suporte bibliográfico foram Dalmo Dallari, Luiz Moreira e Cecília Lois.

## 4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Dentre as muitas transformações sofridas pela sociedade mundial no decorrer dos tempos, vemos que o Constitucionalismo se fez importante, não só quando tratado internamente, pois assim não se fez desde o início, quando da existência dos pactos de poder e dos tratados internacionais entre as diversas ordens existentes a partir do contratualismo social.

Conforme a caracterização de uma sociedade cada vez mais independente, mas, ao mesmo tempo, carente de direitos eficazes, o Constitucionalismo foi moldando-se a partir da necessidade e particularidade de cada Estado que o experimentava e o sentia, na sua essência, durante as relações dos indivíduos entre si.

Assim, chegamos ao Neoconstitucionalismo, período de ascensão, aos textos constitucionais, dos direitos inerentes à condição humana [fundamentais] e, também, se tratados sem fronteiras, dos direitos humanos, no sentido da palavra, logo, não haverá espaço para choques concorrentes entre ordens jurídicas divergentes caso se deseje a busca de coerência e uma melhor adequação aos novos problemas que surgirão com as relações futuras.

Com isso, é tempo de Transconstitucionalismo, ou seja, é tempo de sensibilização em face de ordens jurídicas que, muitas vezes, não adotam o modelo constitucional no sentido ao qual se está acostumado, não necessariamente algumas ordens deverão admitir pressupostos do Constitucionalismo para serem válidas. O mundo está cheio de problemas constitucionais comuns para uma pluralidade de ordens jurídicas, assim, o Transconstitucionalismo vem com a proposta de construção de "pontes de transição" que possibilitem um relacionamento mais construtivo entre essas ordens jurídicas, por meio de articulações de seus princípios e regras em face dos seus problemas jurídico-constitucionais

comuns e dependentes de soluções adequadas e suportáveis para todas as ordens envolvidas e, principalmente, que não tenham uma última instância decisória.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Torna-se fundamental para a introdução de novas propostas teóricas, como o Transconstitucionalismo, a sistematização criteriosa dos conceitos já sedimentados, bem como seus avanços e recuos. A proposta inicial projetada era o desvelamento do alcance da proposta de Transconstitucionalismo. A leitura do livro base da pesquisa reorientou as etapas da pesquisa para a revisão temática, pois os conceitos que se pretendiam ultrapassar precisavam estar bem apropriados pelo investigador. Assim, realizou-se um circuito literário conceitual e diversas interlocuções entre orientando e orientadora, que foram de grande importância para a produção textual dessa pesquisa.

O espectro doutrinário necessário à construção do artigo foi deliberadamente limitado à leitura atenta de um livro específico, com apoio em Manuais e Cursos de utilização regular nos cursos de graduação em Direito, apenas como suporte complementar. Assim a apropriação do pensamento de Marcelo Neves converteu-se de foco principal para a via de percepção da compreensão da existência de muitas contribuições, plurais e diversas, que compõem um cenário de desafio de investigação para os que pretendem uma formação teórica sólida e duradoura.

## REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

LOIS, Cecilia Caballero. Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria de Direito como integridade. **Revista Sequência,** Santa Catarina, n. 52, p. 257-278, jul. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

# A POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRESIDIR A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA FASE PRÉ-PROCESSUAL DO INQUÉRITO POLICIAL

*Elaine Maria Sousa Frota, autora*[28]
*Ana Paula Martins Albuquerque, professora orientadora*[29]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1. INTRODUÇÃO. 2. REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Aspectos Gerais; 2.2 Inquérito Policial; 2.3 Argumentos Contra; 2.4 Argumentos a Favor; **3. METODOLOGIA 4. ANÁLISE DOS RESULTADOS 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO:

Devido à grande importância do Ministério Público, que zela pela defesa da ordem jurídica bem como pelo interesse da coletividade, o presente estudo científico apresenta, com enfoque na Teoria Geral do Processo, Processo Criminal e no Direito Constitucional, logo, utilizando-se da metodologia bibliográfica, teórica, descritiva, a força que esta instituição possui na sociedade. Seja como fiscal da lei ou ainda como parte legítima para interpor Ação Penal Pública Incondicionada, informando seu conceito, suas garantias, vedações, órgãos, funções, e, assim, tendo em vista a celeridade processual, e a impunidade delituosa, demonstra os argumentos contra e favor deste órgão presidir a investigação já na fase pré-processual do inquérito policial, que, regra geral, é da polícia judiciária, isto é, dos delegados de polícia, atuando ainda mais na defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis com análise das jurisprudências gerando para a sociedade e no meio jurídico uma enorme repercussão.

28 Aluna do 9º semestre de Direito e monitora de Teoria Geral do Processo da Faculdade Christus: elainesousafrota@hotmail.com

29 Professora do Curso de Direito da Faculdade Christus e de pós-graduação. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogada. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR2006) e, também, em Contabilidade e Planejamento Tributário pela Universidade Federal do Ceará (UFC2007). Possui Licenciatura Plena em Letras, com habilitação em Língua Portuguesa pela Universidade Federal de Campina Grande (2003): paulamartins13@hotmail.com

**Palavras-chave:** Ministério Público. Possibilidade. Presidir. Inquérito Policial. Argumentos

## 1 INTRODUÇÃO

Montesquieu consagrou-se com a Teoria dos Três Poderes, também conhecida como Teoria da Separação de Poderes que indica haver, no Estado moderno, uma divisão de órgãos para administrar, por intermédio do Poder Executivo, para legislar, por meio do Poder Legislativo e, finalmente, de julgar pelo Poder Judiciário, sendo essa teoria disposta no art. 2º da Constituição Federal.

Ocorre que o Ministério Público, também conhecido como "Parquet", não faz parte de nenhum desses poderes, apesar de exercer funções essenciais à justiça, conforme expresso na Constituição Federal. Nesse sentido, pode-se dizer que o Ministério Público, de fato, não possui vínculo ou subordinação a qualquer poder do Estado Moderno, então, cumpre informar que não cabe, regra geral, a nenhum deles interferirem nas atitudes desta instituição.

Muitos indicam ser o Ministério Público o **Quarto Poder**; no entanto não é o que se entende, sendo os poderes apenas os previstos no artigo 2º da Constituição Federal.

Dessa maneira, por ser uma Instituição, todos os seus membros fazem parte de uma só corporação. Nessa mesma linha, entende-se que cada membro, na sua individualidade, age conforme seu livre convencimento, observando apenas o Direito.

Assim como toda e qualquer instituição, o Ministério Público possui seus princípios, suas garantias, seus impedimentos, suas funções, seu Conselho Nacional, dentre outros.

Dessa forma, os artigos 127 ao 130-A da Constituição Federal de 1988, tratam do tema com precisão, abrangendo desde o conceito, ou seja, a instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo a ela a defesa da ordem jurídica, do regime democrático bem como dos interesses sociais e individuais indisponíveis, até, conforme o art. 130-A da Constituição Federal de 1988, o Conselho Nacional do Ministério Público que zela pela instituição, bem como pela clareza e pela regularidade no exercício de suas funções.

Pode-se dizer que, quanto às funções, existem as atípicas e as típicas, sendo estas, àquelas peculiares à instituição, previstas no art. 129, Carta Magna, sem prejuízo de outras, como a possibilidade de promover, privativamente, ação penal pública, na forma da lei, constante no inciso I; a possibilidade de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Por tal, verifica-se que há atuação do Ministério Público em muitos litígios, seja como parte, seja como fiscal da lei. Contudo, há grande discussão quando se fala dessa instituição na fase pré-processual, ou seja, do inquérito policial, tendo em vista o entendimento controverso desse tema por parte dos doutrinadores consagrados.

O inquérito policial não é instrumento obrigatório para a instauração da ação penal, que tem caráter administrativo e ainda que é conduzido, regra geral, pela polícia judiciária. Entretanto, nessa fase é que há arrecadação das provas para verificar a prática de um ilícito penal para ter indícios de autoria e materialidade sendo estas duas das condições necessárias para condenar o indivíduo na ação penal.

Diante disso, conforme o art. 144, §1º, IV e §4º, Constituição Federal de 88, que trata da segurança pública, deixa claro que cabe aos policiais civis e federais sendo considerados aqui, os delegados de polícia de carreira, as funções de Polícia

Judiciária, a de apuração de infrações penais, dentre outras. Portanto, possuem a legitimidade para presidir o inquérito policial.

A questão é que o parágrafo único do artigo 41 da Lei de Organização Nacional do Ministério Público, que abre a possibilidade dessa instituição de presidir a investigação quando houver indícios de práticas de infrações penais, seja por membro do Ministério Público, seja ainda pela autoridade policial, civil ou militar que remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

O caso citado, para alguns, é apenas uma exceção, contudo existem entendimentos relutantes para que seja pacificada essa possibilidade do Ministério Público de presidir o inquérito policial e não atuar apenas em caráter subsidiário, requisitando diligências, acompanhando os atos de investigação, tendo por base que não tirará o caráter impessoal da instituição, bem como por ser uma das funções típicas aquela de presidir a ação penal, logo, seria até mais célere no entender daqueles de "quem pode o menos pode o mais" e assim tornar o inquérito mais completo, pois, após todas as diligências, quem irá observar o que é mais necessário e juntar aos autos da Ação Penal Publica Incondicionada será o Ministério Público.

Dessa forma, cumpre informar que, basicamente, o presente artigo utiliza-se da metodologia bibliográfica, teórica, descritiva, nos termos abaixo.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Aspectos Gerais

O Ministério Público é uma instituição dotada de força inquestionável, tendo em vista que não está subordinado a nenhum dos Poderes, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, pois está claro a sua insubordinação no artigo 127, §2º, da Lei Maior: "Ao Ministério Público é assegurada a autonomia funcional e administrativa". Logo, entende-se que não há vinculação a nenhum dos poderes previstos no art. 2º da CF.

No entanto, o Ministério Público é, hoje, para alguns, considerado como um quarto poder, conforme afirmação de Michel Temer: "Eu vejo como é importante dizer que Ministério Público é o Quarto Poder, assim construímos nosso Estado democrático de Direito".[207]

Ocorre que o posicionamento dito anteriormente não é unânime, existindo controvérsia quanto à inclusão do Ministério Público no chamado quarto poder, destaque para a análise das últimas notícias no Superior Tribunal de Justiça quando claramente consta que:

> A ministra Maria Isabel Gallotti, que tomou posse no STJ há cerca de um ano e meio, atuou no MP por 12 anos e destaca que a instituição não deve ser confundida com um quarto poder. O Ministério Público exerce papel singular, porque tem de ser imparcial e ter postura equidistante entre a magistratura e a advocacia. Ele seria advogado da sociedade, pois não cuida de interesses particulares de indivíduos.[208]

Desta análise, resta verificada a controvérsia sobre esse tema, porém, pela inexistência de fatos mais concretos, entende-se que existem apenas os poderes previstos no artigo 2º já exposto anteriormente, conforme preleciona o professor Janguiê Diniz:

> Com efeito, vislumbramos que a Constituição Federal de 88 não o elevou à categoria de Poder, mas dispôs que ele, no exercício de suas funções, é órgão obrigatoriamente independente. Por consequência, deve ter, como os três poderes, funções independentes, sem a interferência de qualquer um deles e sem posicioná-lo em nenhum dos poderes públicos.[209]

A Constituição Federal de 1988, em geral, indica ser o Ministério Público uma das funções essenciais à justiça, definindo-o, demonstrando sua organização, as garantias, as vedações, seus princípios, suas funções, bem como informa sobre a existência de um Conselho Nacional, tudo isso elencado nos artigos 127 ao 130-A da Constituição Federal.

Nesse sentido, é que o art. 127 da Carta Magna conceitua expressamente o Ministério Público como sendo a "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." Nessa linha, Ada Grinover, Cândido Rangel e Antônio Carlos, indicam que: "O Ministério Público é, portanto, configurado no Brasil como instituição autônoma, que não integra o Poder Judiciário embora desenvolva as suas funções essenciais, primordialmente, no processo e perante os juízos e tribunais."[210]

Conforme acima citado, cabe a essa instituição atuar da forma que melhor atenda às necessidades da comunidade brasileira, isto é, de forma que proteja os valores e bens da coletividade seja no processo, na fase pré-processual, ou seja, esteja diligente na sua atuação perante a sociedade em geral de forma imparcial.

No que diz respeito à organização do Ministério Público, pode-se dizer que está disposta no art. 128, Constituição Federal de 1988, que possui caráter nacional e abrange Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados, havendo distinção apenas no que tange à atuação no Judiciário, pois o primeiro abrange o Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e o segundo, como o próprio nome esclarece, está relacionado a cada Estado-membro.

Essa instituição, no geral, possui princípios próprios que a regem, quais sejam o da unidade, da indivisibilidade e a independência funcional, devendo ser entendido como um ente único em que o único ofício é ser membro do Ministério Público e não depende de nenhum dos poderes para atuar.

Nesse sentido, tendo em vista os princípios constitucionais, preleciona Gilmar Mendes:

> O princípio da unidade significa, basicamente, que os promotores, os procuradores, integram um só órgão, sob a direção de um só chefe. A indivisibilidade admite que os integrantes da carreira possam ser substituídos uns pelos outros, desde que da mesma carreira [...]. O princípio da independência funcional torna cada

> membro do *Parquet* vinculado apenas à sua consciência jurídica, quando se trata de assunto relacionado com a sua atividade funcional.[211]

Por esses princípios, cabe ao Ministério Público atuar conforme sua consciência, agindo apenas em consonância com a lei.

Quanto às garantias e às vedações, entende-se serem as primeiras aquelas previstas inclusive para os juízes, que são a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, disposta no art. 128, §5, inciso I, CF de 88.

Já as vedações, que são aquelas de receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, a de exercer a advocacia, participar de sociedade comercial, exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, exercer atividade político-partidária e ainda receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei, tudo isso disposto no art. 128, §5, inciso II, CF de 88.

Nessa lógica, compreende-se que o Ministério Público necessita atuar de maneira correta, pois, caso descumpra qualquer dessas vedações, há um Conselho Nacional do Ministério Público, art. 130-A, CF de 88, para zelar, dentre outras atribuições, pelo bom desempenho na defesa dos interesses da coletividade sem distanciar do caráter imparcial que lhe é inerente.

Quanto às funções, dentre outras previstas no art. 129 CF de 88, cabe, de acordo com o inciso I do referido artigo, a promoção, privativa, da ação penal pública, na forma da lei, sem prejuízo de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, inciso IX.

Regra Geral, caberá ao Ministério Público atuar conforme a lei, ou seja, é uma instituição capaz de atuar de forma clara, precisa, fazer ponderações para que não haja punição a determinado membro é uma, tanto é que é uma função essencial à justiça.

### 2.2. Inquérito Policial

No que diz respeito ao Inquérito Policial, pode-se dizer que tem natureza de procedimento administrativo, com caráter meramente informativo, ou seja, não se presta por si só de instrumento punitivo. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci preleciona que:

> O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípuo é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada. [212]

O inquérito policial, de acordo com o art. 144, §1, IV e §4, Constituição Federal de 1988, prevê que a Polícia Judiciária Federal e Estadual está incumbida da atividade investigatória.

Vale ressaltar que, nessa fase, há um caráter discricionário por parte da Policia Judiciária, isto é, o legitimado age pelo juízo de conveniência e oportunidade, ou seja, instrui o processo da maneira que achar melhor. Ocorre que essa discricionariedade é mitigada pelo fato de que incumbirá à autoridade policial fornecer às informações necessárias à instrução processual requisitada pelo Ministério Público.

Demonstra-se, então, que a finalidade do inquérito é apurar as provas para comprovar a autoria e a materialidade delitiva, logo, o objetivo é, de fato, investigar aquele determinado crime de forma exata para que torne possível ao Ministério Público ou ao particular interpor a ação penal e, consequentemente, indicar ao juiz, de forma clara, ser aquele investigado o criminoso, cabendo àquele julgar, não o deixando impune, logo, apesar de não ser peça essencial, é muito importante, na prática.

Assim, informa Guilherme Nucci, em seu livro Manual de Processo Penal e Execução Penal, que uma das finalidades do inquérito, sem prejuízo de outras previstas em lei ou na doutrina:

> O inquérito é um meio de afastar dúvidas e corrigir o prumo da investigação, evitando-se o indesejável erro judiciário. Se, desde o início, o Estado possuir elementos confiáveis para agir contra alguém na esfera criminal, torna-se mais difícil haver equívocos na eleição do autor da infração penal. Por outro lado, além da segurança, fornece a oportunidade de colher provas que não podem esperar muito tempo, sob pena de perecimento ou deturpação irreversível (ex.:exame do cadáver ou do local do crime).[213]

No entanto, é possível verificar que o Ministério Público atua diretamente nessa fase, seja para requisitar diligências, seja, em certos casos, de presidir o Inquérito Policial, como no caso previsto no art. 41, parágrafo único, da Lei de Organização Nacional do Ministério Público, como já dito anteriormente, ou na forma do art. 129, III, Constituição Federal, sendo considerado por Ezequiel Cardoso, como função atípica, como se lê abaixo:

> Veja que, se não está expressamente prevista em Lei a possibilidade de o Parquet presidir Inquérito investigativo, é requisito de legitimidade a deficiência na instrução do Inquérito, por força de incompetente investigação e/ou comprometimento de integrantes da força policial, sob pena de eivar o procedimento de nulidade pela Usurpação de Função. Sendo, pois, nestes casos, uma espécie de Função Atípica do Ministério Público.[214]

O inquérito é utilizado, então, para verificar as provas, e, no Código de Processo Penal, está disposto nos arts. 4º ao 23, não dispondo ser exclusivamente da Polícia Judiciária a investigação na fase pré-processual do Inquérito Policial, logo, abriu precedente para vários argumentos contra e a favor dessa possibilidade ou não de o Ministério Público presidir a investigação no Inquérito Policial, observados a seguir.

### 2.3 Argumentos a Favor da Possibilidade de o Ministério Público presidir o Inquérito Policial

Quando se fala da atuação do Ministério Público em processo criminal, lembra-se logo da sua função precípua, ou seja, a de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, conforme indica o art. 129, I, CF.

O Código Penal, no art. 100, §1, confirmado pelo art. 24, Código de Processo Penal, indica que a Ação Pública é promovida pelo Ministério Público.

Ocorre que depende, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça, logo, não restam dúvidas quanto à da propositura de Ação Penal.

Essa certeza não ocorre quando se fala da Polícia Judiciária, isto é, dos delegados de polícia estadual ou federal quanto ao Inquérito Policial, havendo precedentes que mitigam a atuação exclusiva dos delegados.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso alude que: "Não há conflito entre as normas constitucionais indicadas acima e o que dispõe o art. 144 da Carta, tanto porque tais normas têm caráter principiológico, como porque o art. 144 não conferiu exclusividade à Polícia no que diz respeito à investigação de infrações penais".[215]

Sabe-se que o Ministério Público é uma instituição atuante, inclusive nessa fase do inquérito policial, que, regra geral, requisita diligências e nas Ações Penais Públicas Incondicionadas é o destinatário final. Nesse entendimento, pode-se dizer que outro argumento favorável é aquele que **quem pode o mais pode o menos**, conforme cita Ezequiel Cardoso:

> [...] há doutas correntes jurídico-científicas que apontam para a possibilidade em comento. Estes entendimentos baseiam-se no brocardo: "quem pode o mais, pode o menos". Expliquemos: o artigo 129, do Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, aponta, em seu inciso I, que é função Institucional do Ministério Público a promoção, privativa, da Ação Penal Pública. É cediço, também, que o Inquérito Policial tem o escopo primário de apurar infração penal e a sua autoria, com fito de, consequentemente, instruir, "municiar" aos Autos do Inquérito para oferta de uma Denúncia eficiente ao exercício do *jus puniend* estatal (art. 4º, do CPP). Logo, se ao heróico órgão do Ministério Público compete, privativamente, a promoção da Ação Penal Pública, o que põe em evidência seu dantesco interesse em que esta esteja devidamente instruída, não há como negar a possibilidade de o *Parquet* presidir o procedimento investigativo.[216]

A questão de o Ministério Público presidir o Inquérito Policial é discutida há algum tempo, pois uma instituição que age no intuito de melhorar as condições sociais deve atuar da melhor maneira possível, como representar a sociedade na generalidade e não apenas determinadas pessoas jurídicas desses, daqueles ou ainda seus governantes.

Há entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de o Ministério Público possuir, sim, legitimidade para presidir inquérito policial:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POLICIAL CIVIL. CRIME DE EXTORSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONCUSSÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. DENÚNCIA: CRIMES COMUNS, PRATICADOS COM GRAVE AMEAÇA. INAPLICABILIDADE DO ART. 514 DO CPP. ILICITUDE DA PROVA. CONDENAÇÃO EMBASADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DECISÃO CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. 1. Legitimidade do órgão ministerial público para promover as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição, inclusive o controle externo da atividade policial (incisos II e VII do art. 129 da CF/88). Tanto que a Constituição da República habilitou o Ministério Público a sair em defesa da Ordem Jurídica. Pelo que é da sua natureza mesma investigar fatos, documentos e pessoas. Noutros termos: não se tolera, sob a Magna Carta de 1988, condicionar ao exclusivo impulso da Polícia a propositura das ações penais públicas incondicionadas; como se o Ministério Público fosse um órgão passivo, inerte, à espera de provocação de terceiros. 2. A Constituição Federal de 1988, ao regrar as competências do Ministério Público, o fez sob a técnica do reforço normativo. Isso porque o controle externo da atividade policial engloba a atuação supridora e complementar do órgão ministerial no campo da investigação criminal. Controle naquilo que a Polícia tem de mais específico: a investigação, que deve ser de qualidade. Nem insuficiente, nem inexistente, seja por comodidade, seja por cumplicidade. Cuida-se de controle técnico ou operacional, e não administrativo-disciplinar. [...] 4. Duas das competências constitucionais do Ministério Público são particularmente expressivas dessa índole ativa que se está a realçar. A primeira reside no inciso II do art. 129 ("II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia"). É dizer: o Ministério Público está autorizado pela Constituição a promover todas as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição. A segunda competência está no inciso VII do mesmo art. 129 e traduz-se no "controle externo da atividade policial". Noutros termos: ambas as funções ditas "institucionais" são as que melhor tipificam o Ministério Público enquanto instituição que bem pode tomar a dianteira das coisas, se assim preferir. 5. Nessa contextura, não se acolhe a alegação de nulidade do inquérito por haver o órgão ministerial público protagonizado várias das medidas de investigação.[217]

Portanto, há repercussão geral, devendo o Ministério Público agir, não deixando que venha ocorrer a impunidade pelo simples fato de ter não ter na lei.

Sendo assim, o inquérito, por ter o caráter discricionário, muitas vezes, deixa a desejar, por fatos alheios às provas. Nesse sentido, indica Luis Roberto Barroso que: "Diversas situações recomendam a intervenção do Ministério Público por sua independência em relação aos Poderes estatais. Além disso, não é raro apurar-se o envolvimento de policiais em episódios de corrupção ou mesmo com o crime organizado".[218]

Dessa forma, está mais que claro e evidente que o melhor a se fazer é pacificar esse poder de presidir o inquérito policial pelo MP, pois não excluirá a possibilidade dos delegados, mas sim ajudará esse órgão a diminuir o sentimento de impunidade delituosa passada à sociedade, pois haverá uma apreciação minuciosa das provas, seja pela polícia judiciária, seja pelo

Ministério Público, podendo tornar mais célere essa fase.

### 2.4 Argumentos Contra a Possibilidade de o Ministério Público presidir o Inquérito Policial

Quanto aos argumentos contra a possibilidade de o Ministério Público presidir o inquérito policial, podem ser citados a aplicação literal dos artigos que trata da possibilidade de a Polícia Judiciária presidir o inquérito policial, ou seja, o art. 144, §1, IV e §4, da CF.

Pode ser indicada ainda a aplicação histórica, por indicação feita por Luis Roberto Barroso deixa claro que: "No Brasil, historicamente, a competência para realizar as investigações preparatórias da ação penal sempre foi da Polícia. Em várias ocasiões, tentou-se modificar esse regime, mas as propostas foram rejeitadas".[219]

Cumpre ainda demostrar que existem jurisprudências a favor dessa possibilidade, embora existam posições contrárias nos termos abaixo:

> EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITOADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRIÇÃO. ILEGITIMIDADE1. PORTARIA. PUBLICIDADE 1. A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. INQUIRIÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido.[220]

No mesmo sentido, ou seja, de o Ministério Público ser apenas o titular da Ação Penal e interferir apenas no Inquérito Policial por meio das requisições das diligências, entende Guilherme de Sousa Nucci quando que:

> A Constituição Federal foi clara ao estabelecer as funções da polícia – federal e civil – para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário – daí o nome polícia judiciária – na atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crimes e contravenções penais (art. 144,CF). Ao Ministério Publico foi reservada a titularidade da ação penal, ou seja, a exclusividade no seu ajuizamento [...]. Note-se, ainda, que o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, prevê a possibilidade do promotor elaborar inquérito civil, mas jamais inquérito policial.[221]

Por tal, finalmente, percebe-se que existem argumentos tanto para que possibilite a instauração do Inquérito Policial pelo Ministério Público como não, cabendo ao Poder Judiciário mais precisamente ao Supremo Tribunal Federal (STF), tendo em vista a repercussão geral que possui esse tema, decidir e pacificar o entendimento.

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A metodologia baseou-se em uma pesquisa de cunho teórica, descritiva, pois se observou a doutrina, buscas na internet, os exames bibliográficos, como os livros, os periódicos e artigos das matérias de Teoria Geral do Processo, Processo Penal e Constitucional.

Assim, trouxe uma perspectiva diferenciada ao artigo, com uma análise mais genérica sobre o Ministério Público e o Inquérito Policial, propondo-se, em um segundo momento, os argumentos favoráveis e desfavoráveis quanto à possibilidade de essa instituição presidir o Inquérito Policial.

Partiu-se, posteriormente, para a análise dos estudos de caso, focando-se em jurisprudências do Supremo Tribunal Federal para, ao final, obter as conclusões pretendidas.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Verificando o estudado, percebe-se que existe repercussão no que diz respeito a esse tema, tendo em vista que há vários entendimentos. Primeiramente quanto ao inquérito, pois o Ministério Público atua de forma direta, requisitando diligências agindo no interesse da coletividade, devendo o delegado operar em conexão com tais requisições, no intuito de obter as provas para, no ato seguinte, ser verificado a autoria e a materialidade do delito.

Analisando de forma mais aprofundada, compreende-se que o Ministério Público é uma Instituição com muito respaldo na esfera jurídica, inclusive na criminal, pois é ele quem possui a legitimidade para interpor a Ação Penal Pública Incondicionada.

Nesse sentido, surgem as discussões sobre a possibilidade de o Ministério Público de presidir a investigação criminal na fase pré-processual do inquérito, já que é uma Instituição atuante nessa esfera. Por tal, emerge argumentos favoráveis e desfavoráveis, pois o tema não é pacífico.

Assim, observando entendimentos como o de Luiz Roberto Barroso, pesquisas em internet, análise de jurisprudências, os resultados obtidos foram que, nos dias atuais, com todo o dinamismo que deve existir na esfera jurídica, e sendo o Ministério Público uma função essencial à justiça, cujos argumentos favoráveis são bem mais relevantes , e a jurisprudência já vem entendendo de forma mais clara que não gera nulidade quando essa Instituição preside o inquérito, de sorte, já que não é pacífico ainda, deveria o Supremo decidir, visando justamente a essa pacificação, no intuito de não ver a impunidade do criminoso, alvejando ainda a economia processual e a celeridade processual, servindo o Ministério Público de atuar na sua função, ou seja, defesa nos interesses da coletividade.

## 5 CONCLUSÃO

Diante de todo o estudado, foi verificado que o Ministério Público é uma instituição de grande força nacional, que surgiu para atuar na defesa dos interesses sociais e individuais

indisponíveis, nos termos do Estado Democrático de Direito, e, visando à celeridade processual e à punibilidade daquele que, de fato, merece ser punido, entende-se que os argumentos mais relevantes, bem como as decisões mais recentes, apontam para possibilidade do Ministério Público presidir no inquérito policial.

Agindo assim, não deixa de ter legitimidade a Polícia Judiciária, apenas abre para o Ministério Público a possibilidade, não retirando seu caráter imparcial, pois, de certa forma, essa instituição é quem sabe mais precisamente quais as provas precisam ser produzidas a uma perfeita denúncia que comprove a autoria e materialidade do crime, sem gerar dúvidas ao juiz.

Diante disso, não deverá gerar nulidade aquele inquérito que é presidido pelo Ministério Público tendo em vista que a finalidade é a mesma, ou seja, investigar o crime, descobrir quem é o autor do delito para promover em juízo a denúncia, se Ação Penal Pública Incondicionada, ou Queixa-Crime, quando a ação for feita pelo particular, tudo isso para a defesa da ordem e da segurança pública, por tal, os argumentos favoráveis à possibilidade de o Ministério Público presidir o Inquérito Policial deixou maior respaldo tendo em vista a celeridade processual e a evolução jurídica.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos Contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Brasília. **MP** Disponível em:< http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf > Acesso em: 8 abr. 2012.

CARDOSO, Ezequiel. Poder do Ministério Público de Presidir o Inquérito. **Ezequiel Cardoso.** 10 de março de 2011. [S/l] Disponível em: < http://ezequielcardoso.blogspot.com.br/2011/03/poder-do-ministerio-publico-de-residir.html> Acesso em: 9 abr. 2012.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Janguiê: Ministério Público: Quarto Poder?. Blog do Janguiê. dez. 2007. [S/l] Disponível em: <http://www.blogdojanguie.com.br/ministerio-publico-quarto-poder/ > Acesso em: 7 abr. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA e Ministério Público, uma parceria pela Justiça. **STJ notícias**. 26 fev. 2012. [S/l] Disponível em: < http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104831> Acesso em: 5 de abr. 2012.

TEMER apud FABRE, Ana. Ministério Público é quarto Poder da República. **Jusbrasil**. 10 Mar. 2010. [S/l]. Disponível em: <http://amp-df.jusbrasil.com.br/noticias/2112040/temer-ministerio-publico-e-quarto-poder-da-republica> Acesso em: 5 de abr. 2012.

# OS GRUPOS INDÍGENAS E SEUS DIREITOS CULTURAIS

*Fco Jonnathan Santos de Freitas, autor*[30]
*Martha Priscylla Monteiro Joca, professora orientadora*[31]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEORICO.** 2.1 A relação entre conceitos de Identidade Cultural, Patrimônio Cultural e Direitos Culturais; 2.2 Etnocídio; 2.3 Direito Consuetudinário; 2.4 Normas jurídicas sobre povos indígenas; **3 METODOLOGIA DA PESQUISA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

O Presente artigo objetiva investigar uma aproximação entre o conceito de patrimônio cultural e sua relação com direitos culturais, mostrando como estes se aplicam aos povos indígenas brasileiros, o exercício de uma identidade cultural, bem como a legislação brasileira que os protege em situações de ameaça a seu modo de vida e patrimônio imaterial. Foi abordado o termo etnocídio para uma definição que contextualize situações em que alguns grupos indígenas se encontram. Além disso, foram utilizados trechos de tratados internacionais e uma explanação sobre direito consuetudinário relacionado ao tema.

**Palavras-chave:** Direitos culturais. Povos Indígenas. Identidade cultural. Etnocídio.

---

30 Autor: Técnico em Turismo, Tecnólogo em Artes Cênicas pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará – IFCe e estudante do 6° semestre de Direito da Faculdade Christus.

31 Orientadora: Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, integrante do Grupo de Pesquisa Teorias Críticas na América Latina ligado à Universidade Federal do Ceará. Professora de Direito da Faculdade Christus.

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente o Estado Brasileiro contabiliza entre sua população cerca de 817.000[222] indivíduos distribuídos em 80,5% dos municípios brasileiros, que fazem parte de grupos culturalmente distintos com características históricas e sociais próprias, os quais recebem o nome de indígenas. Mediante legislação específica, os povos indígenas gozam de direitos e deveres que os distinguem diante dos não índios, por suas práticas culturais e religiosas serem próprias, distintas e diversas, originando uma identidade singular para esses povos.

Tal identidade cultural é protegida enquanto direito cultural dos grupos indígenas, sendo este e outros direitos culturais em consonância com legislação objetiva, inclusive em âmbito constitucional, objeto de discussão quanto a seus limites, alcance e reflexos na sociedade do país.

Apesar do crescimento no número de pessoas que se declaram indígenas, fenômeno teorizado como **etnogênese** ou **reetinização**, ou seja, povos indígenas reassumindo e recriando suas tradições após terem sido obrigados a esconder ou negar sua identidade, é importante a prevenção contra o etnocídio dessa gente que faz parte da história do Brasil, país pluriétnico e multicultural.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 A relação entre conceitos de Identidade Cultural, Patrimônio Cultural e Direitos Culturais

Para que haja uma melhor compreensão de Direitos culturais e Identidade cultural, faz-se necessária uma definição dos termos "Cultura" e Cultura Popular Tradicional. A Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco) definiu a cultura como "o conjunto de traços espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que distinguem e caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrangem, além das artes e das letras, os modos de vida, as formas de viver em comunidade, os valores, as tradições e as crenças".[223]

Com o desenvolvimento sociológico a respeito da compreensão do ser humano no final do século XX, o conceito de cultura deixa de estar ligado estritamente à produção intelectual pertencente a certos grupos e se amplia para uma exigência de um modo de vida que abraça os sistemas educacionais, a indústria de entretenimento, os meios de difusão e práticas tradicionais de indivíduos.

A partir das práticas tradicionais próprias de um conjunto de pessoas, desenvolve-se o conceito de Cultura Popular e Tradicional. Sendo esta:

> O conjunto de criações que emanam de uma comunidade cultural, fundadas na tradição, expressas por um grupo ou por indivíduos e que reconhecidamente atendem às expectativas da comunidade como expressão de sua identidade cultural e social. As normas e valores se transmitem oralmente, por imitação ou de outra maneira. Suas formas compreendem, entre outras, a língua, a literatura, a música, a dança, os brinquedos, a mitologia, os ritos, os costumes, o artesanato, a arquitetura e outras artes.[224]

Ademais, essa denominação se reconhece dentro da diversidade cultural, isto é, uma multiplicidade de formas em que se expressam as culturas de grupos e sociedades, fazendo-se necessário que, dentro de um governo democrático e laico, tal diversidade seja protegida e garantida.

Conjuntamente a esses conceitos, merece citação o de **Identidade Cultural**, compreendida como o conjunto de referências culturais por meio do qual uma pessoa ou grupo se define, manifesta-se e deseja ser reconhecido. É uma espécie de autenticação de identidade que parte do particular para o universal, uma representação subjetiva que auxilia na orientação de entender, sentir ou agir.

Já o **Patrimônio Cultural**, sendo tudo que faz parte da identidade característica de um povo, divide-se em material e imaterial. Esse último se define como:

> Os usos, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e espaços culturais inerentes - que as comunidades, os grupos e em alguns casos, os indivíduos reconheçam como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é recriado constantemente pelas comunidades e grupos em função de seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, infundindo-lhes um sentimento de identidade e continuidade e promovendo o respeito da diversidade cultural e da criatividade humana.[225]

Desse modo, os direitos culturais, incluindo o direito a uma identidade cultural, resumidamente, é a garantia de que um conjunto étnico de pessoas conserve seu patrimônio cultural material ou imaterial e não seja forçado a uma cultura diferente ou a ser aglutinado, involuntariamente, por ela.

### 2.2 Etnocídio

A palavra Etnocídio, segundo o dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, deriva da palavra etn(o) de origem grega éthnos, eous – ous, elemento complementar = 'raça', 'nação', 'povo'; etnologia, etnogenia, etnia. Étnico do grego éthicos, pelo latim ethnicu, quer dizer relativo a ou pertencente a povo ou grupo., primeiro elemento de composição com significado de povo, nação, e de CÍDIO com significado de morte. Portanto, etnocídio é um crime ou delito contra um povo ou uma nação.

A declaração de San José, da UNESCO, 1981, avalia o etnocídio como um processo complexo, com raízes históricas, sociais e econômicas. Isso significando que se nega a um grupo étnico o direito de desfrutar, desenvolver e transmitir sua própria cultura ou língua, implicando em uma violação direta aos direitos humanos, vindo a ofender, principalmente, os direitos culturais, por serem categoria de direitos humanos específicos no que tange a esse fenômeno.

### 2.3 Direito Consuetudinário

De acordo com o dicionário Aurélio, o conceito de direito consuetudinário é um "complexo de normas não escritas originárias dos usos e costumes tradicionais dum povo, direito costumeiro", e distintas das pertencentes ao direito positivo vigente em determinado Estado. E a principal característica é de que se apresenta como um corpo de regras e costumes, delimitados, reconhecidos e compartilhados por certa coletividade de indivíduos.

Atualmente, com uma melhor compreensão, esse direito pode conter elementos que remontam a períodos antigos de existência dos povos referentes, mas, necessariamente, conterá outros elementos que se acoplaram em épocas posteriores, inclusive na época contemporânea.

Ainda pelo fato de esse direito ser formado, em sua essência, por usos e costumes, vários instrumentos do direito internacional, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Unesco, fazem menção à necessidade de reconhecimento por parte dos Estados dos direitos consuetudinários indígenas. Inclui-se nesse conjunto a Organização das Nações Unidas com a prerrogativa de "Ser necessário o respeito aos sistemas legais indígenas e a admissão, por parte do Estado, da "existência de um pluralismo jurídico sem preeminências injustificadas da parte do sistema jurídico nacional"".[226]

De fato, ninguém questiona ou nega-se a reconhecer o sistema jurídico inglês, embora os ingleses não tenham uma Constituição escrita. De modo semelhante os sistemas legais indígenas não são escritos, mas suas leis são tão válidas e baseadas em princípios tão respeitáveis quanto às leis não indígenas. O problema paira então no reconhecimento de validade do direito consuetudinário perante o direito positivo vigente.

### 2.4 Normas jurídicas sobre povos indígenas

O Direito Indígena refere-se ao direito que o Estado brasileiro reconhece aos índios, e não aos direitos dos índios propriamente ditos, ou seja, não é o conjunto de normas próprias que regulam a conduta interna de cada povo indígena no Brasil. O direito indígena no Brasil encontra-se basicamente em dispositivos da Constituição Federal e na Lei nº 6001, de 19/12/1973, o **Estatuto do Índio**.

Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 215, parágrafo primeiro que versa sobre a proteção a cultura indígena, encontra-se esta transcrição:

> Art. 215. 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. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

De modo que a Constituição obriga o Estado a garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, a apoiar e incentivar a valorização e difusão das manifestações culturais.

Além disso, a Lei Federal nº 6001, de 19/12/1973, dispondo sobre o Estatuto do Índio, regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e suas comunidades, com intenção de preservar sua cultura e integrá-los harmoniosamente à comunidade nacional, caso queiram. Para uma melhor garantia de direitos, as proteções das leis brasileiras se aplicam a eles como aos demais cidadãos do país, excetuando-se evidentemente as condições peculiares reconhecidas na própria lei supracitada.

De acordo com o Estatuto do Índio, cabem à União, aos estados, aos municípios e aos órgãos das respectivas administrações, nos limites de sua competência, os deveres de respeitar, ao proporcionar meios para o desenvolvimento, prezando as características singulares advindas de sua condição [art. 2º, III]; assegurar a possibilidade de livre escolha dos meios de vida e subsistência [IV]; executar quando possível, mediante a participação dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas [VII]; respeitar no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, as suas tradições, os seus usos e costumes [VI].

Assim como o que versa no artigo 6º: "Serão respeitados os usos, tradições, costumes das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade nos atos ou negócios realizados entre

índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum."

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

Realizou-se pesquisa teórica por meio de sites especializados com ênfase nos direitos culturais e no site da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) sobre a legislação referente a grupos indígenas.

A metodologia de pesquisa foi teórica e qualitativa, uma vez que não foi feita pesquisa de campo, mas houve coleta de dados informativos em compêndios disponíveis na instituição de ensino e por meios digitais. Encontrou-se o maior número de material científico sobre a temática proposta, na *internet*, em revistas com temática jurídicas e em livros com doutrina jurídica sobre o assunto.

Pesquisaram-se artigos com temáticas relacionadas na sessão de periódicos da faculdade Christus e contribuição de conteúdo na biblioteca à doutrina que embasa a dogmática no livro de Helder Girão Barreto intitulado: **Direitos indígenas: vetores constitucionais**, e no livro de Luis Felipe Bruno Lobo intitulado: **Direito indígenista brasileiro**. Assim como no conjunto de artigos que foi organizado no livro **Os direitos indígenas e a constituição**.

Ademais, o artigo encontrado na *internet* e escrito por Oswaldo Ruiz Chiriboga intitulado: **O Direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano** foi de importantíssima contribuição para o alcance do entendimento sobre Identidade Cultural.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Após a pesquisa sobre a temática de direitos culturais voltados para um grupo de indivíduos que determinaram em sua construção social a luta pela identidade cultural, pela autodeterminação e pela autotutela de direitos, que, muitas vezes, são desrespeitados, mesmo havendo legislação específica definida pelo Estado, encontrou-se uma necessidade ainda maior de pesquisa no tocante a questões territoriais dos grupos indígenas e uma abordagem quanto ao processo de transformação cultural que envolve a aculturação diante da mídia e a influência de reflexos sociais.

A pesquisa continuará voltada para essa temática com dados relacionados à população e amostragem dentre grupos indígenas, com maior atenção a abordagem supramencionada, bem como análise sociológica do patrimônio imaterial desses povos.

## 5 CONCLUSÃO

Por carregarem uma imagem histórica ligada ao início do desenvolvimento do Brasil como Estado, os descendentes diretos dos aborígenes desse país são vistos, muitas vezes, como símbolo romântico de uma identidade nacional. Enquanto devem ser tratados como pessoas portadoras dos direitos de proteção e igualdade de oportunidades, quando assim puderem ser aplicados.

Assim, sob uma nova ótica constitucional, os povos indígenas devem deixar de ser considerados culturas em extinção, fadadas à incorporação na denominada comunhão nacional, na forma como era direcionada a legislação brasileira desde os tempos de colonização.

Essa nova percepção vem almejando garantir espaço para a interação entre esses povos e a sociedade não índia em condições que buscam a igualdade, por fundarem-se nos direitos à diferença e ao espírito democrático embasados na Carta Magna e na história de lutas por conquistas como estas.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: Vetores Constitucionais. Curitiba: Juruá, 2009.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Poluição ambiental e genocídio de grupos indígenas. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, 59, ano 16, p. 80-91, jan-mar.1992.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O Direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. **Revista internacional de direitos humanos**. v.3, n.5, p.42-69, 2006.

FUNAI. Disponivel em: <http://www.funai.gov.br/quem/legislacao/estatuto_indio.html>.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. **Direito Indigenista Brasileiro:** subsídios à sua doutrina. São Paulo: LTR, 1996.

NIB; FABRIS, Sérgio Antonio. **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre, 1993.

# A OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA DO PODER FAMILIAR COMO CONDICIONADORA DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL POR CRIANÇA E ADOLESCENTE

*Francisco Dejean Nobre de Lima, autor*[32]
*Sandra Helena Lima Moreira, professor orientador*[33]

SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO; 2 A PERCEPÇÃO DA INFÂNCIA AO LONGO DA HISTÓRIA E O TRATAMENTO DISPENSADO AOS ABANDONADOS E INFRATORES. 3 O ECA E A ESCALADA DE CONDUTAS ANTISSOCIAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, E DE CRIMES GENERALIZADOS NOS ÚLTIMOS VINTE ANOS; 4 O CUSTO SOCIAL DO DESCUIDO PRIMÁRIO: OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA DO PODER FAMILIAR; 5 ESTADO E SOCIEDADE: COMPLETANDO O CICLO DO DESCASO; 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## RESUMO

Este artigo aborda a conduta antissocial praticada por crianças e adolescentes sob o prisma da omissão e negligência familiares. Objetiva analisar a doutrina e legislação específicas que recepcionam a problemática, além de indicar os desdobramentos da omissão e negligência do poder familiar que redundam em múltiplos fatores que os levam à prática de atos infracionais. Apresentar breve estudo histórico sobre o assunto, desmistificar o pensamento crítico corrente na sociedade brasileira em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como argumentar que, na realidade, crianças e adolescentes infratores são muito mais vítimas do que agentes de condutas análogas às criminosas. Denuncia que tal fenômeno é facilitado, de um lado, pela "máquina" governamental que burocratiza a própria aplicação do ECA, e a falta de estrutura física e humana para dar-lhe suporte de efetivação adequado. Conclui que há complementarmente relativa "tolerância" das instituições de proteção à criança e ao adolescente ante a omissão e negligência do poder familiar, ao não fiscalizar como deveria as situações suspeitas de risco, ou mesmo denunciadas, de crianças e adolescentes e, por conseguinte, não responsabilizar civil e criminalmente os pais ou responsáveis pela proteção que lhes são próprias em relação aos incapazes ou semi-incapazes, ou seja, há impunidade do poder estatal, configurando-se em outra forma de omissão e negligência. O estudo adotou método indutivo, caracteriza-se como descritivo, quantiqualitativo e adotou metodologia de pesquisa bibliográfica, além da de campo na prospecção de dados primários, ao entrevistar 2 conselheiros tutelares e 1 representante da Delegacia de Defesa da Criança e do Adolescente, além de 4 populares autores de denúncias.

**Palavras-chaves:** Ato Infracional. Criança e Adolescente. Omissão e Negligência. Poder Familiar.

---

[32] Aluno do 3º semestre do Curso de Direito da Faculdade Cristus e Pesquisador do Programada de Iniciação Científica Faculdade Christus. dejean_lc@hotmail.com

[33] Mestre em Sociologia. Doutora em Educação. Professora da Disciplina de Criminologia do Curso de Direito da Faculdade Christus.

## 1 INTRODUÇÃO

Fomentado pela prática comum por parte da mídia, sobretudo por meio de telejornais que noticiam a criminalidade nas ruas do País, a sociedade brasileira passou a ter nova visão sobre a criança e o adolescente. Estes que, até duas décadas, eram vistos como vítimas do abandono do "pátrio poder", da tristeza e às vezes crueldade dos orfanatos passaram a ser considerados pessoas causadoras de inúmeros tipos de violência, como adultos com idade legal menor.

Mesmo a convicção de especialistas que atestam a insuficiência de capacidade física e intelectual para discernir tais comportamentos, aliado a outras circunstâncias de risco, crianças e adolescentes foram sobrecarregados do ideário de que possuem capacidade suficientemente válida para empenhar terror.

O objetivo deste estudo é demonstrar como a omissão e negligência do poder familiar, aliadas às causas institucionais, contribuem significativamente para a inserção de crianças e adolescentes na prática do crime.

Delineou-se suscintamente do ponto de vista histórico o tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes em situação de risco, como forma de situar a atual condição de vida e a evolução legislativa e social acerca do problema.

O estudo caracteriza-se como descritivo, quantiqualitativo, adotou método indutivo e adotou metodologia de pesquisa bibliográfica, além da de campo na prospecção de dados primários, ao entrevistar conselheiros tutelares e representantes da Delegacia de Defesa da Criança e do Adolescente, além de populares, autores de denúncias de violações contra criança e adolescente.

O trabalho é dividido em seis partes que abordam sequencialmente essa introdução; breve histórico do tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes no Brasil; os movimentos sociais que ocasionaram o surgimento do ECA, a consequente substituição do Código de Menores e a escalada da criminalidade brasileira nos últimos 20 anos; o custo social da omissão e da negligência familiares para com crianças e adolescentes; a omissão e negligência do Estado e da Sociedade como complemento do ciclo de violações de direitos; e finalmente, a conclusão e as referências que apresentam as fontes teóricas que auxiliaram o estudo.

## 2 A PERCEPÇÃO DA INFÂNCIA AO LONGO DA HISTÓRIA E O TRATAMENTO DISPENSADO AOS ABANDONADOS E INFRATORES

Durante séculos da história humana, a criança e o adolescente não despertaram interesse em termos de se buscar conhecimento mais especifico sobre essas fases da vida. Isso decorreu de vários fatores: preocupação com sobrevivência, impossibilidade de se vencer doenças que acarretavam muitos óbitos na infância, gerando um sentimento de "defesa" por parte dos pais que não investiam afetivamente em seres que possivelmente não chegariam à idade adulta, além da

existência da família patriarcal, que dificultava pela via da opressão e excessiva autoridade do pai, que os problemas dos pequenos aparecessem, sendo estes ignorados, anônimos.

Até o século XIII, o índice de mortalidade infantil era muito alto devido à precariedade das condições de higiene e saúde. Ao morrer uma criança, fazia-se pouco caso, pois pensava-se que logo seria substituída por outra, e àquelas que sobreviviam adquiriam identidade própria a partir de uma determinada idade quando passavam a realizar atividades de adultos por estarem misturadas a estes.

Constata-se, também, que as crianças conviviam com pessoas despreparadas para cuidar delas, contavam para tal atendimento com as amas de leite ou mercenárias e as criadeiras, prática que, de certo modo, distanciava-as da mãe e, consequentemente, da criação de vínculos afetivos mais intensos.[227]

No Brasil, havia um alto índice de crianças rejeitadas e abandonadas, herança do período colonial, no qual os embates entre portugueses e índios inicialmente e posteriormente negros acarretavam muitas mortes de pais de família, crianças advindas de gravidez na qual a mulher sofria abuso sexual (índias e negras).

O ensino obrigatório foi regulamentado em 1854. No entanto, a lei não se aplicava universalmente, já que ao escravo não havia esta garantia. O acesso era negado também àqueles que padecessem de moléstias contagiosas e aos que não tivessem sido vacinados. Essas restrições atingiam as crianças vindas de famílias que não tinham pleno acesso ao sistema de saúde, o que faz pensar sobre a influência da acessibilidade e qualidade de uma política social sobre a outra, ou como se vê, de como a não cobertura da saúde restringiu o acesso das crianças à escola, propiciando uma dupla exclusão aos direitos sociais.

Com relação à regulamentação do trabalho, houve um decreto em 1891 - Decreto nº 1.313 – que estipulava em 12 anos a idade mínima para se trabalhar. Segundo alguns autores, no entanto, tal determinação não se fazia valer na prática, pois as indústrias nascentes e a agricultura contavam com a mão de obra infantil, além de ser largamente empregada no trabalho doméstico.

Não se tem registro, até o início do século XX, do desenvolvimento de políticas sociais desenhadas pelo Estado Brasileiro. As populações economicamente carentes eram entregues aos cuidados da Igreja Católica por meio de algumas instituições, entre elas as Santas Casas de Misericórdia. No Brasil, a primeira Santa Casa foi fundada no ano de 1543, na Capitania de São Vicente (Vila de Santos). Essas instituições atuavam tanto com os doentes quanto com os órfãos e desprovidos. O sistema da Roda das Santas Casas, vindo da Europa no século XIX, tinha o objetivo de amparar as crianças abandonadas e de recolher donativos.[228]

A Roda constituía-se de um cilindro oco de madeira que girava em torno do próprio eixo com uma abertura em uma das faces, alocada em um tipo de janela em que eram colocados os bebês. A estrutura física da Roda privilegiava o anonimato das mães, que não podiam, pelos padrões da época, assumir publicamente a condição de mães solteiras. Mais tarde, em 1927, o Código de Menores proibiu o sistema das Rodas, de modo que os bebês fossem entregues diretamente a pessoas dessas entidades, mesmo que o anonimato dos pais fosse garantido. O registro da criança era uma obrigatoriedade desse novo procedimento.

Em 1923, foi criado o Juizado de Menores, tendo Mello Mattos como o primeiro Juiz de Menores da América Latina. No ano de 1927, foi promulgado o primeiro documento legal para a população menor de 18 anos: o Código de Menores, que ficou popularmente conhecido como Código Mello Mattos.

O Código de Menores era endereçado não a todas as crianças, mas apenas àquelas tidas como estando em "situação irregular". Definia já em seu Artigo 1º, a quem a lei se aplicava: "O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e prote*ção* contidas nesse Código. (Grafia original)".[229] Visava estabelecer diretrizes claras para o trato da infância e juventude excluídas, regulamentando questões como trabalho infantil, tutela e pátrio poder, delinquência e liberdade vigiada. O diploma legal revestia a figura do juiz de grande poder, porém o destino de muitas crianças e adolescentes ficava a mercê do julgamento e da ética do juiz.

É importante ressaltar que a implementação do Estado do Bem-Estar Social, no Brasil, repercutiu, mesmo que discretamente, na formulação das políticas sociais.

No entanto, foi no período dos governos militares que medidas mais impactantes foram adotadas para a área da infância e da adolescência, pois duas legislações foram elaboradas contendo indicadores marcantes da "doutrina de segurança nacional" vigente:

a) a lei que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Lei 4.513 de 1/12/64);

b) o Código de Menores de 79 (Lei 6697 de 10/10/79.

A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor tinha como objetivo formal formular e implantar a Política Nacional do Bem Estar do Menor, herdando do SAM prédio e pessoal e, com isso, toda a sua cultura organizacional. A FUNABEM propunha-se a ser a grande instituição de assistência à infância, cuja linha de ação tinha na internação, tanto dos abandonados e carentes como dos infratores, seu principal foco.

O Código de Menores de 1979 constituiu-se em uma revisão do Código de Menores de 1927, não rompendo, no entanto, com sua linha principal de arbitrariedade, assistencialismo e repressão junto à população infanto-juvenil. Essa lei introduziu o princípio de "menor em situação irregular", que reunia o conjunto de meninos e meninas que estavam dentro do que alguns autores denominam infância em "perigo" e infância "perigosa", o qual era colocado como objeto potencial da administração da Justiça de Menores. Observa-se que o termo "autoridade judiciária" aparece no Código de Menores de 1979 e na Lei da Fundação do Bem Estar do Menor, respectivamente, 75 e 81 vezes, conferindo a essa figura poderes ilimitados quanto ao tratamento e destino desta população.

Paralelamente, desde meados da década de 70, começara

a surgir, por parte de alguns pesquisadores acadêmicos, interesse em estudar a população em situação de risco, especificamente a situação da criança de rua e o chamado delinquente juvenil. A importância desses trabalhos hoje é grande pelo ineditismo e pioneirismo do tema. Trazer a problemática da infância e da adolescência para dentro dos muros da universidade, em plena ditadura militar, apresentou-se como uma forma de colocar em discussão políticas públicas e direitos humanos.

O trabalho do adolescente foi regulamentação em 17 de janeiro de 1981, por meio do Decreto nº 1.313, que estipulava a idade mínima para se trabalhar em 12 anos. Segundo alguns autores, essa determinação não era efetivada na prática devido ao grande número de indústrias e à agricultura que contavam com mão de obra infantil.

Mais tarde, surgem avanços e conquistas direcionadas à educação infantil com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A educação objetiva o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania.

A Constituição traz avanços em diferentes áreas do viver em sociedade, entre eles a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em 1990, Lei 8069/90. Insere as crianças no mundo dos Direitos Humanos, considerando-as como sujeitos de direitos.

Esses direitos reconheceram a criança como criança e não como adulto, assegurando-as em uma lei especial que deveria contribuir para inseri-las socialmente em uma forma cidadã.

O ECA, tentando ser ainda mais eficaz na defesa da criança e do adolescente, criou pioneiramente, no mundo, os Conselhos Tutelares, a fim de garantir as propostas contidas em seu texto e zelar pelo seu cumprimento.

Em seguida, surge a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional –LDB, em 1996, lei 9394/96, resultado da mobilização da sociedade que se articulou com o intuito de assegurar educação pública e gratuita para a infância.

## 3 O ECA E A ESCALADA DE CONDUTAS ANTISSOCIAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CRIMES GENERALIZADOS NOS ÚLTIMOS VINTE ANOS

Inicialmente, o ECA foi recepcionado pela sociedade brasileira como uma conquista visto que superou o Código Menores, instituto jurídico altamente repressor, de perfil positivista e que impôs aos adolescentes a doutrina da "segurança nacional" ditada pelo governo militar.

Ocorre que muitas circunstâncias derivadas da economia e da política interna e externa criaram um ambiente na sociedade brasileira propício ao incremento da criminalidade urbana, dentre elas a inserção no uso descontrolado de substâncias alucinógenas.

O agravamento das condições de vida da população brasileira transcorrido entre as décadas de 80 e início da primeira do século atual, aliado às novas condutas permitidas pelo clima de liberdade e democracia e os efeitos "colaterais" da intensa inserção da mulher no mercado de trabalho, modificaram as relações familiares, o modelo tradicional de família e o cenário urbano. Assim, ao lado da "euforia" com os novos tempos, a população brasileira assistiu à emergência desses dois fenômenos que viriam transformar intensamente a vida de todos: o uso de drogas e o incremento da criminalidade.

Tendo o primeiro como principal fonte do último, a drogadição atingiu em cheio os adolescentes que, seja pelo processo migratório, seja pela pauperização das classes menos favorecidas, aglomeraram-se em áreas de risco cada vez mais extensas no traçado urbano brasileiro.

Apesar da unanimidade dos especialistas que atestam a relação direta que existe entre consumo de drogas e criminalidade, os governos brasileiros em nível federal e estadual não têm dado a devida atenção que o problema requer.

Assim, em meio à criminalidade generalizada, que igualmente é agravada por falhas inaceitáveis dos mecanismos institucionais de controle (falência do sistema carcerário, impunidade, corrupção, falta de notificação judicial, etc), emerge a participação de crianças e adolescentes.

A falta de conhecimento da maioria da população acerca dos reais índices de participação dos menores na prática de atos infracionais[230], o sentimento generalizado de revolta pela impunidade reinante e a atuação de fato de alguns adolescentes (e até mesmo crianças) em algumas condutas tipificadas como crimes, além da divulgação televisiva extremamente sensacionalista, têm levado à população brasileira a criticar acidamente o ECA, considerá-lo excessivamente protetor, ao tempo em que propugna pela redução da maioridade penal e pela criação de penas duras para esse grupo.

É praticamente unanimidade entre os entrevistados o reconhecimento dos motivos que levam as crianças e os adolescentes à prática do crime: abandono em idade ainda muito tenra, famílias desestruturadas que não oferecem a proteção e os cuidados indispensáveis ao ser humano infantil, vítimas frequentes de espancamentos no seio da própria família, trabalho ilegal em condições muitas vezes desumanas e exploradas, vítimas de violência sexual originada na parentela e posteriormente de estranhos, na rua, afastamento efetivo da escola (embora quase sempre matriculados), dentre outros graves problemas que são obrigados a enfrentar.

Essa situação leva os profissionais que trabalham diretamente no atendimento de crianças e adolescentes a desenvolverem sentimentos de solidariedade, compaixão e tolerância em relação aos adolescentes infratores, pela conscientização de que muito mais do que algozes, as crianças e os adolescentes infratores provenientes de famílias de baixa renda são grandes vítimas do sistema social vigente no Estado e no País.

Depoimento concedido pelo Juiz José Tarcílio Sousa da Silva, quando titular da 4ª Vara da Infância e Juventude ainda em 2001, já indicava a origem dos atos infracionais cometidos por adolescentes:

> Tais atos infracionais são reflexos de uma sociedade **injusta** e que concentra renda, aliando-se a isso o fato do estado, em todos os níveis, não dispor de políticas eficazes para combater as carências da população, como **educação, habitação, saúde, segurança,** etc. O resultado disso é que cerca de **80%** dos adolescentes que cometem atos infracionais são provenientes de famílias

> que estão abaixo ou no limite da linha de pobreza.[231]

Tal situação não mudou. Nesse sentido, há o desejo de realização de justiça no sentido axiológico do termo, ou seja, da completa reestruturação das ações dos organismos públicos de atenção às famílias carentes, porque é lá que toda a problemática da delinquência infanto-juvenil gesta-se originariamente.

Foi nesse segmento que se constatou elevada crítica ao Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Tal instituto é o ordenamento instituído pela Lei 8.069/90, que substituiu o Código de Menores anteriormente existente. O ECA é uma conquista da sociedade brasileira porque consolidou formalmente a Doutrina da Proteção Integral, incorporada à Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, da qual o Brasil é signatário. Tal Doutrina, por sua vez, foi contemplada na Constituição Federal Brasileira de 1998, mas, infelizmente, como tantos outros princípios consagrados pela legislação, o que se observa é a existência de um grande hiato entre a vontade do legislador expressa na Lei e a realidade. As inúmeras dificuldades de se colocar em prática a Lei - derivadas muito mais de vontade política do que de possibilidades econômicas -, faz que se estabeleça, no Brasil, uma contradição de difícil solução. Em vez de se lutar para fazer-se cumprir a Lei, tenta-se desmoralizá-la e substituí-la por outra supostamente de mais fácil execução, sem, entretanto, priorizarem-se as análises das consequências mais profundas de tal mudança. Este pelo menos é tipicamente o caso do ECA, mal falado, desmoralizado e destituído de credibilidade na sociedade brasileira pela maioria das pessoas que, sequer, jamais tiveram nas mãos um exemplar do Estatuto. A maioria reproduz as impressões colhidas na mídia planfetária e sensacionalista, que se aproveita do grau insuficiente de conhecimento de expressivo segmento da população brasileira para ganhar pontos a mais de audiência, fazendo coro às afirmações de que o ECA é paternalista e que a Lei deve-se adequar à realidade. O Juiz José Tarcílio Sousa da Silva manifestou-se acerca do ECA e do preconceito que o circunda:

> A norma positiva contida no ECA veio instrumentalizar e materializar, os direitos e garantias de crianças e adolescentes. Quando se fala em **excesso** de proteção, certamente há um desconhecimento desses direitos e garantias os quais são constantemente violados. Por aí passam aos atos infracionais, pois na grande maioria dos casos, o adolescente infrator de hoje foi criança abandonada de ontem e teve todos os seus direitos acima violados, pois não foram reconhecidos pela sociedade, sendo esse adolescente, não só um **infrator,** mas também uma **vítima** do próprio sistema. Muitas vezes são expostos argumentos equivocados visando **modificar** a Lei para adequá-la a realidade, quando na verdade deveríamos lutar para modificar a nossa realidade em obediência à Lei.[232]

Assim, no imaginário popular brasileiro, difundiu-se, equivocadamente, a ideia de que o menor não se sujeita a, praticamente, nenhuma medida repressiva e que o Estatuto é instrumento "protetor de bandidos" ou estimulador da delinquência juvenil. Isso não é verdadeiro. Ocorre quem, em decorrência da natureza peculiar da criança e do adolescente que o caracteriza como ser em desenvolvimento, o ECA não prevê penas de caráter punitivo como o Código Penal que as estabelece para o adulto delinquente, mas determina medidas socioeducativas de caráter ressocializador. São seis os tipos de medidas previstas no ECA.

Com vinte e dois anos de vigência, o Estatuto não é um "código penal" mirim como muitos pensam, mas trouxe a noção de criança e adolescente como uma classe detentora de direitos que lhes são próprios e inerentes à sua condição de pessoas em desenvolvimento. Adota a doutrina da "proteção integral" em substituição à doutrina da "situação irregular" que orientava o antigo Código de Menores, garantindo à criança e ao adolescente direitos e condições prioritárias de atenção e proteção, delegando, para a satisfação desses direitos, responsabilidades hierarquizadas entre a família, a sociedade e o Estado. É nesse "eixo" de responsabilidades que se situam as causas primárias, secundárias e terciárias da inserção de crianças e adolescentes no mundo das condutas delitivas.

Precedente à prática de conduta antissocial, milhares de crianças e adolescentes são vítimas de omissão e negligência por parte da tríade hierárquica família, sociedade e Estado, desdobrando-se frequentemente em outras formas de violência sejam elas psicológica, física ou moral.

## 4 O CUSTO SOCIAL DO DESCUIDO PRIMÁRIO: OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA DO PODER FAMILIAR

A omissão caracteriza-se pela conduta na qual uma pessoa não faz algo a que seria obrigada ou para o que teria condições,[233] enquanto que a negligência decorre da omissão, quando o sujeito causador do dano deixa de observar seu dever de cuidado.[234]

Os dois conceitos disputam espaços no ambiente no qual estão inseridos crianças e adolescentes no Brasil. Aqui se privilegiará essas condutas (negativa e positiva) em relação ao poder familiar, sem, entretanto, deixar de mencionar as outras instâncias de proteção.

Há enormes abismos entre o que está tanto culturalmente arraigado no comportamento do poder familiar em relação aos filhos menores, quanto na legislação específica de proteção de crianças e adolescentes e às práticas dos agentes oficiais responsáveis em fazê-las serem cumpridas. Seja por ignorância, desamor, seja por indiferença, o fato é que a omissão e a negligência do poder familiar repercutem em custo social irresgatável. O Des. Liborne Siqueira argumenta que a desestruturação e o abandono da família são as fontes de todas as carências (materiais e emocionais):

> [...] pois 'É ali que construímos todos os aspectos cognitivos, morfológicos, fisiológicos, afetivos e emocionais da criança. A psicologia labora sua doutrina na compreensão do comportamento humano no seio da família. É na família que socializamos a criança projetando-a para a comunidade. A convivência familiar sadia é indispensável para modular o temperamento e instrumentalizar o caráter. Uma sólida estrutura familiar é o grande segredo da estrutura social.'[235]

No estudo realizado em Fortaleza-Ce, os dados indicam que à desestruturação familiar, que por si só já se desdobra em graves problemas para a formação da personalidade, somam-se o descuido (omissão) voluntário e involuntário, além da negligência. O primeiro, o descuido voluntário, ocorre em

diversas situações em que os pais ou responsáveis deixam de cumprir seu dever de guarda quando não interferem, quando deveriam e poderiam, em situação de risco em que crianças e adolescentes se envolvem: riscos de acidentes, domésticos ou nas ruas, falta sistemática à escola, alimentação insuficiente, indiferença às manifestações de doenças graves que podem acarretar sequelas vitalícias com o comprometimento da vida futura, inobservância de condutas suspeitas e amizades com adultos delinquentes ou pessoas inescrupulosas, descuido no uso das redes sociais da *internet* (em casa ou em *lan houses*), exposição a risco de abuso sexual, moral ou de integridade física e, especialmente, indiferença aos primeiros sintomas da drogadição. O descuido "involuntário" decorre da pobreza, configurando-se na situação em que o pai, a mãe ou o responsável se sente obrigado a sair para trabalhar e ter de deixar os filhos menores sozinhos ou sendo observados por vizinhos, que acabam por não cumprir tal função eficientemente. O depoimento de Josanne Alencar, assessora da delegada da DCA – Delegacia de Defesa da Criança e do Adolescente de Fortaleza, revela essa realidade:

> [...] muitos pais deixam seus filhos em casa, sozinhos, com contato direto com a vizinhança, que nem sempre se mostra uma boa influência, onde são influenciados a aderirem ao mundo do crime em troca de dinheiro fácil e rápido; essa facilidade possui seus riscos; começam a praticar crimes atuando como "laranjas"[236], meninas também participam dos mesmos crimes que os garotos, independente da sexualidade.[237]

Muitas crianças nascem sem que os pais tenham realizado qualquer planejamento familiar, e, em muitos casos, não existe nem mesmo uma família estabelecida como tem ocorrido, cada vez mais, em situações de gravidez de adolescentes, as quais não têm o menor preparo psicológico, nem suporte material para criarem os filhos. Os pais são muito mais ausentes e, depois que os filhos nascem, não assumem suas responsabilidades, não impetram qualquer cuidado para com eles sequer no sentido de alimentos, muito menos no de sobrevir à preocupação com formação "do berço", da escola e, posteriormente, com a formação social da criança.

A falta de estruturação familiar, casais com muitos filhos que nasceram sem qualquer planejamento e crescem em um ambiente em que as condições financeiras de seus pais não são suficientes para dar conta de tantas obrigações, muitas vezes acostumadas a um ambiente em que a mãe é totalmente submissa às ordens do marido ou que a mãe sustenta sozinha muitas crianças; natureza propícia a um ambiente em que a omissão e a negligência vão fazer-se presentes e a facilidade dessas crianças em entrar no submundo do crime é alargada indistintamente.

Observa-se que esses fatores em que pese serem mais frequentes em famílias de baixa renda não são exclusivos a elas, ocorrendo igualmente em muitas da classe A e B.

Uma das causas concorrentes para a desagregação familiar atual, que nem sempre está ligada à carência material, é o formato das novas famílias, nas quais as separações dos casais se desdobram em novas formações familiares, que nem sempre são adequadamente organizadas, desaguando em sentimentos de revolta, inveja, despeito, desamor, humilhação, inferioridade, insegurança e até mesmo medo, por parte dos filhos. Incrementa igualmente os "índices" de omissão em relação aos filhos o excesso de consentimento dos pais, ou seja, o alto nível de permissividade por comodismo em repreender.

A negligência configura-se em muitas situações. Nas famílias mais aquinhoadas, a disponibilidade exagerada de bens materiais como ocorre, por exemplo, quando os pais presenteiam os filhos menores de idade com veículos automotores. Constitui um risco e uma ilegalidade a condução sem habilitação, uma liberalidade excessiva para com adolescentes, que pode resultar em consequências gravíssimas para ele ou para outrem.

## 5 ESTADO E SOCIEDADE: COMPLETANDO O CICLO DO DESCASO

A violação de direitos de crianças e adolescentes tem seu ciclo complementado pela frágil atenção dispensada pelo Estado e pelas omissões por parte da própria sociedade. A primeira reflete-se em várias instâncias de insuficiência na prestação de serviços básicos essenciais como saúde e educação.

As escolas, sobretudo as públicas, não trabalham o fato de alertar os jovens para os perigos da vida fora da sala, não preparam os adolescentes no tocante ao fato da realidade social e suas consequências ao descumprimento de seus preceitos, estão muito mais preocupadas no conhecimento metódico que no conhecimento social. É de conhecimento generalizado o ambiente "poluído" das escolas públicas com a circulação de drogas, a frequência de alunos de comportamento repreensível e até mesmo antissocial que ameaçam colegas e professores, sem que haja a adoção de medidas enérgicas no seu combate. Há uma migração intensa e, em muitos casos, abandono de professores que desistem do magistério nessas escolas pelo alto risco que representam às suas integridades físicas e/ou patrimoniais.

Um dos problemas mais graves relativos ao desrespeito aos direitos de crianças e adolescentes pelo Estado refere-se às atribuições dos conselhos tutelares, previstas no ECA, em seu Título V, Capítulo I, art. 136, que determina:

> **Art. 136**
>
> São atribuições do Conselho Tutelar:
>
> **I** - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;
>
> **II** - atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII;
>
> **III** - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:
>
> a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;
>
> b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.
>
> **IV** - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;

> **V** - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;
>
> **VI** - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;
>
> **VII** - expedir notificações;
>
> **VIII** - requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário;
>
> **IX** - assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;
>
> **X** - representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;
>
> **XI** - representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder.

Após 22 anos de criação, em que pese no Estado do Ceará já ter sido constituído em todos os 184 municípios, a maioria dos conselhos tutelares funciona de forma bastante precária. A falta de capacitação dos conselheiros, de infraestrutura, transporte e até mesmo de equipamentos básicos para o trabalho, como telefone e computador com acesso a *internet*, impossibilitam o atendimento básico às crianças e aos adolescentes, bem como de suas famílias.

Em razão disso, propostas de reorganização desses conselhos são encaminhadas, mas, de acordo com Eulódio Neto, conselheiro por sete anos em Fortaleza e Presidente dos Conselhos Tutelares do Ceará por um mandato:

> [...] o projeto aprovado na Câmara Municipal 'não vai alterar em nada a situação. É uma forma de maquiar a realidade para dizer que estão cuidando das crianças e adolescentes'. Segundo Elógio, que atualmente é membro do Fórum Nacional dos Conselhos Tutelares do Estado do Ceará – FNCT/CE, "falta vontade política dos gestores do estado e municípios", pois não possuem estrutura para garantir os direitos, "é um sistema de garantias falido", disse. Ele lembra que em 2009 foi protocolado no gabinete de Ivo Gomes, Chefe de Gabinete do Governo, um relatório da situação das crianças e adolescentes que vivem em risco no Ceará, mas, segundo Eulógio, nunca houve convocação de qualquer reunião para discutir o assunto.[238]

Os problemas estruturais influenciam igualmente a omissão e negligência de muitos conselheiros, visto que o ECA, remetendo ao princípio da cooperação social, estimula a ocorrência de denúncias, responsabilizando civil e criminalmente àquelas pessoas que são omissas ou negligentes ante a observação de abusos e maus-tratos contra crianças e adolescentes. No entanto, depoimentos colhidos junto à população indicam que tais iniciativas, muitas vezes arriscadas e constrangedoras porque envolvem vizinhos, parentes e até amigos, nem sempre são objetos de atenção por parte do Conselho Tutelar acionado. Em outras situações, os conselheiros até visitam o local onde ocorreu a violação – geralmente de maus-tratos e abuso sexual -, mas se convencem com frágeis justificativas do agressor e não dão o devido encaminhamento, perpetuando, assim, a situação de violação. Há depoimentos que denunciam ter o fato ocorrido reiteradas vezes, redundando, ainda, em hostilidades, inimizades e até ameaças por parte do agressor contra o denunciante.

## 6 CONCLUSÃO

A família é a base do Estado, nela reside o berço da humanidade, apresenta-se como o núcleo fundamental de desenvolvimento do ser enquanto pessoa humana e estabelece vínculos que jamais deveriam ser rompidos porque são essenciais à formação e à sustentabilidade de uma vida plena.

A família é a entidade responsável por transmitir as primeiras lições de aprendizado, valores, princípios, formação pessoal e social, é a instituição de crescimento e participação das pessoas na vida em grupo, que deve marcar as convicções do respeito ao próximo e da dignidade da pessoa humana.

Por ser a primeira instituição que o ser humano conhece, a família possui papel decisivo na formação do caráter social de crianças e adolescentes, na qual os pais são responsáveis em ensinar as primeiras noções de educação aos filhos.

O estudo desenvolvido evidenciou que muitas crianças e adolescentes na cidade de Fortaleza não possuem um núcleo familiar que lhes possibilite o pleno desenvolvimento da personalidade, contribuindo decisivamente tal ambiência para a inserção na drogadição e consequente marginalização.

A omissão e negligência do poder familiar, ao lado das carências da prestação protetiva do Estado, e a indiferença e ação destruidora da dignidade humana de crianças e adolescentes causadas pela própria sociedade, colocam esses seres em condições prioritárias de vitimização. Tal fato se desdobra como uma "bola de neve" em consequências cruéis para suas vidas, na razão em que, quase sempre sem alternativas de vida digna, acabam sendo influenciados ou mesmo "empurrados" precocemente para o mundo da prática de atos infracionais primeiro, em seguida dos crimes, ao atingirem a idade adulta.

O sentimento de solidariedade manifestado por profissionais que lidam no dia a dia com crianças e adolescentes em situação de risco, ou que já se inseriram na prática de atos infracionais, contrasta com o sentimento social generalizado de revolta e desejo de vingança em relação a esse segmento populacional.

É que aqueles conhecem de "perto" a realidade que crianças e adolescentes advindas de lares desestruturados enfrentam, não absorvem como "esponja à água" as opiniões sensacionalistas da mídia quando ocorre algum fato criminoso envolvendo criança ou adolescente. São vítimas do desequilíbrio familiar que vem aliado a questões econômicas e sociais; ou ainda pela influência do modelo econômico capitalista que tanto valoriza o consumismo exacerbado; pela falta de instrução dos pais; pelas transformações históricas acerca do papel feminino no lar e em toda a sociedade, pelo surgimento de outro tipo de família decorrente dos sucessivos divórcios; pelo alcoolismo ou pelo uso de drogas, esse último apontado como a principal consequência da desatenção familiar.

Os menores tendem então a procurar na rua a supressão das carências de suas famílias e enfrentam outra fonte de

degradação: os aproveitadores, pessoas inescrupulosas que os conduzem ao mundo do crime.

Os mecanismos institucionais legais sejam os constitucionais ou infraconstitucionais, como o ECA, não é que sejam insuficientes, mas não são cumpridos. Falham as instituições formadoras, como as escolas; as protetoras, como o sistema de saúde e de assistência social, controladoras e as repressoras, bem como as instâncias judiciais tanto na repressão aos agentes omissos, negligentes e agressores em todos os níveis de crianças e adolescente, como no controle e na repressão adequados – como determina o ECA - ao próprio adolescente infrator.

Outro componente que necessita de reformas amplas e urgentes é o complexo de abrigo e institutos "ressocializadores" que devem ser adequados ao fim proposto, quando o sistema familiar entra em crise. O quadro atual é insustentável visto que a maioria não dispõe de estrutura física adequada, profissionais de acompanhamento médico, psicológico, educação profissional e área de lazer.

Por outro lado, indo de encontro aos depoimentos dos profissionais da área de atenção à criança e ao adolescente, percebe-se com clareza a generalização da opinião pública em sentido contrário, no sentido do desejo de recrudescimento do poder público de polícia, força e punição dos menores infratores.

Nesse sentido, emana um sentimento de justiça pré-mediveal conclamando por soluções de curto prazo que, invariavelmente, remetem a ações mais repressoras e até violentas em relação ao menor infrator. Sugere-se a adoção de medidas extremas, como desterro, confinamento prolongado, vingança pessoal ou que vitime familiares no estilo primitivo "dente por dente e olho por olho", tortura e execução sumária.

O que se defende não é um sentimento de compaixão generalizado em relação aos adolescentes, mas um efetivo cumprimento do ECA e não sua suspensão, uma atenção realmente protetora, mas igualmente repressora na medida prevista no Estatuto. Enquanto isso não acontecer, a sociedade vai continuar assistindo ao embrutecimento dos nossos infantes e a reprodução incontrolável de adultos cada vez mais inseridos no mundo do crime. Perdem, assim, a família, o Estado e a própria sociedade.

## REFERÊNCIAS


ALVES, Esmeli Silva. Infância e Juventude**:** um breve olhar sobre as políticas públicas no Brasil. **Udesc.** Disponível em: <http://www.periodicos.udesc.br/index.php/linhas/article/viewFile/1298/1109>. Acesso em 2 abr, 2012.

ARAÚJO, Denilson Cardoso; COUTINHO, Inês Joaquina Sant'Ana dos Santos. 80 Anos do Código de Menores: Melo Matos, a vida que se fez lei. **Jusnavigand**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10879/80-anos-do-codigo-de-menores>. Acesso em 28 abr. 2012.

BITECOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Parte Geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1988-1991, v.1.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Interpretação:** Uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

CARDOSO JUNIOR, José Celso; JACCOUD, Luciana. **P**olíticas sociais no Brasil: organização, abrangência e tensões da ação estatal. **Florencio Augusto**. Disponível em: <http://florencioaugusto.com/documentos/pol_ticas_sociais_no_brasil.pdf>. Acesso em 23. Fev. 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** - Parte Geral. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLINGER, Marianna. Serviço Jovem, Uma política de prevenção e alternativas ao envolvimento de jovens na violência urbana no Brasil. **Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, p.5-12, jan 2005.

QUEIROGA, Raimundo Luiz. O menos infrator e a eficácia das medidas socioeducativas. **JUS Navigandi**. Disponpivel em: http://jus.com.br/revista/texto/4584/o-menor-infrator-e-a-eficacia-das-medidas-socio-educativas, Acesso em: 28 abr. 2012.

SIQUEIRA, Liborne. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Forense, 1991, p. 63

TOBACE, Ewerthon. Depois de dez anos, brasileiros deixam topo do ranking de criminalidade estrangeira no Japão. **BBC Brasil**. Disponível em: <www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/02/120224_brasileiros_crime_japao_mv.shtml>. Acesso em: 28 abr. 2012.

# A REFORMA POLÍTICO-PARTIDÁRIA E A DEMOCRACIA: UMA DISCUSSÃO ACERCA DO FINANCIAMENTO PÚBLICO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS

*Heyde Medeiros Costa Lima, autor*[34]
*Jânio Pereira da Cunha, professor orientador*[35]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Breve panorama das tentativas de Reforma Política no Brasil; 2.2 Financiamento Público de Campanhas Eleitorais e o Princípio Constitucional da Isonomia; 2.2.1 Fundo Partidário; 2.2.2 Democracia e Governabilidade: Institutos Antitéticos do Poder. **3 METODOLOGIA. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERENCIAS.**

## RESUMO

O presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica, aborda a questão das possibilidades de Reforma Política no Brasil, com o fito de maximizar o exercício da soberania popular e difundir o pluralismo ideológico, a partir de ponderações históricas das instituições políticas brasileiras. Para o aperfeiçoamento da democracia, instituto visado pela Reforma Política, foi importante perscrutar a realidade nacional, estudando a representatividade e a necessidade de promover as minorias no Poder. Para dar dimensão específica a essa reforma, foi aqui tratada a problemática da implantação do financiamento público das campanhas eleitorais com suas particularidades no caso brasileiro. Analisou-se, também, a situação dos partidos políticos e algumas de suas regulamentações constitucionais, como o Fundo Partidário. Ademais, buscou-se identificar os percalços do sistema eleitoral brasileiro, sobretudo a corrupção, e meios para minimizar algumas dessas práticas antidemocráticas. Por fim, aqui foram analisados os impactos do financiamento público no Sistema Político Brasileiro, especialmente na relação de governabilidade entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

**Palavras-chave:** Reforma Política. Financiamento Público. Fundo Partidário. Partido Político. Governabilidade.

34 Graduando em Direito na Faculdade Christus. Bolsista de pesquisa do Programa de Iniciação Científica da mesma faculdade. Endereço eletrônico: heyde_lima@hotmail.com

35 Professor orientador do presente artigo. Professor de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado e Ciência Política da Faculdade Christus. Mestre e Doutorando pela Universidade de Fortaleza. Endereço eletrônico: janiopcunha@ig.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 promoveu grandes mudanças políticas, assegurando, especialmente, os direitos democráticos. Estabeleceu, também, diretrizes para mudanças posteriores, como o plebiscito que permitiu aos eleitores escolher a forma e o sistema de governo. Em contrapartida, percebe-se que, em face dos inúmeros problemas que comprometem a lisura do aparelho político brasileiro, tais diretrizes constitucionais se mostram insuficientes.

Conquanto a Assembleia Nacional Constituinte tenha legislado a favor da democracia e da transparência, ainda não é possível verificar efeitos plenos no que concerne à ruptura do dogmatismo político[239], sustentado por políticos que se beneficiam de um sistema estático, dando-lhes praticamente cadeira cativa no aparelho estatal. Dessa forma, é preciso suplantar certos preceitos políticos omissos, aplicando uma dialética capaz de rever as falhas do sistema governativo brasileiro, garantindo, por conseguinte, os avanços sociais e econômicos do País.

Pelo exposto, pode-se afirmar que os cientistas políticos e os grandes estudiosos do Direito Constitucional são versados consensualmente no que tange à necessidade de se realizar mudanças na engenharia político-partidária brasileira, transformações essas capazes de aprimorar a democracia e dificultar, ainda mais, ações corruptas de alguns dos representantes públicos.

Em verdade, o que mais se debate é a profundidade e o conteúdo dessas modificações. Para alguns, elas devem ser pontuais, isto é, devem modificar apenas detalhes do cenário atual. Para outros, no entanto, faz-se mister realizar uma reforma profunda, alterando as bases da legislação eleitoral. Aqueles que defendem apenas uma reforma parcial se fundamentam no fato de que a democracia brasileira, em tese, é uma das mais avançadas do mundo, restando, portanto, apenas cumprir o que já está positivado, além de fiscalizar rigorosamente os atores políticos. Já aqueles que apoiam uma reforma ampla, por sua vez, sustentam-se na ideia de que medidas paliativas não trarão alterações significativas, devendo haver, assim, uma contemplação mais abrangente no que se refere aos conceitos de evolução da conjuntura política do Brasil.

De todo modo, para que haja uma reforma capaz de alcançar seus objetivos, as três grandes faces do prisma político devem ser analisadas, ou seja, a representatividade, a equidade na competição eleitoral e a governabilidade.

No tocante à representatividade, questiona-se quão bem as minorias estão sendo representadas, haja vista nosso atual sistema eleitoral de lista aberta de candidatos. Além disso, o fato da intensa permuta partidária após as eleições impele a, no mínimo, ponderar quais interesses e ideais estão sendo deveras representados.

Quanto à equidade nas disputas eleitorais, a grande discussão gravita em torno de como as campanhas deveriam ser

financiadas. Em uma democracia plena, os mais variados partidos não deveriam ter iguais chances de chegar ao Poder? Para garantir essa igualdade, não seria o financiamento público perfeitamente exequível? É possível encontrar pessoas – parlamentares especialmente – digladiando-se a fim de determinar o que é ter, de fato, **iguais chances**.

Ainda nesse prisma, a seara da governabilidade é a mais hercúlea de ser analisada. É fato que governabilidade e democracia são inversamente proporcionais. O pluralismo político, obviamente, é fundamental na democracia, ainda que cause dissenso. Falar em democracia e pluralismo, contudo, não explica a morosidade legislativa que diversas minorias eleitas podem causar, caso não haja um consenso. Destarte, discutir-se-á bastante aqui a importância de equilibrar uma reforma com tais institutos do Poder.

Em verdade, muitas são as problemáticas oriundas do atual sistema político nacional. Assim sendo, tratar-se-á aqui de possíveis soluções para o caso brasileiro, a partir da evolução histórica das instituições representativas e eleitorais, a fim de que não mais reincidam os equívocos outrora cometidos.

Além disso, diante da necessidade do fortalecimento dessas instituições e, em última estância, do aperfeiçoamento da democracia brasileira, impõe-se uma reflexão aprofundada, sempre à luz da Constituição, das propostas de reforma política e eleitoral, em especial das referentes ao financiamento público dos pleitos eleitorais.[240]

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Breve panorama das tentativas de Reforma Política no Brasil

Reforma política é algo profundo, que mexe com as raízes mais afixadas de um regime nacional. O contexto histórico da política brasileira apresenta uma série de modificações, não descartando a possibilidade das alterações apenas aparentes. Não podemos, portanto, qualificar qualquer modificação no roteiro político do País como sendo sinônimo de reforma, pois existiram, e a ainda existem, mecanismos que maquiam uma aparente realidade.

Há de se ressaltar, por oportuno, que o cronograma da história política brasileira é permeado por uma série de corrupções pontuais as quais subsistiram sem uma censura devida. Daí surgem as noções de impunidade e indisposição para novas remodelações no estrito âmago político, porém, na maioria das vezes, parte da população mantém-se enganada ou indiferente a novos projetos de alteração.

Trazendo à baila o período do Regime Militar, descortina-se uma modernização conservadora[241], cujas influências reverberaram profundamente na sociedade de então, como bem assevera o historiador Boris Fausto:

> Embora o poder real se deslocasse para outras esferas e os princípios básicos da democracia fossem violados, o regime quase nunca assumiu expressamente sua feição autoritária. Exceto por pequenos períodos de tempo, o Congresso continuou funcionando e as normas que atingiam os direitos dos cidadãos foram apresentadas como temporárias[242].

Desta feita, percebe-se como a participação popular, exigindo uma reforma nos rumos políticos do País, já se fez necessária em períodos cruciais da história. Por outro lado, sabe-se do abismo que ainda separa o povo das próprias decisões as quais, de direito, deveriam ser democráticas. Por isso são de fundamental importância as mudanças na mentalidade e nos próprios costumes, já que grande parte das atitudes arbitrárias é auferida a partir da "experiência do mando e do favor, da exclusão e do privilégio".[243]

No que tange às tentativas de reforma, muitos são os embargos existentes. Quando se refere à população brasileira no seio deste problema, percebe-se que, na maior parte do tempo, faz-se presente iniciativas ineptas (ou, até mesmo, a ausência de atitudes), pelo simples fato de muitos não possuírem, de forma bastante clara e acessível, as informações necessárias ao aprimoramento do seu discernimento político.

Evidencia-se, de igual forma, flagrante descaso com as tentativas de reforma política brasileira ao mencionarmos, exemplificativamente, o Projeto de Lei nº 2679/2003.[244]O citado projeto, em síntese, foi, consecutivamente, apensado a dois novos Projetos de Lei e, posteriormente, arquivado. O pedido de desarquivamento foi indeferido em face da proposição do arquivamento definitivo do projeto.

Há de se perceber, a partir desse exemplo, o quão difícil permaneceu as propostas de reforma na política brasileira. Quando se questiona, nesse caso, deliberações que foram entravadas sem, ao menos, serem submetidas à votação em plenário, nota-se a enorme tessitura de decisões que exigem remodelações iminentes, mas que permaneceram inertes devido à improbidade de certos representantes públicos. Acrescente-se a esse enredo de dificuldades à implantação de um sistema eleitoral límpido, o fato de a Lei que rege o atual Código Eleitoral, Lei nº 4737/65, ter sido instaurada perante uma urdidura de privações e alienações políticas: o período da Ditadura Militar.

O atual Código Eleitoral provém do mesmo contexto histórico dos autoritários Atos Institucionais, os quais simbolizam o auge da repressão política. Apesar de o quinto Código Eleitoral brasileiro ter sofrido várias modificações e de diferir, razoavelmente, de sua forma inicial, não se pode deixar de contrastar que, na mesma época em que desabrochou o atual Código Eleitoral – o qual, dentre outras atribuições, deveria garantir a democracia brasileira a partir dos direitos de representação política dos eleitores – também foi entabulado o AI-2 – "que conferia mais direitos ao presidente para cassar mandatos e direitos políticos, extinguia todos os partidos políticos existentes, criando apenas dois: ARENA e MDB."[245]

Ressalta-se, sem mais delongas, que, analisando os rumos históricos percorridos pela política brasileira, os aportes teóricos que dão maior credibilidade às tentativas de reforma não podem constar em uma contextura **quimérica**, ou seja, irrealizável. As mudanças devem ser buscadas a partir da comparação entre o que foi e o que poderá ser, partindo do diálogo confrontado entre o presente e o passado, procurando estabelecer padrões futuros de melhora, a fim de dar alardes à tentativa de fortificação dos direitos políticos de cada cidadão brasileiro.

### 2.2. Financiamento público de campanhas eleitorais e

**o princípio constitucional da Isonomia.**

Quando a democracia foi idealizada na Grécia Antiga, não se concebia a ideia de representatividade. Para os gregos, o pensamento de cada cidadão deveria constar na pauta de deliberações e, a partir disso, atingir-se-ia uma decisão. No entanto, em face da grande extensão territorial dos países e do enorme contingente populacional, é bastante improvável implantar, nos dias atuais, uma democracia direta. Assim, a representatividade emergiu em períodos revolucionários em que camadas sociais inferiores estavam imbuídas do desejo de terem seus ideais representados e, consequentemente, por ora atendidos. Perceptivelmente, a representatividade está consolidada nas ditas democracias ocidentais, mas os ideais que fundamentam o surgimento de partidos políticos, peças-chave no sistema representativo, estão comprometidos por outros interesses que não ideológicos, especialmente no Brasil.

Partido político pressupõe uma agremiação em que prevalece um pensamento genérico comum e que, a partir dele, ocorrerão as decisões tomadas por políticos adeptos desse partido. No Brasil, sabe-se que, por assim não acontecer, os partidos "moldam" seus paradigmas para permanecerem no cenário de atuação e findam gravitando em torno de partidos maiores.

No âmbito de Reforma Política, um grande passo já foi dado para tentar consolidar as convicções partidárias, qual seja a garantia da fidelidade partidária por entendimento jurisprudencial, com efeitos de perda de mandato para os parlamentares infiéis. A inércia legislativa, diante de um caso tão importante, tornou a decisão do Tribunal Superior Eleitoral imprescindível, já que a intensa migração partidária gerava instabilidade no Poder Legislativo e criava obstáculos para a consolidação do sistema partidário.[246]

Esse prognóstico, que aqui não convém aprofundar, revela que os valores de cada partido político, sustentados durante o pleito, tenderão a manter-se no percurso dos mandatos. Por isso, julga-se pertinente analisar o percalço do sistema político brasileiro desde sua origem, qual seja o processo eleitoral.

Verifica-se, assim, que o primeiro ponto a ser combatido é a corrupção, prática, infelizmente, arraigada no cenário político do Brasil. Renato Janine Ribeiro descreve com precisão o que ocorre atualmente:

> [...] em nossos dias cresce uma corrupção pós-moderna. Esta não é um furto aos cofres públicos efetuado por indivíduos ou classes *gananciosos*. É, em seu cerne, uma corrupção fruto da busca do *poder pelo poder*, que portanto se autoalimenta, porque a praticam grupos que têm por finalidade principal reeleger-se, assim necessitam de recursos pingues para serem competitivos nos próximo pleito.[247]

Destarte, é imprudente afirmar que uma eleição não perpassa pelo poder econômico, haja vista a influência da economia não só no processo eleitoral, mas em todo o Direito. Para Ferdinand Lassalle, existe uma força ativa, dentro de cada sociedade, que influencia as leis e as instituições jurídicas vigentes. Nessa perspectiva, é evidente que o poder econômico constitui, à luz desse autor, essa força, denominada de *fator real de poder*[248]. Assim, é válido frisar que "não há como deixar de reconhecer que a relação entre dinheiro, campanhas eleitorais e partidos políticos atinge a todas as sociedades que formalmente aceitaram as regras da democracia".[249] Deve-se, pois, analisar o modo como haverá essa relação, com o fito de zelar pela lisura do processo eleitoral e promover as ideologias partidárias. Em face dessa problemática, cogita-se nas propostas de reforma política a implantação do financiamento público de campanhas no nosso sistema eleitoral.

Quando se analisa a situação brasileira, percebe-se que a corrupção no sistema eleitoral tem ganhado amplitude notória. O poder econômico nas campanhas eleitorais interfere diretamente no princípio de igualdade dos partidos, fato que, de certa forma, reflete negativamente na soberania popular, seja na compra de votos, seja nas doações **bondosas** em tempos de eleição, seja nas campanhas ruidosas que tudo prometem resolver no subsequente quadriênio.

O financiamento público de campanhas, à primeira vista, "é uma salvaguarda do princípio isonômico [igualdade de todos perante a lei] e um meio de coibir o abuso do poder econômico nas eleições",[250] em outras palavras, é uma forma admissível de se conter os ímpetos potestativos daqueles que se utilizam de mecanismos corruptos em pleito eleitoral.

O financiamento público dispõe de mecanismos que podem propiciar requisitos igualitários entre os candidatos, já que, teoricamente, todos iriam dispor de um mesmo montante para a campanha. Além disso, promoveria uma disputa mais justa, em que o poder de convencimento do eleitorado seria peça-chave para o triunfo do candidato, e não uma vitória promovida por aquele que conseguiu angariar ofertas mais expressivas de cunho privado.

É fato que partidos políticos são entidades de direito privado e que, a princípio, não deveria haver intervenções estatais. Por isso, são livres para convencionar seus estatutos e defender as suas bandeiras. No entanto, sua vocação é exclusivamente pública, isto é, a razão de existência de um partido é representar ideais na ordem pública. Então, o que aqui se propõe é garantir que a vontade popular seja exercida plenamente nos termos da Lei Maior. Ademais, investir em um sistema em que todos os partidos tenham iguais chances de demonstrar suas ideologias seria um enorme avanço para a democracia.

Ainda nessa diretriz, é patente a tentativa, por meio do financiamento público, de homologar a independência dos candidatos em contraponto à influência do poder econômico. Como aduz Hervé Trnka:

> [...] a ajuda pública aos partidos políticos constitui, evidentemente, o aspecto novo da regulamentação das relações do dinheiro e da política. Ela possui um certo número de objetivos e deve responder a um certo número de imperativos. Os objetivos são **a independência e a liberdade dos partidos** que, em face das necessidades financeiras, não devem se submeter a uma dependência para fazer cessar a falta de meios.[251]

Em outros termos, a melhor forma de se justificar as hipóteses aventadas em prol do financiamento público dos

partidos é contestar os principais argumentos favoráveis ao financiamento privado de campanhas.

Assim, a preferência pela manutenção do atual sistema privado de financiamento dos partidos fundamenta-se em ideias restritas como a de que o Brasil não direciona recursos suficientes para investir nos direitos sociais, tornando inviável destinar altas somas ao custeio do processo eleitoral.

Tais levantamentos, contudo, estão travestidos de opiniões herméticas que desconsideram os vultosos gastos feitos com a corrupção, sustentados, inclusive, pelo financiamento privado das campanhas eleitorais:

> Dados da organização Transparência Internacional e projeções da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) revelam que, no cenário mais otimista, o Brasil responde por 26% de todo o dinheiro movimentado pela corrupção no mundo. Na pior hipótese, esse índice alcança 43%. Enquanto as perdas médias globais anuais com o problema giraram perto dos R$ 160 bilhões nos últimos seis anos, o prejuízo nacional pode ter chegado a R$ 70 bilhões por ano — ou 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB).[252]

Os mais céticos ainda levantam a hipótese de que o financiamento público alardearia maiores incentivos à forma clandestina de financiamento privado, sem conseguir eliminar a pressão do poder econômico.[253] Não há como se promover, entretanto, mudanças efetivas dentro dessa contextura de financiamento público, sem asseverar formas que instrumentalizem e garantam a transparência desse processo.

Obviamente, extirpar a corrupção de um país é tarefa utópica. Elaborar meios, contudo, para evitá-la é absolutamente necessário. Portanto, impende lembrar que, sem mecanismos severos de fiscalização, o financiamento público correria os mesmos riscos do financiamento privado, ou seja, ficaria propenso a ruir diante das abundâncias genesíacas de corrupção.

### *2.2.1 Fundo partidário*

O título II da Carta Magna de 88 dispõe sobre os Direitos e as Garantias Fundamentais. Entendem-se os Direitos Fundamentais como normas jurídicas axiológicas que dão base a todo ordenamento jurídico e que têm por premissa garantir a dignidade da pessoa humana e a limitação do poder estatal.[254] As disposições que asseguram a existência dos partidos, além de outros requisitos para seu funcionamento, encontram-se inseridos no título acima citado, tamanha a importância dos partidos políticos para a manutenção da democracia.

Precisamente no § 3º do Art. 17 da Constituição Federal[255], o legislador originário previu a existência de um fundo partidário, que deveria ser regulamentado por lei infraconstitucional. Assim sendo, utilizando-se de uma interpretação mais teleológica, pode-se afirmar que o constituinte decidiu promover uma ajuda financeira aos partidos para que pudessem sustentar suas bandeiras, com menos riscos de sucumbirem sem, ao menos, terem a oportunidade de chegar ao Poder. Para alguns, o Fundo Partidário é até mesmo o embrião do financiamento público de pleitos eleitorais.

Guardando as suposições e atendo-se aos fatos, o Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, o Fundo Partidário, é formado por dotações orçamentárias da União, multas, penalidades, doações e outros recursos financeiros que lhes forem atribuídos por lei. Esse montante, procedente tanto do setor privado como do setor público, é administrado pelo TSE, regido pela Lei nº 9096/95, e são repassados aos partidos mensalmente. Em seu Art. 41A[256], tal lei prescreve que apenas 5% dos recursos arrecadados serão destinados a todos os partidos registrados no TSE, enquanto 95% serão distribuídos aos partidos proporcionalmente aos votos que estes receberam para a Câmara dos Deputados na última eleição.

Ao todo, no ano de 2011, somadas as quantias provenientes das multas e dos duodécimos, o valor arrecadado para o Fundo foi de R$ 307.317.749,00. No entanto, o que mais assusta não é o valor absoluto da quantia, mas a discrepância entre o partido que mais recebeu [R$ 51.072.690,48] e o que menos recebeu [R$ 144.472,59].[257]

Desse modo, há de se salientar que a distribuição do Fundo Partidário constitui uma grave ofensa ao princípio da isonomia, visto que seus objetivos básicos são, dentre outros, garantir a manutenção das sedes e dos serviços dos partidos e financiar a propaganda doutrinária e política, previstos na própria Lei nº 9096/95.[258] O que não pode ocorrer, de fato, dado a imensa dissonância entre os montantes recebidos. Pode ser ousado, mas é válido afirmar, portanto, que parte da referida lei é inconstitucional por estabelecer diferenças entre partidos sem fundada razão, ferindo a igualdade material prevista na Constituição.

Além da ofensa a um princípio basilar do ordenamento jurídico, o repasse do Fundo Partidário gera um tendente ciclo *ad infinitum*, pois os partidos que já estão no Poder receberão mais e, por conseguinte, terão mais chances de lá permanecer.

Ao perscrutar a realidade política brasileira, percebe-se que muitos são os entraves para o aperfeiçoamento da democracia. O Fundo Partidário, do modo como atualmente é regulado, não será um embrião para o financiamento público dos pleitos eleitorais, mas um meio institucional de privilegiar a maioria que já está no poder, reduzindo as chances das minorias também chegarem.

### *2.2.2 Democracia e Governabilidade: institutos antitéticos do poder.*

Ao analisar a difusão do pluralismo político-ideológico tão almejado pelo financiamento público dos pleitos eleitorais, é de imprescindível apreciação os impactos provocados no sistema político, em especial na governabilidade. Para alguns críticos mais severos, a governabilidade que os últimos Presidentes da República gozaram é baseada em **troca de favores**.[259] Para outra corrente, o que ocorre aqui é um fenômeno tendente nos países democráticos: governo de coalizão. Nessa conjectura, o chefe de governo precisa de apoio de outros partidos para poder conseguir lograr êxito nas suas medidas políticas. É sabido que, em qualquer regime democrático de direito, não há governo sem diálogo. Quanto mais houver interesses envolvidos, mais custoso é o

processo de negociação e mais difícil o controle dos atores envolvidos.[260]

Por isso, a boa relação entre o Poder Executivo e o Legislativo é essencial para o avanço de leis, mas há de se notar que aqui, há algum tempo, boa parte dos parlamentares assumem uma posição extremamente governista, em detrimento de uma oposição bem articulada. Por assim ocorrer, muitos assuntos de grande importância social deixam de ser debatidos porque, em determinadas situações, o Congresso Nacional torna-se uma extensão dos interesses do Governo.

O dissenso, a discussão em plenário, que deveria ocorrer frequentemente no Congresso Nacional, torna o jogo democrático mais rico e interessante para os diversos grupos que integram uma sociedade. No entanto, como foi dito outrora, governabilidade e democracia são institutos inversamente proporcionais. Quer-se tanto promover a democracia, por meio de uma Reforma Política, mas a governabilidade é essencial para o avanço político, social, econômico e jurídico de um país. É necessário, portanto, que haja um equilíbrio.

Como solução para esse dilema, trazendo à baila novamente o financiamento público, pode-se afirmar que esse evento poderia ocasionar, a longo prazo, o fortalecimento dos Poderes, especialmente do Legislativo, já que os atores políticos não ficariam tão dependentes de alianças duvidosas para o pleito seguinte, pois contariam todos com o mesmo montante financeiro, nem ficariam tão receosos de ir contra os interesses do Governo.

A partir daí, então, atingido certo nível democrático, os mais diversos grupos sociais representados poderiam reivindicar seus interesses e lutar pela sua inclusão social. Em contrapartida, quando os interesses deixassem de ser meramente setoriais e passassem a envolver planos nacionais, um governo de coalizão, leia-se um governo de diálogo, seria uma solução plenamente viável tanto para equilibrar aqueles institutos dicotômicos quanto para promover os avanços no País.

## 3 METODOLOGIA

O presente trabalho utilizou-se do método qualitativo de pesquisa, a partir de levantamento bibliográfico com o escopo de obter uma base teórica dos acontecimentos históricos no Brasil, além de outros acontecimentos que compõem o cenário político atual. Foram analisados diversos autores, com os mais variados pensamentos acerca de uma reforma política no Brasil, a fim de tornar a discussão mais ampla e notória.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reforma Política é um termo abrangente que envolve uma série de intervenções em um sistema político com um propósito maior: promover ao máximo o exercício da soberania popular. Reformar significa, em tese, aprimorar aquilo que já existe ou restaurar o que já está fatigado. Analisando nessa perspectiva, o sistema político brasileiro, em alguns pontos, é avançado em comparação com de outros países, precisando apenas de algumas melhorias, enquanto, por outro lado, já demonstra grandes fissuras no que tange ao máximo exercício da soberania popular. Por exemplo, o Fundo Partidário é uma previsão constitucional extremamente avançada, contudo precisa apenas ser mais bem distribuído, ao passo que o Código Eleitoral, nascido em meio à Ditadura Militar, já se encontra desgastado e precisa de grandes remodelações.

Uma das grandes modificações aqui versada foi a implantação do financiamento público de campanhas eleitorais. Nesse contexto, promover-se-ia maior independência dos partidos políticos, maior difusão das ideologias partidárias e, por fim, o aprimoramento da democracia. Não seria conveniente dizer, porém, que esse evento fomentaria o fim da corrupção. Essa vicissitude impregnará sempre a condição humana. Ser humano significa ser potencialmente passivo de corrupção.

Em meio ao desequilíbrio político que o financiamento público poderia ocasionar com tantas minorias eleitas, encontra-se um governo de coalizão para garantir o diálogo e os avanços no plano nacional.

Em face de todas as situações aventadas, podem-se obter algumas conclusões. Primeiramente, o que se precisa é de um Estado mais ágil e eficaz; uma Administração que prime pela cidadania e pela qualidade de seus serviços; e a Política como exercício da soberania popular, comprometendo-se com uma ordem social embasada de justiça e ética sociais.[261] Além disso, é necessário que a população em geral se manifeste em favor da democracia, reivindicando mudanças que julguem positivas. Afinal o poder emana do povo e, em seu nome, deverá ser exercido. Por fim, é imprescindível para um país que seu povo saiba escolher cautelosamente seus representantes. Max Weber assevera sabiamente que não teria se atingido o possível se não houvesse tentado o impossível. Para esse autor, somente o representante que é capaz de esforço para tentar o impossível deve ser um líder e esse, somente esse, terá a política como vocação.[262]

Encerrando, sem mais delongas, há de reconhecer que toda mudança é uma tarefa difícil para qualquer sistema complexo, quiçá um sistema político, no entanto, tão logo ocorram as mudanças aqui apresentadas, o Brasil tenderá a se consolidar ainda mais como um país politicamente desenvolvido, servindo, até mesmo, de inspiração para tantos outros que ainda vivem à sombra do populismo e do autoritarismo.

## REFERÊNCIAS

AYDOS, Eduardo Dutra. **Democracia plebiscitária:** utopia e simulacro da reforma política no Brasil. Porto Alegre/Canoas: Universidade/UFRGS/Centro Educacional La Salle de Ensino Superior, 1995.

BATISTA, Vera; FONSECA, Marcelo de Amarribo. **Amarribo Brasil.** Disponível em <http://www.amarribo.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1107:brasil-abriga-ate-43-da-corrupcao-do-mundo&catid=50:combatendo-a-corrupcao&Itemid=152>. Acesso em: 31 mar. 2012.

BENEVIDES, Maria Victoria. As campanhas: informação, manipulação e poder econômico. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (Org.). **Reforma Política e Cidadania.** São Paulo: Perseu Abramo, 2003.

CASSEB, Paulo Adib. Financiamento público de campanha. In:

ROLLO, Alberto (Org.). **Reforma Política:** uma visão prática. São Paulo: Iglu, 2007.

COTRIM, Gilberto. **História Global:** Brasil e Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999

DIRCEU, José; IANONI, Marcus. **Reforma Política:** Instituições e democracia no Brasil atual. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil.** São Paulo: Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A democracia da atualidade e seus limites: o financiamento público de campanhas eleitorais. **Mundo Jurídico.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 30 de abril de 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

MELO, Carlos Ranulfo F. Migração Partidária na Câmara dos Deputados: causas, consequências e possíveis soluções. In: BENEVIDES, Maria Victoria; KERCHE, Fábio; VANNUCHI, Paulo (Org.). **Reforma Política e Cidadania.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

RIBEIRO, Renato Janine. Financiamento de Campanha. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). **Reforma Política no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG, 2006.

SANTOS, Fabiano. Em defesa do Presidencialismo de Coalizão. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lúcio R. (Org). **Reforma política:** Lições da história recente. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TRNKA, Hervé. Droit comparé du financement des partis politiques, des campagnes électorales et de La transparence des patrimoines des hommes politiques. In: **Campagnes électorales et transparence financière.** Paris: Economica, 1989.

WEBER, Max. **Ciência e Política:** Duas vocações. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

# ANÁLISE JURÍDICA DA OBRA PAPILLON E SUA RELAÇÃO COM O ATUAL SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

*Iasmin Maria Gonçalves Santana, autora*[36]
*Sandra Helena Lima Moreira, professora orientadora*[37]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Resumo da obra. 2.2 Dos sistemas prisionais clássicos. 2.3 Sistema prisional francês da década de 30 e sistema prisional brasileiro. 2.4 Analogia entre o sistema francês e o sistema brasileiro atual. **3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DE RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

O presente trabalho é de viés eminentemente interdisciplinar, visto que, unindo Direito à Literatura, objetiva traçar um paralelo entre o sistema penitenciário francês da década de 30 do Século XX e o sistema brasileiro atual, a fim de identificar pontos convergentes. Neste sentido, a partir da análise da obra literária Papillon, bem como da apreciação das condições prisionais nela retratadas, pode-se aferir quanto das características dos modelos prisionais da época ainda persiste na realidade brasileira atual. Desenvolveu-se, para tanto, pesquisa bibliográfica de caráter comparativo, perquirindo-se, pela leitura de livros e da legislação pátria, o grau de similaridade entre os modelos enfocados. Em tais termos, opta-se, inicialmente, por trazer um escorço histórico com fins de apresentar delineamentos sobre o desenvolvimento dos sistemas penitenciários mais importantes, a saber, o da Filadélfia, o Auburniano e o Progressivo. Em seguida, realiza-se o enquadramento do sistema francês e do brasileiro dentro dos moldes dos sistemas clássicos. Por fim, toma-se o foco da pesquisa, ou seja, o exame das condições prisionais da época se aplicadas ao momento atual do sistema brasileiro, apontando-se a violação a direitos básicos e, portanto, à própria dignidade humana. Dessa forma, torna-se possível observar, com o emprego do método dedutivo, a herança que ainda persiste no que concerne ao tratamento dispensado aos que cumprem pena sob a tutela do ordenamento prisional pátrio.

**Palavras-chave:** Sistema Penitenciário Francês. Sistema Prisional Brasileiro. Papillon. Dignidade Humana.

36 Aluna do 7º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus. Monitora da Disciplina de Criminologia – Período 2011.2/2012.1. E-mail: iasmin_goncalves@hotmail.com.

37 Professora orientadora, Mestre em Sociologia. Doutora em Educação. Professora da Disciplina de Criminologia do Curso de Direito da Faculdade Christus; E-mail: sandrahmoreira@yahoo.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo caracteriza-se pela interdisciplinaridade centrada na temática dos sistemas penitenciários, bem como das normas que os regem, especificando-se, nesse caso, o modelo prisional brasileiro atual, procedendo-se a uma sobreposição deles à obra Papillon, do autor Henri Charriére. Nesse sentido, examina-se o surgimento e a evolução desses sistemas, indicando suas principais características e respectivas épocas de vigência. Em seguida, estrutura-se o desenvolvimento do artigo, no qual se procurou esquadrinhar o sistema prisional francês retratado na obra, pela observação de suas particularidades e de suas normas, dentro de um dos modelos clássicos apontados. Por fim, atinge-se o objetivo específico do trabalho, na razão em que se busca expor os pontos de contato entre o que é relatado no livro quanto às condições de tratamento e de vida na prisão, com o que é observado hoje no Sistema Prisional Brasileiro.

O tema se apresenta de grande relevância para o direito, visto que visa a analisar o complexo fenômeno do Direito Penitenciário sob uma nova ótica. Esta se destina a dar um novo olhar ao discurso jurídico, voltando este, portanto, a uma lógica interdisciplinar, unindo Direito à Literatura. Nesses termos, por meio de uma obra literária de conteúdo real, intenciona-se perquirir a herança advinda do modelo francês de 1930 [século XX] que ainda presente no sistema prisional brasileiro.

Justifica-se a escolha dessa temática em decorrência da relevante inquietação que ela certamente provoca nos estudiosos do Direito, especialmente no que diz respeito ao tratamento dispensado aos condenados do sistema penitenciário nacional. Tal estudo retrata, antes de tudo, a necessidade de se rever os atuais institutos jurídicos, redimensionando a própria atuação do aplicador do Direito.

Objetiva-se, portanto, aprofundar o estudo dos modelos penitenciários, mormente no tocante ao brasileiro, indicando uma argumentação jurídica e criminológica sob o plano de uma obra literária que se reveste de base de enfoque do tema a título exemplificativo.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Resumo da obra

Inicialmente, imprescindível se faz situar a ambiência da história, apontando, mesmo que genericamente, aspectos relativos à narração dos fatos, bem como às situações e às circunstâncias vividas pelo personagem principal e autor da obra, Henri Charrière. Frise-se que ele é conhecido pela maioria carcerária com quem compartilha o infortúnio prisional por Papillon [**borboleta** em francês] em virtude de uma imagem desse inseto que trazia tatuada no peito.

Nesses termos, a narrativa tem início com o julgamento e a condenação, na França da década de 30, de Henri Charrière, aos 25 anos, à prisão perpétua por um homicídio que ele garante não ter cometido. Por esse motivo, o personagem é levado a cumprir sua pena, sob a forma de degredo, na Guiana Francesa.

A partir disso, observa-se que a narrativa se volta, em grande parte, a descrever a vida, em todos os aspectos possíveis, dos que ali convivem, atribuindo marcante relevância às inúmeras tentativas de fuga do personagem, culminando, então, com a

conquista da sua liberdade ao final da história.

Importa salientar, ainda quanto à obra, que nela se descreve, de forma bastante densa e completa, o modo de vida e o tratamento dispensado aos que ali cumpriam pena, não deixando de mencionar uma sociedade própria que se desenvolve a partir da convivência e das regras, ou da quebra delas, ali observada

### 2.2 Dos sistemas prisionais clássicos

Terminada a sucinta apresentação do conteúdo do livro, discorre-se, nesse momento, acerca dos principais sistemas penitenciários, enquadrando-os na sua respectiva época e apontando suas principais características.

Inicialmente, cabe elucidar como se deu o surgimento dos sistemas penitenciários e, portanto, das prisões como estabelecimentos onde se cumpre pena, em substituição aos suplícios por tantos séculos praticados. Nesse sentido, foi um movimento de caráter humanitário,[263] desenvolvido na sociedade de um modo geral, que levou ao surgimento e ao desenvolvimento da ideia de que a punição, quando aplicada de forma cruel e degradante ao apenado, acaba por guardar semelhanças com o delito praticado. É com base nesse parâmetro de que parece mórbido, tanto quanto cometer um crime, dar a ele um desfecho ou uma punição na mesma medida selvagem, que as penas cruéis, especialmente quando levadas a efeito publicamente, deveriam ser contidas[264]. Foucault aduz quanto à temática:

> A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um "fecho" ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração[265].

É nesse contexto de repugnância da sociedade às penas degradantes que são criados os primeiros estabelecimentos prisionais com seus respectivos sistemas penitenciários. Merecem destaque como os mais importantes sistemas penitenciários o pensilvânico, o auburniano e o sistema progressivo, devendo-se levar em conta que, apesar de terem surgido de forma sucessiva, não possuem regras e condições de aplicação excludentes, coexistindo e, até mesmo, misturando-se em algumas épocas.

Quanto ao primeiro, ele tem como características essenciais o isolamento celular individual, ficando o indivíduo obrigado a permanecer em silêncio em tempo integral, não mantendo, além disso, qualquer tipo de contato com outros apenados. Justifica-se tal rigor pelo fato de que a pena, tomada nesses moldes, serviria à reflexão e à meditação do indivíduo, que, com a ajuda da Bíblia, única leitura permitida, poderia meditar quanto à gravidade do crime cometido.

A falência desse sistema se deu de forma gradual, visto que, à medida que a população penal aumentava, mostrava-se inviável que os indivíduos ficassem individualmente alojados. Somado a isso está o fato de que os prisioneiros eram de todo inúteis, uma vez que não exerciam nenhuma atividade produtiva, figurando como mais um peso orçamentário para a sociedade.

Tem-se registro, como primeira prisão a adotar esse modelo, a de Walnut Street, em 1776, datando, portanto, de meados para o fim do século XVIII, o surgimento do sistema pensilvânico[266].

Como anteriormente mencionado, não é de forma estática que se implementam esses sistemas, havendo uma sucessão e uma gradação no seu desenvolvimento. Nesse sentido, o sistema auburniano aparece a partir das experiências observadas no modelo anterior e das mudanças perpetradas em consequência dessas constatações, buscando-se, com ele, superar as limitações e consertar os defeitos do regime pensilvânico.

O primeiro presídio construído com a finalidade de mudança ou de adaptação das regras do regime anterior foi o de Auburn (1816). Resta bastante clara a presença, ainda nesse período, de algumas das principais regras adotadas pelo sistema celular [pensilvânico], na medida em que o isolamento total ainda era imposto a uma classe de criminosos [os **persistentes**], sendo gradativa a aplicação de penas mais ou menos rigorosas de acordo com a categoria de condenado. Fica certo, logo, que, além dos totalmente isolados, nos moldes do sistema celular, havia aqueles que só sofriam com o isolamento noturno, bem como o grupo que somente era isolado esporadicamente[267].

Esse modelo, apesar de mais conveniente por possibilitar o trabalho e, por isso, de impulsionar a economia, passou, gradualmente, a ser menos adotado em virtude do seu extremo rigor e da aplicação de castigos cruéis e excessivos, apontando-se como época de sua maior utilização o final do século XVIII e o decorrer do século XIX.

Por fim, quanto ao sistema progressivo, seu surgimento está intimamente ligado à consolidação da pena privativa de liberdade como a adotada no decurso do século XIX, o que coincide com o progressivo abandono das penas degradantes, como a de deportação e a de trabalhos forçados. Nesses termos, é ao final do século XIX e decorrer do século XX, mais especificamente após a I Guerra Mundial, que se desenvolve, em substituição aos regimes anteriormente descritos, o sistema progressivo.

Pautando suas bases na possibilidade de reinserção gradativa do condenado à sociedade de acordo com a análise de critérios objetivos [quantidade de pena já cumprida] e subjetivos [comportamento e adaptação do preso], esse sistema é o escolhido por inúmeros países na atualidade, e tem se mostrado o mais brando e mais satisfatório, uma vez que permite ao apenado progredir de regime e ir adquirindo certas condições de cumprimento de pena mais benéficas do que as anteriores, funcionando como um estímulo à boa conduta e visando à reinserção social do indivíduo[268].

### 2.3 Sistema Prisional Francês da década de 30 e Sistema Prisional Brasileiro

Pela leitura do acima exposto, afere-se que, quando da condenação de Papillon, o sistema penitenciário em vigor na França, de regra, seria o progressivo. Ocorre, entretanto, que, em virtude de sua implementação gradativa, à época da narração dos fatos, coexistiam características do sistema auburniano com particularidades do progressivo, sem se excluir resquícios do pensilvânico incorporados aos anteriores.

Diante dessa constatação, enquadra-se aqui a história como se passando em uma época de transição do sistema auburniano ao progressivo, na medida em que as regras e os métodos de aplicação das penas mostram-se flexíveis se comparados ao primeiro sistema e mais rigorosos se relacionados ao segundo, sendo concomitante, portanto, o emprego de preceitos dos dois.

De forma elucidativa, alguns trechos da obra mostram-se aptos a comprovar que, na realidade, vivia-se essa já citada transição, havendo, portanto, uma mescla de características relacionadas a ambos. Nesse sentido, algumas citações do livro atestam a coexistência desses modelos. Quanto ao auburniano, evidencia-se sua incidência pelo fato de Papillon ter sido condenado a trabalhos forçados, frisando-se, ainda, o extremo rigor muitas vezes empregado, chegando a haver a descrição de torturas oficialmente legalizadas. No que respeita ao regime progressivo, sua presença se perfaz na medida em que o silêncio absoluto, de regra, resta abolido, a menos em casos de prisão disciplinar, e em que já há possibilidade de comutação da pena, ficando claro que o bom comportamento passou a ser fator de análise quanto ao cumprimento dela, como é típico dos sistemas progressivos. Nesse sentido, cita-se a seguinte passagem: "[...] mas quem sabe, pode ser que, com um excelente comportamento, você venha a merecer uma comutação de um ou dois anos na sua pena"[269].

Além disso, não é de se excluir integralmente a possibilidade de existência de resquícios, mesmo que bastante débeis, do sistema celular, já que a regra de isolamento absoluto, observado na obra quando da aplicação de penas disciplinares, em celas individuais, em silêncio total, sem acesso ao exterior e sem realização de qualquer tipo de ofício, comprovam a existência desses fragmentos do sistema pensilvânico.

Finda-se, então, por se concordar quanto ao que respeita à concomitância de aplicação dos preceitos de dois desses sistemas, do auburniano e do progressivo, não se podendo olvidar da presença de resquícios do sistema a eles anterior.

Importa, agora, tratar das características do atual sistema penitenciário brasileiro, de modo a se possibilitar, posteriormente, a comparação com o sistema no qual transcorre a história do livro.

Quanto ao tema, resta clara a opção que o legislador pátrio fez pelo sistema progressivo, mesmo que diferentemente dos moldes em que era aplicado nos seus primórdios, quando a progressão dava-se de silêncio e isolamento absoluto, passando pela possibilidade de trabalho diurno e isolamento noturno, até se culminar com a liberdade limitada. Visualiza-se, portanto, que apenas as características mais grosseiras, ou mesmo a base desse sistema é que persiste no direito brasileiro, tendo-se operado incontáveis mudanças quanto aos seus caracteres mais específicos[270].

Vigora, ainda, apesar de tantas mudanças, a progressão dos regimes, que, agora, baseia-se em um critério objetivo [tempo mínimo de cumprimento de pena] cumulativamente a um critério subjetivo [o mérito do condenado]. Assim, a pena, que se dá pela instituição de regimes, será cumprida de acordo com esses parâmetros regulamentados pela Lei de Execução Penal, ficando certa a possibilidade de progressão ou de regressão quanto aos regimes fechado, semiaberto e aberto[271].

Diante do exposto, então, observa-se que há, quando contrapostos os sistemas do Brasil e da França, nas suas respectivas épocas, uma consolidação do sistema progressivo, tendo-se operado algumas mudanças quanto à sua proposta inicial. Assim, o sistema francês de 30, que se baseava na incidência de dois modelos, dá lugar, se comparado ao sistema brasileiro atual, à afirmação do modelo progressivo, mesmo que com alteração de alguns de seus elementos.

### 2.4 Analogia entre o sistema francês e o sistema brasileiro atual

Esse tópico é voltado a tratar de maneira mais minuciosa da relação que há entre o sistema penitenciário em vigor no Brasil e o sistema francês vigente na década de 30. Busca-se traçar um paralelo mediante a comparação dos referidos modelos, de modo a se culminar na verificação das mudanças porventura ocorridas, bem como dos aspectos que permanecem, senão inalterados, mas pouco modificados.

Isto posto, cabe agora, a par de passagens da obra em foco e do enquadramento feito no tópico anterior, observar o que persiste e o que mudou com relação aos sistemas penitenciários quando tratados em momentos e realidades distintas, ou seja, a realidade do Brasil e a da França. Opta-se, ainda, por apontar violações aos direitos assegurados aos que cumprem pena sob a tutela jurisdicional no Brasil, observadas na obra Papillon.

Inicialmente, imperativo assinalar que a pena imposta a Papillon, principalmente quando se trata do procedimento probatório utilizado para embasar sua condenação, mostra-se absolutamente contrária a preceitos constitucionalmente previstos no Brasil. Nesse sentido, a pena de trabalhos forçados em caráter perpétuo a que ele fora condenado já resta devidamente extirpada do nosso direito, sendo vedadas as condenações dessa natureza no artigo 5º da nossa Lei Maior[272].

No que foi dito acerca dos argumentos utilizados para alicerçar sua condenação, importa citar o modo como foram adquiridos: "[...] Não tendo provas, vão jurar que possuem informações 'confidenciais', que não deixam qualquer dúvida. Uma testemunha preparada por eles, verdadeiro disco gravado na Chefatura de Polícia [...]". Afere-se daí violação a outro preceito legal do nosso sistema que assegura ao réu a publicidade quanto às provas e às acusações contra ele feitas, de modo que a ele e ao seu advogado deve ser dada ciência quanto a quaisquer informações contra ele formuladas[273].

Nesses termos, clara está a transgressão à ampla defesa e ao contraditório, corolários do devido processo legal, já que as possibilidades de defesa do acusado ficam diminuídas pelo não conhecimento do conteúdo do processo[274].

Partindo-se, agora, a uma análise panorâmica do modo de vida dos condenados, atenta-se para o rigor com que eram tratados e para as prerrogativas adquiridas por certos grupos ali formados. O tratamento mostra-se variável muito em virtude da condenação a que tenham sido submetidos, de forma que, com os condenados à prisão perpétua, a administração penitenciária acabava por mostrar certa conivência quanto ao seu modo de vida. Logo, para eles, eram reservados os melhores serviços, salientando-se que as atividades de lazer desse grupo eram toleradas pela administração. No que concerne aos apenados temporários, por se presumir serem menos perigosos, a eles eram atribuídos os trabalhos mais degradantes, ficando suas atividades diárias bastante atreladas ao que era decidido pelo grupo dos mais perigosos. Quanto a eles, também era aludo que, muitas vezes, eram tomados como **mulheres** pelos outros condenados, tendo a prática da pederastia caráter quase oficial diante da quantidade de casos existentes[275].

Por essa verdadeira organização social criada nesses presídios, o autor chega a dizer que se cria uma ideia de falsa liberdade entre todos, o que afasta, em muitos casos, as intenções de fuga e de revolta, mesmo entre os condenados a penas mais pesadas. Nesse sentido, "[...] Esta falsa liberdade de que gozam quase todos os forçados das ilhas, os jogos, a pesca, as conversas, as novas relações, as discussões, as brigas são derivativos poderosos e a gente não tem tempo para se aborrecer"[276].

Destaque-se, além disso, a figura de líder criada sobre um dos apenados, no caso do livro, sobre Papillon, uma vez que ele, respeitado por suas tentativas quase bem sucedidas de fuga, e pelo fato de não se mostrar temeroso diante da administração, é admirado visto como exemplo de coragem e de força a ser seguido, impondo respeito e, até mesmo, medo aos outros presidiários.

Trazendo esses aspectos, mais uma vez, ao sistema brasileiro vigente, tem-se como diferença básica o fato de que as categorias de apenados, dos mais aos menos perigosos, têm seu modo de vida guiado por regras próprias, que determinam o que a eles se mostra permitido ou proibido. Existe, então, um conjunto de normas informais, controladas por líderes e seus fiéis aliados, diferenciadas de acordo com cada grupo de condenados, que funciona como norte ao seu comportamento. Deve haver, tanto por parte da administração como dos presos, um resguardo quanto ao que é normativamente regulamentado. Deixa de existir, assim, uma tolerância a determinadas condutas não elencadas ou mesmo colidentes com a lei, passando-se a buscar a difícil conciliação do que é conduta legal perante a administração do presídio e o que é conduta aceitável ou inaceitável para aqueles que controlam os demais usando outras formas de poder.

No que concerne aos aspectos relativos ao surgimento de líderes, persiste, no sistema prisional brasileiro, essa prática, na medida em que aquele que se mostra mais apto a desvencilhar-se do controle formal da administração penitenciária e paralelamente impor suas regras de conduta e modo de vida, aparece como chefe aos olhos dos demais.

Pontos de destaque na obra são aqueles voltados a descrever as punições e castigos infligidos àqueles que se mostravam desobedientes ou inflexíveis, aparecendo a prisão disciplinar como principal forma de repreensão empregada. Foucault abaliza:

> Sem dúvida, a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito. Porém castigos como trabalhos forçados ou prisão — privação pura e simples da liberdade — nunca funcionaram sem certos complementos punitivos referentes ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra[277].

Assim, por três vezes, devido às constantes tentativas de fuga, Papillon é condenado à prisão disciplinar, realizada nos moldes do que se tinha por prisão no sistema celular, ou seja, isolamento integral, silêncio irrestrito, ócio, e, como punição adicional, caso necessário, restrição alimentar e torturas físicas. Buscava-se, portanto, exercer sobre os castigados um regime de submissão total[278].

Passagens do livro dão ideia das condições desse regime mais rigoroso, como quando se narra o discurso do agente responsável por inserir os castigados no regime disciplinar: "[...] Aqui, não tentamos corrigi-los, porque sabemos que isso seria inútil. Queremos é domar vocês. Aqui só há uma regra: bico calado. [...] Se vocês estiverem gravemente doentes, não peçam médico, pois uma chamada injustificada resulta em castigo[279]. [...]".

O personagem Papillon, em outra oportunidade, demonstrando revolta com o rigor e com a falta de propósito corretivo dessas punições, as quais ele qualifica como "exclusão de vida", reclama: "[...] Nunca eu teria podido supor ou imaginar que, num país como o meu – a França, mãe da liberdade no mundo inteiro, terra que deu à luz os direitos do homem e do cidadão – pudesse haver [...] uma instalação tão barbaramente repressiva[280] [...]"

Ainda quanto a esse sistema de punição, oportuno se mostra apresentar, de acordo com a obra, os resultados nefastos que ele exerce sobre o castigado, uma vez que, não raro, suicídios eram levados a efeito, não raras eram as mortes pela subalimentação oferecida, ou mesmo pelas doenças adquiridas em virtude da falta de higiene, bem como, quando não se morria, havia a ocorrência de casos de miséria psicológica, de loucura furiosa, de senilidade precoce, entre incontáveis outras sequelas deixadas por esse cruel regime[281].

Voltando a versar sobre o direito brasileiro da atualidade, não são necessários maiores esforços para se aferir que as penas e castigos de caráter degradante são expressamente vedadas, não havendo previsão de qualquer tipo de exceção no sentido de permitir sua aplicação. Assim, há verdadeira repugnância quanto a elas, embora não se exclua a possibilidade de aplicação de punições no nosso sistema. Os castigos legalizados voltam-se muito mais a repreender pela perda de privilégios adquiridos quanto ao cumprimento da pena do que propriamente a punir pela privação mais intensa da liberdade do indivíduo. Nesses termos, cita-se a perda dos dias remidos [diminuídos da pena em razão do trabalho do condenado] como exemplo de punição aplicada no nosso sistema, podendo-se acrescentar a regressão de regime e, até mesmo, como o castigo que mais se aproximaria

do regime disciplinar francês, o nosso Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Esta última punição, embora mais severa, tem suas possibilidades de aplicação, bem como seus limites expressamente previstos em lei, de modo que, qualquer medida que fuja ao que é normativamente posto, será tida por abusiva e ilegal, merecendo punição o que a praticar[282].

É certo, no entanto, que, em comum aos dois sistemas aqui comparados, está o fato de haver castigos, punições e torturas de caráter extraoficial, ou seja, não previstas na legislação, mas aplicadas pelos administradores e agentes penitenciários, que as praticam com a certeza de impunidade quanto aos seus atos, visto que há certa conivência da administração penitenciária no que respeita a essas atitudes.

Afinal, fazer breve referência a caso particular examinado no livro, a saber, o emprego de medida de segurança aos condenados tidos por loucos. Como consequência do enquadramento nessa categoria especial, o apenado passava a ser reconhecido como irresponsável por suas atitudes, independentemente da gravidade delas, visto que, como diz no próprio livro, a Justiça não tem mais nenhum recurso contra essas pessoas[283].

Nada muito diferente ocorre atualmente no Brasil, uma vez que, decidindo pela aplicação de medida de segurança, o juiz classifica o sujeito como irresponsável, havendo, certamente, diversos graus de incapacidade em que ele pode ser enquadrado.

A par de todo o exposto, termina-se por esclarecer que, a depender das condições oferecidas e do tratamento dispensado ao indivíduo condenado, pode-se obter, senão a total recuperação dele, mas certa conformação com a situação em que está inserido, figurando esta, talvez, como o primeiro passo a caminho da finalidade maior, que é a reinserção do sujeito na sociedade.

Diante das comparações feitas e dos resultados aferidos a partir delas, implica arrazoar que o sistema prisional só deve ser acionado como modo de punição a um delito quando essa medida se mostrar claramente necessária, primando-se pelo princípio da aplicação subsidiária do Direito Penal. Isso se apresenta como razoável, na medida em que os resultados, em grande parte negativos, do encarceramento, mesmo daquele realizado nos moldes mais brandos, são permanentes e serão sentidos pelo indivíduo em todos os âmbitos da sua vida[284].

Beccaria, em explicação bastante conclusiva sobre o tema, coloca que "entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado[285]." Nesses termos, os meios utilizados devem sempre ser os que menos causem danos ao condenado, guardando, claro, proporção com a impressão social de eficácia na aplicação da pena.

Conclui-se, portanto, esse tópico com citação que enfoca o respeito à dignidade humana, em qualquer nível, como condição primária para a construção de uma realidade na qual os bons resultados advindos desse respeito, realmente possam ser concretizados. Em sentido contrário do que acontece quando se incorre em desrespeito a esse preceito básico, pois resta impossibilitado, com isso, que o resguardo à dignidade humana se torne parâmetro determinante das condutas dos indivíduos. Bauman, assim, aduz:

> [...] não pode haver atalhos que conduzam a um mundo feito sob medida para a dignidade humana, e, ao mesmo tempo, é improvável que o 'mundo realmente existente', construído dia a dia por pessoas já espoliadas de sua dignidade e desacostumadas a respeitar a das outras, possa algum dia ser refeito segundo essa medida[286].

De tal modo, a dignidade humana deve ser assegurada em todos os seus níveis e sob quaisquer condições, sendo certos os resultados negativos que desrespeitos a ela trarão também em todos os níveis da vida social.

## 3 METODOLOGIA

O trabalho realizado utilizou-se de uma pesquisa do tipo descritiva e explicativa. Dessa forma, além de indicar como ocorre o fenômeno abordado no trabalho, no caso, quanto do sistema francês de 30 ainda persiste no modelo penitenciário brasileiro atual, buscou fazer uma construção histórica voltada a explicar o surgimento e o desenvolvimento desses sistemas.

Como método de pesquisa, tem-se o dedutivo. Parte-se de um estudo geral dos sistemas penitenciários, fundamentado em uma análise histórica da matéria, até chegar a uma delimitação do tema, aplicando os conceitos discutidos sobre a obra Papillon.

Cabe citar o uso variado da doutrina, utilizando-se de teorias defendidas por: Michel Foucault, Cesare Beccaria, Valter Fernandes e Nilton Fernandes, entre outros.

## 4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Diante do aqui exposto, clara a possibilidade de enquadramento de uma teoria sobre os sistemas penitenciários incidindo no tocante à Literatura.

De início, vê-se que os sistemas prisionais aparecem como reação social a um tratamento desumano que era imposto como pena, manifestando-se de forma tímida. Com o decorrer dos fenômenos sociais, faz-se mister que tais institutos se aperfeiçoem em virtude da sua efetiva adoção em substituição ao que era anteriormente tido como pena. Passa-se, portanto, por três momentos relevantes quando se trata da implementação desses sistemas, podendo-se citar como mais importantes regimes o da Filadélfia, o Auburniano e o Progressivo.

Vê-se, ainda, a necessidade de um estudo sistemático do assunto. Para tanto, constrói-se uma fundamentação histórica e jurídica para, assim, aplicá-las sobre a disposição literária.

Por fim, destaca-se que há uma necessidade de se trabalhar de forma mais efetiva sobre a temática, já que é fator de inquietação social o regime prisional aplicado no nosso país, em especial, quando se trata das violações a ele perpetradas.

Quanto ao conteúdo central, no ordenamento francês da década de 30 do século XX, vivia-se uma época de transição dos regimes, de modo que se estava passando do auburniano ao progressivo. Coexistiam regras e elementos pertinentes a dois sistemas, sem exclusão de resquícios das características de um terceiro, o da Filadélfia. A análise referente à herança

do sistema francês com relação ao brasileiro foi colocada à luz do que é observado na obra Papillon, contrapondo-a ao estudo das leis nacionais.

Destarte, percebe-se que há uma efetiva melhora das condições, genericamente tratadas, em que os condenados cumprem a pena, haja vista que consolidou-se o regime progressivo, naturalmente mais brando que os demais, frisando-se que a legislação atual conforma-se com o preceito e a ideia que se tem de dignidade da pessoa humana. Outrossim, existem, ainda, em caráter extraoficial, violações a direitos asseguradores da dignidade da pessoa humana, mas perpetrados de forma mais camuflada do que era feito à época da narração dos fatos em Papillon.

## 5 CONCLUSÃO

Conclui-se que os estudiosos do Direito ainda se manifestam temerosos quanto à junção do Direito à Literatura, sendo de grande relevância **semear** o sentimento de globalidade do conhecimento, para que, assim, a ciência jurídica possa ser vista como ferramenta importantíssima de articulação entre o imaginário literário – ou de outra manifestação artística - e a construção do conhecimento. O estudo comparativo de obra literária com a realidade prisional brasileira tornou-se epistemologicamente possível, porque retrata situação verídica.

A análise comparativa empreendida revelou que a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira distancia-se da vigente na década de 30 na França, ou seja, apresenta regramento que prima pelos direitos individuais, sociais e humanos dos sentenciados próprios do Estado Democrático de Direito. O contraste legislativo penal, no entanto, diminui sensivelmente ao comparar-se as condições reais de vivência dos sentenciados. Arbitrariedades dos agentes prisionais, entre os próprios sentenciados, privações de toda ordem, desrespeito aos direitos humanos, falta de perspectivas futuras, condições insalubres de permanência e alto nível de periculosidade pela incapacidade do Estado em tutelar o interno com segurança, são pontos de conexão com o sistema prisional vivenciado por Papillon, na França do início do século passado.

Frente ao exposto, recepciona-se como verdadeira a afirmação de que o respeito aos direitos humanos é a medida exata da civilidade de um povo. Inserindo tal premissa na temática abordada, mostra-se, de logo, o enorme abismo que existe entre os diplomas legais, as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário e a dura realidade do interior dos presídios.

O estudo enfatizou a relação entre o antigo sistema francês e o atual sistema brasileiro, observando o que traz a legislação pátria quanto ao tema. Logo, os direitos relativos ao devido processo legal, bem como aqueles assegurados por dispositivos infraconstitucionais, principalmente pela Lei de Execuções Penais, restam violados e desrespeitados pelo que se mostra na obra em questão, persistindo algumas dessas violações, geralmente em menor grau, no sistema brasileiro atual.

Convive a sociedade brasileira, assim, com a dualidade do sistema penal, que, de um lado, pune excessivamente aqueles que adentram ao sistema, menos pelo tempo de cumprimento da sentença do que pelas condições desumanas que oferece; de outro, a impunidade generalizada pela incapacidade do Estado em exercer o devido controle social tanto na adoção de medidas preventivas da criminalidade, como nas repressivas.

Diante da falência do sistema prisional, medidas emergenciais vêm sendo adotadas pelos governos na tentativa de desobstruir o sistema, como as penas substitutivas e o uso da pulseira ou tornozeleira eletrônica. As primeiras já foram deslegitimadas pela sociedade configurando-se em mecanismo de impunidade, e as últimas, ainda em fase de experiência no Estado do Ceará, já apresentaram número elevado de fugas.

Enquanto o poder público não enfrentar os problemas da criminalidade em sua etiologia, que hoje, acrescida dos problemas sociais, possui a drogadição prematura como principal fator da criminalidade violenta ao lado da reestruturação (física e humana) dos presídios, o País continuará apresentando semelhanças com os sistemas prisionais que a doutrina penal atual considera inaceitável, porque remonta às condições do início do século passado, como aqui ficou retratado.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** 2. ed. São Paulo: Edipro, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHARRIÈRE, Henri. **Papillon:** o homem que fugiu do inferno. 12. ed. São Paulo: Difusão, 1980.

FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 27. ed. Rio de Janeiro: Vozes. 1987.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Literatura:** ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

# *ASTREINTES*: MULTA COMINATÓRIA COMO MEIO DE GARANTIA PROCESSUAL À EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS.

*Jarina Ravanessa Silva Araújo, autora*[38]
*Lara Martins Sampaio Marques, co-autora*[39]
*Ana Virgínia Portoprofessora orientadora*[40]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 A busca da tutela específica na história e o surgimento das *Astreintes*; 2.2 Apresentação do caso; 2.3 Considerações gerais; *2.3.1 Conceito e natureza jurídica; 2.3.2 Princípios jurídicos norteadores da multa cominatória; 2.3.3 Início da sua exigência e momento da sua exigibilidade;* 2.4 As *Astreintes* como meio de garantia processual às decisões judiciais (retomando o caso); *2.4.1 O descumprimento à ordem judicial*. **3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERENCIAS.**

## RESUMO:

O objeto do presente artigo consiste, inicialmente, em analisar, por meio de um breve relato histórico, a busca pela tutela específica e o surgimento das *Astreintes* enquanto instituto francês para, então, destacar a evolução da multa cominatória no Brasil. Para melhor ilustrar a importância do instrumento processual, bem como as dificuldades práticas inerentes a sua aplicação, utilizou-se um estudo de caso, instrumentalizado em uma metodologia pragmática, paralelamente à abordagem dos seus aspectos controvertidos, notadamente no que tange ao momento mais adequado para a sua exigibilidade, haja vista não estar consolidada a sua natureza jurídica, se de direito material ou de direito processual, gerando a incerteza quanto à sua executoriedade. Para isso, destacou-se a importância dos princípios jurídicos norteadores da multa cominatória, para, ao final, refletir-se, incluindo a abordagem de críticas no tocante à possibilidade de sua redução e até de sua supressão, caso o pleito seja julgado improcedente, sobre o instituto como meio de garantia processual à eficácia das decisões judiciais e à dignidade do Poder Judiciário, salientando-se a relevância do estudo para o alcance de uma prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva.

**Palavras-Chave:** *Astreintes*. Garantia processual. Efetividade. Decisão judicial.

38 Estudante do 9º semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus. Email: jarina_araujo@hotmail.com.
39 Estudante do 9º semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus. Email: laramartinssm@hotmail.com.
40 Professora de Processo do Trabalho da Faculdade Christus. Especialista em Processo Civil e em Direito do Trabalho. Email: virginiaportoadv@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

No sistema jurídico atual, muitas são as insatisfações dos jurisdicionados no que tange às decisões judiciais, haja vista que a interpretação adequada do caso posto em discussão e a aplicação correta da lei, apesar de necessárias, não são suficientes, para garantir que, no plano fático, a decisão se concretize.

Diante de tal fato, o legislador, em busca de soluções processuais que conferissem mais agilidade e mais eficácia ao processo, autorizou o juiz, sujeito imparcial na lide, a impor sanções específicas àqueles que não observassem as determinações judiciais, independentemente do requerimento da parte contrária, como meio de resguardar o direito concedido e também de manter a autoridade do Poder Judiciário.

Dentre esses mecanismos sancionadores, encontram-se as *Astreintes*, fenômeno jurídico de origem pretoriana francesa, que visa ao cumprimento da tutela específica mediante o arbitramento de multas com caráter cominatório, a serem executadas em caso de descumprimento do *decisum* judicial, evitando, portanto, o perecimento do direito *in natura*, assim como conclui Lívia Cipriano Dal Piaz287.

Sendo assim, o presente trabalho estará voltado à análise do referido instituto, em sua principal vertente, que é a de conferir eficácia às decisões judiciais, incluindo a discussão acerca do momento mais adequado para a sua exigibilidade.

Portanto, é oportuna a utilização da metodologia pragmática, uma vez que o estudo de institutos processuais, no plano da eficácia, ganha uma melhor compreensão por meio de estudo de caso, sendo esta a proposta da presente pesquisa, que será delimitada por meio de um juízo indutivo, no qual se fará imprescindível a colheita de elementos doutrinários e jurisprudenciais para analisar o caso concreto eleito, a fim de alcançar um resultado prático o mais próximo possível da realidade.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

**Ultrapassada a análise introdutória, impõe-se um estudo específico das nuanças que permeiam a aplicação das *Astreintes*, as quais ainda apresentam diversas divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à sua efetivação.**

### 2.1 A busca da tutela específica na história e o surgimento das *Astreintes*

A obtenção da tutela específica é um dos temas que mais inquietam os processualistas contemporâneos, uma vez que só há garantia do preceito constitucional de acesso à jurisdição quando os resultados dos provimentos judiciais além de atingir o mundo jurídico, conseguem produzir seus efeitos no mundo empírico, conforme destaca Teresa Arruda Alvim Wambier288.

No Direito Romano, a execução da dívida procedia-se, inicialmente, com sucessivas tentativas de cumprimento da obrigação pelo próprio devedor ou por terceiro, disposto a assumir o pacto firmado com o credor. Porém, caso a inadimplência persistisse, ou o devedor era vendido como escravo, ou tinha seu corpo desmembrado em quantas partes fossem os seus credores289.

Contudo, após a edição da *Lex Poetelia Papiria*290, extinguiu-se por completo a execução pessoal, restando apenas a responsabilidade patrimonial, conforme destaca o professor Guilherme Rizzo Amaral:

> Gradativamente as sanções corporais passaram a ser substituídas por sanções de ordem patrimonial, destacando-se o 'bonurum vendeditio', através do qual o credor imitido na posse da integralidade do patrimônio do devedor, havendo a ameaça de posterior expropriação universal, independentemente do valor do crédito.291

Nesse contexto, foi-se conferindo grande relevância às sanções na esfera patrimonial, haja vista que estas se constituíam o meio mais eficaz de o credor ver sua obrigação cumprida ou de, pelo menos, ter ressarcido os danos causados pelo inadimplemento. Tal evolução, na prática executória, acabou incentivando a criação das multas denominadas pelo Direito Francês de *Astreintes*.

Mencionadas multas foram resultado da atividade pretoriana francesa que, diante da necessidade de os julgadores utilizarem algum mecanismo coercitivo apto a exigir o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer tais quais como foram pactuadas, iniciaram a atividade de arbitramento de pena pecuniária em caso de descumprimento do *decisum* judicial.

Porém, a aceitabilidade dessas multas nem sempre estive afastada de críticas e oposições na França, haja vista que o próprio Código de Napoleão, em seu art. 1.142292, protegeu o devedor, ao estatuir a possibilidade deste cumprir com a obrigação pactuada ou, caso entendesse melhor, de pagar apenas o equivalente em pecúnia.293

Por tal motivo é que mencionada pena, de início, teve uma atuação tímida, muitas vezes, sendo confundida com as perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação, mas que, em detrimento dos avanços jurisprudenciais, aos poucos foram sendo solidificadas na prática jurídica e aceitas pela doutrina. Sob esse contexto, em 1972, o Direito Francês introduziu em seu ordenamento previsão específica para as *Astreintes*, regulamentando-a de forma geral.

No Brasil, desde as ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, multas pecuniárias já podiam ser encontradas nas relações jurídicas ali existentes, uma vez que, em caso de inadimplemento da obrigação, o devedor responderia diretamente com seu patrimônio.294

Com o Código Processual Civil de 1939, além da aplicação de multas nas ações cominatórias, disposta em seu art. 303295, passou-se a prever outras hipóteses de incidência do instituto, como exemplo, aos servidores da justiça que tinham prazo estabelecido para cumprir os atos judiciais, sob pena de cinquenta mil réis por dia de retardamento296.

Nesse contexto, com a promulgação do Diploma de Processo Civil de 1973, foi inserida a possibilidade de aplicação de multa para compelir a parte ré a adimplir a obrigação de fazer e de não fazer, como medida preferencial para se alcançar a execução da obrigação originária. Na Consolidação das Leis do Trabalho, tais multas também já eram mencionadas297.

A Lei nº 7.347/85 [Lei da Ação Civil Pública] veio para fixar o marco de relevantes mudanças que integram a atual concepção de *Astreintes*, pois, com essa norma, iniciou-se a faculdade do julgador de fixá-las de ofício, assim como de deferi-las em medida liminar, não se restringindo mais ao trânsito em julgado.

Entretanto, apesar dessas previsões, no que diz respeito às multas cominatórias, as *Astreintes* só ganharam maior visibilidade com a redação dada ao art. 461 do CPC298, pela Lei nº 8.952/94 e pelo art. 287 da Lei nº 10.444 de 2002299, que a previu também como mecanismo apto a coibir o descumprimento das obrigações de entregar coisa.

Dessa forma, atualmente, no Brasil, cada vez mais os magistrados estão optando pelo arbitramento de multas cominatórias para coibir o inadimplemento das obrigações firmadas, porém, em razão de a legislação não ser exaustiva quando da regulamentação do tema e de não haver um consenso doutrinário e jurisprudencial em relação à sua aplicação, sua eficácia, por muitas vezes, acaba sendo comprometida, assim como se depreende no caso concreto relatado abaixo.

### 2.2 Apresentação do Caso

Veja-se o caso em que o autor de reclamação trabalhista em face de instituição financeira, requer, liminarmente, a sua reintegração por entender ilegal sua despedida sem justa causa.

A sentença foi pela procedência do pedido reintegratório, que concedeu a tutela antecipada requerida, fixando multa de R$ 2.000,00 [dois mil reais] por dia de descumprimento [*Astreintes*]. Ocorre que, no mesmo dia da reintegração, o reclamante novamente foi dispensado sem justa causa.

Cientificado o Juiz da causa, este lavrou despacho, aumentando a multa para R$ 4.000,00 [quatro mil reais] por descumprimento da ordem judicial, todavia, no mesmo dia, o reclamante foi despedido pela segunda vez, o que levou o Juiz da causa a decidir pelo aumento da multa diária para R$ 50.000,00 [cinquenta mil reais] e pela abertura de inquérito contra o responsável da instituição financeira. Contudo, o reclamante novamente foi dispensado.

O magistrado, então, determinou nova reintegração do reclamante, fixando multa diária de R$ 100.000,00 [cem mil reais], assim como entendeu pela apuração e pela liberação do montante referente às multas anteriormente arbitradas.

No deslinde desse processo, foram interpostos diversos recursos, sendo que, ao final, o Tribunal Regional do Trabalho confirmou a sentença de primeira instância, quanto ao direito à reintegração.

Desta feita, evidencia-se um caso típico de indiferença aos comandos judiciais, tendo em vista que, apesar de devidamente provocado, o Poder Judiciário, que se fez presente em todo o deslinde da ação, prolatando reiteradas decisões, dispôs de instrumento [*Astreintes*] que ainda encontra dificuldades em alcançar sua finalidade no mundo empírico, ou melhor, de garantir eficácia e efetividade ao processo e, por via de consequência, à prestação jurisdicional.

### 2.3 Considerações Gerais

Uma vez feita a abordagem acerca dos atos processuais pertinentes ao caso concreto objeto do presente estudo, oportuna a delimitação dos principais aspectos inerentes ao instituto em apreço, impondo-se a análise de sua natureza jurídica, os princípios norteadores de sua aplicação, bem como a investigação acerca do início de sua incidência e momento de sua exigibilidade.

#### *2.3.1 Conceito e Natureza Jurídica*

A conceituação e a delimitação da natureza jurídica das *Astreintes* são de extrema importância para a realização de uma análise correta do instituto em questão, pois é a partir dessas breves considerações, que se chegará a resultados mais aproximados acerca de seu cabimento, incidência, exigibilidade e eficácia300. Na visão de Lívia Cipriano Dal Piaz:

> *Astreinte* é uma multa de caráter coercitivo aplicada à parte a fim de compeli-la a cumprir de imediato a obrigação que lhe foi imposta, evitando, assim, o perecimento do direito com a consequente conversão em perdas e danos. Ou seja, é um meio indireto de coação, que se presta para a efetivação da tutela de obrigação fungível ou infungível.301

Sendo assim, pode-se extrair que as *Astreintes* são multas cominatórias cuja finalidade se revela em satisfazer o direito do credor e, ao mesmo tempo, em promover o adimplemento das decisões judiciais, sem que lhe seja atribuído qualquer caráter indenizatório.

Tem-se, então, que da própria conceituação das *Astreintes* já se pode extrair os elementos identificadores de sua natureza jurídica, dentre eles, sua essência coercitiva, sua cumulatividade com a obrigação principal e seu caráter não-indenizatório.

É coercitiva, porque visa a coibir o devedor a cumprir o que foi pactuado, com todas as suas ressalvas e peculiaridades, a fim de assegurar o adimplemento da tutela específica. É cumulativa, porquanto não se confunde com a obrigação originária, podendo a ela ser adicionada, devido à sua autonomia. Assim, o adimplemento atrasado não exime o devedor do pagamento da multa cominatória que já teve iniciada sua incidência.

Por fim, é não indenizatória, uma vez que nela: a) não se reflete multa com o intuito de ressarcir os prejuízos causados pelo inadimplemento da obrigação, mas sim de compelir o devedor para o seu exato cumprimento; b) não são fixadas em valor exato e definitivo, pois, devido a sua precariedade e provisoriedade, só irão cessar no momento em que o devedor cumprir a obrigação e; c) não tem seu valor limitado, podendo ultrapassar o valor da causa.302

#### *2.3.2 Princípios jurídicos norteadores da multa cominatória*

Da atribuição conferida ao Judiciário de reagir à provocação das partes, aplicando a lei ao caso concreto, surge a responsabilidade de garantir uma prestação jurisdicional efetiva, que somente pode ser alcançada quando observadas a celeridade e a razoável duração do processo, pois a justa composição da lide não se concretizará quando o lapso temporal, por tão extenso, acarretar no perecimento do direito pretendido. Nesse contexto, o acesso à justiça, mais do que o acesso aos órgãos jurisdicionais, deve significar o acesso a uma ordem jurídica justa, a qual emana decisões aptas a alcançar resultados efetivos303.

Inobstante a prolação de decisão judicial pautada na observância dos critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico, o conflito perpetuar-se-á ante a inexistência de meios aptos a garantir os efeitos práticos da ordem mandamental, o que contraditoriamente terminará por malferir o princípio do acesso à justiça [art. 5º, XXXV, da CF].

Nesse cenário, surge a figura das *Astreintes,* enquanto multa cominatória capaz de conferir coercibilidade às decisões judiciais. Uma vez decretado o mandamento judicial, surge o vínculo jurídico que atribui uma obrigação ao devedor. Em caso de inadimplemento espontâneo, o credor poderá dispor de meios específicos para compelir o sucumbente a cumprir a obrigação nos exatos termos já decididos.

Enquanto sanção de caráter pecuniário, a aplicação das *Astreintes* deve observar critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, os quais permitam compatibilizar a coercibilidade do instituto com a ausência de enriquecimento ilícito do credor. Nesse sentido, a sua periodicidade e a sua quantidade devem pautar-se na adequação ao caso concreto, de maneira que, em busca da efetividade das decisões judiciais, não se anule o direito patrimonial do devedor, segundo posição do jurista J.J. Calmon de Passos.

> Diante de tantas perguntas sem resposta ou de difícil resposta, inclino-me por entender que a multa precisa ser suficiente e compatível. Suficiente para induzir o devedor a adimplir, pelo que variará em função da capacidade econômica do devedor, mais do que em função da natureza da obrigação, mas essa correlação não pode alcançar o excesso, devendo cingir-se ao compatível. Assim, dois são os critérios a ponderar: condição financeira do devedor e expressão econômica da obrigação ou algo de caráter não-econômico que importe também valor.304

Deve-se, portanto, observar a capacidade financeira do devedor, de maneira que não se torne vantajoso o inadimplemento da decisão diante da possibilidade de pagamento das *Astreintes*, e o bem jurídico tutelado pela obrigação, para que não se perca de vista o necessário sopesamento entre o direito ao adimplemento da obrigação estipulada e a capacidade patrimonial do devedor.

#### *2.3.3 Início da sua incidência e momento de sua exigibilidade*

No estudo das *Astreintes,* é preciso se ater a dois marcos temporais; o primeiro, que irá delimitar o termo inicial da incidência da multa pecuniária e o segundo que irá determinar o momento mais adequado para o credor cobrá-las.

A iniciativa de sua fixação é tema que não comporta maiores esforços cognitivos, tendo em vista a interpretação já consolidada do art. 461, §§ 3º e 4º, do atual Código de Processo Civil, extrai-se que a multa poderá ser fixada desde o deferimento da liminar ou da prolação da sentença. Portanto, basta o devedor estar em situação de inadimplência com o

mandamento judicial para a multa cominatória começar a produzir seus efeitos. Sendo assim, "a multa deve incidir a partir do momento em que configurada a desobediência ao conteúdo do mandamento judicial, ou seja, a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância" 305.

Todavia, no que tange ao segundo marco, a doutrina e a jurisprudência não são uníssonas em seus posicionamentos, dada a ausência de preceito legal expresso, motivo pelo qual se faz necessária uma compreensão mais pormenorizada das características identificadoras do instituto em apreço, notadamente a provisoriedade de seus termos e a imperatividade de seu cumprimento.

A divergência ganha maior vulto nas hipóteses de decisões, sejam elas parciais sejam definitivas, cujo conteúdo condenatório careça de efeito suspensivo, em decorrência da interposição de recurso, uma vez que, se for atribuída suspensividade ao capítulo da decisão objeto da impugnação, não há que se falar em execução provisória da multa.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Guilherme Rizzo Amaral, a execução da multa está condicionada à confirmação do mérito, ou seja, ao trânsito em julgado do *decisum* confirmatório, isso porque acreditam que seu caráter provisório e precário confere legitimidade à cobrança das *Astreintes* somente quando o processo for decidido em definitivo.

No entanto, para a outra parcela da doutrina, vislumbrando o alcance da finalidade das *Astreintes*, considera-a instrumento processual, totalmente desvinculado do direito material fundamentador da lide. Diante disso, o que autoriza a sua imposição não é o êxito do pleito autoral, mas o descumprimento da ordem judicial, enquanto obrigação processual. Em consonância com o referido posicionamento, Joaquim Felipe Spadoni preleciona que:

> A constatação de que o réu não possuía qualquer obrigação perante o autor é irrelevante para a exigibilidade de multa pecuniária, justamente porque esta não leva em consideração eventual violação da obrigação de direito material, mas de uma obrigação processual, de todo independente daquela.306

Sob essa ótica, o autor assevera ser possível executar, de forma definitiva, a multa cominada, ainda que não haja resultado final no processo, ou que esse se mostre diverso da decisão anteriormente prolatada.

Contudo, não se pode perder de vista a existência de uma doutrina intermediária, a qual coaduna com os dois entendimentos retromencionados, porquanto afirma a possibilidade de execução provisória da multa imposta em decisão sem efeito suspensivo, mas também reconhece o direito de restituição, caso não haja a confirmação da vitória do destinatário da pena pecuniária, corrente à qual Fredie Didier e Eduardo Talamini se filiam.307

### *2.4 As Astreintes como meio de garantia processual à eficácia das decisões judiciais [retomando o caso]*

A partir dos dados coletados, verifica-se de plano a problemática da eficácia e exigibilidade das multas pecuniárias, uma vez que o comando judicial fora, por quatro vezes, expedido e, por quatro vezes, desrespeitado, de forma a demonstrar que, mesmo diante de uma ativa participação do Judiciário, se não houver respeito ao *decisum* e à penalidade imposta diante de seu descumprimento, o conflito perpetuar-se-á *ad eternum*, não só na lide que as gerou, mas em todos os litígios postos à Justiça, uma vez que a impunidade alimenta o descrédito que rodeia o Judiciário. Tal entendimento é a pura expressão do pensamento de Ihering consubstanciado na renomada máxima de que "a espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do Direito".308

#### *2.4.1 O descumprimento à ordem judicial*

Diante do descumprimento da ordem judicial, no caso em comento, impôs-se um aumento relevante e sucessivo das *Astreintes*, tendo em vista que, nem mesmo a progressividade da primeira multa arbitrada foi suficiente para causar temor à parte reclamada, instituição bancária com vultosa capacidade financeira, que continuou a se comportar de forma desidiosa ante a autoridade judicial, justificando sua conduta, inúmeras vezes, por teses de cunho eminentemente protelatório, sem, no entanto, informar à Justiça o verdadeiro motivo da não observância ao mandamento judicial.

Nessa esteira de raciocínio, encontram-se alguns entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, dentre eles o da ministra Nancy Andrighi ao afirmar, em seus precedentes, que muitos são os argumentos que a parte devedora defende para que a pena pecuniária, a qual foi submetida, seja reduzida ou até mesmo retirada; porém, poucos são os motivos de fato que o inadimplente traz a juízo que justifiquem a resistência em cumprir a ordem judicial.

Assim, a priori, poder-se-ia pensar que, somente com o trânsito em julgado da sentença condenatória, a multa pecuniária seria passível de execução, tendo em vista a falibilidade do julgador que, no decorrer do processo, poderia ter seu livre convencimento reformado, vinculando-se o instituto em apreço à procedência do mérito. Todavia, é preciso ater-se que a multa em questão mais do que um mecanismo atrelado ao direito material, é instrumento processual garantidor da efetividade das decisões judiciais e da dignidade do Poder Judiciário.309 Nesse sentido, aduz Leonardo Augusto Nunes Coutinho:

> Assim, pode simplesmente ocorrer de o *quantum* relativo à multa ficar impagável, no caso de a decisão recorrida somente vir a ficar acobertada pela coisa julgada décadas após, trazendo prejuízos irreparáveis para o detentor do bom direito, privado que foi de executar, desde logo, a multa cabível como consequência do desatendimento da ordem judicial e o que é pior, correr-se-á o risco de fracassar a própria utilização da multa periódica como instrumento exitoso na busca pela efetividade da função jurisdicional. 310

Ultrapassada essa discussão, inicia-se outro ponto de divergência nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a saber: o critério adequado para a estipulação do *quantum* da multa pecuniária.

Na análise do critério referido, evidenciam-se direitos subjetivos distintos a serem ponderados no caso concreto, o direito processual adquirido da parte beneficiada311, a capacidade patrimonial do devedor e a vedação ao

enriquecimento sem causa.

Embora não haja limitação expressa ao valor a ser arbitrado, no caso concreto, se o montante mostrar-se exorbitante diante do bem jurídico tutelado em contraponto à capacidade econômica do devedor, é necessário que seja restabelecido a um valor mais razoável, podendo-se, nesses casos, ser reduzido, evitando-se, assim, o enriquecimento sem causa. Ocorre que é preciso se atentar para outras situações em que a redução contribui para o reiterado inadimplemento, haja vista ter se tornado mais vantajoso economicamente do que o próprio cumprimento.

## 3 METODOLOGIA

A técnica de pesquisa utilizada para o estudo da temática foi o exame bibliográfico realizado, predominantemente, nos manuais constitucionais, processuais e na análise de periódicos, enquanto tema de discussão atual. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, pois a pesquisa se deteve inicialmente na análise da evolução histórica do surgimento das *Astreintes* enquanto instituto francês, demostrando-se, assim, a influência na formulação de um instrumento processual brasileiro, para, após, verificar a relevância da utilização da multa cominatória como meio apto a garantir eficácia às decisões judiciais. Utilizou-se, ainda, o estudo de caso como forma de verificar-se a realidade prática da utilização das *Astreintes*, vislumbrando-se as nuanças relativas à sua concretização no mundo empírico. E, por fim, o nível de pesquisa caracterizou-se por seu cunho teórico, descritivo e exploratório.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Ultrapassada a exposição do caso concreto atrelada à reflexão acerca da problemática da exigibilidade do instituto e do *quantum* devido, impõe-se a apresentação de argumentos que demonstram o quão prejudicial é para o sistema processualista brasileiro a interpretação das *Astreintes* como instituto intrinsecamente atrelado ao mérito da ação, bem como enquanto instrumento precário, passível de flexibilização do seu valor a qualquer tempo.

No caso em apreço, mostra-se flagrante a confiança da instituição financeira de que a multa arbitrada seria, ao final, reduzida, se não fosse completamente excluída por improcedência do pleito reintegratório. Caso fosse consolidada a natureza jurídica do instituto como de instrumento processual, independentemente do resultado final, com decisão transitada em julgado, o valor efetivamente seria passível de execução, o que desestimularia a atitude desidiosa da instituição financeira para com os mandamentos judiciais prolatados.

Outra interpretação que enfraquece a aptidão das *Astreintes* a garantir a eficácia das decisões exaradas é a da flexibilização do valor arbitrado por receio de enriquecimento indevido do credor. Esse entendimento mostra-se totalmente contraditório à medida que, ao ser arbitrada, a multa está especificamente disciplinada quanto à sua periodicidade e quantidade; sendo assim, a instituição financeira, por um simples cálculo aritmético, vislumbraria o valor estimado a depender do seu grau de inadimplemento; vale dizer, cumprindo o *decisum* tão logo fosse publicado, jamais estaria justificada a incidência da multa cominatória, sendo, assim, configurado que o montante devido apenas somou um valor exorbitante pela própria atitude do devedor recalcitrante, mostra-se desarrazoada a sua redução, sob pena de institucionalizar-se a cultura da inadimplência e a indústria do atraso judiciário, subvertendo o papel das multas e perpetuando os conflitos.

## 5 CONCLUSÃO

A partir do exposto, pode-se concluir que, apesar de o ordenamento jurídico processual prever a imposição de uma pena pecuniária, as *Astreintes*, como meio inibidor do descumprimento das decisões judiciais, apresentam lacunas em relação ao seu regramento, notadamente no que tange à sua exigibilidade, dando margem a uma visão de subsidiariedade em relação ao mérito do litígio, sem que se tenha em mente que a sua não executividade causa um sentimento de desídia ainda maior na parte devedora, assim como incentiva o descrédito no poder coercitivo do Estado, exercido pelo Poder Judiciário.

Prova disso é o caso concreto posto em análise, uma vez que este reflete flagrante situação de descaso com a jurisdição por parte da entidade financeira que, nem mesmo com a progressão exorbitante do valor arbitrado, se viu compelida a adimplir o *decisum*.

Sendo assim, finaliza-se este artigo com inúmeros questionamentos acerca das *Astreintes*, mas com a certeza de que o instituto merece ganhar um olhar mais cuidadoso por parte dos legisladores infraconstitucionais, quando da edição de leis específicas destinadas ao seu disciplinamento, e por parte dos juristas, quando do seu arbitramento e possível exigência, haja vista que a garantia da eficácia da decisão judicial é imprescindível para a concretização da ideia de um ordenamento jurídico adequado e eficaz.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As Astreintes e o processo civil brasileiro:** multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

COELHO, Renata. A multa cominatória como instrumento de garantia de eficácia das decisões judiciais. **Genesis: Revista de Direito do Trabalho,** Curitiba, n. 90, p. 868-874, jun. 2000.

COUTINHO, Leonardo Augusto Nunes. As astreintes e sua importância no regime da tutela específica. **Themis,** Fortaleza, v. 4 , n. 1, p. 145-159, jan./jun. 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Execução. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DINAMARCO, 2004 apud COUTINHO, Leonardo Augusto Nunes. As astreintes e sua importância no regime da tutela específica. **Themis,** Fortaleza, v. 4 , n. 1, p. 145-159, jan./jun. 2006.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito. Tradução Pietro Nassetti.** São Paulo: Martin Clarete, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Astreintes* - Essa grande desconhecida. **Legislação do Trabalho,** São Paulo, ano 64, n. 12, p. 1495-1498, dez. 2000.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Inovações no Código de Processo**

**Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PIAZ, Lívia Cipriano Dal. Os Limites da Atuação do Juiz na Aplicação das *Astreintes.* **Revista Jurídica,** Distrito Federal, ano 53, n. 328, p. 63-82, fev. 2005.

SÁ, Fernando. *Astreintes* e *contempt of court* – eficácia e efetividade (estudo de um caso). **Revista Forense,** Rio de Janeiro, ano 100, v. 375, p. 37-53, set./out. 2004.

SPADONI, Joaquim Felipe. **A ação inibitória:** a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, p. 19-20, 2002.

# A POSITIVAÇÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

*Jarina Ravanessa Silva Araújo, autora*[41]
*Ana Paula Martins Albuquerque, professora orientadora*[42]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Supremacia Constitucional: breves considerações. 2.2 Os fenômenos do Neoconstitucionalismo e do Neoprocessualismo. 2.3 Garantias e Princípios Constitucionais-Processuais. 2.4 A face de um novo Código Processual Civil (Projeto nº 166/2010). **3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO:

O presente artigo analisa, inicialmente, por meio de um breve relato histórico, a trajetória da Supremacia Constitucional em paralelo com a evolução do pensamento político e jurídico até o advento do Estado Democrático de Direito, com o intuito de evidenciar-se a influência que a Carta Magna, nos dias hoje, exerce na legislação pátria, uma vez que esta se subordina àquela tanto no trâmite a ser observado, como na matéria a ser tratada. Em seguida, demonstra-se a influência oriunda dos fenômenos do Neoconstitucionalismo e do Neoprocessualismo na formação de uma nova consciência processual, utilizando-se, para isso, de técnica metodológica baseada em pesquisas preponderantemente bibliográficas e de método hipotético-dedutivo. Por fim, destaca-se a imponência dos Princípios Constitucionais no processo, tomando como base o exemplo do Projeto do Novo Código de Processo Civil [Projeto de Lei do Senado nº 166/2010] que, logo em seu primeiro artigo, salienta o valor fundamental da Constituição Federal para o alcance da interpretação mais correta e adequada dos termos processuais em consonância com a realidade do caso concreto.

**Palavras-chave:** Constituição. Processo. Projeto do novo Código de Processo Civil.

41 Aluna do 9º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus. Email: jarina_araujo@hotmail.com.

42 ** Professora do Curso de Direito da Faculdade Christus e da Pós-Graduação. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogada. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR - 2006) e em Contabilidade e Planejamento Tributário pela Universidade Federal do Ceará (UFC - 2007). Possui licenciatura plena em Letras com habilitação em língua portuguesa pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG - 2003). Email: paulamartins13@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

A noção que hoje se tem de Constituição e, consequentemente, a ideia de Supremacia Constitucional, foi resultado de sucessivas mudanças no modo de governar e na evolução do pensamento jurídico no decorrer dos últimos séculos, destacando-se na estória como marco precursor da imperatividade normativa da Carta Constitucional o pós Segunda Guerra Mundial, tendo em vista que esse conflito evidenciou a necessidade da imposição de um documento capaz de assegurar os direitos e as garantias fundamentais do homem e do cidadão. Daí o advento do fenômeno intitulado de Neoconstitucionalismo.

No Brasil, as modificações oriundas da nova concepção do Direito Constitucional puderam ser observadas, especialmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, marco inicial de um Estado Democrático de Direito.

A partir de então, passou-se a construir uma nova concepção de Constituição, sendo superada a figura desse texto legal como mais um dispositivo no ordenamento jurídico, para se tornar a principal fonte normativa, hierarquicamente superior às demais normas.

Diante disso, estando todo o ordenamento jurídico subordinado diretamente à Constituição, incumbiu-se aos juristas a tarefa de compreensão da lei conforme as premissas constitucionais, possibilitando-lhes aplicar tanto a norma mais adequada ao caso concreto, quanto a declarar sua inconstitucionalidade, segundo as peculiaridades do litígio.

Por esse motivo é que se percebe a relação intrínseca entre a Constituição e o Processo Civil, uma vez que essa matéria passou a ter a eficácia de suas normas condicionadas ao que dita o Texto Maior, porquanto imprescindível à edição de regramentos processuais a observância dos princípios e das garantias fundamentais contidos na Carta Constitucional.

Assim, o processo ganhou novas diretrizes, na medida em que seu estudo passou a estar diretamente ligado à ideia difundida pelo Estado Constitucional de Direito. Eis, então, o advento do fenômeno do Neoprocessualismo, no qual a Constituição encontra na ciência processual um meio de afirmação dos direitos fundamentais por ela assegurados.

O laço estreito entre os valores constitucionais-processuais, atualmente, pode ser verificado com a propositura de um novo Código de Processo Civil [Projeto nº 166/2010] que, expressamente, prevê a subordinação de todos os seus termos àqueles estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, destinando seu primeiro capítulo à matéria estritamente principiológica.

Por fim, tem-se que o propósito do presente artigo se revela na intenção de demonstrar a posição que a Constituição alcançou no ordenamento jurídico pátrio e os reflexos que sua supremacia trouxe para a interpretação das normas processuais e para a reformulação do pensamento do legislador ordinário, mediante uma pesquisa essencialmente bibliográfica, de cunho teórico, descritivo e exploratório.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

O estudo da Constituição e, consequentemente, a imponência do lugar que ocupa no ordenamento jurídico pátrio, é matéria que se mostra imprescindível à análise da consciência do atual legislador processual brasileiro que, por muitas vezes, seja pela

alteração seja pela implementação de lei, reafirma princípios e garantias contidas na Carta Magna, a fim de alcançar um processo mais justo e eficaz. Eis, então, o motivo de iniciar o presente artigo relatando, de forma breve, a construção histórica, teórica e filosófica da nova concepção que hoje se tem de direito constitucional e de direito processual.

### 2.1 Supremacia Constitucional: breves considerações

A partir da segunda metade do século XX, várias foram as discussões acerca do novo papel da Constituição nos ordenamentos jurídicos, haja vista que, após percorrer uma longa trajetória, ganhou força normativa e feição de Lei Maior, deixando para trás a figura de um documento essencialmente político.

Para que se compreenda essa atual fase de prestígio da Constituição, notadamente no Brasil, é necessário analisar as mudanças pelas quais passaram o pensamento jurídico e político até a consolidação do Estado Constitucional de Direito, bem como as influências oriundas dos modelos de governo anteriores a esse período, adotados na Europa continental.

O primeiro modelo foi o absolutismo monárquico, em que o rei, autoridade soberana, estava à frente de todas as decisões do Estado, desde a declaração de guerra/paz até a resolução de conflitos entre seus súditos312, exercendo, inclusive, a atividade legislativa, mas com a ressalva de que à lei não se submetia.

Sendo assim, desenvolveu-se um governo totalitário, marcado por atos tiranos e corruptos, tendo em vista a constante imposição da vontade soberana dos monarcas sobre as relações privadas, motivo pelo qual este modo de governar, em meados do século XVIII, começou a ser objeto de inquietação na insurgente classe burguesa que, agindo como defensora de um estado não intervencionista, tentava alcançar a plenitude do direito à liberdade.

Nesse cenário, conforme relata o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni313, surgiu a necessidade de implementar um modelo de estado norteado pelo princípio da legalidade, em que o direito deveria decorrer diretamente da lei, como forma de abolir as arbitrariedades da administração e da jurisdição.

Foi, então, por meio do substrato ideológico da Revolução Francesa de 1789 – Liberdade, Igualdade e Fraternidade -, que se deu o fim do antigo regime e o início de um Estado legislativo, formado com a premissa de que todos os cidadãos são livres e iguais perante a lei, bem como sujeitos de direitos e deveres.

Com efeito, tem-se que o primeiro modelo de constitucionalismo nasceu juntamente com as revoluções burguesas e com o Estado Liberal[314], período em que a Constituição surge como uma imposição da burguesia que buscava um documento limitador do exercício do poder estatal.

Nessa fase, as forças populares passaram a ser representadas pelo Parlamento, instituição que à época se mostrava acima das autoridades dos demais poderes, haja vista que, no exercício de sua função legislativa, não sofria limitações nem mesmo pelos termos constitucionais[315].

Por tal motivo é que a Constituição ainda representava um documento meramente figurativo e de pouca expressão, ficando-lhe reservada apenas a tarefa de determinar a estrutura do Estado, as competências pertencentes a cada Poder e a declaração dos direitos fundamentais relativos à liberdade do homem.[316]

Fortaleceu-se, assim, a doutrina positivista clássica, pois os juízes não poderiam utilizar-se de métodos interpretativos para aplicar a norma mais adequada ao caso concreto, mas apenas declarar o texto da lei, em busca da vontade do legislador e da segurança jurídica.

Assim, em face da realidade que vivia o Estado liberal, outro modelo de governo foi sendo projetado, agora, voltado para as questões sociais, porquanto a própria ideia de liberdade plena encontrava-se ligada à promoção da igualdade, ou seja, à garantia de condições mínimas ao desenvolvimento de uma vida digna. Os direitos sociais relativos à educação, ao trabalho, à cultura, à moradia, à saúde, nesse momento, surgiram como uma área nova a ser tutelada pelo poder estatal, desconhecida até então pelo direito constitucional.[317]

Foi, então, que, no século XX, com a Segunda Guerra Mundial, marco histórico e palco de inúmeras injustiças, que se iniciaram os movimentos de internacionalização dos direitos fundamentais do homem e do cidadão em busca da pacificação social.

Todavia, para que os direitos humanos pudessem gozar de eficácia plena, deveriam estar previstos em normas situadas no topo do ordenamento jurídico, funcionando como alicerce para as decisões políticas e jurídicas tomadas pelo Estado. Fez-se necessária, portanto, a imposição de um documento a ser respeitado por todos, em especial, pelo Poder Público. Por consequência, surge um novo modelo de governo, identificado por sua subordinação à Constituição que, enfim, foi posta em posição superior às demais leis do sistema jurídico, agora também de forma substancial.

Nesse sentido, destaca-se o ordenamento jurídico pensado por Hans Kelsen[318], cujo direito foi projetado como uma relação piramidal e hierarquizada, em que a Constituição está no topo, funcionando como fundamento de validade às demais normas de menor hierarquia.

A Constituição do século XX ganhou enfoque social e substituiu a ideia de uma carta política que se preocupava apenas com a proteção dos interesses da iniciativa privada, para a de um texto mais abrangente, regulamentador das esferas do poder estatal, da sociedade e do indivíduo, como afirma Paulo Bonavides.[319]

A validade das leis, que eram tidas como ato de última vontade do Parlamento, deixou de ser condicionada somente por sua forma, mas também pela sua concordância com o texto constitucional. Essa nova teoria superou o pensamento positivista clássico e implantou o que se chama de doutrina pós-positivista.

Eis, então, a verdadeira noção de Constituição, que vai muito mais além do que a simples ideia de um complexo de normas, mas de um documento emerso em um Estado Constitucional Social, adotando como verdadeira essência a sociedade e não

mais o direito.[320] Com isso, tornou-se impossível a vigência do formalismo positivista que reduzia a Constituição à lei, porquanto não entendia que, antes mesmo de ser lei, ela é direito, sendo este o fato que distanciou o conceito liberal de Constituição das novas necessidades sociais.

Nessa linha, a Constituição passa a ser o alicerce da interpretação jurídica, pois, ao jurista, que antes detinha o papel de revelador da lei, foi conferida atividade de compreensão e aplicação da lei à luz dos direitos fundamentais.

Diante disso, em detrimento do reconhecimento dado à superioridade hierárquica e à rigidez constitucional, tornou-se imprescindível a previsão de um mecanismo de controle de constitucionalidade das leis que, segundo o professor Paulo Bonavides [321], deveria ocorrer sob a influência de dois aspectos, o formal e o material, na medida em que deveria ser fiscalizado tanto o processo de criação da norma quanto o seu conteúdo. Sobre o assunto, reitera José Afonso da Silva, afirmando que:

> Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem o governo dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.[322]

No Brasil, tais modificações foram mais significativas com o advento da Constituição de 1988, marco inicial do processo de redemocratização do País, que produziu uma nova forma de organização política baseada no direito constitucional, em que as concepções de direito e de jurisdição foram transformadas. Com efeito, o Brasil conseguiu afastar a prática autoritarista e violenta de seus governantes para instalar um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

### 2.2 Os fenômenos do Neoconstitucionalismo e do Neoprocessualismo

Ao fenômeno da supremacia constitucional, relatado anteriormente, deu-se o nome de Neoconstitucionalismo, tendo em vista o papel de destaque que ganhou o direito constitucional, assim como a própria jurisdição. Luís Roberto Barroso323, no estudo desse fenômeno, reconstrói o caminho percorrido pelo novo constitucionalismo, sintetizando suas principais características, sob três aspectos diferentes: o histórico, o teórico e o filosófico.

No plano histórico, salienta como marco, no século XX, na Europa continental, a situação trazida pelo pós Segunda Guerra, em especial, na Alemanha e na Itália, marcadas pelos regimes autoritários nazistas e fascistas, respectivamente, enquanto que, no Brasil, destacou a Constituição de 1988, momento em que "o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu". 324

No marco filosófico, aponta a doutrina pós-positivista, resultado da superação do pensamento jusnaturalista, utilizado como incentivo às forças revolucionárias, e do fracasso da tese positivista clássica, cuja objetividade levou o direito a uma situação de inércia.

Por fim, no processo teórico, frisa a ocorrência de três mudanças substanciais na formulação de uma nova ciência constitucional, dentre elas o reconhecimento da força normativa da Constituição, a propagação do direito constitucional e o desenvolvimento de métodos interpretativos para a correta aplicação dos termos constitucionais.

Sob essa óptica, conclui, ainda, Inocêncio Mártires Coelho325, que o novo constitucionalismo trouxe consigo realidade diversa da instalada pelo Estado Liberal, formulada com fulcro nas diretrizes de "mais Constituição do que leis, mais juízes do que legisladores, mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção e mais concretização do que interpretação".

É a partir de todo esse processo de evolução do pensamento jurídico, que surge a noção de uma ciência processual constitucional, na qual o processo deve funcionar como meio garantidor de eficácia aos direitos positivados na Carta Maior, haja vista que nela estão inseridos os princípios e as regras mais relevantes à solução de conflitos. Essa relação que se formou entre a Constituição e o Processo passou a ser denominada de Neoprocessualismo.

Ao processo, tornou-se impossível trilhar caminho diverso ao da Lei Fundamental que, de forma direta, estabelece garantias processuais a serem observadas e prevê mecanismos de controle constitucional e, de modo indireto, tutela segmentos jurídicos determinados, como exemplo o consumidor, o réu e a criança, para que, posteriormente, a legislação infraconstitucional elabore normas processuais específicas que correspondam à sua vontade, conforme relata Eduardo Cambi 326. A concretização da Lei Fundamental encontrou, pois, no processo, um relevante instrumento, senão o mais, para a garantia dos direitos por ela positivados.

Nesse sentido, afirma Ângela Araújo da Silveira Espíndola 327 que o processo jurisdicional não deve mais ser visto como obstáculo à efetivação dos direitos subjetivos, mas sim como uma premissa à sua concretização, de forma a extinguir os valores liberais-individuais ainda presentes na ordem jurídica. Inicia-se, portanto, com essa nova face do processo jurisdicional, uma incessante busca pela materialização dos direitos fundamentais.

### 2.3 Garantias e Princípios Constitucionais-Processuais

A Constituição, como Lei Maior, contém normas a serem observadas por todo o ordenamento jurídico, em especial, pelo legislador infraconstitucional, porquanto este, na edição de normas, deve se ater à garantia de bens jurídicos tutelados, seja de forma explícita seja implícita, pela Carta Constitucional, pautando-se sempre pela proteção dos direitos fundamentais, a fim de que esses possam ser realizados com plenitude.

Dentre esses direitos fundamentais a serem observados, além dos que se relacionam com a garantia de direitos materiais, estão presentes os referentes à sua postulação, representados pelos princípios e regras do processo. Assim,

a proteção constitucional alcança também o instrumento de efetivação de direitos substanciais, pois reserva ao postulante o livre acesso à justiça, assegurando-lhe o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, tem-se que o processo, mais do que uma simples concatenação de atos procedimentais, é a representação dinâmica de garantias fundamentais, como preleciona José Afonso da Silva:

> Garante-se o processo, e quando se fala em processo, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica, E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.328

Dessa forma, impõe-se necessário conferir cuidados também ao aspecto procedimental do direito, antes visto com subsidiariedade em relação aos direitos materiais que, ao expressarem juízos de valor e normas de conduta, transmitiam a ideia de superioridade diante daqueles que exprimiam apenas preceitos técnicos.329

No entanto, é esta tecnicidade, contida em normas procedimentais, que irá promover a realização concreta e plena dos direitos subjetivos. Daí a importância de aliar a atividade do legislador processual ordinário aos princípios constitucionais, pois, caso a lei não os observe, além de estar descumprindo com seu dever social de fornecer a medida exata de justiça para a resolução de conflitos, estará acometida de grave vício material, não podendo ser recepcionada pelo sistema jurídico, que tem a Constituição como fundamento último.

Assim, da Constituição extraem-se as diretrizes fundamentais que devem nortear a ciência processual, uma vez que, sem elas, o legislador infraconstitucional não poderia ter delimitadas suas esferas de atuação, segundo o que entende Roberto Rosas.330

Tem-se, então, a partir da visão de Carlo Toarmina, que da relação entre a Constituição e a ciência processual, pode ser retirado como fator mais relevante a consciência dos ditames constitucionais que determinam sua direção.[331]

Sob esse contexto, convém salientar novamente a Carta Magna Brasileira de 1988, que se destaca por ter em seu conteúdo um amplo rol de princípios inerentes ao processo, - dentre eles o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, citados anteriormente -, assim como por tratar de figuras peculiares a este ramo: o juiz natural, a coisa julgada e o direito adquirido.

Portanto, muitos são os direitos e as garantias constitucionais que visam a propiciar um processo mais adequado e justo, para que as partes consigam ter uma prestação jurisdicional eficaz, motivo pelo qual não há como dissociar a ciência processual dos Princípios Constitucionais.

### 2.4 A face de um novo Código Processual Civil brasileiro

O conjunto de garantias processuais contidas na Constituição, segundo a visão de Sergio Gilberto Porto[332], forma um macrossistema, representado pelo direito processual fundamental, cuja finalidade se realiza em delinear as formas dos demais microssistemas processuais existentes no ordenamento jurídico, para que estes não adquiram vícios de ordem fundamental-processual e, por via de consequência, não obstem o acesso à jurisdição, em detrimento da não observância à Constituição.

A propósito desse contexto, mesmo diante da subordinação dos microssistemas processuais ao direito processual fundamental, muitas vezes, o sistema processual civil se mostra falho, motivo que impulsiona os legisladores a estarem em uma incessante busca por uma prestação jurisdicional mais ágil e eficaz, seja editando novas leis, seja criando novos institutos.

É então, diante das deficiências que acometem esse sistema e da nova consciência processual, que se substitui a ideia de reformas isoladas pela necessidade de uma reforma mais expressiva, como exemplo a propositura de um novo Código de Processo Civil, após longos anos de vigência do diploma processual de 1973.

Nesse contexto, surge o Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, presidido pelo Ministro Luiz Fux e relatado pela professora Teresa Arruda Alvim Wambier, que traz o formato de um novo Código de Processo Civil a ser adotado pelo sistema jurídico pátrio. Em seu bojo, podem ser detectados inúmeros avanços em relação ao Código de 1973, dentre eles, a restrição de incidência das hipóteses de agravo, a admissão de eficácia imediata às sentenças monocráticas e a possibilidade de correção de vícios para que se afaste a extinção do processo.[333]

Contudo, esse Projeto também inova no plano teleológico, pois, se antes já não era novidade a presença da Constituição, mesmo que implícita, na interpretação do ordenamento processual, nesse projeto, optou-se por explicitar tal premissa, reafirmando o propósito constitucional do processo logo em seu capítulo I, intitulado de Dos Princípios e das Garantias Fundamentais do Processo Civil. De fato, veja-se o que dispõe seu art. 1º: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Assim, não importa a área processual que envolver a demanda posta em apreciação, deve ser conferido aos jurisdicionados a segurança do exercício de seus direitos, inerentes a um processo democrático, tais como a ampla defesa e o contraditório, pois inócuo será o prazo concedido ao requerido para se manifestar na lide se não lhe for assegurada a integridade de sua defesa. [334] Nesses moldes, o Capítulo I faz ressalva também para o julgador que, ao aplicar a lei, deverá observar sempre o princípio da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade [art. 6º do Projeto nº 166/2010].

Percebe-se, então, que a reforma do Código de Processo Civil, com o escopo de alcançar a realidade de um sistema processual mais coeso, célere e justo, antes de inovar no plano fático, procurou, primeiramente, vincular suas normas aos princípios e às garantias da Constituição Federal da República. Sob esse contexto, aduz Sérgio Gilberto Porto que:

> A grande reforma, pois, não está na simples mudança legislativa por mais profícua que esta possa ser, mas sim na mudança de pensamento, no modo de como compreender o processo civil moderno e a maneira mais legítima de compreendê-lo, no Estado Democrático de Direito, é decifrá-lo sob a regência da Constituição. [335]

Diante disso, retira-se como um dos maiores exemplos práticos da consciência constitucional adotada pelo direito contemporâneo, a construção de um Código de Processo Civil que, explicitamente, prevê a regência de seus termos aos princípios e garantias constitucionais, reservando-lhes capítulo próprio, a fim de que, ao reafirmá-los no texto processual, seja conferida máxima eficácia aos preceitos da Constituição.

## 3 METODOLOGIA

A técnica de pesquisa utilizada para o estudo da temática foi o exame bibliográfico realizado, predominantemente, nos manuais constitucionais, na literatura introdutiva ao estudo de processo e na análise de periódicos, enquanto tema de discussão atual. Ressalta-se que a busca de referências bibliográficas na Internet teve contribuição expressiva na elaboração deste artigo. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, pois a pesquisa se deteve, inicialmente, à análise da evolução histórica da Constituição e dos fenômenos do Neoconstitucionalismo e do Neoprocessualismo, demonstrando suas respectivas influências na formulação de um novo sistema processual, para, após, verificar a relevância dos preceitos constitucionais contidos no projeto do novo Código de Processo Civil. Sendo assim, a metodologia histórica foi utilizada para conferir embasamento teórico à investigação da supremacia constitucional sobre as leis processuais. Por fim, o nível de pesquisa caracterizou-se por seu cunho teórico, descritivo e exploratório.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

A Constituição como centro normativo, norma superior, carta cidadã, por muitas vezes, parece clichê, todavia o que deve se ter em mente são as implicações que tal superioridade pode trazer para o mundo jurídico e, principalmente, para as relações sociais. É notório que o pensamento do legislador brasileiro ao longo dos anos sofreu inúmeras mudanças, motivo este que elevou o direito processual para um lugar de maior destaque, figurando como meio garantidor dos direitos fundamentais do homem. Por tal razão, é que se destaca a proposta de um novo Código de Processo Civil que, antes de tratar de matérias procedimentais, se preocupa em relatar a importância da aplicação e da interpretação de seus termos com base na Constituição.

## 5 CONCLUSÃO

A partir do exposto, pode-se concluir que a supremacia constitucional em muito vem ajudando na formulação de uma nova ciência processual, em que o processo deixa de ser um mero conjunto de atos técnicos e se revela como verdadeiro instrumento de afirmação dos direitos fundamentais do homem e do cidadão, assegurando a quem busca a justiça um acesso livre, ágil e eficaz. Assim, não há como falar em processo sem se ater aos regramentos constitucionais.

Um exemplo dessa posição é a construção de um novo Código de Processo Civil que se preocupa em declarar expressamente sua regência ao Texto Constitucional, pois mesmo que não haja norma específica que regule a resolução de determinado conflito, ainda assim ele poderá ser finalizado por meio de uma interpretação sistemática entre a finalidade do processo e a vontade da Constituição.

## REFERÊNCIAS


BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo, ano 15, n. 58, p. 129 - 173, jan./mar. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica.** Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http//:www.panoptica.org.br>. Acesso em: 6 mar. 2012.

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Acesso à Justiça, Processo e Direitos Fundamentais na transição do Estado Liberal Clássico para o Estado contemporâneo. XIX Congresso Nacional do CONPEDI. **Anais eletrônicos**...Florianópolis, 2010, p. 281-298. Disponível em: <http//:www.conpedi.org.br>. Acesso em: 6 mar. 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição.** 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria Geral do Processo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRACO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil. **Revista Síntese**. [S.l.], ano XII, n. 72, p. 64-77, jul./ago. 2011.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional:** Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TOARMINAR, 1972 apud ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional:** Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 14.

# CIDADANIA NO BRASIL: ALGUNS PARADOXOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*José Adeildo Bezerra de Oliveira, autor*
*Zaneir Gonçalves Teixeira, professora orientadora*

SUMÁRIO: RESUMO. 1. INTRODUÇÃO. 2. CIDADANIA NA HISTÓRIA OCIDENTAL. 3. CIDADANIA NO BRASIL; 4. ALGUNS PARADOXOS DA CIDADANIA E DA DEMOCRACIA BRASILEIRA NA NOVA REPÚBLICA. 5. METODOLOGIA DA PESQUISA. 6. ANÁLISE DOS RESULTADOS. 7. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

"Felizmente, o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as suas épocas anteriores. E se cada homem auscultar a sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas, e o que cada uma dessas épocas lhe legou."

Fustel de Coulanges, A Cidade Antiga.

## RESUMO

O presente trabalho busca problematizar, a partir de uma análise histórica, jurídica e discursiva, os avanços da cidadania no Brasil pós-1988, observando especificamente os limites formais de elaboração da Constituição, bem como os resquícios autoritários referentes ao papel das Forças Armadas na atual Carta Magna. Tendo como ponto de partida uma breve descrição da construção histórica do conceito de cidadão no Ocidente, da Grécia dos tempos clássicos aos nossos dias, inclusive abordando os fluxos e influxos do referido conceito nas terras tupiniquins, busca-se expor os limites formais e políticos que prejudicam o discurso político que atribui à Constituição Federal do Brasil de 1988 um caráter essencialmente cidadão.

**Palavras-chave:** Cidadania. Discurso. Autoritarismo.

## 1 INTRODUÇÃO

A cidadania pode ser entendida como conquista histórica e prática política em permanente construção, desde sua invenção pelos gregos, até a afirmação dos direitos civis, políticos e sociais na modernidade. O processo de concretização da ideia de cidadania, embora possua uma conformação geral na história ocidental, seguiu caminhos próprios em cada país, mesclando-se ao próprio desenvolvimento do capitalismo e às condições históricas de cada povo. Compreender o itinerário da formação da cidadania no Brasil implica em percorrer os longos e confusos processos históricos que levaram ao reconhecimento daquela tríade de direitos, entendendo a promulgação da Constituição Federal em 1988 como seu ponto culminante. No Brasil, a própria convocação da Constituinte está impregnada de uma tradição autoritária, origem de paradoxos no texto constitucional, aqui exemplificados com a análise do papel das Forças Armadas na defesa do Estado e das Instituições Democráticas.

## 2 CIDADANIA NA HISTÓRIA OCIDENTAL

É consenso entre os estudiosos que a cidadania, enquanto *práxis* política tem sua origem histórica na Grécia Antiga. Entretanto, o cidadão antigo era extremamente diferente do medieval e do moderno. Isso, por si só, para que possamos entender o desenvolvimento histórico da ideia de cidadania, nos obriga a promover a reflexão sobre as transformações sofridas ao longo da História ocidental. Comecemos pelos gregos, cujo caso ateniense é o grande paradigma.

Para podermos analisar o surgimento da cidadania é preciso entender o problema da organização do poder, que é algo oriundo da própria sociedade. A política, de acordo com a lição aristotélica, entendida como a arte ou ciência de governo está diretamente ligada ao conceito de poder, pois a mesma é a forma que os homens encontraram para organizar o poder[336]. Neste sentido, foram os gregos os inventores da política como a conhecemos, ou seja, com a despersonalização do poder e com a criação do espaço público, onde surgiria o cidadão.

Antes dos gregos, o poder já existia, mas era associado à religiosidade e personificado na figura do governante, que o exercia pessoalmente de acordo com a sua vontade. Esse governante poderia ser o próprio Deus vivo ou seu representante [teocracia][337].

Segundo Hannah Arendt, os gregos realizaram a separação entre o espaço privado do lar [*oikia*], lugar da satisfação das necessidades básicas da família e o espaço público ou comum [*Koinon*], lugar da **bios politikos**, onde o homem poderia ser livre e se realizar enquanto ser. Com isso, os helenos despersonalizaram o poder, pois a política passaria a ser organizada não mais a partir da vontade individual de um governante, mas através de um corpo de cidadãos que iriam decidir coletivamente a organização da comunidade autossuficiente chamada de Cidade-Estado. Nessa comunidade, de acordo com Arendt,

> Ser político, viver em uma *polis*, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não força e violência. Para os gregos, forçar pessoas mediante violência, ordenar ao invés de persuadir, eram modos pré-políticos de lidar com as pessoas, típicos da vida fora da polis, característicos do lar e da vida em família, em que o chefe da casa imperava com poderes incontestes e despóticos, ou da vida nos impérios bárbaros da Ásia, cujo despotismo era frequentemente comparado à organização doméstica[338].

Neste sentido, percebe-se que os helenos, ao associarem o poder à vontade coletiva, ao **espaço público** e também às leis, negaram a figura do governante único e criaram um corpo

de iguais, com direitos e deveres, chamados de cidadãos. Entretanto, nem todos os indivíduos daquela comunidade eram cidadãos, como adverte Simone Goyard-Fabre:

> [...] o conceito de cidadania não é simples. Se quisermos compreender como, para além das vicissitudes históricas, ele se impôs como substrato da democracia, temos de analisá-lo minuciosamente. Coube a Aristóteles realizar essa análise a partir das realidades sociopolíticas das grandes Cidades-Estados gregas. Conforme explica o Estagirita, convém em primeiro lugar distinguir a cidadania excepcional que, adquirida por meio de um procedimento de naturalização, é apenas uma cidadania formal sem consequências, e a verdadeira cidadania, plena e completa que, proveniente do nascimento, é natural e, sobretudo, define-se pela 'participação nas funções judiciárias e nas funções públicas': o verdadeiro cidadão é, portanto, juiz magistrado [...] O 'povo', que é formado por esses cidadãos ativos, reúne-se na Ágora onde a Eclésia detém o poder deliberativo que, na Cidade-Estado, é o poder soberano[339].

Nessa definição aristotélica, não temos os escravos, mulheres e metecos [estrangeiros] que, por não se libertarem do **espaço privado**, o da necessidade básica, indicado por Hannah Arendt, não possuem a capacidade para exercerem sua liberdade plenamente no **espaço público** e, por conseguinte, não possuem essa virtude cívica básica necessária à condição de cidadão. Aqui vale frisar que a liberdade para os gregos era não governar e nem ser governado por ninguém, assim: "A igualdade, portanto, longe de estar ligada à justiça, como nos tempos modernos, era a própria essência da liberdade: ser livre significava ser isento da desigualdade presente no ato de governar e mover-se em uma esfera na qual não existiam governar nem ser governado".340

Essa esfera era a **esfera do público**, do comum a todos que conseguiam se libertar das necessidades básicas e do trabalho manual, para dedicar-se exclusivamente à política e sem preocupações de outra ordem que não fosse a pública.

Com a crise do mundo Greco-Romano e o advento do Feudalismo, a clara divisão entre o **espaço público** e o **espaço privado** do mundo clássico foi sendo substituída por uma concepção de mundo extremamente influenciada pela Ética cristã que, apesar de marcada por um pensamento social que valorizava a caridade e as boas ações, era extremamente intimista. Veja-se:

> Prestem atenção! Não pratiquem a justiça de vocês diante dos homens, só para serem elogiados por eles. Fazendo assim, vocês não terão a recompensa do Pai de vocês que está no céu. Por isso, quando vocês derem esmola, não mande tocar trombeta na frente, como fazem os hipócritas nas sinagogas e nas ruas, para serem elogiados pelos homens. [...] Ao contrário, quando você der esmola, que a sua esquerda não saiba o que a sua direita faz, para que sua esmola fique escondida; e seu Pai, que vê o escondido, recompensará você. (Mateus, 6, 1-3)[341]

Essa ética prezava também pelo não-mundano, pelo espiritual, em contraponto ao mundano, ao público. Com isso, houve a afirmação do **espaço privado**. O indivíduo deixou de se realizar, enquanto ser, no **espaço público,** para se realizar no **espaço privado** da consciência, que deveria estar em acordo com a vontade divina. A política passou a ser um peso para o indivíduo, como ilustra Arendt:

> A moralidade cristã, em contraposição a seus preceitos religiosos fundamentais, sempre insistiu que cada um deve cuidar de seus afazeres e que a responsabilidade política constitui antes de tudo um ônus, aceito exclusivamente em prol do bem-estar e da salvação daqueles que ela liberta da preocupação com os assuntos públicos[342].

Outro ponto desagregador da cidadania clássica na Idade Média foi a concepção cristã da sociedade como uma grande família regida pela autoridade divina, personificada a partir do governante bom, que foi desconstruindo o **espaço público** como o campo de defesa dos interesses comuns dos cidadãos e, consequentemente, fez desaparecer o próprio cidadão enquanto agente político.

Como resultado da estruturação do pensamento marcada pelo Teocentrismo cristão, a própria estrutura social e econômica marcada pela organização estratificada e estamental, fundamentada no princípio da desigualdade entre as classes destoa da igualdade proposta pela cidadania. Aqui se percebe outro empecilho à cidadania na Idade Média: o **status** social.

Com isso, fica claro que, ao longo da Idade Média, o pensamento teológico cristão foi se afirmando e dominando a cena política, econômica e social, até que, a partir do século XIV d. C., com o início de um considerável desenvolvimento econômico, foi surgindo uma nova classe social que iria tomar o poder séculos mais tarde e que estabeleceria uma nova concepção filosófica de cidadão, o cidadão moderno: a burguesia.

Como todas ou quase todas as grandes transformações ocorridas na História da humanidade que alteraram o jogo do controle do poder político e social, a afirmação da burguesia como a classe hegemônica foi um processo lento, trabalhoso e violento. Optamos, em virtude do espaço reduzido deste artigo e respeitando os objetivos pretendidos por este trabalho, por focalizar o desenvolvimento da cidadania burguesa em seu vínculo com o desenvolvimento do capitalismo ocidental. Neste sentido, torna-se imprescindível atentar para a análise de T. H. Marshall sobre esta estreita relação entre a afirmação do capitalismo e a afirmação da cidadania no Ocidente, tendo como modelo o caso britânico.

Ao contrário do que ocorria no mundo Greco-Romano, onde havia uma fusão entre as diversas instituições e, com isso, a cidadania era um conjunto de direitos unificados, Marshall entende a cidadania como um conjunto formado por direitos de ordem civil, política e social. Cada um desses elementos da cidadania, separados ao longo dos séculos, se afirmaria entre os séculos XVIII e XX da Era cristã no Ocidente.

Primeiro vieram os direitos civis, como resultado da luta da burguesia pelo poder entre os séculos XVII e XVIII. O ponto zênite deste processo foram as Revoluções Industrial e Francesa, em que uma afirmou o Liberalismo no campo econômico e a outra no campo político. Neste momento, o lema da burguesia era liberdade e igualdade, princípios estruturantes do conceito de cidadão. No entanto, Marshall atenta para o fato de que essa liberdade e igualdade eram

ambas fruto do contrato moderno, marcado pelo *status* de livre e igual, não pela efetivação de tal condição. Para Marshall,

> [...] o núcleo da cidadania, nesta fase, se compunha de direitos civis. E os direitos civis eram indispensáveis a uma economia de mercado competitivo. Davam a cada homem, como parte do seu *status* individual, o poder de participar, como uma unidade independente, na concorrência econômica, e tornava possível negar-lhes a proteção social com base na suposição de que o homem estava capacitado a proteger a si mesmo. [...] esse *status* era, sem dúvida, um auxílio, e não uma ameaça, ao capitalismo [...] porque este *status* era dominado pelos direitos civis que conferem a capacidade legal de lutar pelos objetos que o indivíduo gostaria de possuir, mas não garantem a posse de nenhum deles[343].

Com isso, percebe-se que os direitos civis, ligados aos interesses burgueses, saíram na frente. No entanto, mesmo limitados em sua fase inicial, eles seriam, com a afirmação da igualdade potencial entre os homens, o fundamento para as lutas que possibilitariam avanços no campo dos direitos políticos e sociais entre o século XIX e XX.

A afirmação dos direitos políticos, que envolvem a possibilidade de participação nas tomadas de decisão em âmbito coletivo, também seguiu os interesses burgueses, tanto que foram inicialmente concedidos apenas aos homens, livres e proprietários. Os séculos XIX e XX representam a luta por garantir a todos o direito de participação política. Já os direitos sociais são concebidos, ao longo do século XX, como aqueles que podem responder às necessidades humanas mínimas de bem-estar, aí incluídos o trabalho, a assistência social, educação, entre outros. Estão ligados à formação da classe operária e suas lutas por inclusão na esfera dos direitos. Ressalte-se que, para Marshall, é possível a plena cidadania, composta pela tríade dos direitos civis, sociais e políticos, sem que seja necessária intervenção no livre mercado.

Com o exposto, podemos perceber uma diferença fundamental existente entre a cidadania moderna e antiga: a sacralização da propriedade privada e o superdimensionamento da riqueza como o grande objetivo da sociedade. Isso quer dizer que, de uma forma geral, o cidadão moderno não vê mais o público como um espaço para a sua realização pessoal, como faziam os gregos, mas o espaço para cuidar dos negócios e ganhar dinheiro. Tal conexão entre o público e o privado é exposta, com maestria, por Arendt ao diferenciar os conceitos de propriedade e riqueza entre os antigos e modernos:

> A profunda conexão entre o privado e o público, manifesta em seu nível mais elementar na questão da propriedade privada, corre hoje o risco de ser mal interpretada em razão do moderno equacionamento entre a propriedade e a riqueza, de um lado, e a inexistência de propriedade e a pobreza, de outro. Essa má interpretação é ainda mais importuna visto que ambas, a propriedade e a riqueza, são historicamente de maior relevância para o domínio público [...] e desempenharam, pelo menos formalmente, mais ou menos o mesmo papel como principal condição para a admissão ao domínio público. [...] Antes da era moderna, [...] todas as civilizações tiveram por base o caráter sagrado da propriedade privada. A riqueza, ao contrário, fosse possuída privadamente ou publicamente distribuída, nunca antes fora sagrada. Originalmente, a propriedade significava nada mais nada menos que o indivíduo possuía seu lugar em determinada parte do mundo e, portanto, pertencia ao corpo político, isto é, chefiava uma das famílias que constituíam em conjunto o domínio público[344].

Mas, apesar das inúmeras e propaladas diferenças entre a cidadania dos antigos e a dos modernos, entendemos que a essência da cidadania, ou o que deveria ser tal essência, ou uma parte importante dela, permanece a mesma ao longo do tempo, a saber: o sentimento de participação igual em uma comunidade. Sobre isso, T. H. Marshall afirma: "A cidadania exige um elo de natureza diferente, um sentimento direto de participação numa comunidade baseado numa lealdade a uma civilização que é um patrimônio comum. Compreende a lealdade de homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum"[345].

Este é o conceito de cidadania defendido por este trabalho, servindo de base para a análise que passamos a empreender acerca do processo de construção da cidadania no Brasil e seus paradoxos.

## 3 CIDADANIA NO BRASIL

Apesar de hodiernamente ser um termo extremamente comum no linguajar político nacional, e uma opção política reconhecida constitucionalmente, nem sempre a cidadania foi algo falado e praticado no país; talvez ainda não o seja, devidamente, em nossos dias.

No tempo da Colônia, pode-se afirmar que inexistia um espaço público e, consequentemente, uma cidadania. Naquele período, predominava o poder da metrópole portuguesa, senhora de tudo e de todos que habitavam a colônia, pois não havia, propriamente, direitos para os colonos. O Estado luso era representado pelos latifundiários, burocratas e clérigos.

No caso específico dos latifundiários, apesar de exercerem muitas funções estatais, na prática, as exerciam de acordo com os seus interesses pessoais, daí um dos aspectos mais lesivos à mentalidade pública e cidadã no país: o Patrimonialismo. Esses senhores de terras comandavam enormes "exércitos" de escravos e de dependentes em uma estrutura social e econômica marcada pelo Patriarcalismo, na qual o poder privado era exercido por meio de uma rígida hierarquia social, com base na "propriedade" (formalmente posse, pois era a Coroa a proprietária) da terra. Apesar desses "homens bons" serem eleitos para o comando dos postos administrativos municipais, eles não eram propriamente cidadãos, como afirma José Murilo de Carvalho:

> Não se pode dizer que os senhores fossem cidadãos. Eram, sem dúvida, livres, votavam e eram votados nas eleições municipais. [...] Faltava-lhes, no entanto, o próprio sentido da cidadania, a noção de igualdade de todos perante a lei. Eram simples potentados que absorviam parte das funções do Estado [...] Em suas mãos, a justiça [...] tornava-se simples instrumento do poder pessoal[346].

Tal situação política não mudou muito com a emancipação

política, realizada entre 1808 e 1831, pois a velha estrutura social e econômica e, antes de mais nada, a mentalidade escravista e patriarcal reinantes no seio das elites locais, impediram maiores avanços na cidadania, ao tolherem as propostas de maiores transformações políticas e sociais, como as de Gonçalves Ledo, que desejava a República e a maior participação política dos menos abastados. No entanto, mesmo com poucos avanços, a independência trouxe relativos ganhos para a história da cidadania no país. Naquele momento, apesar dos principais postos políticos serem ocupados pelos latifundiários e do voto ser censitário e indireto, J. Murilo de Carvalho afirma que "o critério de renda não excluía a população pobre do direito do voto" e que ainda havia o voto para os analfabetos, além do fato de haverem eleições constantes entre 1822 e 1930[347].

No entanto, sabemos que o direito ao voto é apenas um gênero da espécie cidadania. E mais, devido à estrutura socioeconômica do Império e da própria **República Velha**, o voto era manipulado pelos latifundiários, que exerciam pressões sobre os eleitores pobres, além das fraudes, corrupção, clientelismo, nepotismo etc. Todas essas pressões se refletiam na limitação aos diretos civis, políticos e sociais, estes últimos, extremamente precários até Vargas, que possibilitou pequenos, mas importantes, avanços a eles.

Com a Era Vargas [1930-45], o país mergulhou em duas ditaduras, separadas por um relativo interregno democrático entre 1934 e 1937. Entre 1946 e 1964, temos realmente uma considerável, ligeira e limitada experiência democrática, fruto das mudanças sociais e econômicas geradas pelo desenvolvimentismo, responsável pela mudança no perfil econômico e urbano do país, que deixou de ser predominantemente rural e agroexportador, para ser predominantemente urbano e industrial.

Com isso, o consequente êxodo rural retirou os camponeses da esfera de influência do coronel, mas o levou para a esfera de influência do populista. A alfabetização, o voto, os movimentos sociais e a participação cidadã em geral cresceram consideravelmente. Esse crescimento e a inabilidade ou imaturidade da cidadania e democracia brasileira, mergulharam o país em inúmeras crises e tentativas de Golpes de Estado que, somadas ao contexto mundial da Guerra Fria, acabaram por levar o país a uma ditadura entre 1964 e 1985, que iria limitar ao extremo os direitos políticos e civis dos seus opositores.

A Ditadura Civil-Militar implantada em 1964, apesar de extremamente violenta, não cessaria o processo de crescimento da mentalidade cidadã que os movimentos sociais e políticos vinham desenvolvendo com mais intensidade desde o fim do Estado Novo, em 1945. Durante esse período, a luta contra o governo foi constante e de formas variadas, da cultura à luta armada. Tolhida a prática cidadã no espaço público democrático, desenvolveram-se outros instrumentos de luta e de busca por transformações sociais e políticas.

Com a crise da ditadura, a partir da segunda metade dos anos 1970, temos o processo de distensão **lenta, gradual e segura**, que, apesar de encaminhado pelo governo, foi marcado pela grande participação dos movimentos sociais e políticos em geral. O ponto zênite de tal processo foi a campanha das **Diretas já!**, que exigia a eleição direta para presidente e o retorno à democracia. No entanto, tal fato não aconteceu, pois a Emenda Dante de Oliveira, que previa a eleição direta para presidente, não foi aprovada no Congresso Nacional, fato que freou o ímpeto democrático no país e alertou os segmentos nacionais mais conservadores, que reagiram como em outros momentos da história nacional, freando o carro revolucionário com a mudança superficial, para a permanência do essencial. A sede de cidadania só encontraria alívio momentâneo com a Emenda 26/1985, que dá início ao processo constituinte, culminando com a promulgação da Constituição Federal em 1988.

## 4 ALGUNS PARADOXOS DA CIDADANIA E DA DEMOCRACIA BRASILEIRA NA NOVA REPÚBLICA

> A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã [...] a Constituição representativa e participativa[348].

As palavras de Ulysses Guimarães em seu discurso de promulgação da Constituição de 1988 estavam carregadas das emoções e das esperanças da sociedade civil brasileira, que clamava por democracia e por cidadania. Fruto de um amplo e emotivo debate político, com a pluralidade de interesses e com a afirmação de vários direitos e garantias individuais e sociais, esta Carta entrou no imaginário coletivo nacional como a redentora da democracia e da cidadania, tanto que o próprio Ulysses a denominou de **Cidadã**. No entanto, apesar de avanços consideráveis como o mandato de injunção, referendo, plebiscito, habeas data etc., tal Constituição, nas palavras do próprio Ulysses, **não é perfeita, não é completa**.

A não completude não minimiza o mérito dos legisladores originários, pois a almejada completude é algo quase que impossível ou improvável de acontecer quando se trata de uma imensa variedade de interesses humanos. Entretanto, o discurso reinante no imaginário político dos brasileiros, em geral, é que tal constituição é cidadã. Aí reside o problema, mais precisamente, um problema discursivo.

Nesse sentido, assim como outrora, existe uma construção histórica e discursiva em torno da Constituição de 1988, que acaba por omitir explícita ou implicitamente, de forma deliberada ou não, os aspectos não democráticos e não cidadãos da **Constituição Cidadã**, entre estes o seu processo formal de elaboração e seus verdadeiros limites na ruptura com o passado autoritário. Veja-se outro trecho do discurso de Ulysses Guimarães na promulgação da atual Constituição:

> Foi a sociedade, mobilizada nos colossais comícios das Diretas-já, que, pela transição e pela mudança, derrotou o Estado usurpador. Termino com as palavras com que comecei esta fala: a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja nosso grito: – Mudar para vencer! Muda, Brasil![349]

Diante de tais palavras, marcadas pelo calor dos acontecimentos de sua época, cabe ao estudioso, já resguardado pela distância no tempo, guardado o devido cuidado, perscrutar quais foram as reais mudanças promovidas pela Constituição?

Em que medida tais mudanças representaram avanços na representação popular e, consequentemente, na construção da cidadania?

As respostas a tais perguntas apenas ecoam neste trabalho, pois a complexidade delas não permite, dadas as limitações técnicas, uma análise mais aprofundada. Escolhemos apontar alguns aspectos pontuais que maculam o discurso de cidadania do constituinte originário, e um deles é o seu processo de elaboração formal. Importantíssimo aspecto, pois foi capaz de determinar a composição do Congresso Constituinte e, consequentemente, garantir a presença de forças políticas conservadoras ligadas ao ideário da Ditadura Civil-Militar na construção do texto constitucional.

Falou-se e fala-se muito ainda em nossos dias que a Constituição de 1988 foi fruto de amplos debates através da Assembleia Nacional Constituinte. Infelizmente, pelo menos em termos formais, aproveitando para ressaltar a importância do formalismo no Direito brasileiro, não foi o que realmente houve. É fato que os debates existiram e foram acirrados, em especial, em torno do sistema de governo a ser seguido: parlamentarismo ou presidencialismo. No entanto, o que houve no país entre 1987 e 1988 não foi uma Assembleia Nacional Constituinte, mas sim um Congresso Constituinte, o que veio a atender aos anseios do projeto de distensão política proposto pelos militares. O leigo talvez não consiga entender ou perceber a diferença, mas ela existe e é fundamental. No que se refere a tal diferença, Jorge Zaverucha é esclarecedor:

> Os militares vetaram uma Assembleia Nacional Constituinte como órgão responsável pela elaboração da nova Constituição. Receosos de perderem o controle das futuras decisões, somente aceitaram um Congresso Constituinte, composto pelos membros eleitos para o existente Congresso [...][350]

Isso quer dizer que parlamentares oriundos da Ditadura, como foi o caso dos 22 senadores biônicos cujo mandato estava em curso, fizeram parte dos trabalhos da Constituinte, o que nos parece pouco democrático, pouco cidadão e pouco exemplo de ruptura com a ordem anterior.

Essa problemática é de uma relevância fundamental, pois, na tradição do constitucionalismo moderno, o poder constituinte originário ocupa lugar de destaque na validade dos ordenamentos jurídicos do Estado Democrático de Direito. Seria tal poder a afirmação da vontade política da nação, ou seja, é anterior ao Direito. Vejamos a definição de Paulo Gustavo Gonet Branco:

> A autoridade máxima da Constituição, reconhecida pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter o vigor normativo do Texto. Essa magnitude que fundamenta a validez da Constituição, desde a Revolução Francesa, é conhecida com o nome de poder constituinte originário. [...] Ele é inicial, ilimitado e incondicionado. É inicial, porque está na origem do ordenamento jurídico. É ponto de começo do Direito. [...] Decorre daí a outra característica do poder constituinte originário – é ilimitado. [...] O Direito anterior não o alcança nem limita a sua atividade [...], daí se dizer incondicionado[351].

Complementando a definição do autor supracitado, vejamos o que outro conceituado constitucionalista brasileiro leciona sobre o poder constituinte originário:

> Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa a sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de modo a invalidar a normatividade vigente, tem-se novo Estado[352].

Como se percebe em ambas as definições, fala-se em ruptura com a ordem jurídica anterior e em origem de um novo Direito. É claro que é preciso salientar que não há uma ruptura total, pois, no Direito pátrio, tem-se a possibilidade de recepção de normas anteriores à Constituição, desde que não contrárias a ela. Entretanto, o fundamento de validade muda e tem-se um novo Estado. Temos, então, este problema de elaboração do **novo** Estado no Brasil, pois, se ele se propõe democrático e cidadão, deveria ter sido iniciado por uma Assembleia Nacional Constituinte que, após seus trabalhos, seria desfeita.

Com tudo que foi exposto, fica apontado este limite formal da Constituição **Cidadã**, que se afigura como verdadeiro paradoxo da cidadania e democracia brasileira. Mas este aspecto formal, cuja consequência mais direta é a participação dos parlamentares da Ditadura na criação do texto constitucional, é justamente o que pode explicar a existência de uma flagrante contradição democrática que constitui especificamente nosso objeto de estudo: o papel das Forças Armadas na defesa da ordem constitucional.

Análises de estudiosos, como Jorge Zaverucha e Miguel Reale Júnior, apontam o ponto controverso que é o papel das Forças Armadas na Constituição de 1988. Objetivamente os autores se referem ao ambíguo art. 142 da Carta Magna.[353]

Tal artigo é repleto de armadilhas semânticas, pois trabalha com um conceito abstrato e subjetivo: ordem. Isto, segundo Zaverucha, é preocupante, pois "Ordem não é um conceito neutro e sua definição operacional, em todos os níveis do processo de tomada de decisão política, envolve escolhas que refletem as estruturas política e ideológica dominantes"[354]. De acordo com Miguel Reale Júnior, tal mecanismo teria sido pensado para evitar o predomínio do Executivo na Constituição, veja-se:

> Foi Fernando Henrique que achou uma fórmula que não fazia preponderar o Poder Executivo, ao se dizer, como consta no art. 142 da Constituição, que as Forças Armadas destinam-se à garantia, por iniciativa dos poderes constitucionais (Executivo, Legislativo e Judiciário), da lei e da ordem. A Constituição refletia, portanto, um momento de indefinições quanto aos rumos do país, ainda sujeito à secessão, à interferência de mando militar. [355]

Sobre a situação hegemônica dos militares na Constituição "Cidadã", afirma Zaverucha:

> Lógica à parte, são os militares quem têm o poder constitucional de *garantir* o funcionamento do Executivo, Legislativo e Judiciário, a lei e a ordem quando deveria ser o reverso. [...] Portanto, cabe às Forças Armadas o poder soberano e constitucional de suspender a validade do ordenamento jurídico, colocando-se legalmente fora da lei. [356]

Nesse sentido, estamos diante de mais um dos paradoxos da cidadania e da democracia brasileira: a defesa de um discurso oficial de cidadania, de democracia e de mudanças sociais e políticas, sob um aparato repressivo e autoritário que pode, a qualquer momento, em nome da segurança, da ordem e da lei, ser acionado para a legalização de um golpe de Estado por parte das Forças Armadas.

## 5 METODOLOGIA DA PESQUISA

A metodologia empregada foi marcada pela análise bibliográfica e documental em torno da história e conceituação da cidadania no ocidente, em especial, no Brasil. Com base na análise supracitada, buscou-se problematizar os avanços da cidadania brasileira pós-1988 por meio do método comparativo intertemporal, com a análise de fatos passados e presentes em torno da temática. A natureza do trabalho é fundamentalmente descritiva e doutrinária, pois busca fomentar discussões que possibilitem a construção cidadã no país.

## 6 ANÁLISE DOS RESULTADOS

A reflexão realizada em torno dos limites da cidadania no Brasil pós-1988 é extremamente profícuo. No entanto, com os limites formais deste trabalho, conseguimos chegar a alguns resultados relevantes. Primeiro, percebemos que a construção da cidadania no ocidente foi marcada por inúmeras lutas sociais e que tais lutas foram fundamentais para a construção de uma mentalidade cidadã ativa. Segundo, notamos que cada sociedade enfrentou processos distintos na construção da sua ideia de cidadania. Terceiro, no caso brasileiro, percebemos que a construção a cidadania ficou prejudicada pela mentalidade patriarcal presente na cultura brasileira e que, sempre que possível, as elites tupiniquins apropriaram-se de bandeiras cidadãs em nome de interesses particulares. Por último, percebemos que o tão propalado discurso de cidadania presente na Constituição de 1988 é extremamente prejudicado por limites formais e materiais presentes no corpo constitucional.

## 7 CONCLUSÃO

Muito embora sejam inegáveis os avanços trazidos pela Constituição de 1988 na conquista da cidadania, é preciso compreender seu processo de formação à luz das dificuldades históricas nacionais para a afirmação da tríade de direitos civis, sociais e políticos. Atravessado por uma cultura patriarcalista e patrimonialista, que sempre dificultou a criação de um genuíno espaço público de debates e lutas por cidadania, o Brasil assistiu a inúmeras crises institucionais e políticas, temperadas por ditaduras e estados excepcionais. A Constituinte, como momento de formação de um novo Estado Brasileiro, inaugurando uma era democrática, foi depositária das esperanças de construir uma cultura verdadeiramente democrática e cidadã, rompendo, em parte, com o passado autoritário. No entanto, o próprio processo de sua convocação, na forma de um Congresso Constituinte, do qual acabaram por participar 22 senadores biônicos da Ditadura Civil-Militar, já demonstrava que as forças conservadoras aliadas à elite nacional fariam valer seu autoritarismo.

Paradoxo constitucional, as mesmas forças que representavam um passado a ser abandonado garantiram a inclusão no texto final da Carta de 1988 o texto do artigo 142, cuja redação acaba por colocar na mão das Forças Armadas a defesa dos poderes constitucionais, bem como da lei e da ordem por iniciativa de qualquer destes. São as Forças Armadas, portanto, de acordo com a Constituição de 1988, nossa verdadeira garantia constitucional. Um golpe em nossa possibilidade de construir um espaço público, civil e democrático, como verdadeira garantia de nossa Constituição Cidadã.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, v. 2.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

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

MARSHALL. T. S., **Cidadania e Classe Social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: O longo caminho. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: TELES, Edson & SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura:** a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOTA, Carlos Guilherme; SCHMITT, Natasha Cátia Salinas (Coord.). **Os juristas na formação do Estado-nação:** de 1930 aos dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

# A FICÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

*Kelly Coelho Silva, autora*[43]
*Nicodemos Fabrício Maia, professor orientador*[44]

*"Ninguém consegue ser neutro. O silêncio já é uma opinião."*

Henry Moret

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Devido processo legal*; 2.1.1 Manifestação do devido processo legal;* 2.2 Princípio da Imparcialidade do juiz; *2.2.1 Exceção de impedimento; 2.2.1 Exceção de suspeição; 2.2.2 Da impossibilidade da imparcialidade.* **3 METODOLOGIA. 4. ANÁLISE DE RESULTADOS 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

Muito se questiona acerca do princípio da imparcialidade do juiz. A doutrina se divide e, por vezes, esquece que a imparcialidade não está apenas em grau objetivo. Renomados autores falam da imparcialidade sem considerar o prisma subjetivo, muito importante para compreender a impossibilidade desse princípio. Este artigo visa a explicitar as duas faces do Princípio da Imparcialidade do Juiz e evidenciar sua incoerência dentro da função jurisdicional do Estado. Para tanto, fez-se uso de pesquisas bibliográficas, em que ficou claro que o estudo desse princípio pela doutrina é feito apenas com a abordagem da face objetiva, motivo pelo qual se acredita que este tem aplicabilidade e funcionalidade. Infere-se que, sendo necessário um juiz imparcial para que se tenha garantido o devido processo legal, este estaria viciado, dado que a neutralidade axiológica seria impraticável pela própria condição humana.

**Palavras-chave**: Imparcialidade. Devido Processo Legal. Juiz Imparcial.

43 Aluna do 4º semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus e monitora da disciplina de Filosofia. E-mail: kcoelhos@gmail.com

44 Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1990), Licenciatura em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2001) e Mestrado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2003). Procurador-Chefe do Ministério Público do Trabalho no Estado do Ceará - PRT 7a. Região. E-mail: nicodemosfmaia@uol.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da imparcialidade do juiz é considerado essencial para garantir o devido processo legal. Ressalte-se que esse é direito fundamental positivado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LIV. Esse princípio não é uma inovação recente. A imparcialidade jurisdicional já estava prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Ocorre que, para que se tenha garantida a imparcialidade do magistrado, de acordo com este estudo, seria necessário que ele não fosse humano. A impossibilidade de neutralidade axiológica é constatada por filósofos, psiquiatras, psicólogos e por alguns pesquisadores que estudam a face subjetiva do princípio. É importante tratar esse tema, visto que, no contexto atual, preza-se muito pela segurança jurídica e dá-se muito crédito às sentenças, acórdãos, ou declarações emitidas pelo Poder Judiciário. É notória a aceitação pelo povo das decisões emitidas pelo Judiciário. Ousa-se falar que é o Poder que goza de maior credibilidade com o povo, mesmo não sendo escolhido por ele. Com isso, sendo depositada tanta confiança nele, especialmente por ser chamado de "terceiro imparcial", o Estado se engana ao atribuir uma condição de neutralidade a uma pessoa, *in casu*, o magistrado. A impossibilidade de agir imparcialmente descaracteriza o princípio do devido processo legal, que, tendo o princípio da imparcialidade do juiz como base estruturante, tem o processo abalado, podendo causar uma situação de insegurança jurídica, algo inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Devido Processo Legal

"O Direito Processual é um conjunto de normas que disciplinam o processo como uma sequência de atos voltados à produção de um ato jurídico final".[357] O processo deve ser visto como uma relação jurídica que se estabelece entre as partes de um conflito juridicamente qualificado e o órgão julgador, no caso, o Estado, formando a tríade autor – juiz – réu, proporcionando uma garantia de exclusão do aleatório.

O devido processo legal, ou *due process of Law,* se enquadra nesse contexto. Assim como o processo serve às partes, serve também para o Direito. É o devido processo legal que dá a sensação de justiça, já que o processo deve ser "devido", vale dizer, justo. É a justiça procedimental. Esse princípio está previsto no artigo 5º, LV, da Carta Magna, em que se diz que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*". O devido processo legal, ao lado da proteção judicial efetiva [art.5º, XXXV] e do juiz natural [art.5º, XXXV e LIII], tem influência decisiva no processo organizatório da Justiça, especialmente no que concerne às garantias da magistratura e à estruturação independente dos órgãos. [358]

#### *2.1.1 Manifestação do Devido Processo Legal*

O devido processo legal é um metaprincípio, ou seja, um feixe de princípios que se manifestam por meio do contraditório e da ampla defesa, pela publicidade dos atos jurisdicionais, pela motivação das decisões judiciais emitidas pelos juízes, pela proibição de provas obtidas por meios ilícitos e a igualdade de tratamento das partes pelo juiz. É aqui que está o princípio da imparcialidade. Para que o tratamento idêntico entre as partes seja garantido dentro do devido processo legal, faz-se mister que o juiz seja imparcial. Assim reza a lenda.

### 2.2 Princípio da Imparcialidade do Juiz

O caráter de imparcialidade do juiz é, ou pelo menos deveria ser, inseparável do órgão da jurisdição. Com isso, esse princípio coloca o juiz entre as partes e acima delas. Para que **seja possível** a efetivação desse princípio, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu algumas garantias

aos magistrados. Estão positivadas no art.95 da Carta Magna. Asseguram aos magistrados inamovibilidade, irredutibilidade dos vencimentos e vitaliciedade[359]. É claro que, de acordo com este estudo, essas garantias não mudam a condição humana do juiz; elas, de certo modo, tentam compensar a pressão externa, fazendo que o Judiciário decida livremente. Entretanto, veremos alhures que essas garantias podem até assegurar a imparcialidade objetiva, mas a subjetiva, jamais.

Para que as partes se sentissem mais seguras, foram desenvolvidos institutos em que podem ser afastados os impedimentos. São as exceções de impedimento. "Exceções são procedimentos incidentais em que se alegam determinados fatos processuais referentes a pressupostos processuais ou a condições da ação, objetivando a extinção do processo ou sua simples dilação."

### *2.2.1 Exceção de impedimento*

A exceção de impedimento é de caráter objetivo. O artigo 252 do Código de Processo Civil traz um rol de situações em que o juiz não pode exercer jurisdição.

> **Art. 252** - O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:
>
> **I** - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da Justiça ou perito;
>
> **II** - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
>
> **III** - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;
>
> **IV** - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

### *2.2.2 Exceção de Suspeição*

A exceção de suspeição é de caráter subjetivo. É a que mais se aproxima da teoria de que trata este artigo. Aqui é possível enxergar que o juiz pode ser recusado quando estiver diante das situações positivadas no artigo 254 do Código de Processo Civil.

> **Art. 254** - O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:
>
> **I** - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
>
> **II** - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;
>
> **III** - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;
>
> **IV** - se tiver aconselhado qualquer das partes;
>
> **V** - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
>
> **VI** - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

## 2.3 Da impossibilidade de imparcialidade

"O homem é um ser axiológico", [360] diz o doutrinador Raimundo Bezerra Falcão. "O sujeito cognoscente, para promover um conhecimento, é necessário que detenha racionalidade. Por meio da razão, o homem exerce sua liberdade de escolha. E o que faz o homem preferir algo em relação a outro? Escolher é valorar, estimar. Já observamos em um outro momento que "valor é, efetivamente, toda força que, partida do homem, é capaz de gerar no homem a preferência por algo". O valor é, pois, o fator da conduta. As escolhas, ou seja, as decisões, são feitas por intermédio de valores. Não existe homem sem conduta. Por isso, não há ser humano alheio ao valor. O homem é, portanto, um ser axiológico".

O artista plástico e pintor Henry Moret, diz que até o silêncio é uma opinião. Konrad Hesse assevera que a "pré-compreensão é um fenômeno que possibilita o intérprete contemplar o preceito de certas expectativas, elaborando, inicialmente, um primeiro projeto carente ainda de uma comprovação, correção e revisão."

Sendo esta a condição humana, como pode um juiz, que é um ser humano, ser imparcial? O juiz não é um deus. Ele deve ser visto como um homem comum que é, mas com uma função diferenciada, o que, obviamente, não extrai de sua personalidade suas peculiaridades, inerentes a qualquer pessoa. As sentenças proferidas pelo juiz estão carregadas de suas pré-compreensões. Aquelas decisões estão imbuídas de valores, experiências e vivências atinentes a qualquer cidadão. Enquanto homem, com o juiz não será diferente pelo simples fato de existir um princípio que lhe "proíbe" ser parcial quando estiver proferindo uma sentença. Não há como apartar a cabeça de uma pessoa e dizer quando ela deverá ser parcial ou imparcial. É improvável que isso ocorra num processo. Sabidamente, seu julgamento expressa, além daquilo que *"está nos autos, por conseguinte, no mundo"*; expressa também, suas máximas experiências, posto que suas decisões vão além do fundamento jurídico e motivação normativa e obrigatória, estará sempre impregnada por seu subjetivismo pessoal. Mesmo porque o exercício pleno de uma **função** não aparta o indivíduo de suas convicções, tampouco o faz desconsiderar suas anteriores experiências ou vivências, porque estas psiquicamente já aderiram a sua concepção do mundo, sendo elementos formadores de seu caráter e de sua ótica[361]".

A psicologia define a personalidade como a "organização dinâmica dos aspectos cognitivos, afetivos, fisiológicos e morfológicos do indivíduo". O psiquiatra argentino Roberto Kertész diz que a personalidade é o "modo habitual pelo qual o indivíduo pensa, sente, fala e atua para satisfazer suas necessidades nos meios físico e social". Aqui ainda há um detalhe importante: o ambiente de trabalho está inserido no meio social. Sendo assim, de acordo com a psicologia, a personalidade da pessoa a conduz a meios que proporcionem a satisfação de suas necessidades. Supondo que um juiz seja pai de uma menina que foi estuprada. Quando estiver diante de uma causa em que julgará um suspeito de estupro, será possível que ele apague de sua memória o que aconteceu com sua filha? Supondo, ainda, que o suspeito não tivesse cometido, de fato, o crime, não seria ele injustiçado,

podendo até ser condenado indevidamente, pelo juiz que já o considerava culpado antes mesmo de ouvi-lo? A personalidade do juiz não gritaria de modo a satisfazer a necessidade de condenar o "estuprador", ao lembrar-se do seu caso em particular? É claro que vai. Será tendencioso e poderá cometer uma injustiça. Por isso afirmamos não ser possível uma garantia de imparcialidade, não pela falta de profissionalismo ou pela pressão porventura exercida sobre a profissão, mas pelo simples fato de ser humano.

## 3 METODOLOGIA

Para esse estudo, foram realizadas pesquisas bibliográficas. Em primeiro momento, buscou-se conhecer como se apresentavam os aspectos do princípio da imparcialidade do juiz. Em seguida, foi constatada a ausência da abordagem do lado subjetivo do referido princípio, o que fez surgir a necessidade de consulta a estudiosos do tema. Por fim, passa-se a analisar a real possibilidade da existência do princípio da imparcialidade do juiz, uma vez constatado que o homem é um ser axiológico.

## 4 ANÁLISE DE RESULTADOS

O estudo apresentou aspectos controvertidos acerca do tema. A comparação entre neutralidade e imparcialidade fez parte de toda a pesquisa e sempre abordada pelos autores que defendem a possibilidade de um juiz imparcial. Mesmo diante dessa distinção, ficou claro que a neutralidade axiológica é impossível à condição humana, seja para uma posição neutra, seja para uma posição imparcial, já que ambas têm em comum os valores carregados pelo ser humano.

## 5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, não só da área jurídica, mas psiquiátrica, psicóloga e filosófica, infere-se que a imparcialidade é algo inalcançável para um ser humano. Ser imparcial significa não ter vivido em sociedade, ou ainda, nem ter vivido. A vivência traz valores ao Homem que nada apaga. O juiz, como qualquer outro ser humano, nasceu, cresceu e viveu, adquiriu experiência, desenvolveu valores e os incorporou. Traz consigo uma bagagem que é sua e carrega para todas as áreas de sua vida, inclusive a profissional. Não é porque ele veste a toga que vai apagar seus valores, seus pré-conceitos ou sua opinião acerca de determinados assuntos. Pelo contrário. Na condição de juiz, ele será instigado a explicitar seus sentimentos, posto que esteja diante de situações que, por mais que não sejam de sua vida em particular, podem remontar a um fato ocorrido com sua família, por exemplo. Como ser imparcial, então? É possível declarar um juiz incompetente para resolver a causa porque uma das partes é seu inimigo capital ou amigo íntimo. Mas como uma das partes vai saber que, em sua vida particular, o juiz já passou por situações que o tornam tendencioso e parcial para o caso? Se o devido processo legal é garantido por esse princípio, está correndo risco iminente de ser viciado.

## REFERÊNCIAS

CARMO, Suzana J. de Oliveira. Princípio da imparcialidade ou da impessoalidade: qual deles garante o devido processo legal? **Direitonet.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2191/Principio-da-imparcialidade-ou-da-impessoalidade-qual-deles-garante-o-devido-processo-legal>. Acesso em: 20/03/2012

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

# INTRODUÇÃO À SEGURIDADE SOCIAL: UM ESTUDO ACERCA DAS ESPÉCIES DE SERVIÇO PÚBLICO

*Luana Beatriz Ribeiro Braga, autora*[45]
*Marcos Nogueira, professor orientador*[46*47*]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Da Seguridade Social: Abordagem Geral; 2.2 Da Saúde; 2.3 Da Assistência; 2.4 Da Previdência Social. **3 METODOLOGIA DE PESQUISA. 4 ANÁLISE DE RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

O presente trabalho trata-se do estudo da estrutura da Seguridade Social na Constituição vigente, abrangendo conceitos e características próprias com o fim de auxiliar o entendimento sobre o assunto, principalmente no tocante à finalidade de cada espécie de serviço público. São abordados, então, os elementos essenciais à caracterização da Seguridade Social, tendo em vista que tal nomenclatura não envolve apenas a Previdência Social, mas sim outros institutos, como a saúde e a assistência social. Adotando-se, como base metodológica, a pesquisa bibliográfica, foi conceituado cada instituto inerente ao conceito de Seguridade Social. Apresentam-se, portanto, os conceitos e características de cada instituto, bem como as peculiaridades de cada um, explicitando, também, o que é necessário para que se alcance o preenchimento de cada requisito objetivo, para que, então, seja encontrado o devido beneficiário. É apresentada, então, a conceituação de cada instituto, a sua finalidade junto ao sistema jurídico pátrio, e, também, como alcançar determinados benefícios inerentes ao preenchimento de determinadas condições de caráter objetivo.

**Palavras-chave:** Seguridade Social. Assistência. Saúde. Previdência Social.

45 Aluna do 9º semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus. Monitoria da disciplina de Seguridade Social. Email: luana_beatriz@hotmail.com.
46 ** Mestre em Direito. Professor das disciplinas de Seguridade Social, Direito Ambiental e Direito Administrativo da Faculdade Christus. Email: marcosjnsfilho@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata-se do estudo da Seguridade Social, de modo a explanar os seus conceitos e características próprios, já que é um ramo autônomo do Direito, anteriormente vinculado ao Direito do Trabalho, de acordo com algumas vertentes doutrinárias. O Direito da Seguridade Social é, portanto, um ramo autônomo, com termos e características próprias, não sendo parte, como deseja a teoria monista, do Direito do Trabalho, já que se utiliza, daí, a teoria dualista, pois a Seguridade Social possui várias normas e princípios próprios, sendo um gênero que abrange a previdência social, a assistência e a saúde. A Seguridade Social, portanto, é composta por três institutos, a saber, a saúde, a assistência e a previdência social, estando, portanto, reguladas na Lei 8212/91 e 8213/91.

A Constituição Federal, por sua vez, indica os princípios norteadores desses institutos, visando, assim, a regular corretamente o sistema, preceituando, então, os requisitos necessários para o preenchimento de determinados aspectos de caráter objetivo, como idade, renda e saúde mental, necessários, portanto, para saber se determinado cidadão possui direito aos benefícios dispostos em lei. Tal estudo torna-se interessante porque é um direito inerente à maioria dos cidadãos, pois a previdência social é direcionada, principalmente, para os trabalhadores, para quem possui renda mediante trabalho, tratando-se, portanto, da segurança financeira da qual maior parte dos trabalhadores desejam possuir ao final da carreira laboral, enquanto a saúde, vinculada ao Sistema Único de Saúde (SUS), deve ser efetiva e atender, sem a utilização de critérios discriminatórios, a todos, tendo em vista o seu caráter universal, e, por fim, a assistência, que busca atender aos deficientes e idosos que estão em condições financeiras precárias.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

O presente artigo trata-se da abordagem do Direito da Seguridade Social, conceituando os institutos que preenchem o conceito deste ramo do Direito, caracterizando as suas peculiaridades, visando a explanar a organização de determinada disciplina.

### 2.1 Da Seguridade Social: Abordagem Geral

A Seguridade Social "é uma política pública que tem como meta a proteção da cidadania"[362] englobando, assim, a Saúde, a Assistência Social e a Previdência Social, de acordo com o artigo 194 da Constituição Federal[363], sendo, portanto, mais abrangente do que o instituto previdenciário. Assim, a Seguridade Social não estuda apenas a previdência, pois se dedica, também, à saúde e à assistência social, sendo, então, um serviço público de iniciativa do Poder Público e da sociedade, que ajuda na contribuição, no caso da previdência social, podendo, também, exercer alguma atividade inerente à saúde e à assistência.

Os serviços que integram a seguridade social são de natureza pública, mas podem, entretanto, ser prestados pela iniciativa privada, visando, daí, a um fim lucrativo, fato em que se conclui que a saúde e a previdência podem ser privadas, enquanto as entidades de assistência podem receber incentivos fiscais. O artigo 194 da Constituição Federal permite essa possibilidade de iniciativa privada, de fins lucrativos, em determinados institutos da Seguridade Social, momento em que serão aplicados outros ramos do Direito. O parágrafo único do citado artigo descreve, também, algumas características dos institutos da Seguridade Social, na qual não se aplicam, em sua totalidade, a todos os ramos, já que cada serviço possui uma natureza peculiar.

O Direito da Seguridade Social é, portanto, um ramo

autônomo, com termos e características próprias, não sendo parte, como deseja a teoria monista, do Direito do Trabalho, já que se utiliza, daí, a teoria dualista, já que a Seguridade Social possui várias normas e princípios próprios, sendo um gênero que abrange a previdência social, a assistência e a saúde.

O artigo 194, parágrafo único, da Carta Magna[364] cita fundamentos constitucionais que devem ser observados pela Seguridade Social. Cada um, portanto, possui as suas características peculiares, não sendo, então, aplicados a todos os institutos igualmente.

O solidarismo, essencial à Seguridade Social, prega que os ativos devem contribuir para sustentar os inativos, pois, de acordo com Sérgio Pinto Martins, "quando uma pessoa é atingida pela contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício do necessitado"[365].

A universalidade é aplicada apenas para a Saúde, que é o único instituto que é aplicado a qualquer pessoa, indistintamente. A Previdência exige um vínculo prévio do trabalhador, de caráter contributivo, restringindo, assim, o número de beneficiários, enquanto a assistência só poderá ser concedida se houver o preenchimento de determinados requisitos de hipossuficiência.

A uniformidade, por sua vez, está presente em todas as áreas, pois afirma a equivalência de direitos entre os trabalhadores urbanos e rurais. Como afirma Sérgio Pinto Martins, a uniformidade diz respeito "aos aspectos objetivos, às contingências que irão ser cobertas"[366]. Visa, dessa forma, à uniformidade na prestação de serviços entre todos os trabalhadores, já que, nos termos da CF, artigo 7º, os direitos são os mesmos, o que se diferencia é o regime. Porém, poderá haver direito atribuído ao trabalhador rural e não ao urbano, tendo em vista que o trabalhador rural possui uma situação desprivilegiada quando comparado ao urbano, visando, assim, a um nivelamento entre as duas modalidades de trabalhadores, obedecendo, daí, o preceito de "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade".

O trabalhador rural, portanto, pode se aposentar por idade sem prévia contribuição, tendo, apenas, que comprovar 15 anos de atividade rural em regime de economia familiar; ter a redução de 5 anos no requisito da idade, sendo o homem aposentado com 60 anos e, a mulher, com 55 anos de idade; e, se houver a necessidade de contribuição, a alíquota é diferenciada, sendo, daí, 2% sobre a comercialização da produção. É aplicado, dessa forma, se o trabalhador não conseguir a primeira prerrogativa, que é comprovar os 15 anos de atividade rural.

A seletividade e a distributividade também podem ser utilizadas em todos os setores, porém, acontece com mais frequência na área da Saúde, já que visa a uma melhor seleção dos casos analisados, observando-se a urgência, já que não é possível a análise de todos os casos, e, também, visa ao anseio de ampliação dos serviços prestados, desejando, então, um alargamento dos serviços para que alcance o maior número possível de pessoas. A seletividade e a distributividade, de acordo com Sérgio Pinto Martins, "será feita de acordo com as possibilidades econômico-financeiras do sistema da Seguridade Social", decorrendo daí a ideia de que "nem todas as pessoas terão benefícios: algumas os terão, outras não"[367].

Ao analisar a irredutibilidade do valor dos benefícios, tem-se que a aposentadoria é irredutível, pois há uma proibição da redução do valor real, de acordo com o parágrafo 4º do artigo 201 da Constituição Federal[368].

Já a equidade na participação do custeio promove a contribuição na proporção do salário recebido, sendo um desdobramento do princípio da igualdade. É aplicado, por sua vez, na previdência. De acordo com Sérgio Pinto Martins, "as pessoas que estiverem em situação igual deverão contribuir da mesma forma"[369].

Deve haver, também, a diversidade da base de financiamento, ou seja, a Previdência deve garantir o maior número de segurados, devendo, assim, criar políticas públicas que incentivem a contribuição, atraindo os cidadãos para que sejam segurados do sistema. Podem, então, ser instituídas, de acordo com o referido doutrinador, "outras fontes de custeio, desde que por meio de lei complementar"[370].

Todos os benefícios, por sua vez, devem ser criados, majorados ou estendidos quando existente a sua fonte de custeio total, devendo, então, esta existir primeiro para, posteriormente, ser criado o benefício.

A gestão administrativa desse serviço deve ser democrática. Na estrutura administrativa da seguridade social, os órgãos colegiados são formados por quatro, de uma forma democrática, participativa e descentralizada. Os setores são: Poder Público, trabalhadores, empresários e inativos [aposentados e pensionistas].

### 2.2 Da Saúde

A Saúde possui duas características próprias, pois se pode notar um caráter preventivo e, também, posterior, na questão do tratamento. Possui caráter universal, podendo, daí, ser usufruída por todos os cidadãos, inclusive os estrangeiros, já que a Constituição Federal garante a proteção dos direitos fundamentais destes, que, então, podem ser atendidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). A Saúde é o único instituto universal, podendo ser utilizado por qualquer pessoa, indistintamente. O SUS é um sistema único em que há a responsabilidade da União, do Estado e do Município, já que este se caracteriza pela presença de, pelo menos, dois entes federativos na prestação de serviços. Esse fato não enseja na questão de falta de atendimento dos hospitais municipais às pessoas que não residem no município, pois deve ser observada, primeiramente, a universalidade de atendimento, e, também, a questão do financiamento, que, como se trata de um sistema único, não é realizada apenas por um ente federativo.

A saúde, então, é um instituto bastante importante para a coletividade, pois, além de ser universal, está contida no texto da Carta Magna como um direito fundamental inerente aos cidadãos, da qual se deve obedecer quase que de forma absoluta.

Por fim, de acordo com Wladimir Martinez, "o cidadão deve ter acesso ao atendimento à saúde, poder gozá-la em sua plenitude, e isso deve consistir numa obrigação do Estado

como, da mesma forma, o indivíduo e a sociedade precisam empenhar-se nesse afã." [371]

### 2.3 Da Assistência

A assistência é um conjunto de ações do Poder Público para garantir o mínimo de subsistência aos hipossuficientes. Não é universal e não tem caráter contributivo**.** O artigo 203 da Constituição Federal e a Lei 8.742/93 tratam do sistema em análise, preceituando, assim, que "a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social" [artigo 203 CF/88] e, ainda, que "**a** assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prove os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas" [artigo1º da lei]. O artigo 203, V, CF garante, assim, um salário mínimo para idoso e deficiente que não pode manter a subsistência e nem ser mantido por sua família.

A Assistência é, portanto, uma função atípica do INSS, pois este quem paga o benefício. O financiamento não provém do INSS, mas sim da União. A previdência exige vínculo prévio e a verba é do INSS. A assistência, por sua vez, exige o cumprimento de requisitos, sendo a pecúnia pertencente à União. A assistência é, de acordo com Wladimir Martinez, uma "técnica protetiva estatal associada à participação da iniciativa privada, não custeada pelos meios próprios da previdência social – destinados a benefícios – nem mesmo sob a forma de isenção da exigibilidade fiscal" [372].De acordo com o referido autor, tem-se que a Assistência Social busca "atender às necessidades convencionadas de pessoas impossibilitadas de usufruir os benefícios previdenciários, circunscritas as suas atenções para não induzir os assistidos à ociosidade"[373].

A deficiência física ou mental gera direito ao benefício da assistência, desde que gere incapacidade para o trabalho e para a vida independente do agente. A perícia médica do INSS analisa os casos em particular, dando, assim, a última palavra sobre a existência ou não de benefício. A perícia é periódica, ocorrendo, assim, a cada dois anos, para, enfim, analisar se houve a melhora do cidadão ou se este continua sendo beneficiário do instituto, cumprindo, então, os requisitos necessários. Se ocorrer a melhora, se o indivíduo possuir, novamente, a capacidade para o trabalho, o INSS cessa o benefício.

A Lei 8742/93 afirma que a idade limite para requerer o benefício é de 70 anos. O regulamento da LOAS diz que é 67 anos. Esta é, portanto, inferior à lei, do ponto de vista hierárquico. A lei prevalece ao ato normativo. Quando houver conflitos de normas no Direito Previdenciário, prevalece a norma que conceder mais benefícios para o cidadão. Vale, portanto, a que conceder mais benefícios, a que abranger mais direitos em decorrência da aplicação do princípio *in dubio pro misero*[374]·. No Estatuto do Idoso, lei aplicada na atualidade, é estabelecida a idade mínima de 65 anos para homem e para mulher. O Estatuto é mais específico, posterior e concede mais direitos, sendo, então, o instrumento normativo aplicado ao caso.

A pessoa portadora de deficiência ou idoso que comprove não possuir meios para o sustento e o de sua família, que também não pode garantir o seu sustento tem direito ao auxílio de um salário mínimo, independentemente de sua situação. Não pode ser mais do que um salário e nem menos, além de não possuir direito a 13º salário/gratificação natalina. O benefício assistencial é realizado, apenas, 12 vezes ao ano. Além disso, a renda *per capita* da família tem que ser INFERIOR a um quarto do salário mínimo. Essa regra vale tanto para o idoso quanto para o deficiente.

O conceito de família, para o Direito Previdenciário, é a junção de três classes residindo no mesmo ambiente, a saber, cônjuge, companheiro, filho, pertencentes à primeira classe, pais, pertencentes à segunda classe, e, por fim, os irmãos, pertencentes à classe derradeira. Todos devem, portanto, residir sob mesmo teto. Não é sob o mesmo solo, é sob o mesmo teto. O Estatuto do Idoso determina que o valor recebido pelo 1º idoso não é levado em consideração para o cálculo da renda da família. Logo, o 2º idoso receberá o benefício ao cumprir, também, o requisito assistencial. A Lei não permite que haja a cumulação da aposentadoria com o benefício assistencial. O cálculo, então, deve ser realizado entre as demais rendas. Se, por fim, o beneficiário deixar de cumprir os requisitos, é cancelado o benefício assistencial do agente.

### 2.4 Da Previdência Social

O Decreto nº 4.682/23, de acordo com Sérgio Pinto Martins,"foi a primeira norma a tratar de previdência social, estabelecendo um sistema de benefícios para os ferroviários"[375], sendo, posteriormente, a segunda norma previdenciária de relevância a Lei nº 3.807/60, "que estabeleceu a organização da Previdência Social, instituindo benefícios"[376]. A Lei nº 8.213/91 e o Decreto nº 3.048/99 contém as normas que são utilizadas para o regulamento da Previdência Social.

Ainda de acordo com o doutrinador acima, tem-se que o termo Previdência é proveniente do "latim *previdere,* ver com antecipação as contingências sociais e procurar compô-las, ou de *praevidentia,* prever, antever"[377].

O artigo 1º da Lei 8.213/91 dispõe que "a Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente".

O desemprego involuntário não é protegido pelo Plano de Benefícios da Previdência Social (PBPS), correspondendo, de acordo com Wladimir Novaes Martinez[378], o seguro-desemprego da Lei nº 7.9998/90.

A idade avançada, ainda de acordo com o doutrinador acima referido, "gera a aposentadoria por idade, urbana e rural, e a renda mensal vitalícia"[379]. Em análise do requisito de tempo de contribuição, podem ser visualizados vários benefícios, como a aposentadoria por tempo de contribuição, que deve ser proporcional e integral, inclusive a do professor e as dos profissionais de algumas categorias diferenciadas, como determina o autor citado[380]. O salário-família corresponde, por sua vez, aos encargos familiares, bem como um adicional de 25% para o percipiente da aposentadoria por invalidez,

> que necessita do auxílio permanente de outrem para exercer as atividades diárias. Da prisão decorre o auxílio reclusão, enquanto o falecimento gera a pensão por morte aos dependentes do falecido.
>
> A Previdência Social pode ser representada mediante três modalidades, a saber: Regime Geral da Previdência Social (INSS), Regime Próprio dos Servidores Públicos e, por fim, a Previdência Privada.
>
> A regra é que o cidadão trabalhe, conseguindo sustentar a si e a família. Porém, em alguns casos, quando essa regra não é possível de ser exercida, o indivíduo poderá, então, recorrer à Previdência Social enquanto ele não puder exercer a atividade laboral, não conseguindo, assim, promover o sustento próprio e de sua família, provisória ou permanentemente.

O Regime Geral de Previdência Social é o nome comumente atribuído no Brasil às disposições elencadas na Lei 8.213 de 24 de julho de 1991. Tal lei dedica-se a estabelecer os princípios dos planos e benefícios concedidos pela Previdência Social.

A lei de elaboração do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) deriva de um dispositivo da Constituição Federal, mais precisamente o artigo 201, que solicita a criação de tal regulamento, determinando seu caráter contributivo, a filiação obrigatória, observando os equilíbrios financeiro e atuarial e dispondo as modalidades em que é garantido o livre acesso à Previdência Social.

> Diferentemente do que ocorre com a Saúde, este instituto não é universal, não alcança todos os indivíduos, excetuando-se, então, aqueles que contribuem com a previdência, que pagam, portanto, contribuição, mantendo, assim, o vínculo exigido, já que é presente o caráter contributivo do instituto. Entretanto, há exceções. O chamado segurado facultativo, que não trabalha e que é maior de 16 anos, contribuinte, possui direito aos benefícios da Previdência, bem como o trabalhador rural, considerado segurado facultativo, que é um não contribuinte beneficiário da previdência social, bastando, apenas, comprovar alguns requisitos necessários.

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é o administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), utilizado para os trabalhadores vinculados à iniciativa privada, inclusive os ocupantes de empregos públicos (empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista). É disponível, portanto, para todos os trabalhadores que possuem renda do próprio trabalho, pois há trabalhador que não possui renda [voluntário] e pessoas que possuem renda, mas não trabalham. Os servidores públicos [o que é aprovado em concurso, passa três anos em estágio probatório e tem estabilidade – artigo 40 CF] são excluídos, pois possuem regime próprio. O servidor público em comissão é vinculado ao INSS, nomeável e exonerável. Os trabalhadores que estão na informalidade e ilegalidade são irregulares.

Os servidores públicos, ocupantes de cargos efetivos, por outro lado, não estão vinculados ao RGPS, sendo submetidos às regras do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), cuja administração pertence ao ente da federação ao qual esteja vinculado o servidor público.

Relatando breves diferenças entre o RGPS e o RPPS, nota-se que a previdência no serviço público trata das questões relacionadas às normas previdenciárias aplicáveis aos servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Os trabalhadores da iniciativa privada são vinculados, obrigatoriamente, ao Regime Geral de Previdência Social, gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). No RGPS, há dois tipos de segurados: os obrigatórios e os facultativos. Os segurados obrigatórios são aqueles que, por força de lei, têm o dever de contribuir, sendo, então, divididos entre contribuintes comuns [empregados domésticos e trabalhadores avulsos], contribuintes individuais [autônomos, eventuais e empresários], e, por fim, os especiais [rurais, arrendatários e pescadores artesanais]. Dentro do RGPS há, ainda, os segurados facultativos, que são aqueles que optam em se filiar à Previdência Social, como a dona de casa, o síndico de condomínio, quando não remunerado, o estudante a partir de 16 anos, o bolsista e o estagiário e o bolsista de pós-graduação.

De outro lado, os servidores titulares de cargos efetivos filiam-se aos regimes próprios de previdência, instituídos e organizados pelos respectivos entes federativos. Os preceitos legais que regem esses regimes possuem fundamento no art. 40 e 149, § 1º, da Constituição Federal, e são diferentes daqueles aplicados ao Regime Geral[381].

Para ser pago o benefício pela previdência, deve haver a prévia contribuição, tendo em vista haver configurado o caráter contributivo, não encontrado na saúde e na assistência. Cada benefício exige um número mínimo de contribuição. Só depois de cumprida a carência, o agente faz jus ao benefício previdenciário. O dinheiro não fica em uma única conta para o trabalhador, fica na conta do INSS. O pagamento do benefício previdenciário pressupõe a prévia contribuição. Tem natureza tributária, portanto é obrigatória. Em regra, não pressupõe retorno de serviço. Por ser a filiação obrigatória, a empresa não pode dispensar o recolhimento do INSS sobre o salário do trabalhador. A filiação obrigatória se refere aos trabalhadores.

Os benefícios previdenciários característicos do Regime Geral estão contidos nos incisos do artigo 201 da Constituição Federal, a saber: auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão por morte, aposentadoria por idade; salário-maternidade; seguro-desemprego (o dinheiro não vem do trabalhador, vem do FAT, por meio da Caixa Econômica Federal), não sendo, portanto, benefício previdenciário; salário-família [é recebido pelo próprio segurado diretamente] e, por fim, auxílio reclusão [pago para dependentes do segurado de baixa renda].

A pensão por morte é paga, atualmente, para o homem e para a mulher. Antes, o viúvo não recebia, tinha que comprovar incapacidade para o trabalho para ser beneficiário da pensão. Companheiro pode ser beneficiário da pensão por morte, mesmo sendo do mesmo sexo. É devida, a pensão por morte, para ser dividida igualmente entre filhos e a viúva. Se houver causa para que um dos filhos deixe de receber, o valor é redistribuído igualmente entre os demais.

No regime dos servidores públicos, a viúva recebe metade do numerário referente à pensão e, a outra metade, é

dividida entre os filhos. A viúva não perde a pensão ao casar novamente. Se a viúva receber pensão e casar novamente, ficando viúva outra vez, não recebe pensão, mas poderá escolher a mais vantajosa. Há pensão do filho para o pai, mas este deve comprovar a dependência econômica. Se há concubina, as duas recebem a pensão, sendo a ex-esposa legítima a receber a porcentagem que recebia de pensão alimentícia.

O artigo 40 da Constituição Federal preceitua os benefícios concedidos pelo Regime Próprio dos Servidores Públicos, a saber, aposentadoria por invalidez; aposentadoria compulsória e aposentadoria voluntária.

A aposentadoria por invalidez é proporcional ao tempo de serviço público, em regra. A integral é exceção. Desde que seja doença profissional ou doença grave incurável e contagiosa, é que pode ser configurada a aposentadoria integral.

A aposentadoria compulsória é proporcional, sendo configurada quando o indivíduo completa 70 anos de idade. Tanto homem quanto mulher, sendo obrigatória.

A aposentadoria voluntária pode ser integral ou proporcional. A integral é para 35 anos de contribuição e 65 anos de idade para homem, e, para a mulher, 30 anos de contribuição e 60 anos de idade. A proporcional é para 60 anos de idade para homem e 55 anos de idade para a mulher. A pessoa deve possuir, portanto, 10 anos de serviço público e 5 anos no cargo que ela deseja se aposentar.

No presente instituto, há, portanto, a questão da contribuição dos inativos, sendo esta, vedada no RGPS, por força do artigo 195, II, da Constituição Federal, beneficiando, assim, o aposentado e o pensionista, que não pagam contribuição. No RPSP, é possível, mas só no caso do valor da pensão ultrapassar o teto, bem como o valor da aposentadoria. Pagará, daí, 11% do que ultrapassar o teto. Essa contribuição não quis afetar quem possui renda média**.**

A previdência privada, outra modalidade previdenciária contida na Constituição Federal, é fiscalizada pelo Estado, devendo este responder quando houver a quebra do sistema. A previdência privada nada mais é do que um sistema que acumula recursos que garantam uma renda mensal no futuro, especialmente no período em que se deseja parar de trabalhar.

Há dois tipos de plano de previdência no Brasil. A aberta e a fechada. A aberta pode ser contratada por qualquer pessoa, possuindo fins lucrativos, enquanto a fechada corresponde à previdência de uma categoria profissional respectiva, não tendo fins lucrativos e, também, sendo facultativo e complementar ao INSS. Há autonomia de vontade, tudo é negociável.

## 3 MEDOTOLOGIA DE PESQUISA

A base metodológica do trabalho é a pesquisa bibliográfica. Inicialmente, esta se limitou à sistematização das abordagens doutrinárias sobre os temas focados, com recurso subsidiário à consulta de leis, projetos de leis, jurisprudência e doutrina. O método de abordagem, portanto, é predominantemente dedutivo, partindo-se das normas constitucionais (gerais) e infraconstitucionais para o entendimento das situações de aplicação particulares.

## 4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Ao analisar o sistema da seguridade social, percebe-se que deve haver um grande melhoramento em todo o sistema. A saúde deveria conseguir abranger o maior número possível de pessoas atendidas, buscando cumprir determinados preceitos constitucionais, devendo, também, de fato, ser universal, já que muitas pessoas recorrem a planos de saúde privados por falta de atendimento satisfatório no sistema, que está em decadência. A assistência, por sua vez, deveria manter o maior número de pessoas beneficiárias, para tentar, então, nivelar os cidadãos, para que os que sofrem com determinadas condições físicas e mentais, como os idosos e os deficientes, não restem prejudicados pela sua condição frente à sociedade. Por fim, tem-se que a previdência social não cumpre, satisfatoriamente, a sua função, pois o sistema também merece grande reforma para satisfazer o desejo dos trabalhadores.

## 5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, foi demonstrada a atualidade e a importância da problemática referente ao sistema da Seguridade Social do país, já que se percebe que o sistema deve oferecer bem mais condições do que o que é presenciado na realidade.

O conjunto legislativo de nosso país prevê amplo grupo de medidas e procedimentos que deveriam ser adotados na construção do sistema em análise, beneficiando a saúde, a assistência e a previdência social, o que, de fato, não ocorre satisfatoriamente.

Por fim, o presente estudo, deve-se frisar, não se encerra em si mesmo, visto que os temas referentes aos problemas da seguridade social não são finalizados, porquanto ainda há muito o que se discutir, principalmente quanto às soluções de cada um dos fatores problemáticos, já que, infelizmente, nem todos os cidadãos são beneficiários dos institutos dispostos. Os problemas que contribuem para a falência do sistema devem ser efetivamente enfrentados com a melhora do sistema, a fim de beneficiar e favorecer aos cidadãos que dele necessitam.

## REFERÊNCIAS

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**: fundamentos jurídicos. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito da Seguridade Social**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à Lei Básica da Previdência Social.** 6. ed. São Paulo: LTR, 2005.

SALOMÃO, Patrícia. Noticia. **JurisWay**, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <www.jurisway.org.br/v2/drops1.asp?iddrops=188> Acesso em: 12 mar.2012.

# TUTELA JURISDICIONAL – BUSCA PELA EFETIVIDADE

*Luiz Mendes Filho, autor*
*Prof. Francisco José Mendes Cavalcante Filho, professor orientador*

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Tutelas de Urgência – características essenciais; *2.1.1 Evolução do processo civil rumo à tutela tempestiva e adequada; 2.1.2 Medidas de urgência e sua aplicabilidade no processo;* 2.1.2.1 O caráter instrumental; 2.1.2.2 Tutela antecipada e a lentidão da justiça; *2.1.3 Quando conceder liminarmente?* 2.2 Medidas de Urgência e suas condicionantes; *2.2.1 Requisitos da concessão cautelar; 2.2.2 Pressupostos autorizadores da antecipação de tutela;* 2.2.2.1 Prova inequívoca; 2.2.2.2 Verossimilhança das alegações do autor e do receio do dano irreparável; 2.2.2.3 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. **3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DE RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

Mostra-se, aqui, o Processo Civil atravessando todas as fases de sua evolução, até o atingimento da condição de ciência autônoma. Nessa condição, surge o problema da demora da prolação das decisões judiciais e os efeitos daí decorrentes. O legislador brasileiro cria a medida cautelar, apta a, imediatamente, prestigiar/proteger o próprio processo e a atuação do poder judiciário e, mediatamente, a conservar o bem sob demanda até o desfecho da lide. Aponta-se, ainda, para utilização – com desvio de natureza – da cautelar inominada, isto para antecipar os efeitos da tutela pleiteada. Na sequência, trata-se da tutela antecipada, instituto abreviador dos efeitos da tutela jurisdicional. Por fim, mostra-se o cuidado que deve ter o operador do direito, com os requisitos que norteiam a concessão dessas medidas de urgência, recomendando ou contraindicando o seu deferimento.

**Palavras-chave:** Evolução. Decisões Lentas. Tutelas de Urgência. Requisitos.

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado Brasileiro, defensor da criação de uma sociedade livre, justa, solidária e desenvolvida, sem preconceito e discriminações, na qual seja o bem de todos uma bandeira de luta, tem por compromisso a efetiva aplicação das normas de direito, evitando que pessoas sejam lesadas ou ameaçadas de lesão a direitos assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Garantia de proteção, presunção de não lesividade a direitos, garantia de acesso à justiça, tudo isso se tornou de pequeno vigor ante o fator tempo, que se atravessou em meio ao processo como o seu maior entrave, chegando ao ponto de desencorajar legítimos sujeitos de direito, a pleitearem a tutela estatal em sua defesa, tamanha e tão desgastante a lentidão processual.

E em razão da tardança na prestação da tutela jurisdicional, por vezes, grande era o perigo de deterioração ou perecimento do bem sob demanda, muitas vezes, chegando a não ser mais interessante a sua fruição quando, enfim, permitido pela *Justiça*.

Premido por esse estado de insegurança emanado de decisões tornadas ineficazes pelos embaraços do tempo, obrigou-se o legislador pátrio à criação de mecanismos acautelatórios e antecipatórios da tutela estatal/jurisdicional, como a medida cautelar e a tutela antecipada, hoje conhecidas como tutelas de urgência, algo que, sem dúvida, dinamizou o processo.

O advento de tais mecanismos deu, ao magistrado, um grande poder de agilização das demandas judiciais, o que não o isenta, porém, da estrita observância dos requisitos e pressupostos que orientam a concessão de cautelares e medidas antecipatórias, quais sejam o "*fumus boni iuris*" e o "*periculum in mora*", para a concessão da cautelar e, para antecipar os efeitos da tutela, terá o juiz que se ater à verificação da presença dos pressupostos da prova inequívoca, da verossimilhança das alegações, do receio de dano e do abuso do direito de defesa, autorizadores da concessão de tutela antecipada.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

A leitura de estudiosos consagrados do processo como Ada Pellegrini, Araújo Cintra, Cândido Dinamarco, Guilherme Marinoni e Luiz Wambier, entre outros, dá-nos a compreensão bastante clara do direito processual como sendo a ciência que instrumentaliza o direito substantivo, sempre que se implementa a atividade jurisdicional.

É, pois, nessa perspectiva de ciência instrumentalizadora, que o legislador processual civil cria institutos como o da medida cautelar e o da tutela antecipada, constituindo-se estes em dois mecanismos de grande eficácia, sempre que o fito é assegurar ou antecipar direitos que se afiguram legítimos.

### 2.1 Tutelas de Urgência – características essenciais

No Processo Civil, as chamadas tutelas de urgência sempre dão azo a algum tipo de discussão: a mais comum delas vem do fato de que, enquanto trazem avanços à efetividade e à celeridade do processo, põem em sério risco a segurança jurídica.

Daí a constante preocupação que o juiz deve ter ao examinar uma exordial com pedido de antecipação de tutela, pois, em hipótese alguma, poderá ele, o magistrado, perder de vista a essencialidade da segurança jurídica e o juízo de proporcionalidade, para que não ocorra, no bojo de um ato antecipatório, uma colisão entre direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

#### 2.1.1 Evolução do processo civil rumo à tutela tempestiva e adequada

Hodiernamente, acerca do Estado, ninguém guarda mais qualquer dúvida sobre os vocábulos **administração**, representando o ato de executar; **legislação**, simbolizando a elaboração das leis; e **jurisdição**, significando o poder de

fiscalizar e de controlar a atividade estatal como um todo, no esforço de conferir a cada uma dessas forças a efetividade que lhe é própria, para a formação e para a operacionalização de um todo harmônico, com destaque para o seu principal escopo, qual seja, o de pacificar, nele se incluindo todo o sistema processual, uma vez que ele pode ser entendido como disciplina jurídica da jurisdição e por meio do qual esta se faz exercer.

Nesse contexto, desponta o processo com o triplo escopo de educar o cidadão para o exercício de seus próprios direitos, na medida do justo respeito ao direito do outro [escopo social], para a preservação da liberdade, do direito à participação nos destinos do Estado e para o respeito ao ordenamento jurídico e à sua própria autoridade [escopo político] e para a plena realização da vontade concreta do direito [escopo jurídico][382].

Quer na filosofia do Estado Liberal, com as funções do Estado por demais restritivas, quer no Estado Social, a jurisdição está sempre imbuída da missão de realizar os valores humanos, servindo isso, de um lado, para mostrar sua índole pacificadora e, de outro, para fazer do processo um meio efetivo de realização da justiça.

No Estado Democrático de Direito, por sua vez, a ordem social, expressa no artigo 193 da Carta Magna brasileira, tem como base o primado do trabalho e, como objetivo, o bem-estar e a justiça social. Assim, nessa transversalidade de filosofias estatais, continua a jurisdição o seu trabalho diuturno, ora transmitindo, ora impondo à sociedade, esse conjunto de normas disciplinares das relações atinentes a bens e utilidades da vida, chamado de **Direito Material**, o qual se vale, por sua vez, de um segundo complexo de normas e de princípios, estes instrumentadores daquele, aos quais se dá o nome de **Direito Processual.**

Nesse contexto, atuando como mecanismo garantidor do Direito Material, submete-se o Direito Processual a uma variada orientação metodológica, a qual termina por traçar-lhe várias linhas evolutivas, sempre com o fito de aparelhá-lo cada vez melhor, rumo à segura efetivação da tutela jurisdicional. Até a primeira metade do século XIX, o processo servia como auxílio, destinando-se tão somente a dar suporte à realização de outros direitos, donde lhe veio a alcunha de direito adjetivo. A ação era entendida como sendo parte do próprio direito subjetivo/civil/material, que, uma vez lesado, munia-se de força para postular e para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se conhecia o verdadeiro teor de autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substantiva e, muito menos, tinha-se a correta noção de sua autonomia, ainda latente. Era uma fase caótica e de pouca visibilidade do processo, recebendo, por isso, a denominação de fase do **sincretismo** processual.

A segunda fase, bem mais pródiga em realização e em afirmação, foi a fase das grandes construções científicas do Direito Processual. Foi quase um século de grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, com a clara diferenciação entre os dois, erigindo-se, em termos mais definitivos, uma ciência processual, tendo faltado, contudo, uma postura crítica de grande valia, sem dúvida, naquele momento, de afirmação do Direito Processual como ciência autônoma. Provavelmente em decorrência daquele momento de afirmação em que era guindado à condição de ciência autônoma, houve uma espécie de introspecção, em que muitos de seus deveres e princípios foram inobservados, bem como não foi feita uma análise criteriosa dos resultados do processo na vida das pessoas; ainda assim, foi chamada de fase **autonomista**.

Por fim, não com o intuito de dar-lhe um toque final, mas concretizando, até onde era possível a ideia de estudar o desenvolvimento do processo por meio de fases, concêntricas até certo ponto, mas distintas quanto à sua finalidade, chega-se à fase **instrumentalista**, em que o processo, já firme como ciência autônoma, não foge à missão imprescindível de instrumentalizar o direito material, sempre com o fito de dar a maior celeridade possível ao seu provimento, sem estremecer, por óbvio, a segurança jurídica.

É dentro dessa perspectiva instrumentalista que esse trabalho fixa o olhar na Lei n° 8.952/1994, a qual traz ao Direito Processual Civil o mais avançado e revolucionário instituto, o da tutela antecipada, criado pelo legislador processual pátrio para dar ao processo civil resposta de há muito ansiada em termos de celeridade processual, não significando, porém, que o novel instituto tenha nascido incólume a dúvidas carentes de esclarecimento, a inseguranças que mereçam vigília e a incertezas que careçam de extirpação.

### *2.1.2 Medidas de urgência e sua aplicabilidade no processo*

A sábia afirmação de Carnelutti[383], para quem "o tempo é um inimigo do direito contra o qual o juiz luta sem descanso" resta, ainda hoje, atual, pois o maior embate da doutrina processualística outro não é, senão uma batalha acirrada contra o tempo consumido pelo processo.

Inobstante o cuidado dos estudiosos do assunto, a preocupação passou a ser do inteiro conjunto da sociedade civil, uma vez que, em relação à tutela jurisdicional, da forma como vinha sendo prestada, nenhuma diferença fazia de se entregar ao vencedor da demanda uma folha de papel comemorativa da sua vitória, mas denotativa da não fruição do bem da vida a ela inerente, pois a demora do processo já o havia corroído. Relembre-se aqui a assertiva de Rui Barbosa: "Justiça tardia nada mais é que uma injustiça manifesta."

Em razão disso, vários foram os movimentos empreendidos, com vistas a criar mecanismos capazes de propiciar, ao usuário da atividade jurisdicional, uma tutela jurídica mais completa, se assim vale dizer, especialmente no sentido de dar ao jurisdicionado uma proteção com dupla utilidade, enquanto efetiva e tempestiva; e foi então que surgiu, como fruto do avanço da técnica processual, o instituto da tutela antecipada.

E veio com largo espectro de utilização, pois, antes mesmo de seu surgimento, mas com o mesmo fito [o da efetividade e o da celeridade do processo], o operador do Direito Processual Civil já se utilizava de meios, como o da medida cautelar, com a qual a tutela antecipada, sob certo aspecto, se assemelha bastante, numa relação de aparente complementaridade, cabendo, assim, um rápido comentário sobre cada uma dessas medidas de urgência.

### *2.1.2.1 O caráter instrumental*

O que é instrumento?

É o utensílio, a ferramenta, o documento. É ato escrito, com as formalidades próprias, pelo qual se corporifica um ato jurídico ou algum ato judicial. É, ainda, o título probatório de um desses atos; tudo o que serve para instruir um processo[384].

A medida cautelar é utilizada com a finalidade de preservar, de conservar e de prevenir a deterioração de um bem ou situação, até a prestação jurisdicional final, algo que, sem dúvida, além de preservar o próprio bem da vida para o qual se pede a prestação da tutela jurisdicional, também – e imediatamente – acaba por proteger o próprio processo, que finda com a outorga da tutela pretendida a qual, a bem do atingimento do fim esperado, deve ser dotada de efetividade. O que melhor caracteriza tal medida é o seu aspecto instrumental, pois, mesmo que venha a ser aplicado em momento anterior ao processo principal (para prestar garantia ao bem sob litígio), é dentro desse que exerce o seu papel de instrumentalizar de forma nominada [arresto, sequestro, busca e apreensão] ou até mesmo de forma inominada[385]. Assim, o caráter instrumental das tutelas de urgência representa o suporte que tais medidas dão ao processo, para que este se desenvolva de forma célere e segura.

### *2.1.2.2 Tutela antecipada e a lentidão da justiça*

Um dos maiores problemas enfrentados pelo processo é, indubitavelmente, a questão do tempo, tanto no seu âmbito externo, como no interno, conforme ensina Napoleão Nunes Maia Filho[386], "às vezes, tornando-se o elemento determinante da promoção ou da desistência de uma ação judicial".

> O professor José Rogério Cruz e Tucci observou que esse problema tem assumido a dimensão mais expressiva e analisa ser desnecessário repetir que o fator tempo, que permeia a noção de processo judicial, constitui, desde há muito, a mola propulsora do principal motivo de crise da justiça[387].
>
> São muitas as iniciativas do legislador fitando equacionar esse referido desafio; a implantação do instituto da tutela antecipada (art. 273 do CPC) se inscreve entre as *estratégias legais* na luta contra o excessivo tempo que se consome na decisão das demandas, pois *permite trazer-se* para o começo do processo a possibilidade de dar-se à parte autora a imediata fruição do direito que persegue[388].

A antecipação de tutela é um provimento jurisdicional realizado no âmbito de uma relação jurídica processual instalada, com vistas a entregar ao autor da demanda, antecipadamente, os efeitos da tutela pretendida.

> O advento do instituto da antecipação de tutela e a sua inserção no Livro I do Código de Processo Civil tornou regra uma situação que se afigurava excepcional: antes da Lei 8.952/94, o adiantamento imediato do bem da vida reclamado em juízo somente era possível em casos excepcionais, quase todos disciplinados em procedimentos especiais, tais como a liminar em mandado de segurança e os alimentos provisórios.
>
> A medida objetivava expurgar a má imagem, o desprestígio e a pecha de lentidão da justiça, além de contribuir para maior efetividade do Poder Judiciário. Outro objetivo, ainda que de forma velada, era coibir o uso anômalo das medidas cautelares, uma vez que o dia-a-dia forense consagrou o uso do poder geral de cautela e das disposições gerais sobre o assunto para a obtenção de medidas antecipatórias do mérito, travestidas de medidas cautelares.
>
> Malgrado a existência de correntes doutrinárias opostas, prevalece o entendimento de que o instituto da tutela antecipada objetiva o adiantamento dos efeitos da sentença meritória, como bem salientou Cândido Rangel Dinamarco ao discorrer sobre a primeira onda reformatória do citado Diploma Adjetivo: "A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor". Essa passagem bem ilustra o *ratio legis* do então novel instituto: servir de lenitivo aos males corrosivos do tempo, adiantando o bem da vida que o autor persegue em juízo, mesmo que seja em caráter provisório, e diferenciar as técnicas de conservação do direito dos mecanismos de sua concessão antecipada, com o fito de eliminar (ou evitar, ao menos) as "medidas cautelares satisfativas"[389].

Conforme foi posto na doutrina acima apresentada, a tutela antecipada surgiu no processo civil pátrio com o tônus de um instituto de muita força de agilização, não podendo, porém, insurgir-se contra institutos igualmente fortes e assegurados na Carta Política pátria, como a ampla defesa e o contraditório.

Desse modo, assente-se com o uso do novo remédio para combater as mazelas do tempo, desde que em bases seguras capazes de evitar o aparecimento de algum efeito danoso.

### *2.1.3 Quando conceder liminarmente?*

Analisando-se os conceitos das tutelas de urgência por um prisma meramente didático, fácil é a visualização da cautelar e da tutela antecipada como sendo **o quê** e da liminar representando **o como**, sempre desempenhando, em relação à cautelar e à tutela antecipada, um papel instrumentalizador, desde que na existência de previsão legal.

> Liminar é o nome que damos a toda providência judicial determinada ou deferida *initiu litis*, isto é, antes de efetuado o contraditório, o que pode ocorrer com exigência da citação que possibilita a participação em o contradizer (justificação prévia), ou sem citação daquele contra quem se efetivará a medida. A liminar, portanto, não é liminar em função do seu conteúdo, mas em decorrência do momento e das circunstâncias de seu deferimento[390].

A medida liminar é, pois, uma antecipação do provimento final reclamado, vezes baseada no perigo da demora, na fumaça do bom direito e no risco de dano e, outras vezes, apenas na urgência de restaurar o direito violado, que reclame a proteção da lei.

Assim, à vista de cada caso concreto, cabe ao juiz determinar

medida de cautela cabível ou adotar procedimento antecipatório, podendo fazê-lo liminarmente. Liminar é, portanto, um dos modos escolhidos pelo juiz para adotar uma medida, e não a medida, propriamente. A medida acautelatória, essa sim, poderá ser tão contundentemente necessária a ponto de exigir decretação liminar.

Quanto à aplicabilidade no âmbito do processo, despontou também a tutela antecipada, com grande chance de cabimento e deferimento, desde que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

## 2.2 Medidas de Urgência e suas condicionantes

### *2.2.1 Requisitos da concessão cautelar*

A medida cautelar, sendo embora um instrumento acessório, por depender de um processo já instalado ou em via de sê-lo, traz consigo o condão de preservar o bem da vida até o deslinde final do processo, não podendo, porém, ser implementada sem a ocorrência de pressupostos garantidores de sua concessão. São eles: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, representando o primeiro a aparência e expectativa do bom direito e, o segundo, o perigo de deterioração do bem demandado, caso o desfecho da lide seja demorado. E foi no combate a esse perigo de deterioração que a medida cautelar, por um longo tempo e impropriamente, exerceu o papel de medida antecipatória, possibilitando, por meio do artigo 798 do Código de Processo Civil, uma tutela jurisdicional menos demorada.

> A morosidade da prestação jurisdicional, oriunda, como é sabido, das mais diversas causas, também está ligada à ineficiência do velho procedimento ordinário, cuja estrutura encontrava-se superada antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil.
>
> A inefetividade do antigo procedimento ordinário transformou o art. 798 do CPC em autêntica "válvula de escape" para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva. De fato, a tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização do processo de conhecimento e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do velho procedimento ordinário, viabilizando a obtenção antecipada da tutela que somente poderia ser concedida ao final.
>
> A tutela antecipatória, em outras palavras, foi tratada como tutela cautelar, embora esta última tenha por fim apenas assegurar a viabilidade da realização do direito. É claro que essa distorção foi fruto da necessidade de celeridade e da exigência de efetividade da tutela dos direitos. Mas era necessária a sistematização das formas de tutela sumária; tal sistematização foi resultado da manifestação da técnica processual a serviço dos ideais de efetividade do processo e, portanto, de efetivo acesso à ordem jurídica justa.
>
> O uso da tutela cautelar com fim satisfativo, ou como técnica de antecipação da tutela de conhecimento, aliado ao problema, que se verificava com muita frequência na prática forense, da desnecessária duplicação de procedimentos para a tutela do direito material e da impossibilidade da realização de parcela do direito evidenciado no curso do processo, levou o legislador brasileiro a introduzir no Código de Processo Civil a norma que hoje consta no art. 273, da antecipação de tutela[391].

Não há que se confundir medida cautelar e tutela antecipatória; historicamente, outro não era o papel da medida cautelar a não ser o de assegurar o bem sob demanda até o desfecho final da lide. Já a tutela antecipada adianta ao pretenso vencedor da querela *initio litis*, e em caráter provisório, os benefícios de sua vitória. Ocorre que o artigo 798 do Código de Processo Civil trouxe em seu bojo, o poder geral de cautela, permitindo a concessão, pelo magistrado, de medidas não previstas no código, fato que, na prática forense, se transformou em uma autêntica antecipação de tutela, *mascarada* sob a alcunha de cautelar inominada satisfativa. Com acerto, o legislador pátrio criou o instituto da tutela antecipada, extirpando do processo civil esse malfadado desvio de finalidade da tutela cautelar satisfativa[392].

Não há, no Processo Civil, mecanismo agilizador de sua efetividade tão fantástico como o da antecipação dos efeitos da tutela, nem linha divisória tão tênue como a que permeia o cabimento e o não cabimento de tal antecipação.

Antecipar os efeitos da tutela jurisdicional sim, nunca sem atentar, porém, para as suas condicionantes jurídicas!

### *2.2.2 Pressupostos autorizadores da antecipação de tutela*

Sempre bom lembrar: a tutela antecipada não é um instituto de uso facultativo a ser utilizado ao livre alvedrio do juiz. É um direito subjetivo da parte, acessível com a propositura de uma ação, não podendo, porém, ser concedido à míngua de dois requisitos que lhe são condicionantes, quais sejam: a prova inequívoca dos fatos e a verossimilhança das alegações apresentadas. Tais requisitos precisam, ainda, estar secundados [alternativamente] pelo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou pela presença do abuso do direito de defesa, ou de manifesto propósito protelatório do réu, ou, ainda, quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas destes, mostrar-se incontroverso; consignados tais pressupostos genéricos no art. 273, *caput*, e incisos I e II e §6º, todos do Digesto Processual Civil.

A caracterização conjunta e concomitante desses quatro elementos forma o elenco de pressupostos autorizadores da antecipação da tutela, merecendo cada um deles, de *per si*, um comentário em separado.

#### *2.2.2.1 Prova inequívoca*

O que é prova?

Segundo Deocleciano Torrieri Guimarães, são todos os meios regulares e admissíveis em lei, utilizados para demonstrar a verdade ou falsidade de fato conhecido ou controvertido ou para convencer da certeza de ato ou fato jurídico. Objetivamente, é todo meio lícito usado pela parte ou interessado na demonstração daquilo que se alega. Subjetivamente, é qualquer meio lícito capaz de levar o juiz a convencer-se da verdade de uma alegação da parte[393].

E por causa do grau de satisfatividade típico da tutela antecipatória, é que a prova hábil ao convencimento do magistrado com fito à respectiva concessão, deve ser aquela adjetivável de inequívoca, é dizer, tomando-se emprestada as

palavras de Humberto Theodoro Júnior, aquela "[...] portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável[394]."

#### *2.2.2.2 Verossimilhança das alegações do autor e do receio do dano irreparável*

Distorcendo embora, aqui acolá, de como pensam alguns doutrinadores, consigne-se, apropriadamente, as considerações de Napoleão Maia Filho, acerca da verossimilhança da alegação, no contexto da tutela antecipada:

> É certo que o conceito de verossimilhança guarda estrita afinidade com a noção de semelhante à verdade, ou seja: verossimilhante é a situação que em tudo e por tudo se assemelha à verdade, mas que não se identifica com ela, eis que esta, em termos processuais, somente é apurável ou conhecida, em regra, ao final da cognição judicial completa a exauriente, promovida e desenvolvida pelas partes, sob a direção e a eventual iniciativa do Juiz, ainda que o Julgador tenha de se contentar com a verdade ficta.
>
> A verossimilhança não deve ser compreendida, porém, como a noção algo abstrata de possibilidade de deferimento do pedido de tutela antecipada (como se fora o mesmo que a plausibilidade da tutela cautelar), nem, tampouco, a simples ausência de vedação legal ao atendimento da pretensão que a parte postula: a verossimilhança das alegações permite, com base na prova inequívoca, a formação de um juízo firme, consciencioso e seguro, formador de uma convicção completa na mente do Julgador; aliás, talvez nem fosse gnosiologicamente próprio falar-se em convicção incompleta, cabendo dizer-se que toda convicção é completa ou não será convicção[395].

E ainda, quanto à verossimilhança, é mister dizer que esta diz respeito não somente à existência do direito vociferado pela parte, mas também no que tange ao perigo do dano irreparável havido com a natural demora do feito ou, ainda, vai depender da situação fática, do abuso da defesa mediante a utilização de atos procrastinatórios praticados pelo réu.

No inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil, consta o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, terceiro na ordem dos pressupostos condicionantes da antecipação de tutela, com especial enfoque na urgência.

Tal requisito, em sua esfera conceitual, evidencia o cuidado ou mesmo o receio, que, por óbvio, instala-se na mente do juiz, de que a previsível demora no andamento do processo cause, ao autor da demanda, prejuízo impossível de reparar ou, pelo menos, de reparação dificultosa.

Todo processo tem um tempo natural de duração. É de sua essência uma demora razoável, já que se compõe de atos processuais praticados ordenadamente, no e pelo judiciário, com fito à materialização de um direito. Assim, o simples incômodo dessa tardança já sabida e, como tal, aceitável, não é algo que enseje o deferimento da antecipação da tutela.

O fundado receio da efetivação de dano irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação, é aquele que advém da grande probabilidade – fundada esta em prova inequívoca – da materialização do grave e temido prejuízo anunciado; é este, o receio que autoriza a formação do juízo de verossimilhança, o qual pode levar o presidente do feito a antecipar os efeitos da tutela pretendida.

#### *2.2.2.3 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu*

Trata-se aqui de uma antecipação de tutela ocorrente quando a prova inequívoca, formadora da verossimilhança das alegações do autor, junta-se ao abuso por parte do réu na sua forma de se defender, mediante o visível propósito de procrastinação, isto para dificultar o andamento do processo.

Vale ressaltar que tal abuso pode, mesmo, ocorrer, antes da citação do réu, isto mediante a prática de atos extraprocessuais, que denotem a pretensão procrastinatória do devedor da solução do impasse, senão verifique da manifestação adiante transcrita:

> O *abuso de direito de defesa* ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Esse abuso tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificações, interpelações, protestos ou toca de correspondência entre os litigantes. Já na própria inicial pode demonstrar o autor o abuso que vem sendo praticado pelo réu, para pleitear antecipação de tutela[396].

## 3 METODOLOGIA

Para a realização do presente trabalho, a pesquisa empreendida limitou-se a consultar a livros, revistas, periódicos, artigos científicos, assim configurando-se uma pesquisa de natureza explorativa, qualitativa e descritiva.

## 4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Sendo, embora, institutos já consolidados na doutrina e nos tribunais, a cautelar e a tutela antecipada, as chamadas tutelas de urgência, sempre suscitam na mente dos magistrados alguma insegurança, seja no que tange à expectativa de um bom direito, seja no tocante ao perigo de demora (cautelar) ou diga respeito à verossimilhança dos fatos alegados pelo autor ou, ainda, ao receio de que, durante o correr da lide, cause o réu ao autor dano irreparável de dificultosa reparação (tutela antecipada).

O que razoavelmente se almeja como fruto do presente trabalho é que; de um lado, os juízes sejam mais cautelosos na concessão de tais medidas; de outro, que, diante de teor de complexidade que cada um desses mecanismos processuais apresenta, um maior número de jovens pesquisadores sinta-se motivado à pesquisa de tão empolgante tema.

## 5 CONCLUSÃO

Vasto é o Direito, várias são as transformações porque passa, difícil concluir. Tem sempre o pesquisador a sensação de que faltou perspicácia, faltou maior aprofundamento e aquele tópico da ciência jurídica comportaria uma análise mais acurada.

Ainda assim, alinharíamos três pontos que permeiam este trabalho, dando-lhe, até onde nos foi possível, um sentido de conclusão.

Numa primeira abordagem, pretendeu este trabalho mostrar quão penosos foram os primeiros passos do Processo Civil como ciência autônoma, vítima que era de excessiva demora em suas decisões, o que, por vezes, até deteriorava, no tempo, o bem jurídico sob demanda.

Num segundo momento, festejou-se a descoberta, pelo legislador pátrio, não de apenas um, mas sim de dois mecanismos capazes de agilizar o processo, quais sejam, a cautelar e a tutela antecipada, hoje sob a alcunha de tutelas de urgência.

Em terceiro lugar e já à guisa de conclusão, tentou-se advertir os operadores do Direito, máxime os magistrados, para a estrita observância dos requisitos e pressupostos de ambos os institutos, pois, a nosso sentir, a tutela jurisdicional que o juiz tem o condão de antecipar é tão mais eficaz quanto mais cauteloso e consciencioso for o convencimento do operador do direito.

Verdadeiramente, a atividade do juiz outra não é, se não o esforço constante, aliado à autoridade que lhe dá o estado, não só para resolver discórdias entre as partes, mas também para restabelecer a proporcionalidade entre garantias individuais constitucionalmente asseguradas, quando entre estas há pontos de tensão e conflito.

A Constituição assegura aos indivíduos um conjunto de garantias fundamentais de aplicação imediata, por expressa determinação no parágrafo primeiro do seu artigo quinto. Assegura ainda, (inciso LXXVIII do mesmo artigo), a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O legislador pátrio cria mecanismos para garantir a efetividade do processo ao seu final [cautelar] e para satisfazer de imediato a pretensão aduzida pelo autor [tutela antecipada].

Assim, ante a situação conflituosa em que se coloca, resta ao magistrado presidir o processo, num combate sempre aguerrido aos efeitos danosos do tempo, mas sob o cuidado constante, para não abalar a segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

CALDEIRA, Adriano. **Direito Processual Civil**: Livro para Aprender Direito. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2005.

PASSOS, Calmon de apud DADALTO, Rodrigo. Tutelas cautelar e antecipada. **UNESC em revista**. Colatina, ano 7, n. 15, 2004, p. 115.

CARNELLUTI apud ALVIM, José Eduardo Carreira. **Procedimento sumário na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 153.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 65-66.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2005

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Estudo sistemático da tutela antecipada**. Fortaleza: Gráfica Nacional, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 98-99.

PERINO, Marcelo do Amaral; PERINO, Alessandra Teixeira Miguel. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

# O "CASO CESARE BATTISTI" E O SISTEMA EXTRADICIONAL DA CONTENCIOSIDADE LIMITADA

Mariana Urano de Carvalho Caldas, autora[48*]
Paulo Henrique Gonçalves Portela, professor orientador[49**]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 O "caso Cesare Battisti": noções gerais; 2.2 Refúgio de Cesare Battisti no Brasil; 2.3 O processo de Extradição nº 1.085 e suas peculiaridades. **3 METODOLOGIA DA PESQUISA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

Este trabalho objetiva delinear ilações a respeito do chamado "caso Cesare Battisti", analisando-se as peculiaridades do processo de Extradição nº 1.085 e os questionamentos em torno da vigência do sistema extradicional da contenciosidade limitada. Para tanto, fez-se necessário, primeiramente, um breve estudo acerca da participação do italiano entre os Proletários Armados pelo Comunismo (PAC) e de suas consequências, seguindo-se à apreciação de institutos pertencentes ao Direito Internacional Público, notadamente o refúgio e a extradição. Desenvolveu-se pesquisa bibliográfica e documental, investigando-se, por meio da leitura de livros e artigos científicos e do exame dos dispositivos da Constituição Federal e da legislação pátria aplicáveis à polêmica, as razões das divergências apresentadas entre os posicionamentos dos Poderes Executivo e Judiciário quanto ao destino do ex-ativista. Explorando-se a jurisprudência brasileira, houve a utilização do método comparativo, expondo-se a postura do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos análogos. Como o tema é considerado recente, sendo sua pormenorizada discussão escassa, empregou-se, como forma de abordagem, o método dialético, permitindo-se, ao final deste artigo, a formação de entendimento favorável a não extradição de Battisti, em observância aos fatos ocorridos na Itália durante os conturbados "anos de chumbo" e à discricionariedade concedida ao Chefe do Executivo no que tange à possibilidade de entrega de extraditando.

**Palavras-chave**: Cesare Battisti. Contenciosidade Limitada. Extradição.

48 * Aluna do 7º semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus; integrante do Programa de Monitoria 2011/2012 da Faculdade Christus; e-mail: mariana_urano@hotmail.com.

49 ** Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Diplomata de Carreira (1996-2006); Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará; Professor de Direito Internacional Público e Privado e de Proteção Internacional dos Direitos Humanos na Faculdade Christus; e-mail: paulohgportela@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

A notável repercussão do chamado **caso Cesare Battisti** e de suas especificidades, inobstante as diversas semelhanças apresentadas entre o processo de Extradição nº 1.085 e outros pedidos extradicionais apreciados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), deveu-se, sobretudo, à polêmica vinculação do italiano aos Proletários Armados pelo Comunismo (PAC) durante os temidos **anos de chumbo** e à sua posterior forma de apreciação pelos Governos Italiano e Brasileiro, cujos posicionamentos, em diversas ocasiões, mostraram-se antagônicos, tanto no âmbito das relações exteriores, quanto entre os Poderes dos próprios Estados, indagando-se acerca da suposta conotação política dos atos praticados pelo italiano.

Isso posto, o presente trabalho tem o fito de analisar os motivos que levaram o ex-presidente Lula a negar a extradição do ex-ativista, investigando-se a importância da atuação do Chefe do Estado na busca pela efetividade da cooperação internacional e no devido emprego do sistema extradicional da contenciosidade limitada, cuja aplicação, apesar de comum, continua ocasionando questionamentos entre os ministros da Corte Suprema, que já havia sido alvo de críticas em virtude da anulação da concessão do *status* de refugiado a Battisti, atuando de encontro à decisão do ex-ministro da Justiça Tarso Genro.

Essencial também se faz destacar os objetivos específicos deste artigo, quais sejam, perquirir a vida pregressa de Battisti e as peculiaridades evidenciadas no julgamento que ocasionou o posterior pedido extradicional por parte do Governo Italiano; empreender um estudo acerca de institutos do Direito Internacional Público relativos ao tema, notadamente o refúgio e a extradição; examinar os diversos pareceres proferidos durante a exploração do caso e a importância dada a estes pelos Poderes Executivo e Judiciário; salientar as razões que levaram o Pretório Excelso a autorizar a extradição do italiano e as suas respectivas críticas.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 O caso Cesare Battisti: noções gerais

Antes de se tratar das peculiaridades do polêmico caso **Cesare Battisti**, importante se mostra expor, resumidamente, alguns dados relativos à vida pregressa do italiano, visando-se à correta análise das medidas adotadas pelo Estado Brasileiro no processo de Extradição nº 1.085.

Cesare Battisti, nascido em 18 de dezembro de 1954, em Sermoneta, é um ex-ativista político e também considerado um ex-terrorista, condenado, em 1987, pela justiça italiana, à prisão perpétua, devido à atribuição de quatro homicídios aos Proletários Armados pelo Comunismo (PAC), uma pequena organização regional autônoma e de orientação marxista. O italiano ingressou no referido grupo ao final dos anos 70, os chamados **anos de chumbo**, período em que, como assinalou o ex-ministro da Justiça Tarso Genro,

> A sociedade italiana e o Estado Democrático de Direito na Itália foram assediados por um conjunto de movimentos políticos, ações armadas e mobilizações sociais que pretendiam, alguns deles, a instalação de um novo regime político-social. Na esteira do desmantelamento das políticas da era social-democrata então em declínio,

> formaram-se organizações revolucionárias de ação direta que operavam em zonas "cinzentas", na estreita faixa entre a ação política insurrecional de caráter armado e a ação marginal do "banditismo social"[397].

Segundo o próprio italiano, em carta aberta dirigida ao ex-presidente Lula e ao povo brasileiro, muitas conquistas sociais que hoje os italianos estão usufruindo foram alcançadas **graças ao sangue derramado por esses companheiros da utopia**, considerando o ex-ativista, na mensagem escrita em 2009, surpreendente a aparente obstinação de alguns ministros do STF, que não queriam **ver o que era realmente a Itália dos anos 70** e negavam a intenção dos seus atos[398]. O último posicionamento será explanado neste trabalho no momento oportuno.

Frise-se que Battisti, após abandonar os PAC, em 1978, havia passado a viver clandestinamente em Milão, sendo preso e condenado, em 1979, a doze anos de prisão por participação em grupo armado, assalto e receptação de armas. Em 1981, Battisti, com a ajuda de Pietro Mutti, que também já havia integrado a organização, conseguiu fugir para Paris, mudando-se posteriormente para o México.

Preso em 1982, Mutti, considerado o maior **arrependido** italiano, optou pela delação premiada e atribuiu a autoria dos quatro assassinatos anteriormente referidos a Battisti, sendo o processo contra este reaberto na Itália, depois de quase dez anos de trânsito em julgado. Em 1990, acreditando ser amparado pela **Doutrina Mitterrand**, lançada pelo presidente francês François Mitterrand, que oferecia asilo a todos os envolvidos em atividades terroristas na Itália até o ano de 1981 que abandonam de fato as armas, Battisti retornou à França, sendo preso, contudo, no ano seguinte, devido a um pedido de extradição feito pela Itália em 1991, e libertado quatro meses depois, após ser declarado não extraditável.

No ano de 2004, durante o governo Chirac, a justiça francesa modificou sua orientação política, concedendo a extradição do italiano, sendo importante se destacar que este já era bastante conhecido no país, em razão, principalmente, de suas obras literárias, o que provocou o surgimento das mais diversas opiniões, concretizadas, sobretudo, em entrevistas e passeatas. Ao ver-se na situação exposta, Battisti fugiu novamente, conduzindo-se ilegalmente ao Brasil, sendo, entretanto, detido no Rio de Janeiro, em 2007, durante uma operação conjunta envolvendo a Interpol e as polícias brasileira, italiana e francesa.

Verificar-se-á, no tópico seguinte, que, conforme se concluiu em um artigo científico escrito em 2010, **tanto o julgamento de Cesare Battisti, que o condenou a pena de prisão perpétua, quanto a ordem de extradição expedida pelo governo francês são cercados de críticas e motivos obscuros**[399], o que tornou os acontecimentos no momento expostos mundialmente comentados e questionados.

### 2.2 Refúgio de Cesare Battisti no Brasil

Para a devida compreensão dos motivos que levaram à concessão de refúgio a Cesare Battisti no Brasil e das suas consequências, essencial se faz explicar como se dá a aplicação do referido instituto, que, conforme as lições de Paulo Henrique Gonçalves Portela, desenvolveu-se dentro do Direito Internacional **para regular as inúmeras situações decorrentes de iniciativas individuais ou coletivas voltadas a buscar abrigo em outros países**[400].

No Brasil, o órgão responsável pela concessão do *status* de refugiado é o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), criado pela Lei nº 9.474/97, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951. Frise-se que, sendo o refúgio negado, cabe recurso ao Ministro da Justiça. Observando-se especificamente o ocorrido com o italiano, deve-se atentar que este, ao pedir o reconhecimento da condição de refugiado ao órgão colegiado em alusão, não logrou êxito, recorrendo, portanto, ao ex-ministro da Justiça Tarso Genro, que proferiu decisão favorável aos anseios de Battisti.

Ao analisar o caso em estudo, o CONARE alegou que havia a carência das hipóteses previstas no art. 1º da lei supracitada, que, em seu inciso I, aduz que será reconhecido como refugiado todo indivíduo que, "devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país".

Aduziu, então, o recorrente ser vítima de perseguição por parte das autoridades da Itália em razão das opiniões políticas disseminadas durante os **anos de chumbo**, e que estas fundamentaram, inclusive, o pedido de extradição em seu desfavor, visando-se à submissão de Battisti ao cumprimento de sentenças proferidas em processos que este julgava eivados de ilegalidade e que resultaram em condenação por crimes que não cometera[401].

Durante a apreciação do recurso, Tarso Genro colocou o estudo da possibilidade do aludido **fundado temor de perseguição** como questão central, ressaltando que, entre os anos de 1970 e 1980, o Estado italiano reagiu aos movimentos políticos criando "exceções", por meio de leis de defesa do Estado, sendo público e incontroverso, porém, que estes mecanismos se operaram também fora das regras da própria excepcionalidade, devendo a preocupação com os seus limites ocorrer **tanto no que se refere às normas de ordem material, como naquelas de ordem processual**, sendo fundamental que, aos que desobedecem a lei, fossem estendidas todas as garantias da ordem jurídica democrática[402].

O ex-ministro da Justiça, ao final do exame do mencionado recurso, perpetrado em janeiro de 2009, expôs, em síntese, que, por motivos políticos, o italiano envolveu-se em organizações criminalmente perseguidas no Estado requerente, foi abrigado na França e, posteriormente, teve que voltar a fugir. Evidenciou-se ainda razões políticas para os reiterados pedidos de extradição Itália-França, bem como para a concessão da extradição, que poderia estar vinculada à situação eleitoral francesa.

Concluiu-se, portanto, que o elemento subjetivo **fundado temor de perseguição** estava claramente configurado, também se salientando que o caráter humanitário perpassa o refúgio, implicando na aplicação do princípio *in dubio pro reo*, podendo-se afirmar que, **na dúvida, a decisão do reconhecimento deverá inclinar-se a favor do solicitante do**

**refúgio**, entendendo-se que o contexto em que ocorreram os homicídios imputados a Battisti, as condições nas quais se desenrolaram os seus processos e a sua potencial impossibilidade de ampla defesa diante da radicalização da situação política da Itália justificavam o provimento do recurso[403].

Após a concessão do *status* de refugiado ao italiano, iniciou-se grande discussão acerca da possibilidade de continuação do processo extradicional requerido pela República Italiana contra Cesare Battisti no Brasil [Extradição nº 1.085], mostrando-se Antonio Fernando de Souza, Procurador-geral da República à época da polêmica, favorável ao arquivamento do pedido de extradição, com base no art. 33 da já citada Lei nº 9.474/97, que expõe que "o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio". O Parecer nº 5.280, solicitado pelo então presidente do STF, Gilmar Mendes, e proferido em janeiro de 2009, era necessário para que a Suprema Corte tivesse uma devida orientação acerca da possibilidade de soltura do ex-ativista, preso no Brasil desde março de 2007.

Destacou Antonio Fernando de Souza que, quanto à necessidade de se atestar a plena identidade entre os fatos motivadores do reconhecimento da condição de refugiado e aqueles que fundamentam o pedido de extradição, tal obrigação já havia sido observada em precedentes da Corte, como a Extradição nº 1.008, manifestando-se o Ministério Público, nesse caso, também em favor da aplicação do supratranscrito art. 33. Para ele, não havia dúvida que a decisão de Tarso Genro levou em consideração o mesmo conjunto fático e jurídico que serviu de suporte ao pedido de extradição formulado pelo Governo da Itália, devendo-se promover a consequente extinção do processo sem julgamento de mérito.

Inobstante o posicionamento acima aludido, a concessão do refúgio foi anulada pelo STF, sendo a extradição, portanto, autorizada, havendo, para Luís Roberto Barroso, evidente subversão da jurisprudência, sobretudo porque o Supremo já havia assentado, de longa data, **que atos referentes às relações internacionais do país – como o refúgio – são de competência privativa do Poder Executivo**[404]. O julgamento do pedido de extradição foi então marcado para o dia 9 de setembro de 2009, estendendo-se, contudo, por longo período, cujas discussões serão finalmente expostas a seguir.

### 2.3 O processo de Extradição nº 1.085 e suas peculiaridades

Ensina Francisco Rezek que a extradição é a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena[405]. Para Luiz Regis Prado, a noção do referido instituto, em síntese, **relaciona-se com a aplicação ou o exercício efetivo do *jus puniendi* do Estado**[406].

Umas das diversas razões apontadas por Celso de Albuquerque Mello que justificam a existência do ato em alusão é a própria noção de justiça, frisando ainda o autor que, enquanto o princípio universal da repressão à criminalidade não for adotado de modo amplo, a extradição é um instituto necessário para que a sua coibição seja eficaz[407].

Como se pode inferir do acima exposto, a extradição é ato de cooperação internacional no âmbito penal[408], contribuindo para o redimensionamento do Direito, que é essencialmente universal e exige que todos os entes estatais colaborem para a formação de um cenário internacional equilibrado[409]. Destaque-se, contudo, que cada Estado é livre para conceder a extradição do indivíduo, não sendo o mero pedido do interessado suficiente para a entrega daquele, devendo-se observar a respectiva norma interna, sendo a matéria regulada no Brasil pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto do Estrangeiro [Lei nº 6.815/80, arts. 76-94][410].

Tratando do tema em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na Extradição nº 667-3, requerida pela República Italiana e decidida em 1995, Uadi Lammêgo Bulos aduz que a extradição

> Possui a natureza de *ação especial*, "de caráter constitutivo, que objetiva a formação de título jurídico apto a legitimar o Poder Executivo da União a efetivar, com fundamento em tratado internacional ou em compromisso de reciprocidade, a entrega do súdito reclamado"[411].

Frise-se que, apesar de a entrega do extraditando ser realizada pelo Presidente da República, o sistema extradicional vigente no Brasil é o da *contenciosidade limitada*, que possibilita ao STF **fiscalizar a legalidade extrínseca do pedido de extradição, requerido pelo Estado estrangeiro à República brasileira**, não sendo permitido que a Corte Suprema adentre no seu mérito, ou seja, no âmago do problema que motivou a extradição, **exceto para analisar a ocorrência de prescrição penal, de dupla tipicidade ou, ainda, se o delito imputado ao extraditando foi político ou de opinião**[412].

Fazendo alusão à doutrina internacional, Francisco Rezek defende que a submissão do pedido feito ao Chefe do Poder Executivo ao crivo do Judiciário se justifica pela circunstância de se encontrar em causa a liberdade do ser humano, julgando oportuno salientar a existência de diversas garantias que a Constituição Federal oferece tanto aos nacionais quanto aos estrangeiros[413]. O autor também destaca que a chamada fase *judiciária* do procedimento está situada entre duas fases *governamentais*, **inerente a primeira à recepção e ao encaminhamento do pedido, e a segunda à efetivação da medida, ou, indeferida esta, à simples comunicação do fato ao Estado interessado**[414].

Não obstante o disposto no inciso VII do art. 84 da Carta Magna, existe uma impressão generalizada, e, segundo Rezek, a todos os títulos defensável, de que a transmissão do pedido ao STF traduz aquiescência da parte do governo, surgindo naquele o costume de se manifestar sobre o pedido extradicional em termos definitivos[415]. A Corte Suprema parece não se limitar, portanto, a declarar a extradição viável, a despeito do teor da norma do artigo citado, que aduz ser de competência privativa do Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros.

Para parte da doutrina, a polêmica a respeito do possível caráter vinculante da decisão do Pretório Excelso em relação à entrega do extraditando pelo Poder Executivo é justificável

em razão da redação do art. 102, inciso I, alínea **g**, da Constituição, que determina que compete ao STF processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro[416]. Em contrapartida, há quem defenda, em conformidade ao previsto no já aludido inciso VII do art. 84 da Carta Magna, que a palavra final acerca da concessão da extradição é do Presidente da República, ressaltando-se, porém, que o ato não poderia, em todo caso, ser realizado sem autorização prévia do Supremo[417].

Tratando-se especificamente do processo de extradição do italiano Cesare Battisti, em parecer proferido pelo ex-procurador-geral da República Fernando Luiz Albuquerque, no dia 29 de dezembro de 2010, assinalou-se que, no sistema extradicional brasileiro, **afirma-se, com segurança, que a autorização por parte do Poder Judiciário não vincula o Presidente da República**, havendo **decisões reiteradas de nossa Suprema Corte asseverando a substancialização por parte do Presidente da República da soberania nacional no plano externo**[418].

Ainda conforme o Parecer AGU/AG nº 17/2010, **a decisão final é discricionária com relação ao que proferiu o STF, mas é de discricionariedade mitigada**[419]. Deve-se, no caso, observância ao conteúdo do tratado celebrado entre o Brasil e a Itália em 17 de outubro de 1989, internalizado por meio do Decreto nº 863, de 9 de julho de 1993.

Referido posicionamento foi o que restou evidenciado ao final do trâmite do Processo Extradicional nº 1.085, especificamente no Informativo nº 630 do STF, relativo ao não reconhecimento da reclamação interposta pela República Italiana contra a decisão do Presidente da República de negar a extradição de Battisti.

No informativo em análise, expõe-se que o Estado requerente mostrou-se contrário à soltura do italiano, utilizando-se do argumento de que seria de competência exclusiva da Corte Suprema a deliberação sobre a custódia do extraditando. Todavia, o Ministro Luiz Fux, representando a maioria, destacou que, adotando-se a tese no sentido de **competir ao Supremo somente aferir os requisitos de possibilidade de extradição, a cognição se encerraria aí e a decisão seria remetida ao Presidente da República**[420], reiterando, com base nos princípios constitucionais da soberania e da independência nacional, que o ato da autoridade máxima da Administração Pública não seria sindicável.

Frise-se que, dentre as razões que haviam levado os ministros do STF a permitirem a extradição de Battisti, estava a suposta ausência dos quatro motivos declarados como fundamentos do ato de concessão de refúgio, diante do exposto no art. 1º da Lei nº 9.474/97. Assinalou o relator, o ministro Cezar Peluso, que o primeiro, **referente à situação política do italiano, em dada quadra histórica, a toda evidência não poderia ser considerada causa atual de algum fundado temor de perseguição futura**, reputando-se vigente na Itália ordem jurídico-constitucional democrática[421].

No que tange ao segundo, entendeu-se que, nos **anos de chumbo**, o governo do Estado requerente estaria **infiltrado de *forças políticas eversivas*, cujo *poder oculto* superaria e excederia, por meio de atuações ilegítimas, *a própria exceção legal***, implicando tal fundamento em gratuita e pesada afronta à independência da magistratura italiana[422].

Em relação ao terceiro motivo, fazendo-se alusão à suposta natureza política dos crimes imputados ao ex-ativista, o relator ressaltou sua ilegalidade, visto que a autoridade administrativa não possuiria competência na matéria, fundamentando-se o referido posicionamento com base nos artigos 77, § 2º, da Lei nº 6.815/80 e 102, I, **g**, da Constituição Federal, que aduzem que caberia, exclusivamente, ao Supremo, a apreciação do caráter da infração[423].

Finalmente, quanto ao quarto fundamento, relativo às vicissitudes da estada do extraditando na França, de onde teria sido expulso, de fato, por decisão de cunho político, reputou-o impertinente, tratando-se de meros **agravos imaginários de perseguição política, de cujo risco não constaria qualquer indício**[424].

Expõe-se ainda no Informativo nº 558 do STF que havia o entendimento de que **os crimes cometidos pelo extraditando, sobre não apresentar nenhum traço de conotação política, entrariam com folga na classe dos crimes comuns graves, qualificados de hediondos**, não podendo o italiano se beneficiar, portanto, da condição de refugiado, nos termos do inciso III do artigo 3º da Lei nº 9.474/97. Não se aplicaria, portanto, o exposto no inciso LII do art. 5º da CF, que garante que **não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião**.

Frise-se também que, em relação ao mérito, o relator repeliu todas as alegações referentes à suposta violação do princípio do devido processo legal, haja vista que, adotando-se o sistema da contenciosidade limitada, cabe à Corte apenas **apreciar a defesa que verse sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição**[425].

De encontro aos posicionamentos adotados pelo STF, Fernando Luiz Albuquerque Faria expôs, no Parecer AGU/AG nº 17/2010, que o tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Itália, em seu art. 3º, item 1, letra **f**, trata da hipótese de recusa de extradição em que houver

> Razões ponderáveis para se supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, discriminação social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados.

Como tais **razões ponderáveis para supor** possuem cunho eminentemente subjetivo, caberia ao Chefe de Estado, o agente primordial da cooperação internacional, assumir a posição de agente da ponderação e do convencimento e, consequentemente, dirigir a subjetividade da norma e a atuação discricionária dentro dos limites ali franqueados.

Em concordância ao exposto no parecer em estudo, o ex-presidente Lula decidiu não extraditar o ex-ativista, destacando-se que era evidente que a mobilização pública em torno do **caso Cesare Battisti** era notória e atual, não obstante a inquestionável condição do Estado Italiano como Estado Democrático de Direito, configurando-se, portanto, a suposição de agravamento do italiano, admitindo a lei,

portanto, a sua aplicação em caso de mera dúvida.

Observando-se a conclusão de Luís Roberto Barroso acerca do caso, pode-se constatar que, no Processo de Extradição de Cesare Battisti, estava, de um lado, **o poder, as razões de Estado, a perseguição sem fim** e, de outro, **um indivíduo, seus direitos fundamentais, a página virada da história**[426], vislumbrando-se, ao final de sua análise, uma nova postura a ser adotada pelo Pretório Excelso, cujo desejo aparentou sobrepor-se aos fatos e à vontade do Chefe do Estado, inobstante todas as discussões travadas até o momento a respeito da preponderância dos atos deste nas relações internacionais.

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

O trabalho ora exposto utilizou-se, essencialmente, de pesquisa exploratória, empreendendo-se, fundamentalmente, estudo bibliográfico e documental. Procurou-se analisar, a partir da apreciação de livros, notícias e artigos científicos, a aplicação da Constituição Federal de 1988 e da legislação pátria no **caso Cesare Battisti**, destacando-se o imprescindível exame do Estatuto dos Refugiados [Lei nº 9.474/97], do Estatuto do Estrangeiro [Lei nº 6.815/80] e do Decreto nº 863/93.

Frise-se que a observância à jurisprudência brasileira também se fez essencial para o delineamento de ilações acerca da polêmica, notadamente por meio dos Informativos 558 e 630 do STF, os quais permitiram a feitura de uma investigação histórica e concomitantemente comparativa a respeito da forma de tratamento oferecido ao caso do ex-ativista italiano e a outros casos considerados análogos, ressaltando-se os posicionamentos dos ministros da Corte Suprema e a opinião destes acerca dos recursos e pareceres proferidos durante a apreciação dos acontecimentos cuja repercussão não se limitou às repúblicas brasileira e italiana.

Como o tema é considerado recente, constatando-se sua escassa discussão aprofundada em trabalhos científicos, foi utilizado, como forma de abordagem, o método dialético, propiciando-se, após a avaliação de todo o processo de Extradição nº 1.085 e dos consequentes questionamentos a respeito dele, entendimento que vai ao encontro da decisão do ex-presidente Lula pela não extradição de Battisti.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

No decorrer deste estudo, evidencia-se, de início, a polêmica associação de Cesare Battisti aos PAC e sua repercussão no cenário italiano ao final dos anos 70, período em que movimentos políticos cercaram a sociedade daquele Estado e ocasionaram várias mortes, inclusive as de quatro indivíduos supostamente assassinados com a participação do ex-ativista, que alega ter sido mal compreendido e indevidamente condenado pela justiça de seu país.

Quanto ao pedido de refúgio do italiano no Brasil, inobstante o CONARE ter refutado o argumento de **fundado temor de perseguição** alegado pelo ex-ativista em relação às autoridades italianas, julga-se adequada o seu acolhimento pelo ex-ministro da Justiça Tarso Genro, duramente criticado pela imprensa em razão de seu posicionamento, devendo-se frisar a importância da aplicação do princípio *in dubio pro reo* no caso em apreço.

Analisando-se o parecer nº 5.280, frisa-se que, apesar do órgão ministerial ter proferido opinião favorável ao arquivamento do processo de Extradição nº 1.085, em observância ao disposto no Estatuto dos Refugiados, a Suprema Corte anulou a concessão do refúgio, desconsiderando o entendimento já pacificado na jurisprudência de que os atos que dizem respeito às relações internacionais do Estado são de competência privativa do Executivo.

Tratando-se especificamente da extradição, instituto de Direito Internacional Público que visa à aplicação efetiva do direito de punir do Estado, almejando-se a formação de um cenário internacional estável, importante se ressaltar que, inobstante a polêmica havida no STF, o sistema extradicional adotado no Brasil é o da contenciosidade limitada, evidenciando-se, durante a pesquisa, a existência de três fases no procedimento em alusão, sendo duas delas governamentais e uma judiciária. No que concerne ao possível caráter vinculante da decisão proferida pelo Supremo, constata-se a sua inexistência, sobretudo em razão da substancialização da soberania nacional por parte do Chefe do Executivo no âmbito externo.

Em relação aos argumentos exibidos por alguns ministros da Corte Suprema para justificar a extradição de Battisti, demonstra-se a sua falta de amparo fático e legal, como se expõe no Parecer AGU/AG nº 17/2010, havendo **razões ponderáveis para supor** que o italiano seria submetido a atos de perseguição e teria sua situação agravada por motivo de opinião política, em consonância com o disposto no tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Itália.

## 5 CONCLUSÃO

Os dados apresentados neste trabalho permitem concluir que a entrega de indivíduo a Estado requerente em processo de extradição é ato tipicamente discricionário, como aponta a doutrina majoritária, devendo-se respeito, contudo, ao tratado celebrado entre as repúblicas brasileira e italiana, incorporado no ordenamento jurídico daquela em 1993, por meio do Decreto nº 863.

Com esse entendimento, não se olvida a importância da análise do pedido do Estado Italiano pelo STF, buscando-se tão somente esclarecer os limites impostos pela legislação brasileira à atuação deste frente à predominância de atos praticados pelo Presidente da República em meio às relações internacionais, adotando-se, como já exposto, o sistema extradicional da contenciosidade limitada, impossibilitando-se a apreciação do mérito do pedido pela Corte Suprema.

Frisando-se sempre a conotação política das ações de Cesare Battisti durante os anos **de chumbo**, verifica-se a correta aplicação do instituto do refúgio pelo Brasil, embora tardia, não havendo fundamentos plausíveis que justificassem a anulação da sua concessão por parte do Supremo, cuja postura é constante objeto de críticas, dada a aparente sobreposição da vontade de seus integrantes frente aos poderes concedidos pela Constituição Federal ao Executivo no âmbito externo, mostrando-se a decisão do ex-presidente Lula pela não extradição do italiano ao encontro do disposto nos estatutos examinados, nos pareceres proferidos durante a apreciação da Extradição nº 1.085 e na jurisprudência mais recente.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Carta aos migalheiros: Reflexões sobre o caso Cesare Battisti. **Migalhas**, 1 out. 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=94178>. Acesso em: 10 dez. 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2.

MENEZES, Wagner. Direito internacional: temas e perspectivas globais. **Revista Jurídica Consulex**, Distrito Federal, v. 15, fas. 357, jan. 2011.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Ivan Eugênio Lima. Extradição: o caso Cesare Battisti. **Jus Navigandi**, Teresina, 5 jun. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19261>. Acesso em: 30 jan. 2012.

# MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL: A QUESTÃO DA EDIÇÃO POR GOVERNADORES E PREFEITOS

*Melissa Morais Falcão de Carvalho, autora*[50*]
*Jânio Pereira da Cunha, professor orientador*[51**]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 3 METODOLOGIA DA PESQUISA.** 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS**. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS. NOTAS DE FIM.**

## Resumo

O artigo versa sobre a problemática da possibilidade ou não de edição da medida provisória por governadores e prefeitos, analisando sua constitucionalidade e demonstrando o pensamento dos doutrinadores que se dispuseram a analisar a temática. No plano metodológico, a pesquisa pautou-se pela leitura de livros, artigos, monografias, bem como pela análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente. No tocante ao objeto da pesquisa, ressalte-se que há opiniões de doutrinadores favoráveis e desfavoráveis à decretação legislativa de urgência pelos chefes do Poder Executivo estadual e municipal. Quanto à impossibilidade de edição de medida provisória, argumenta-se que a Constituição Federal deve ser interpretada de forma restritiva, de tal maneira que não se deve estender uma delegação constitucional expressa e específica, destinada ao Presidente da República, aos governadores e aos prefeitos. Em contraposição, tem-se a doutrina majoritária, inclusive com respaldo no entendimento do Supremo Tribunal Federal, que sustenta a possibilidade dessa edição pelas referidas autoridades, desde que haja previsão expressa na Constituição Estadual, em caso de governador, e na Lei Orgânica municipal, em caso de prefeito. Em termos de resultado, tem-se que a discussão doutrinária ainda persiste no tocante à edição de legislação de urgência pelos chefes dos executivos estaduais e municipais. Nada obstante a isso, conclui-se em termos de que é constitucional e legítima a prolação de medida provisória por governadores e prefeitos, desde que explicitamente autorizados nas respectivas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas municipais. E a razão desse entendimento baseia-se nos princípios federativos da autonomia, da simetria e da igualdade entre os entes federados.

**Palavras-chave:** Medida Provisória. Constituição Federal. Governadores e Prefeitos. Possibilidade. Princípios federativos.

[50] *Aluna do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Endereço eletrônico: melissamfalcao@yahoo.com.br

[51] **Professor da Faculdade Christus e da Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestre e doutorando em Direito Constitucional. Endereço eletrônico: janiopcunha@ig.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

A medida provisória está normatizada no artigo 62 da Constituição Federal de 1988. Descrita como um ato normativo com força de lei, e que ostenta aptidão jurídica para criar direitos e estabelecer obrigações[427]. Essa espécie normativa produz efeitos diretos e imediatos desde a sua publicação.

Anote-se que a medida provisória permite ao chefe do Poder Executivo agir, em situações de urgência e de relevância, editando um ato normativo que terá o prazo de vigência de 120 dias, devendo ser submetido ao Congresso Nacional para que as sua Casas parlamentares aprovem esse instrumento legislativo atípico do órgão executivo.

Não se pode olvidar que a medida provisória é uma espécie normativa relativamente recente, tendo em vista que foi constitucionalizada na Constituição vigente. Entretanto, tem-se que ela veio substituir os nominados decretos-leis do ordenamento jurídico anterior.[428]

Ante os novos contornos da medida provisória, há muitos debates em relação a diversos elementos que circundam essa espécie normativa. Entre eles, o presente artigo enfoca a problemática da edição de medida provisória por governadores e prefeitos.

Ressalte-se que o *caput* do artigo 62 da Constituição Federal de 1988 estabelece as balizas normativas do debate jurídico que se propõe analisar aqui, na medida em que autoriza o Presidente da República editar medida provisória, com força de lei, devendo ser submetida de imediato ao Congresso Nacional.[429]

Assim, este artigo tem como objetivo analisar criticamente o tema referido, à luz da doutrina nacional e da Constituição Federal vigente, enfocando especialmente os princípios do regime federativo de Estado, bem como frisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a edição de medida provisória pelos estados-membros e municípios.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

A medida provisória[430] é um ato de competência típica e expressa do Presidente da República. Contudo, questiona-se a possibilidade de sua edição por governadores e prefeitos, visto que se, por um lado, a Constituição Federal vigente não autoriza expressamente para tais autoridades executivas políticas, por outro lado, o texto constitucional não os proíbe de editá-la.[431] Dessa forma, essa questão vem sendo alvo de discussão entre doutrinadores.

Parte dos doutrinadores aceita que a edição de medida provisória seja feita somente pelo chefe do Poder Executivo da União, com a justificativa de não haver delegação tácita de competência típica. Nesse sentido, Antonio Benedito Ribeiro Porto afirma não haver possibilidade da ocorrência da edição de medida provisória por governadores e prefeitos, aceitando apenas que o Presidente da República o faça, já que é autorizado explicitamente pela Constituição para praticar essa prerrogativa normativa atípica.

No mesmo sentido, é o pensamento de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, ao ponderar que:

> [...] as medidas provisórias só podem ser editadas pelo Presidente da República. Não podem adotá-las os Estados e os Municípios. É que a medida provisória é exceção ao princípio segundo o qual legislar compete ao

> Poder Legislativo. Sendo exceção, a sua interpretação há de ser restritiva, nunca ampliativa.[432]

Igualmente, é o posicionamento do constitucionalista José Afonso da Silva, quando afirma que a competência para adotar medida provisória é exclusiva do Presidente da República[433]. É esse mesmo autor que traz ao debate em questão a ponderação mais profunda e severa para a vedação constitucional à adoção de legislação executiva de urgência na esfera estadual e municipal. Confira-se nas suas próprias palavras:

> E as medidas provisórias, podem as Constituições estaduais instituí-las? Na edição anterior, respondemos que nada justificava sua existência no âmbito estadual, mas não víamos proibição em que o fizesse. Até onde sabemos, os Estados (e também os Municípios) evitaram adotá-las. E hoje, *res melius propensa*, achamos ponderável o argumento de que, sendo exceção ao princípio da divisão de poderes, só vale nos limites estritos em que foram elas previstas elas previstas na Constituição Federal, ou seja, apenas no âmbito federal, não se legitimando seu acolhimento nem nos Estados nem nos Municípios.[434]

Por outro lado, Alexandre de Moraes admite a edição da medida provisória por todos os entes federados, desde que haja previsão na Constituição Estadual[435] e na Lei Orgânica municipal. E a razão é que o processo legislativo federal constitui modelo obrigatório a ser seguido pelos estados-membros e municípios[436].

Raul de Mello Franco Júnior[437] cita como relevante para fundamentar a legitimidade de edição de medida provisória por todos os entes federados o fato de cada uma das unidades federativas possuir autonomia, lembrando que os estados-membros e os municípios podem suplementar a legislação federal e estadual [artigos 24 e 30 da CF/88], evidenciando a densidade e a importância de sua autonomia.

De acordo com Zulmar Fachin, em nome da autonomia dos membros do pacto federativo, os governadores podem editar medidas provisórias. No entanto, algumas exigências devem ser cumpridas por eles, tais como a previsão textual na Constituição Estadual e a presença dos requisitos que esta estabelecer, como relevância e urgência.[438]

O referido autor também sustenta que a mesma linha de entendimento sobredita vale para os municípios, podendo igualmente o prefeito editar medidas provisórias. A propósito, finca o autor que:

> [...] não subsiste fundamento jurídico plausível para sustentar a impossibilidade da adoção de medidas provisórias em âmbito municipal. Em outras palavras, o preceito municipal poderá editar medidas provisórias, se houver previsão na Lei Orgânica municipal e se forem observados os requisitos mínimos para sua edição.[439]

Aqui é importante frisar que há orientação doutrinária no sentido de que, "se o Estado não adotar a medida provisória, os respectivos Municípios estariam proibidos de prevê-la", nos termos do art. 29 da Constituição vigente.[440]

Acresça-se à discussão em tela a consideração de Ronaldo Poletti em termos de que, "Se a constituição não proíbe expressamente, a interpretação há de ser extensiva e não restritiva, devendo lembrar-se que no caso do decreto-lei, a Lei Maior o proíbe expressamente" [art. 200, da Constituição anterior][441].

No que diz respeito à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo, desde 1993, que não há vedação implícita à adoção das medidas provisórias pelas unidades federadas, sendo permitida a edição dessa espécie legislativa pelos estados-membros quando se trata de assunto permitido no âmbito normativo de sua organização constitucional.[442]

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A metodologia pautou-se pela leitura e fichamento de livros, artigos, *sites* de internet e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Buscou-se, por meio da análise doutrinária e jurisprudencial, aferir a possibilidade ou não de edição de medida provisória pelos chefes do Poder Executivo estadual e municipal.

Por fim, a pesquisa refletiu o tema em questão, à luz da Constituição Federal vigente, a fim de verificar a compatibilidade normativa de edição de medidas provisórias por governadores e prefeitos.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

O *caput* do artigo 62 deixa explícito que quem deve editar medida provisória é o Presidente da República, não prevendo expressamente a possibilidade de edição pelos chefes dos outros poderes executivos. Contudo, deve-se analisar a Constituição Federal sistematicamente a fim de perquirir se o texto constitucional permitiria, ainda que implicitamente, os estados-membros e os municípios a elaborarem medida provisória.[443]

Tem-se que, sendo o Estado brasileiro federal, isso implica a existência de características inerentes à formatação político-jurídica dessa forma de Estado, em especial, no que interessa ao objeto de investigação deste artigo, os elementos característicos da autonomia dos entes federados, a simetria das formas e da igualdade das entidades federadas.

À luz do traço da autonomia, tem-se que os entes federados possuem um feixe de atribuições próprias e específicas para desempenho das funções governativas, no âmbito político, legislativo, administrativo, jurisdicional e tributário. Com efeito, e especificamente no tocante à competência normativa, é possível sustentar que, se a União possui a competência para elaborar medida provisória federal, não seria lícito proibir os demais entes de elaborá-la.

Ora, se essa espécie normativa deve ser editada em caso de relevância e urgência da matéria, é certo afirmar que assuntos relevantes e urgentes não ocorrem somente na esfera federal, sendo óbvio que os estados-membros e os municípios podem se deparar com situações de relevante interesse público e que exigem uma resposta rápida e eficaz por parte dos Governadores e Prefeitos. Ademais, por estarem as autoridades estaduais e municipais mais próximas de eventuais fatos relevantes e urgentes, são eles, em tese, os mais aptos e legítimos, para elaborar legislação de urgência para responder a tais questões.

Explicite-se que a admissibilidade de edição da medida

provisória por Governadores e Prefeitos deve ser prevista expressamente nas Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal e dos municípios. Vale dizer, terão os atores políticos estaduais, distritais e municipais sobreditos a faculdade de editá-las, desde que tais textos normativos já o tenham permitido expressamente. Portanto, não podendo tratar de temas que não possuam previsão, evitando, assim, que tais governantes excedam os limites da abrangência de sua competência.[444]

No que tange ao princípio da simetria constitucional, entende-se que as funções, atribuições e competências destinadas a cada um dos poderes da União pode se estender aos estados-membros e ao Distrito Federal, admitindo-se inclusive aos municípios. Por via de consequência, a prerrogativa de elaborar medida provisória na esfera da União transmite-se, por similaridade e igualdade de forma, aos estados-membros e aos municípios.

Já no pertinente a igualdade dos entes federados, finque-se que a peculiaridade da isonomia dos entes políticos em uma federação é um elemento a mais a corroborar a permissão para que os estados-membros e municípios permitam aos seus respectivos chefes do Executivo a faculdade para editar normas provisórias de urgência. Do contrário, ter-se-ia de se admitir que o texto constitucional dispensou um tratamento especial e diferenciado para o ente União, por meio da concessão do instituto da medida provisória ao Presidente da República, em detrimento dos estados-membros e municípios. E essa interpretação parece não ser a melhor exegese para uma interpretação constitucional adequada às características intrínsecas a um Estado federal, como é o caso do brasileiro.

Vale ressaltar ainda que, no artigo 25, § 2º, da Constituição Federal, visualiza-se um argumento a mais para sustentar a ideia em debate. É que, se o sobredito dispositivo veda a possibilidade de edição de medida provisória estadual referente à matéria de gás local canalizado, isso implica inferir que os estados-membros poderiam elaborar medida provisória em relação a outras matérias. [445] Assim, há uma previsão constitucional implícita, pelo fato de existir uma proibição de forma excepcional e tópica a edição de legislação de urgência estadual, deixando-se, por conseguinte, em aberto a prerrogativa do Estado prevê o instituto da medida provisória.

Noutras palavras, há uma previsão constitucional implícita por exclusão da medida provisória estadual, pois sua vedação material fundamenta a argumentação da possibilidade em viabilizar a referida edição legislativa provisória em relação a matérias diversas. Então, pode-se dizer que, o que não for proibido, estará implicitamente autorizado, ou seja, trata-se de uma interpretação a *contrario sensu* da vedação constitucional.[446] Além de que, na Constituição anterior, diferentemente da atual, era proibida expressamente a edição de decreto-lei pelos estados-membros, sendo esse mais um motivo para sustentar a viabilidade de edição de medida provisória por governadores e prefeitos.

E se os estados-membros podem adotar medida provisória, é força convir que os municípios, à luz dos já mencionados princípios da simetria e isonomia dos entes, têm igualmente autorização constitucional para possibilitar que Prefeitos tenham a prerrogativa de imiti-la, em caso de urgência e relevância.[447]

A título ilustrativo, registre-se que há estados-membros e municípios no Brasil que permitem explicitamente a edição de medidas provisórias, como os Estados de Tocantins, de Santa Catarina, do Acre[448], da Paraíba e do Piauí, bem como vários municípios no Brasil, como o Município de Palmas[449]. Anote-se ainda que há municípios, que preveem a decretação legislativa de urgência, localizados em estados-membros cujas Constituições Estaduais não contemplam expressamente o instituto da medida provisória.[450]

## 5 CONCLUSÃO

Diante dos argumentos declinados, é possível sustentar a ideia da possibilidade de edição de medida provisória por governadores e prefeitos, com base nos princípios federativos da autonomia, da simetria e da igualdade entre os entes federativos. Entretanto, ainda que necessária a previsão expressa na Constituição Estadual[451] e Lei Orgânica municipal para viabilizar a legislação de emergência por tais entes, entende-se que, em relação ao ente municipal, não há obrigatoriedade de previsão explícita cumulativa nos referidos documentos, mas tão somente na Lei Orgânica local.

Adite-se, igualmente, que, nos termos do § 2º do art. 25 da Constituição Federal, existe uma autorização implícita a permitir a adoção de medida provisória por governadores, já que a proibição nele prevista refere-se à edição dessa espécie normativa para regular a exploração e concessão dos serviços locais de gás canalizado.

Além disso, é possível, também, ressaltar a importância quanto à proximidade que os governantes estaduais e municipais possuem perante casos concretos de relevância e urgência, fato esse a legitimar mais ainda a edição da espécie normativa de urgência pelos chefes do Poder Executivo nos estados-membros, Distrito Federal e municípios.

Por fim, registre-se que, em vista do posicionamento favorável do Supremo Tribunal Federal à adoção do instituto da medida provisória pelos estados-membros e pelos municípios, já há previsão expressa dessa espécie normativa em alguns entes federados brasileiros.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória e a sua conversão em lei**: a emenda constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ, Fabrício Bittencourt. **Medidas Provisórias?** Análise crítica ao texto constitucional. 2006. Dissertação (Mestrado). Grupo Marista. Tese – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=523>. Acesso em: 11 abr. 2012.

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

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. Medidas Provisórias Editadas por Estados, Distrito Federal e Municípios. Direito Constitucional. Centro Universitário de Araraquara, Araraquara. **Raul.pro**. Disponível em: <http://www.raul.pro.br/artigos/mp-est.htm>. Acesso em: 12 abr. 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2012.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2005

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. **Medidas Provisórias**: instrumentalidade de governabilidade. São Paulo: NDJ, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

# EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS PARA OS CATADORES DE RESÍDUOS SÓLIDOS: UMA EXPERIÊNCIA NA ASCAJAN

*Naira Montesuma de Vasconcelos, autora*[52]
*Germana Parente Neiva Belchior, professor orientador*[53**]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 A importância da educação para a promoção dos Direitos Humanos; 2.2 Considerações em torno do catador de material reciclável; *2.2.1 Tipos de catador; 2.2.2 Registro do catador no Ministério do Trabalho e Emprego;* 2.3 O perfil do catador da Associação de Catadores de Materiais Recicláveis do Jangurussu (ASCAJAN). **3 METODOLOGIA DA PESQUISA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

O catador de materiais recicláveis realiza uma atividade essencial na cadeia produtiva da reciclagem, tendo em vista que é responsável por uma enorme quantidade de lixo recolhido diariamente nos grandes centros urbanos. Na maioria das vezes, ser catador não é uma escolha, mas a única alternativa de sobrevivência. É preciso humanizar o desumano, principalmente, proporcionando educação básica e educação em Direitos Humanos para eles. Além disso, por causa desse trabalho, muita matéria-prima que seria retirada do meio ambiente, atingindo-o sobremaneira, é reciclada e volta a ganhar **vida** em outros produtos. Na intenção de entender os problemas enfrentados pelos catadores de materiais recicláveis, foi feito um estudo de campo na Associação de Catadores de Materiais Recicláveis do Jangurussu (ASCAJAN). A metodologia empregada foi a indutiva, do tipo bibliográfico e documental. A pesquisa teve ainda natureza qualitativa e quantitativa, pois foram aplicados questionários dirigidos ao público-alvo. Entre os principais resultados obtidos, merece registro a constatação de que a maioria dos entrevistados é analfabeta ou analfabeta funcional e não tem perspectiva de melhoria em suas condições sociais, pois não demonstra interesse em se alfabetizar. Conclui-se que o grupo estudado está à margem da sociedade, pois foram esquecidos, inclusive pelos órgãos públicos. Porém, deve-se mudar a maneira de a sociedade e do Estado vê-los, pois eles são de grande importância para a preservação do meio ambiente.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Educação. Meio Ambiente. Catador de Material reciclável. ASCAJAN.

52 Aluna do 5º semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus, bolsista da Iniciação Científica da referida Instituição. Endereço eletrônico: nairamontesuma@hotmail.com

53 **Doutoranda em Direito Ambiental pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professora do curso de graduação em Direito da Faculdade Christus – Fortaleza e de vários cursos de pós-graduação. Analista jurídica da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará. Endereço eletrônico: germana_belchior@yahoo.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

Ainda não é prioridade, nos programas de Estado, a preocupação com o meio ambiente, algo essencial à sobrevivência no planeta. Por causa desta falta de interesse, que vem de gerações anteriores, os impactos ambientais estão sendo sentidos diretamente no século XXI.

Infelizmente, o homem é individualista e pauta sua vida pelo egoísmo, pois não se preocupa com as gerações que o sucederão; assim, agride sobremaneira o meio ambiente sem se preocupar com o porvir ou com o momento que vive. Os danos e riscos ambientais terminam sendo universalizados entre os povos, pois nenhum dano ambiental fica concentrado ao local em que foi realizado. As vantagens advindas da exploração ambiental, ou seja, os bônus ficam restritos a quem a produziu, mas os ônus são divididos por todos, no planeta. Por isso, é necessária a solidariedade entre os povos, para que os impactos ambientais sejam minimizados.

A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, ao estabelecer as linhas e as diretrizes de base da educação estabelece, em seu art. 43, que a educação superior tem como finalidade, entre outras, "estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade" [inciso IV] e "promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição" [inciso VII].

Com isso, pode-se perceber a importância de serem estimulados os trabalhos de pesquisa acadêmicos voltados para temas que tratam de problemas presentes em nossa sociedade, como são os casos dos problemas ambientais, principalmente, os relacionados ao excesso de resíduos sólidos que é despejado, constantemente, em todos os lugares do planeta.

A questão ambiental é uma preocupação de todos e, por isso, deve ser tratada com mais atenção nos círculos acadêmicos, de forma que essa atitude estimule a preservação do Planeta. A enorme quantidade de matéria-prima que é consumida desnecessariamente precisa ser racionalizada e o catador de resíduos sólidos deve ser respeitado e enaltecido pelo trabalho que faz, pois é de extrema importância para o meio ambiente.

A presente pesquisa tem como objetivo principal propor, de forma continuada, uma educação em direitos humanos para a Associação de Catadores de Materiais Recicláveis do Jangurussu (ASCAJAN), de forma a capacitá-los ao exercício da cidadania e à promoção de sua inclusão social. Além deste, são seus objetivos específicos: a análise dos princípios e as diretrizes da Lei nº 12.305/2010, que criou a Política Nacional de Resíduos Sólidos, com enfoque no catador de material reciclável; a realização de entrevistas com os associados da ASCAJAN, para investigar sobre quais as maiores necessidades dos catadores de resíduos sólidos; a atuação,

de forma paralela e complementar, ao Projeto Ecologizando, desenvolvido no âmbito do Escritório de Direitos Humanos da Faculdade Christus; a prática de atividades e de dinâmicas na ASCAJAN, de forma a permitir que seus associados participem de forma democrática tirando dúvidas relativas aos assuntos trabalhados nas atividades, no intuito de levar aos catadores conhecimentos básicos de cidadania.

A ASCAJAN foi escolhida por ser a maior associação de catadores de materiais recicláveis da cidade de Fortaleza e certamente do Estado do Ceará, contando com 47 [quarenta e sete] associados.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 A importância da educação para a promoção dos Direitos Humanos

A Constituição Federal em vigor no Brasil destaca, em seu artigo 6º, os direitos sociais e, entre eles, o direito à educação. Com esses direitos sociais assegurados constitucionalmente, pode-se perceber que a República Federativa do Brasil é um Estado Social de Direito. Os direitos sociais são de segunda dimensão, tratam-se das prestações positivas que serão implementadas pelo Estado. De acordo com Uadi Lammêgo Bulos, essas "prestações qualificam-se como positivas porque revelam um fazer por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais".[452]

Apesar disso, o Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aponta que:

> Em dez anos, o analfabetismo no país caiu só quatro pontos percentuais. Hoje, há ainda 13,9 milhões de brasileiros, com 15 anos ou mais, analfabetos [...] É o equivalente a 9,63% da população nessa faixa etária - no Censo de 2000, esse percentual era de 13,64%. Apesar de ser uma das áreas do país com maior crescimento econômico e aumento de mercado consumidor, o Nordeste continua sendo a região com maior número de analfabetos.[453]

Em notícia veiculada no Jornal O Globo, o motivo principal da taxa de analfabetismo no Brasil não ter diminuído consideravelmente é o fato de as pessoas mais velhas apresentarem resistência em se alfabetizarem; um exemplo disso, é que aqueles que possuem idade média de 60 anos apresentam um índice de analfabetismo de 26,5%. Esse índice quase dobra quando se fala dos nordestinos, nessa mesma faixa etária, pois "de cada dois nordestinos com 60 anos ou mais, um é analfabeto".[454]

Paulo Freire ressalta que, em países subdesenvolvidos, como o Brasil, a educação é uma forma de mudança, de libertação para as massas, pois ela transforma.[455]Segundo o autor: "Na medida em que deixam em cada homem a sombra da opressão que o esmaga. Expulsar esta sombra pela conscientização é uma das fundamentais tarefas de uma educação realmente liberadora e por isto respeitadora do homem como pessoa".[456]

Nesse contexto, o intuito desta pesquisa era não somente educar os catadores de materiais recicláveis da ASCAJAN, mas também trazer-lhes a noção de Direitos Humanos, que para George Marmelstein, são os "valores ligados à dignidade da pessoa humana. Positivados no plano internacional através de tratados".[457]

O professor Paulo Portela, em seu livro, diz que os Direitos Humanos são os "direitos essenciais para que o ser humano seja tratado com a dignidade que lhe é inerente e aos quais fazem jus todos os membros da espécie humana, sem distinção de qualquer espécie".[458]Ressalta ainda que os Direitos Humanos constituem uma defesa contra os excessos de poder que podem ser praticados por entes estatais ou privados. Assim, as políticas públicas e as ações privadas devem se obrigar a promover e a proteger os Direitos Humanos, pois não é o Estado que sozinho deve se preocupar com esse problema que a todos diz respeito. É importante destacar as características dos Direitos Humanos que são listadas frequentemente, pelos doutrinadores; são elas: universalidade, inerência, transnacionalidade, historicidade, indisponibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, indivisibilidade, interdependência, complementariedade, dentre outras, já que se trata de um rol não exaustivo de características.

Interessante destacar a ideia kantiana apontada por Tiago Fensterseifer:

> [...] o ser humano não pode ser empregado como simples meio (ou seja, objeto) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre deve ser tomado como fim em si mesmo (ou seja, sujeito) em qualquer relação, seja em face do Estado seja em face de particulares. Isso se deve, em grande medida, pelo reconhecimento de um valor intrínseco a cada existência humana.[459]

Somente por meio da educação, que liberta e faz que o ser humano pense, reflita e tire suas próprias conclusões, é que o homem poderá se libertar e lutar por seus direitos, o que significa conquistar sua emancipação no contexto social, algo que é inerente ao homem, por sua própria condição de ser humano e que está assegurado nas leis pátrias. Ainda na lição de Paulo Freire: "Na verdade, porém, não é a conscientização que pode levar o povo a "fanatismos destrutivos". Pelo contrário, a conscientização, que lhe possibilita inserir-se no processo histórico, como sujeito, evita os fanatismos e o inscreve na busca de sua afirmação".[460]

É notório que os catadores de materiais recicláveis precisam de educação fundamental e média, mas precisam também conhecer seus direitos, ou seja, os direitos que lhes são inerentes devido à sua condição humana; urge, portanto, que eles sejam informados da enorme importância que sua atividade significa para o meio ambiente.

Os tratados de Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988, segundo o entendimento de Flávia Piovesan, "lançam um projeto democratizante e humanista, cabendo aos operadores do Direito introjetar e incorporar os seus valores inovadores".[461]É como futuros operadores do Direito que os acadêmicos deste Curso também são responsáveis pela propagação e pela prevalência desses direitos, a fim de que os antigos valores autoritários, já abolidos, não voltem a imperar. De acordo com a visão da autora, esta é uma responsabilidade dos operadores do Direito, mas que deve ser estendida aos futuros operadores também, inclusive enquanto eles estiverem frequentando os bancos acadêmicos.

Cançado Trindade afirma ser necessária uma maior aproximação da proteção do ser humano e da proteção ambiental, pois, para ele, tratam-se de temas que poderão afetar "os rumos e o destino do gênero humano".[462] Complementa sua fala dizendo que, frequentemente, "a luta pela proteção do meio ambiente acaba se identificando em grande parte com a luta pela proteção dos Direitos Humanos, quando se tem em mente a melhoria das condições de vida".[463] Para ele, todo cidadão, especialmente os que vivem em países, como o Brasil, em que as desigualdades sociais são enormes, deve estar atento às temáticas relacionadas aos Direitos Humanos e ao meio ambiente, pois a classe dominante é insensível aos problemas sociais; logo, cada um precisa se proteger e defender seus direitos.

A educação, cumulada com a conscientização sobre os Direitos Humanos e em relação ao meio ambiente, poderá proporcionar uma inclusão social aos catadores de material reciclável, tendo em vista que eles se encontram à margem da sociedade pela falta de conhecimento e de incentivo para melhorarem suas condições sociais.

## 2.2 Considerações em torno do catador de material reciclável

### *2.2.1 Tipos de catador*

O catador de material reciclável é a pessoa que tira do lixo[464] o seu sustento e o de sua família. Essa atividade, apesar de não ser muito respeitada pela sociedade, é de extrema importância para o meio ambiente e para a economia, pois faz que a companhia de limpeza urbana deixe de custear muitos quilos de lixo que seriam coletados e despejados em lixões ou aterros. Assim, o material coletado será utilizado para reciclagem, evitando o consumo de mais matéria-prima *in natura*, diminuindo a extração de recursos naturais que são esgotáveis.[465]

Os catadores de materiais recicláveis classificam-se em quatro tipos. São eles:

> **Trecheiros:** que vivem no trecho entre uma cidade e outra, catam lata para comprar comida;
>
> **Catadores do lixão:** catam diuturnamente, fazem seu horário, catam há muito tempo ou só quando estão sem serviço de obra, pintura, etc;
>
> **Catadores individuais:** catam por si, preferem trabalhar independentes, puxam carrinhos muitas vezes emprestados pelo comprador que é o sucateiro ou deposista;
>
> **Catadores organizados:** em grupos autogestionários nos quais todos são donos do empreendimento, legalizados ou em fase de legalização, como cooperativas, associações, ONGs ou OSCIPs.[466]

Ao considerar a referida classificação, percebe-se que os membros da ASCAJAN são catadores organizados, tendo em vista que são donos do empreendimento, autogovernam-se e fazem parte de uma associação.

Assim, os catadores devem ser associados a uma das soluções ao problema do lixo, mas, infelizmente, são vítimas constantes de preconceito por parte da sociedade e do Estado.[467]

### *2.2.2 Registro do catador no Ministério do Trabalho e Emprego*

De acordo com a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), a atividade desenvolvida pelos catadores de materiais recicláveis foi reconhecida, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, por intermédio da Portaria nº 397, de 9 de outubro de 2002, cuja finalidade é identificar as ocupações existentes no mercado de trabalho brasileiro, mas somente tem finalidade classificatória junto aos registros administrativos e domiciliares, pois tal classificação não se estende às relações de trabalho, como o que ocorre com as profissões regulamentadas por lei. A referida ocupação é qualificada como "catador de material reciclável", registrada com o número 5192-05.[468] Para o Ministério do Trabalho e Emprego, do Governo Federal, os catadores de materiais recicláveis se organizam das seguintes formas: autônoma, em cooperativas ou em associações com diretoria e gestão formada pelos próprios catadores.[469]

No entanto, no início de 2012, a Presidente da República Dilma Rousseff vetou o projeto de lei que visava a transformar e regulamentar a ocupação de catador de material reciclável, como profissão, e, em sua mensagem de veto ela escreveu que: "[...] a proposta, ao contrário da sua intenção inicial, poderia representar 'obstáculos imediatos' à inclusão social e econômica dos profissionais sem lhes garantir direito ou benefício adicional".[470] Esta mensagem foi divulgada pela revista Consultor Jurídico, de 11 de janeiro de 2012.

## 2.3 O perfil do catador da Associação de Catadores de Materiais Recicláveis do Jangurussu (ASCAJAN)

A ASCAJAN é formada pelos antigos catadores do Jangurussu, que era o principal local de destino do lixo produzido no município de Fortaleza, do tipo papelão, papel, garrafas pet, plástico, dentre outros materiais que antes eram destinados quase que totalmente aos lixões da cidade.

Os associados são formados por pessoas com idade avançada, alguns até recebem aposentadoria, ou pessoas com idade economicamente ativa, mas que têm poucas chances de competir no mercado de trabalho, pois falta o mínimo de especialização. Além disso, são pessoas que apresentam baixo nível de escolaridade, que exercem essa atividade informalmente. Outro problema é o pouco envolvimento das pessoas em grupos sociais; essa comunidade é economicamente desprovida de recursos e há a predominância da mulher como provedora do sustento familiar.

Durante as visitas, pode-se constatar que são inúmeras as carências enfrentadas pelos associados, pois todos eles, indistintamente, vivem à margem da sociedade, em uma situação de extrema miséria. Além disso, eles não têm consciência de que o trabalho que fazem é de grande importância para a sociedade e para o meio ambiente.

Houve uma imensa dificuldade na aplicação dos questionários e na compilação dos dados coletados, pois praticamente todos os entrevistados são analfabetos ou analfabetos funcionais. Assim, muitas das perguntas feitas não eram respondidas, pois eles não conseguiam entendê-las, apesar de, na pesquisa ter sido utilizada uma linguagem coloquial, com o objetivo de

facilitar o entendimento por parte deles. Com frequência, as perguntas eram respondidas erroneamente devido à questão do despreparo intelectual já referido.

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

Foram feitas várias visitas, ao longo do ano de 2011, à Associação de Catadores de Materiais Recicláveis do Jangurussu (ASCAJAN). Essas visitas tinham como intuito conhecer melhor a Associação e seus membros, tentando identificar os problemas e as necessidades por eles enfrentados.

Depois de algumas visitas, foi percebido que, para que fosse possível entender melhor o perfil dos associados, individualmente, havia a necessidade de aplicar questionários entre eles, para que se pudessem avaliar as questões sociológicas e econômicas, pois, dessa forma, seria mais viável fazer uma análise concreta dos problemas enfrentados.

As entrevistas foram feitas nos dias 17 e 19 de agosto de 2011, por meio de questionários semiestruturados, aplicados direta e individualmente aos associados, com um total de 42 [quarenta e duas] perguntas de alcance geral e eventualmente específicas a 35 [trinta e cinco] dos associados entrevistados. Os alunos que aplicaram as entrevistas foram os componentes do Projeto Ecologizando, do Escritório de Direitos Humanos (EDH), da Faculdade Christus, entre os quais estava esta aluna pesquisadora.

Dos 35 [trinta e cinco] entrevistados, 26 [vinte e seis] são do sexo feminino, correspondendo a 74,29% dos entrevistados, e 9 [nove] são do sexo masculino, correspondendo a 25,71% dos entrevistados. Foi percebido que existe uma predominância de mulheres, entre os entrevistados, e que a mais jovem tem 25 [vinte e cinco] anos e a mais velha, 72 [setenta e dois anos]. Com relação aos homens, o mais jovem tem 25 [vinte e cinco] anos e o mais velho, 60 [sessenta] anos.

Foi empregado, neste projeto, o método indutivo, visto que se partiu da análise dos problemas sociais enfrentados pelos catadores da ASCAJAN, para, em seguida, investigar a situação, de uma forma genérica, dos catadores de materiais recicláveis existentes no Brasil.

A pesquisa foi de natureza aplicada, haja vista que teve o intuito de transformar a realidade estudada. Foi também do tipo bibliográfica, por meio de consulta a livros, revistas científicas, sites e artigos; documental, por fazer uso da análise de documentos oficiais relacionados ao tema; e, de campo, constante da visita à ASCAJAN, localizada em Fortaleza.

A pesquisa é, ainda, qualitativa e quantitativa, contendo como instrumentos de coletas de dados a aplicação de questionários que foram dirigidos aos catadores de materiais recicláveis da ASCAJAN. Dos 47 [quarenta e sete] associados, foram aplicados os questionários entre 35 [trinta e cinco] membros, dos quais 12 [doze] deles trabalham nos dois turnos, no Jangurussu; 1 [um] associado que trabalha nos dois turnos, no Jangurussu, faltou nos dias da aplicação dos questionários; 1 [um] associado que trabalha em um turno, no Jangurussu, se recusou a responder o questionário e 10 associados que trabalham nos dois turnos, no Iguatemi, não foram entrevistados, tendo em vista que o foco da pesquisa eram os associados que trabalham no espaço físico da Associação, pois são eles que enfrentam, cotidianamente,os problemas da ASCAJAN.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Como foram feitas 42 [quarenta e duas] perguntas, foram selecionadas aquelas mais relevantes ao objeto desta pesquisa.

A quase totalidade dos associados da ASCAJAN é analfabeta ou formada por analfabetos funcionais, pois não sabem interpretar as perguntas e não têm domínio da língua portuguesa, tendo em vista que eles não sabiam expressar, da melhor forma possível, seu ponto de vista sobre os assuntos tratados no questionário aplicado. Talvez o baixo nível de escolaridade de todos tenha contribuído de forma crucial para o que foi observado. É nítida a falta de conhecimento e de acesso à informação por parte dos membros da ASCAJAN.

Um pouco mais de um terço dos entrevistados não declararam sua cor de pele. Percebeu-se que eles tiveram dificuldades em responder a essa pergunta, pois muitos não sabiam o conceito de raça; logo não conseguiam declarar a sua.

A maioria dos entrevistados também não sabia o conceito de orientação sexual, o que justifica muito deles terem optado por não responder à questão. Não houve registro da presença de homossexuais entre os entrevistados.

Infelizmente, constata-se que a maioria dos entrevistados não alfabetizados não manifestaram a intenção de se alfabetizar, o que demonstra um grande grau de desinteresse e uma falta de perspectiva de melhoria em sua condição de vida, como já dito anteriormente. Reforçando a constatação acima a maioria dos entrevistados não verbalizou a intenção de aprender a manusear computadores, o que ratifica seu desinteresse.

Foi desestimulante a falta de interesse e a pouca expectativa de melhora na condição social dos entrevistados, tendo em vista que o objetivo maior do projeto era promover um curso de alfabetização para os letrados da Associação, pois esses faziam parte da vasta maioria dos entrevistados.

Alguns dos alfabetizados demonstraram ter interesse na possibilidade de frequentar um curso de alfabetização no computador, tanto porque se percebe que esta ferramenta é um atrativo, como os alfabetizados, em sua maioria, são analfabetos funcionais, como já mencionado anteriormente, pois eles têm muita dificuldade em interpretar o conteúdo das questões, como foi constatado com as respostas às perguntas subjetivas que foram aplicadas na entrevista.

Foi constatado que existe uma imensa dificuldade, da maioria dos entrevistados, em realizar operações matemáticas básicas, por sua baixa escolaridade tendo em vista que isso se aprende na escola; porém, a maioria declarou saber fazer contas de soma, subtração, multiplicação e divisão. É perceptível que o grau de desinteresse continua quando eles são perguntados sobre o interesse em aprender cálculos matemáticos básicos, apesar de isso incluir um conhecimento básico, para facilitar o dia a dia dos entrevistados, pois, dessa forma, é mais difícil alguém tentar enganá-los, inclusive com a prestação de contas das atividades da Associação.

Felizmente, o interesse aumenta consideravelmente quando se fala na possibilidade de outros cursos de capacitação, o que demonstra o interesse dos entrevistados em adquirir outros conhecimentos. Ficou bem claro que esse tipo de atividade desperta o interesse deles, pois, inclusive, muitos integrantes da Associação acreditam no interesse dos demais em cursos de capacitação. O que pode estar ocorrendo é a falta de oportunidade para eles desenvolverem outras atividades, mas o interesse existe. Os entrevistados informaram que, quando é ministrado algum curso na Associação, os que dele participam não recebem o valor pecuniário correspondente a sua diária; além disso, quando alguém adoece, também não recebe referida remuneração; talvez esse fato justifique o desinteresse de alguns em participar dos cursos de capacitação.

As respostas, acerca de gostarem do que fazem na ASCAJAN, surpreenderam sobremaneira, pois somente 1[um] associado declarou não gostar do que faz, ou seja, todos os demais afirmaram gostar do trabalho que realizam na ASCAJAN e os motivos foram os mais variados, como observado nas repostas.

Foi possível perceber que o grande desafio a ser enfrentado pelos membros da ASCAJAN é a falta de união entre seus membros, algo que precisa ser urgentemente sanado para o melhor convívio entre eles e para o crescimento da Associação. Infelizmente, o egoísmo e o individualismo são os grandes responsáveis pela desunião do grupo; falta-lhes a percepção de que, se fossem unidos, poderiam se ajudar, o que facilitaria a superação das dificuldades comuns a todos os associados.

A maioria acredita que existe transparência nas ações da Coordenação, mas um terço dos associados crê que tal atributo não existe, e uma pessoa afirmou ter pouca importância para o aprimoramento da comunidade.

É notória a falta de informações que eles têm, o que pode ser detectada com as respostas obtidas acerca dos direitos e deveres que cada catador possui, dos Direitos Humanos e da violência doméstica, principalmente.

Verificou-se que o questionário foi essencial para nortear as atividades do projeto de pesquisa, sendo um excelente instrumento para o desenvolvimento de atividades de responsabilidade social desenvolvidas na ASCAJAN.

Os alunos do Projeto Ecologizando e esta aluna pesquisadora realizaram algumas capacitações na ASCAJAN, com o intuito de trabalhar os problemas diagnosticados, como mais urgente, enfrentados pelo grupo em estudo.

Na primeira capacitação, realizada em junho de 2011, foi mostrado o vídeo "O lixo extraordinário" para comemorar a Semana do Meio Ambiente. Houve também uma intervenção sobre voto, sufrágio, consciência eleitoral e associação, haja vista a proximidade da eleição para novos membros da Coordenação. Foi realizada a dinâmica "das bexigas", com o intuito de trabalhar a união.

Na segunda capacitação, realizada em setembro de 2011, houve o desenvolvimento de dinâmicas sobre: união, autoestima, terapia comportamental e psicomotivacional, educação ambiental e cidadania. Foram entregues kits de higiene e lanche a todos catadores.

Na terceira e última capacitação, realizada em novembro de 2011, foi apresentado o diagnóstico das entrevistas aplicadas e trabalhados os seguintes temas: relação de emprego *versus* associação, violência doméstica, Defensoria Pública, união e associação. Após, houve um momento de confraternização com os catadores, com a entrega de um *banner* com as fotos dos alunos e catadores, transmissão de vídeo com as atividades desenvolvidas, distribuição de alimentos arrecadados e lanche.

## 5 CONCLUSÃO

O Projeto de Pesquisa tinha como um de seus objetivos específicos a elaboração de uma cartilha educativa sobre Direitos Humanos para os catadores. Porém, depois de compilados os dados das entrevistas e após algumas conversas informais com os catadores, ficou comprovado que existiam muitos problemas na Associação e que um deles era a alta taxa de analfabetismo, como já dito anteriormente, e a baixa autoestima que há entre eles.

A maioria dos associados recebe alguma bolsa assistencial do Governo o que traz acomodação para os beneficiados. Infelizmente, eles não têm a consciência de que a educação, ou seja, o conhecimento e a capacitação podem transformar a realidade social deles.

Depois de diagnosticados os problemas reais e urgentes do público-alvo, houve uma remodelação do projeto de pesquisa, como fito de atender às necessidades do grupo. Portanto, as capacitações foram voltadas para a eleição da nova Diretoria, as ações trabalhistas que há contra a Associação, como também para os problemas de baixa autoestima e desunião do grupo.

Foi muito enriquecedora a pesquisa, pois, como se pode perceber, nem sempre o que se planeja no início poderá ser alcançado ao final de um tema complexo como este, pois o tema estudado e o grupo alvo são desconhecidos ao longo de elaboração do projeto.

## REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUARTE, Alessandra; GÓES, Bruno; LINS, Letícia. Brasil tem quase 14 milhões de analfabetos. **O Globo**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/politica/brasil-tem-quase-14-milhoes-de-analfabetos-2789595>. Acesso em: 7 abr.2012.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 26. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

_____. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GONÇALVES, Pólita. Catadores de materiais recicláveis. **Lixo.com.br** . Disponível em: <http://

www.lixo.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=133&Itemid=240>. Acesso em: 3 de abr. 2012.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **MTE**. Disponível em: <www.mte.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

PRESIDENTE Dilma veta criação da profissão de catador. **Revista Consultor Jurídico**, 11 de jan. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jan-11/dilma-veta-regulamentacao-profissao-catador-material-reciclavel>. Acesso em: 3 abr. 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente:** paralelo dos sistemas de Proteção Internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

# A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

*Nyrlla Santos Alves, autora*[54]
*Gretha Leite Maia, professora orientadora*[**]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Controle de constitucionalidade no Brasil e Supremo Tribunal no Brasil; 2.2. Atuação do Ministério Público no controle concentrado; 2.3 Atuação do Procurador-Geral da República. **3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DE RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

Esse trabalho é resultado de pesquisa realizada junto ao Programa de Iniciação Científica da Faculdade Christus, entre os anos de 2011 e 2012, tendo por objetivo principal investigar as tensões e articulações jurídico-políticas junto ao MPF no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Para tanto, foi estabelecido um quadro referencial teórico da identidade institucional e da atividade desenvolvida pelo Ministério Público Federal, especificamente, o Procurador-geral da República, como legitimado ativo nas ações diretas de controle de constitucionalidade de competência originária do STF. Objetivando levantar as ações diretas de inconstitucionalidade propostas pela PGR de 2003 a 2011, verificou-se uma dificuldade de acesso aos dados a partir da consulta ao *site* institucional do MPF. A pesquisa encerra, com base no levantamento bibliográfico e nos dados obtidos, descrevendo as inflexões que se projetam no discurso jurídico que dão suporte às representações de inconstitucionalidade em relação às expressões plurais da sociedade brasileira, canalizadas de forma democrática em diálogo com o Ministério Público. O método de pesquisa utilizado foi a pesquisa bibliográfica, resultando em pesquisa teórica.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Ministério Público. Legitimidade.

54 Aluna do Curso de Direito da Faculdade Christus, pesquisadora do Programa de Iniciação Científica da Faculdade Christus 2011-2012.
Email: nyrlla@yahoo.com.br
**Professora Mestre em Direito pela UFC, orientadora do Programa de Iniciação Científica da Faculdade Christus

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo traz um breve estudo sobre a atuação do Ministério Público no controle de constitucionalidade, ressaltando a condição do Procurador-geral da República de titular da ação direta no desempenho da jurisdição constitucional brasileira junto ao Supremo Tribunal Federal.

A investigação sobre a construção do Estado Constitucional e dos respectivos modelos de controle de constitucionalidade e das Supremas Cortes indica que a realidade das tensões sociais e os regimes políticos sempre foram fatores relevantes às decisões tomadas pelas Cortes Constitucionais.

O exame do contexto histórico dos Tribunais Constitucionais, muitas vezes, desvela a atuação dos ministros reduzida aos ditos dos representantes do Poder, fato identificado, no Brasil, nos governos de Floriano Peixoto, Getúlio Vargas e na Ditadura Militar, exemplos de restrição político-jurídica que se fez presente na sociedade brasileira até a criação da Constituição de 1988, a qual, fundamentada nos princípios democráticos e éticos, consolida uma nova era também para o Supremo Tribunal Federal.

É por essa mudança que se busca analisar o seu papel atualmente diante de crescente demanda de processos encaminhados à Suprema Corte Brasileira, um caminho midiático e impulsionador, afinal os olhos de todos estão voltados para o que se decide no Supremo. O contexto atual pode e deve produzir um cenário distinto, por isso é importante indagar-se dos interesses, das ideologias e da formação daqueles que o compõem, já que a sociedade brasileira não esteja mais na época em que a voz das elites ecoava isolada e os gritos dos pequenos se perdiam no silêncio forçado da ganância de poucos.

Partindo da noção de que a participação na vida institucional do País não pode se resumir em direito de votar e ser votado, representar ou provocar, mas deve ser compreendida como a perene possibilidade de influenciar na escolha das políticas públicas, em busca do bem comum, ampliam-se os espaços de discussão em áreas como o direito à saúde de qualidade, o direito de inclusão no mercado de trabalho, o direito à educação formal e o direito à segurança pública. O Estado democrático brasileiro prevê a existência de uma instituição permanente, qualificada como essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis [art.127, CF/88]: o Ministério Público.

No plano infraconstitucional, a Instituição se encontra regulamentada pelas Leis Ordinária nº 8.625/1993 [Lei Orgânica Nacional do Ministério Público], Lei Complementar nº 75/1993 [Lei Orgânica do Ministério Público da União] e, no âmbito estadual, por suas respectivas Leis Orgânica, em face da repartição de competências legislativas definida pela Constituição da República [artigos 24, §3º, e 128, § 5º]. Essa sedimentação normativa foi construída ao longo de muitos anos e lutas para aperfeiçoar a atuação institucional do MP.

A questão posta para essa pesquisa é como se dá a atuação do MP como parte legítima para provocar a jurisdição constitucional e qual o limite de disposição do Procurador-geral da República como legitimado para propor as ações diretas de controle de constitucionalidade, considerando ainda a realidade recente na História brasileira em que o PGR é o legitimado que mais tem atuado nessa provocação.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

A concisa investigação segue, primeiramente, a didática constitucional como fonte do entendimento do funcionamento

do Controle de Constitucionalidade e suas origens nas Cortes Constitucionais traçando um quadro evolutivo frente à Constituição de 1988 e a atuação no Ministério Público e do Procurador-geral da República tendo em vista a doutrina conter documentos sobre a construção democrática frente às Supremas Cortes a serem desenvolvidos a seguir.

### 2.1 Controle de Constitucionalidade e Supremo Tribunal Federal no Brasil

O controle de constitucionalidade concentrado foi introduzido no Brasil com a Constituição de 1934, mediante a previsão da ADIN Interventiva. Em 1965, surge a ADIN Genérica, cuja competência para sua propositura era dada ao Procurador-geral da República. Com a promulgação da Constituição de 1988 a competência para a propositura da ADIN Genérica foi ampliada, vide Art. 103, além do que foi introduzida no ordenamento jurídico a ADIN por omissão, a ADECON e a ADPF.

O controle constitucional concentrado não está ligado aos casos concretos, antes pelo contrário, sua natureza é objetiva, dito abstrato, dentro de um contexto hipotético, pelo qual, a norma é analisada sob o prisma da conformidade ou não da Constituição.

Por meio da Emenda Constitucional de nº 16, de 16/12/1965, a Constituição de 1946 também foi responsável por outras novidades acerca do assunto da criação de uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, com caráter genérico, uma vez que atribui competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-geral da República, [Art. 2º, K].

Ao estudarmos com mais profundidade a estrutura do Supremo Tribunal Federal, no tocante ao controle de constitucionalidade, deparamo-nos com seu caráter histórico e interligado com a construção da cidadania fundamentada no texto constitucional.

Emília da Viotti traz uma compreensão sobre a História do Tribunal:

> O Supremo Tribunal Federal tem mantido, ao longo do tempo, com pequenas alterações, as características e funções que lhe foram atribuídas em 1890, quando foi criado. [...] Foram transferidos para ele os poderes judiciais que, no Império, eram da alçada do Conselho de Estado. [...] O Supremo Tribunal tornou-se responsável pela avaliação de constitucionalidade e dos atos do Legislativo e do Executivo, e pela garantia dos direitos constitucionais do cidadão.[471]

No primeiro ano de funcionamento, o Tribunal teve desempenho pouco visível. Suas sentenças sequer foram publicadas. Foi um período de aprendizado diante dos problemas novos que surgiram depois da Proclamação da República:

> Os confrontos entre o Tribunal e o Executivo multiplicaram-se durante todo o período Floriano Peixoto. [...] Desgostoso com o desempenho do Tribunal, Floriano tomou medidas retaliatórias, deixando de preencher as vagas que resultavam das aposentadorias [...] Outro problema... foi causado pela exigência de prestar juramento perante o chefe do Executivo [...] O papel mais importante da instituição nos primeiros cinco anos da República foi a defesa das liberdades e o estabelecimento de jurisprudência.[472]

Durante o período Vargas, vários processos motivados pelos acontecimentos políticos deram entrada no Supremo. Eles testemunhavam as profundas rivalidades políticas e ideológicas que dividiam a nação. Na redemocratização, o Supremo Tribunal não foi chamado a enfrentar nenhum problema da magnitude dos arbitrados nos governos anteriores. Concedeu habeas corpus, firmou alguns princípios importantes e decidiu da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de atos praticados pelas Assembleias Legislativas dos Estados. Mantendo um perfil até hoje, os ministros eram, em geral, homens de notável cultura, dotados de longa experiência na magistratura. Muito aliavam a essa atividade o magistério e foram autores de varias obras de Direito.

Finalizando com Viotti:

> A Constituição de 1988 manteve basicamente a estrutura do Supremo Tribunal Federal, herdada do passado. Ampliava, porém, sua competência no terreno constitucional, criando o mandado de injunção e alargando o rol das autoridades e instituições autorizadas a propor ação de inconstitucionalidade, admitida até mesmo nos casos de omissão. [...] A partir de 1988 coube ao Supremo processar e julgar em recurso ordinário os habeas corpus, os mandados de segurança, os habeas data, os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, bem como o crime político. [...] O problema central da Justiça de nossos tempos, portanto, é assegurar a eficácia da Constituição. [...] Para alcançar essa realização concreta do projeto de uma sociedade mais democrática e mais justa, poucos textos constitucionais terão confiado tanto no Poder Judiciário à orientação finalística, no Supremo Tribunal Federal.[473]

### 2.2 A atuação do Ministério Público no Controle Concentrado

Na busca pelo entendimento do papel e das atribuições do Ministério Público no controle jurisdicional de constitucionalidade, faz-se necessária uma análise histórica da Instituição conforme a evolução constitucional.

A investigação tem início com a Constituição de 1891, tendo em vista que inexistia controle jurisdicional de constitucionalidade em nosso sistema imperial, cabendo a guarda da Constituição à Assembleia Geral, órgão do legislativo nacional. Embora a Constituição Republicana tenha mencionado a figura do Procurador-geral da República, remetendo à lei posterior a fixação de suas atribuições, a Carta de 1934 traz de fato o caráter institucional ao Ministério Público, incluindo-o entre os órgãos de cooperação nas atividades do governo e assegurando estabilidades aos seus membros, bem como a exigência de concurso para ingresso de carreira e designando o chefe do MP como Procurador Geral da República, nomeado pelo presidente mediante aprovação no Senado Federal, demissível *ad nutum* – art. 95, parágrafo I. A Constituição de 1937 teve um caráter de retrocesso no que se refere

aos dispositivos relativos ao Ministério Público, inexistindo uma seção específica de dispositivos aplicáveis à carreira. O Procurador-geral da República era de livre nomeação e demissão pelo presidente da República, consoante o caráter ditatorial da Carta de 37, atrelando suas atribuições aos interesses governamentais.

O marco da independência institucional do MP se deu com a Constituição de 1946, a qual instituiu um ideal mais democrático ao País e, em seu texto enquadrava a instituição ministerial em um título próprio. Segundo art. 126, o Procurador-geral da República era nomeado pelo presidente mediante aprovação no Senado Federal, demissível *ad nutum*, retomando o texto da Carta de 1934. A representação da União em juízo passava a ser atribuição dos Procuradores da República, admitida a estabilidade após 02 anos de exercício.

A Carta Republicana de 1967 trata do Ministério Público em seção do capítulo que trata do Poder Executivo, o que denota um caráter mais próximo do Executivo do que a ideia de função essencial à Justiça, que somente lhe seria dada em 1988. No art. 119, atribui ao STF a competência de processar e julgar originariamente a representação do Procurador-geral da República por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. Além disso, as alíneas "o" e "p" disciplinam que são de competência do STF as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, avocadas pelo STF a pedido do PGR, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido, bem como o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo PGR.

Entretanto, foi com a Carta Cidadã que o MP teve sua relevância enaltecida ao ganhar o desenho de instituição voltada à defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa. Está definido como "instituição permanentemente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127) pautada nos princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

Nosso controle de constitucionalidade é oriundo de uma combinação complexa e extremamente rica e democrática de controle de constitucionalidade e de jurisdição constitucional. Temos um controle misto no aspecto político e jurídico; podemos falar em um controle misto também se referindo ao controle difuso, no qual todos os órgãos do judiciário podem e devem se manifestar sobre a constitucionalidade das leis e atos, ao lado de mecanismos de controle direto nas ações diretas declaratória de constitucionalidade e de inconstitucionalidade por ação e omissão e a ação por descumprimento de preceito fundamental; e temos um sistema misto quando combinamos mecanismo um controle prévio com os mecanismos repressivos. O Procurador-geral da República é legitimado ativo nas ações diretas de inconstitucionalidade e, portanto, dispõe de um juízo de admissibilidade das ações que oferta, questão que será abordada no tópico a seguir.

### 2.3 A atuação do Procurador-geral da República

No estudo da figura do PGR, é necessário entender, primeiramente, que Procurador-geral da República exerce a chefia do Ministério Público da União e do Ministério Público Federal, além de atuar como Procurador-geral Eleitoral. É escolhido e nomeado pelo Presidente da República, e seu nome deve ser aprovado pela maioria absoluta do Senado Federal. Segundo prevê a Constituição Federal, o Procurador-geral da República deve sempre ser ouvido nas ações de inconstitucionalidade e nos processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

O Procurador-geral da República pode promover ação direta de inconstitucionalidade e ações penais para denunciar autoridades como deputados federais, senadores, ministros de Estado e o Presidente e o Vice-presidente da República. Também pode, perante o Superior Tribunal de Justiça, propor ação penal, representar pela intervenção nos Estados e no Distrito Federal e representar pela federalização de casos de crimes contra os direitos humanos.

Contudo, a busca pelo entendimento das implicações das ações do PGR no controle de constitucionalidade brasileiro requer um olhar além dos liames estabelecidos na Constituição.

O papel do PGR no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis é importantíssimo. É o que se depreende do art. 127 da Constituição, ao estabelecer as atribuições do Ministério Público, ao qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além de desempenhar atribuição essencial à função jurisdicional do Estado.

A relevante função do PGR é exercida em duas oportunidades, ou até em três. A primeira quando ele é autor: ao ajuizar a petição inicial. Após o ajuizamento da ação ouvem-se as autoridades que concorreram para a edição da lei; após isso, o processo volta ao PGR para emissão de parecer sobre o caso, sendo esta a segunda oportunidade para desempenhar seu papel. É então, quando da emissão do parecer, que o PGR irá desdobrar e desenvolver o seu entendimento jurídico sobre inconstitucionalidade da lei combatida; a terceira oportunidade se apresenta quando oralmente sustenta sua tese em plenário.

> Também se deve ressaltar que, mesmo quando o PGR não é o autor da ação, ele é obrigatoriamente ouvido, oportunidade em que oferta parecer, no qual irá desenvolver todo o seu entendimento sobre a causa em julgamento. O PGR pode, embora aparentemente seja um contrassenso, ajuizar ADIn, e, em seu parecer, opinar pela constitucionalidade da lei. É evidente que isso enfraquecerá a tese exposta e, de certo modo, deixa no cidadão não habituado ao mundo jurídico uma percepção bastante confusa, pois se o PGR entende que a lei era constitucional, como diz no parecer, não deveria ter ajuizado a ADIn.

É exatamente essa contradição que contorna o objeto desta pesquisa: o desempenho da função de titularidade da ação direta é precedido de um exame interpretativo do seu próprio cabimento, produzindo-se então, nesse sentido, um juízo de admissibilidade por parte do órgão ministerial. O que essa

pesquisa visa desvelar é o papel, portanto, do chefe do MPU enquanto intérprete da Constituição. É ele que fará a primeira interpretação, o primeiro confronto entre lei e Constituição, em sede de inicial ou de parecer. Logo, ver-se-á a necessidade de esclarecer à sociedade a tamanha importância da competência e atuação, no controle de constitucionalidade, do Procurador-geral da República, já que a Instituição não tem recebido um tratamento midiático comparável ao STF atualmente.

## 3 METODOLOGIA

O projeto de pesquisa elaborado previa a utilização de dois métodos de pesquisa: a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. A construção do referencial teórico apoiou-se na doutrina produzida no Brasil sobre o Ministério Público e sobre controle de constitucionalidade. A pesquisa bibliográfica também foi utilizada na reconstrução historiográfica do Supremo Tribunal Federal. A pesquisa documental limitou-se a investigação realizada nas constituições brasileiras, em especial as de 1891 e 1988. Restou frustrada a pesquisa documental baseada nas ações ofertadas pelo PGR nos últimos 08 anos, uma vez que os dados não estavam disponíveis nos diversos bancos de dados consultados.

## 4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Diante da análise realizada, perpassando pelo contexto das primeiras Cortes Constitucionais, da atuação do Supremo Tribunal Federal e de sua relação com a relevante figura do Procurador-geral da República e as implicações do cargo no sistema de controle de constitucionalidade nota-se que o entendimento sobre o papel extremamente relevante do Ministério Público, embora assombreado pela mídia.

A competência que é aferida ao MP tem sua relevância, não só pelo interesse coletivo como fundamenta a Constituição, mas como uma forma de legitimar a competência da instituição no que tange às várias questões levadas ao STF que obstruem o Judiciário.

Poucos temas suscitam calorosas discussões quanto à eventual discricionariedade do PGR para oferecer ou não representação perante o STF, logo invadir esse imenso campo doutrinário e prático de competências interligadas a resguarda dos valores impetrados na Constituição pelo MP nos revela sua presença fundamental na construção da democracia e estrutura no ordenamento jurídico brasileiro.

## 5 CONCLUSÕES

Os estudos realizados sobre controle de constitucionalidade por autores nacionais, normalmente, descuidam dos aspectos relativos à atuação dos legitimados ativos no controle da constitucionalidade de leis. É raro encontrar uma problematização mais verticalizada que desafie a atuação, principalmente, do Procurador-geral da República, instituição que mais frequentemente aciona o mecanismo de ação direta e, especialmente, dos legitimados, é o que possui maior vínculo dialógico com os movimentos e grupos sociais [pelo menos em expectativa]. Ressalvamos aqui o estudo de Gilmar Mendes sobre o papel do PGR no controle abstrato de normas sob a CF67/69.

A busca por dados processuais desvelou também a dificuldade em obtê-los, o que impediu que a pesquisa realizasse um levantamento de dados, que reforçaria os argumentos teóricos sistematizados.

## REFERÊNCIAS

COSTA, Emília da Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Considerações sobre o papel do PGR no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/69: Proposta de Releitura. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 34 n. 135 jul./set. 1997

SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A história não contada do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris 2009.

# O STF NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: O JULGAMENTO DA LEI DA FICHA LIMPA

*Raíza Aragão, autora*[55*]
*Gretha Leite Maia, professora orientadora*[56*57*]

SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 O Supremo Tribunal Federal na História; 2.2 A Hermenêutica Constitucional; 2.3 Estudo de caso: o julgamento da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. 3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DE RESULTADOS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## RESUMO

O presente trabalho é resultado de pesquisa desenvolvida junto ao Programa de Iniciação científica da Faculdade Christus, objetivando analisar as tensões e articulações jurídico-políticas projetadas nos julgamentos do STF no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Inicia por estabelecer um quadro referencial teórico, com resgate historiográfico da atividade do STF e seu impacto social. Apresenta a proposta de Hermenêutica Constitucional como necessária à compreensão do papel do Supremo no controle concentrado. Encerrada a pesquisa bibliográfica, procedeu-se a uma consulta ao *site* do Supremo para identificar os *hard cases* e escolher um caso a ser pesquisado, sendo escolhido o julgamento da Lei da Ficha Limpa. A pesquisa utilizou as peças eletrônicas das ADC 29 e 30 e da ADI 4578, sendo possível acompanhar o julgamento final. Buscou-se, com base nos dados obtidos, descrever as inflexões que se projetam no discurso jurídico, desvelando as expressões ideológicas da sociedade brasileira, do Governo e do próprio Supremo.

**Pazavras-chave:** STF. Controle de Constitucionalidade. Ficha Limpa.

---

56 *Aluna do Curso de Direito da Faculdade Christus, pesquisadora do Programa de Iniciação Científica 2011-2012. E-mail: <raiza_aragao@hotmail.com>.

57 ** Professora, Mestre em Direito pela UFC, orientadora do Programa de Iniciação Científica da Faculdade Christus. E-mail: <grethaleite@hotmail.com>.

## 1 INTRODUÇÃO

A competência do STF para realizar controle de constitucionalidade está prevista no Brasil desde a Carta Constitucional de 1891. Nos moldes da corte norte-americana, introduzia-se no direito pátrio o controle jurisdicional de constitucionalidade, no modelo incidental e difuso, ou seja, a verificação de conformidade constitucional diante do caso concreto perante qualquer juiz ou tribunal, que possui competência para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma. O STF atuava como instância recursal.

Somente com a Emenda Constitucional nº 16/65, que reformou o Judiciário, o STF passa a realizar simultaneamente controle difuso e concentrado, pelo qual, de forma abstrata, averigua-se a constitucionalidade da norma, sendo o pedido principal da ação a declaração de conformidade ou desconformidade de norma infraconstitucional em face da Carta Magna.

Passado o período político de exceção vivido no Brasil até meados da década de 80 do século XX, verifica-se um crescimento dos estudos constitucionais com vistas a reposicionar o Brasil como um Estado Constitucional, Democrático de Direito, tendo por fundamento o documento político-jurídico fundante de um Estado: a Constituição. Assim, universidades e escolas de aperfeiçoamento de Magistrados e instituições afins mobiliaram-se para a construção de uma cultura constitucional no Brasil. A prioridade nas agendas de pesquisa passa a ser o estudo da Constituição, sua carga axiológica, sua estrutura principiológica, a construção de uma hermenêutica específica para a aplicação de regras e princípios [o movimento do Neoconstitucionalismo] e finalmente o posicionamento do próprio Judiciário em face da nova configuração das dinâmicas políticas-jurídicas, em um fenômeno que se designou por judicialização da política, num movimento identificado como ativismo judicial.

Nesse sentido, o próprio lugar do STF foi objeto de questionamentos. Os caminhos construídos pelo Supremo, por meio de filtros aos recursos [pré-questionamento e repercussão geral] e expresso nos votos, acompanhados com saudável curiosidade por parte da mídia, inseriu o hábito acadêmico da pesquisa suportada por estudos de casos emblemáticos [fetos anencefálicos, união homoafetiva, pesquisa com células tronco embrionárias etc]. Essa pesquisa foi construída a partir de um projeto que objetivava ampliar o conhecimento do Supremo Tribunal Federal, partindo de um estudo historiográfico, chegando a um estudo de caso; pela relevância e atualidade, escolheu-se o julgamento de ADI/ADC sobre a Lei da Ficha Limpa (LC nº35/2010). Desenvolveu-se assim pesquisa histórica, bibliográfica, e um estudo de caso, por meio de acompanhamento dos votos proferidos no julgamento em fevereiro de 2012.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 O Supremo Tribunal Federal na história

As Cortes Constitucionais se mostraram, ao longo da história, essenciais para a afirmação de uma sociedade democrática. No entanto, seu embrião surge com um vício de origem. Quando foi idealizado na França, almejava defender os interesses de uma nobreza deposta do poder pela burguesia ascendente que realizara a Revolução Francesa e implantara um novo regime, a República[474]. No decorrer dos anos, com o advento do Movimento Constitucionalista Europeu, que pregava a supremacia da constituição, a limitação do Poder

Estatal, a proteção dos direitos e garantias individuais e a ideia de Justiça Constitucional, as Cortes ganham um novo sentido, assumindo agora o papel de guardiães da Constituição.

Fortemente influenciado pela atuação da Suprema Corte Norte Americana, surge no Brasil o Supremo Tribunal Federal no ano de 1890. Inicialmente, o Tribunal visava a conformar os atos dos poderes, Executivo e Legislativo, aferindo a constitucionalidade, além de exercer função primordial na defesa dos direitos dos cidadãos. Tudo devidamente disciplinado pelo artigo 59 da Constituição Federal de 1891, a primeira Carta Republicana do Brasil[475]. Nos primeiros anos de sua criação, o Tribunal teve uma atuação pouco notável[476]. Contudo, o STF foi agregando mais funções e suas decisões começaram a ganhar uma maior repercussão no cenário nacional. A Corte passa a ter grande influência nas questões políticas do país, e, nos momentos de exceção, mostrou-se indispensável para uma mínima manutenção de uma ordem democrática.

No Governo de Floriano Peixoto, foram grandes os entraves do Poder Executivo com o Supremo Tribunal, devido à atuação arbitrária do presidente. Muitos pedidos de *habeas corpus* chegaram à Corte, consolidando-se a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*. O instituto ganhou força com a figura de Ruy Barbosa que ampliou a aplicação do remédio constitucional. Alguns anos depois, no Governo de Getúlio Vargas, o Supremo Tribunal perdeu parte de sua autonomia. O fechamento do Congresso e a elaboração desenfreada de decretos-leis foram algumas das medidas centralizadoras realizadas pelo então presidente. Ademais, "ficou excluído da jurisdição do Supremo Tribunal Federal o julgamento de questões relativas à constitucionalidade das intervenções do governo federal nos Estados"[477], o que facilitou o "fechamento das Assembleias Legislativas Estaduais e a nomeação de interventores"[478]. O quadro só foi revertido com a Constituição de 1946, a qual reiterou as funções suprimidas pelo Estado Novo. Assim como na Era Vargas, durante a Ditadura Civil-Militar, especificamente com o Ato Institucional nº 05 (AI-5), em finais de 1968, o Supremo teve mais uma vez sua independência ofendida, apesar da resistência e oposição de muitos Ministros.

Contudo, uma postura harmônica do Tribunal com os princípios constitucionalmente postos se converteria em eficaz ferramenta contra tantas atrocidades cometidas pelos regimes autoritários instaurados no Brasil. Consoante essa afirmação, Paiva destaca que não faltavam meios ou remédios constitucionais, o que faltava era um posicionamento ético-comprometido por parte dos Ministros[479].

Nas últimas décadas, uma questão relevante tem sido levantada: a da legitimidade do Tribunal para interpretar o sentido da norma constitucional e controlar os atos estatais e dos cidadãos frente à Constituição, ou seja, a legitimidade para exercer a chamada Jurisdição Constitucional. Além da previsão expressa no artigo 102 da Constituição Federal de 1988, a doutrina desenvolveu duas correntes a fim de justificar a legitimidade das cortes/tribunais constitucionais. A primeira legitima a atuação com base na própria função do Judiciário em assegurar o cumprimento do Direito; considerando ademais a supremacia constitucional, ou seja, sua condição de parâmetro de validade do sistema jurídico infraconstitucional, deve o Judiciário afastar qualquer norma em desconformidade com a Constituição. A segunda corrente afirmativa da legitimidade do Judiciário no controle da constitucionalidade traz como fundamento a necessidade de se preservar os elementos essenciais à manutenção do próprio Estado democrático.

No caso brasileiro, o STF constitui-se como órgão híbrido, por exercer tanto função de corte constitucional – processar e julgar originariamente ações constitucionais abstratas e diretas - como por ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário, atuando como instância originária para determinados crimes comuns praticados por agentes políticos [Presidente da República e membros do Congresso Nacional, por exemplo] bem como tribunal recursal, possuindo uma peculiaridade a parte. Considerando o modo de investidura – nomeação pelo chefe do executivo e sabatina pelo Senado Federal – indaga-se como um órgão composto por membros nomeados, com mandato vitalício, não sendo submetido a nenhum processo democrático de escolha, pode aferir a constitucionalidade de atos e normas emanados daqueles que receberam originariamente do povo o poder para fazê-los?

Em períodos de tensão política, essa característica foi extremamente nociva a uma atuação independente do Órgão. Muitos membros do Tribunal se viam intimidados em se posicionarem contra os abusos cometidos pelo governo, pois muitos Ministros, às vezes, a maioria, haviam sido nomeados pelo próprio regime ditatorial, e os que resolviam defender os direitos dos cidadãos acabavam sofrendo duras retaliações, como fora o caso dos três ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva aposentados compulsoriamente durante a Ditadura Civil-Militar de 64.

Considerando o regime de exceção como um desequilíbrio entre os poderes, mantendo a tripartição apenas como princípio e hipertrofiando o Executivo, podemos afirmar que uma das características do processo de redemocratização pós 88 é a reconstrução da identidade do Poder Judiciário, especialmente do Supremo. Reafirma o seu poderio e ampliando mais suas funções dialógicas com os demais poderes e com diversos segmentos sociais, seu grande desafio tem sido assegurar a eficácia da Constituição para uma sociedade tão plural e mutável. Podemos visualizar um STF cada vez mais próximo da população e mais aberto a rever questões extremamente polêmicas e que durante tantos anos foram evitadas. Ademais, essa abertura também se caracterizou em uma maior transparência dos debates à sociedade em decorrência do surgimento dos canais de comunicação regidos pelo próprio Tribunal. Hoje, o STF conta com quatro principais mecanismos de aproximação com a comunidade, que são eles a TV Justiça, a Rádio Justiça, a Central Justiça e o Ponto Jus. A TV Justiça é um canal de televisão público, de caráter não lucrativo, coordenado pelo Supremo Tribunal Federal, que tem como escopo ser um espaço de comunicação e aproximação entre os cidadãos e o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia, possibilitando que o público acompanhe o dia a dia do Judiciário, ensinando as pessoas a alcançar a Justiça e como defender seus direitos. Foi criado para preencher uma lacuna deixada pelas emissoras comerciais em relação às notícias

ligadas às questões judiciárias. Os outros instrumentos, utilizando-se de meios diversos, igualmente, têm como principal objetivo conscientizar a sociedade brasileira em favor da independência do Judiciário, da justiça, da ética, da democracia e do desenvolvimento social e proporcionar às pessoas o conhecimento sobre seus direitos e deveres.

Neste ponto de sua história, existem inclusive estudos que questionam esse reposicionamento do STF, como se pode verificar na sugestiva expressão Supremocracia, apresentada no artigo Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. [480]Partindo da noção de que a *hiperconstitucionalização* da vida contemporânea é na verdade consequência da desconfiança na democracia, Vieira afirma:

> Assim, a *supremocracia* diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo supremo de governar judicialmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. [...] Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que no Brasil têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. Neste sentido, a Suprema Corte indiana talvez seja única que partilhe o status *supremocrático* do Tribunal brasileiro, embora tenha deixado para traz uma posição mais ativista. [481]

Dessa forma, encerra-se o panorama histórico registrando as tensões e articulações no cenário político e jurídico do Brasil. Vivemos uma nova quadra histórica, nos termos do próprio STF, em sede de decisão da Lei da Ficha Limpa:

> Assinale-se, então, que, neste momento, vive-se – felizmente, aliás – quadra histórica bem distinta. São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país. Prova maior disso é o fenômeno da *judicialização da política*, que certamente decorre do reconhecimento da independência do Poder Judiciário no Brasil, mas também é resultado da desilusão com a política majoritária. [482]

## 2.2 A Hermenêutica Constitucional

O tema da interpretação constitucional, que ocupava espaço apenas residual na agenda das academias, passou a ser um campo de estudos privilegiados para a geração de juristas pós 88. Para André Ramos Tavares, "a interpretação do Direito é a operação intelectiva por meio da qual a partir da linguagem vertida em disposições [enunciado] com força normativa o operador do Direito chega a determinado e específico conteúdo, sentido e objetivo desse enunciado, em face de um caso concreto [real ou hipotético]." [483] Segundo a Hermenêutica Constitucional, a interpretação constitucional ocorre por meio da utilização dos diferentes métodos interpretativos, tendo por objetivo determinar o sentido das normas que compõem a constituição formal e material do Estado. No entanto, o ato cognitivo não seria composto apenas de uma interpretação, a extração do sentido do texto, mas também de uma construção, ou seja, a partir do texto pré-existente construir aspectos que o próprio texto não prevê expressamente, para isso, utilizando-se de parâmetros peculiares às normas constitucionais: superioridade hierárquica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político. Todas essas características sendo devidamente respeitadas dentro do processo interpretativo para que tal se aperfeiçoe de forma coerente.

A doutrina conceitua dois tipos de interpretação constitucional: a aplicação direta ao caso e o controle de constitucionalidade. Na primeira, a norma constitucional é interpretada na resolução do caso concreto. Já na segunda, o intérprete analisa a compatibilidade da norma com os princípios e valores da Constituição vigente. Logo após o surgimento dessa corrente doutrinária, surge a Nova Interpretação Constitucional. Também embasada pelo Pós-positivismo e pelo Movimento Constitucionalista iniciado na Europa no pós 2ª Guerra Mundial, traz consigo o retorno dos fins, o reposicionamento dos valores, a teoria sistemática, a tipologia das normas e a hermenêutica constitucional, num movimento que ficou conhecido como Neoconstitucionalismo, tendo no Brasil importantes adesões, como do jurista Luiz Roberto Barroso. A contribuição mais sensível refere-se à carga normativa dos princípios, que podem ser aplicados de forma imediata ao caso concreto. Além de veículos interpretativos, se tornaram preceitos normativos dotados de efeito vinculante. A própria fundamentação dos julgados recentes do Supremo que ganharam notoriedade nos dá exemplos significativos das várias questões que atravessam e desafiam uma decisão:

> Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. [484]

## 2.3 Estudo de caso: o julgamento da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa

Após a panorâmica histórica e a apresentação de breves noções de hermenêutica constitucional, apenas essenciais à compreensão integral desse estudo, procede-se a um estudo de caso para verificar a aplicabilidade efetiva dos conceitos e raciocínios desenvolvidos até este ponto da pesquisa. As primeiras palavras do então presidente da Câmara dos Deputados Michel Temer, ao iniciar a apresentação do primeiro projeto de lei de iniciativa popular aprovado pelo Congresso, cujo título era **Combatendo a Corrupção Eleitoral** foram:

> No dia 10 de agosto de 1999 recebi na Câmara dos Deputados representantes da Sociedade Civil – CNBB, OAB, CUT, Força Sindical entre tantas outras. Elas traziam mais de um milhão de assinaturas de eleitores em apoio a Projeto de Iniciativa Popular no combate a corrupção eleitoral. É um dia que trago na memória, marcado não apenas pelo conteúdo do projeto, mas sua forma: a iniciativa popular, a legítima pressão de diversos setores da sociedade ao lado de seus representantes no Congresso Nacional. As assinaturas representavam cada canto deste País e reforçavam dentro das nossas instituições políticas os anseios e aspirações do eleitorado. [485]

A Iniciativa Popular da Lei supracitada foi promovida pela

Comissão Brasileira Justiça e Paz (CBJP), da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), juntamente com inúmeras outras entidades. Tinha como escopo principal combater a corrupção eleitoral numa das suas facetas mais enraizadas no cenário político brasileiro: a compra de votos. O projeto teve início com a campanha **Combatendo a corrupção eleitoral**, em fevereiro de 1997, esta decorrente da Campanha da Fraternidade de 1996 por tema "Fraternidade e política". O Projeto de Lei modificava a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 e alterava dispositivos da Lei nº 4737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral.

Essas são as origens da questionada Lei da Ficha Limpa, aprovada no Congresso Nacional em 05 de maio de 2010, que mais que uma lei representa o anseio do povo brasileiro em moralizar a política nacional. Criada a lei, inicia-se o debate sobre a sua constitucionalidade, na dimensão repressiva.

A discussão sobre a validade da **Lei da Ficha Limpa**, Lei Complementar 135/2010, se fez junto ao STF, tanto por meio de controle difuso como por ações diretas. Em sede de controle concentrado, inicia-se com o pedido de declaração de inconstitucionalidade impetrado pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) em março de 2011. A petição da ADI nº 4578 exigia a inconstitucionalidade do art. 2°, letra **m**, da Lei Complementar n° 135, de 04 de junho de 2010. Até então, o Supremo Tribunal Federal havia se pronunciado somente objetando a aplicação da Lei às eleições de 2010, pelo voto da maioria, no Re 633.703 [Rel. Min. Gilmar Mendes].

Não existia uma jurisprudência homogênea que ratificasse a constitucionalidade da espécie normativa em questão. Mais duas ações foram impetradas, uma pelo Partido Popular Socialista (PPS) e outra pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, não mais exigindo a declaração de inconstitucionalidade, mas, ao contrário, em sede de ADC solicitava a declaração de constitucionalidade da Lei Complementar n° 135/2010, que ampliava o rol de inelegibilidades da Lei Complementar n°64/90. Devido à compatibilidade entre os assuntos, as três ações foram reunidas em um único processo. A ADI 4578, impetrada pela CNPL, solicitava a inconstitucionalidade da letra **m**[486]; fundamentava seu pedido sob o argumento de que seria exorbitante um profissional, ao receber uma sanção corporativa, ser reprimido, também, sob o aspecto eleitoral. Outro argumento utilizado foi o que **a lei, indiretamente, outorgava aos Conselhos Profissionais competência em matéria eleitoral, porquanto, de suas decisões, pode decorrer a inelegibilidade de um cidadão**, e que, **os meramente fiscalizadores de profissões não podem ver suas decisões arrastadas a ponto de provocar consequ**ências **inibitórias ou impeditivas de uma candidatura**, como consta na própria petição inicial.

Em seguida, o PPS e a OAB impetraram ADCs 29 e 30, com o escopo de demonstrar a constitucionalidade da aplicação das hipóteses de inelegibilidades constituída pela Lei Complementar n°135 a atos e fatos jurídicos que tenham ocorrido antes do advento do referido diploma legal. Rebatendo o argumento que a lei ofenderia aos princípios da irretroatividade da lei mais gravosa [inciso XL do art. 5º da CF] e da segurança jurídica [inciso XXXVI do art. 5º da CF], ambos invocaram o inciso IX do art. 14 da Constituição Federal: **Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.** Como enunciado pela própria petição do PPS, "fica evidente que o constituinte, de forma deliberada e consciente, impôs ao legislador complementar a atribuição de instituir outros casos de inelegibilidade tendo por orientação a observância de atos e fatos ocorridos no passado da vida do candidato". Além disso, como bem salientou a OAB, "... inelegibilidade não é pena e não impõe punição a quem quer que seja. Apenas estabelece condições para o exercício da função pública de agente político". Nos termos do próprio STF, havia três questões a responder neste julgamento, quais foram:

> (1) se as inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10 poderão alcançar atos ou fatos ocorridos antes da edição do mencionado diploma legal e *(2)* se é constitucional a hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, "m", da Lei Complementar nº 64/90, inserido pela Lei Complementar nº 135/10. Sucede que o exame dessas questões demanda, previamente, *(3)* a própria fiscalização abstrata de constitucionalidade de todas as hipóteses de inelegibilidade criadas pela Lei Complementar nº 135/10, que podem ser divididas, basicamente, em cinco grupos, a saber:
>
> (i) *condenações judiciais* (eleitorais, criminais ou por improbidade administrativa) proferidas por órgão colegiado;
>
> (ii) *rejeição de contas* relativas ao exercício de cargo ou função pública (necessariamente colegiadas, porquanto prolatadas pelo Legislativo ou por Tribunal de Contas, conforme o caso);
>
> (iii) *perda de cargo* (eletivo ou de provimento efetivo), incluindo-se as aposentadorias compulsórias de magistrados e membros do Ministério Público e, para os militares, a indignidade ou incompatibilidade para o oficialato;
>
> (iv) *renúncia a cargo público eletivo diante da iminência da instauração de processo capaz de ocasionar a perda do cargo*; e
>
> (v) *exclusão do exercício de profissão regulamentada*, por decisão do órgão profissional respectivo, por violação de dever ético-profissional. [487]

Após muitas discussões, no dia dezesseis de fevereiro do ano em curso, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, ou seja, declarou constitucional a Lei da Ficha Limpa, contra os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux [Relator], que a julgava parcialmente procedente, e Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso [Presidente], que a julgavam improcedente. Os ministros que votaram a favor da integralidade da lei foram Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto. O resultado foi anunciado depois de quase onze horas de julgamento entre os dias quinze e dezesseis. A decisão valida

a Lei para as eleições municipais deste ano [2012].

Como a lei traz uma série de inovações, houve divergência entre os ministros quanto a diversos incisos. Entretanto, todos foram mantidos pelo voto da maioria. Em relação à Lei da Ficha Limpa, atingir fatos que ocorreram antes que ela entrasse em vigor sete ministros votaram a favor e quatro contra, foram eles Gilmar Mendes, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Cezar Peluso.

A condenação criminal por órgão colegiado ser suficiente para deixar alguém inelegível por oito anos também teve o mesmo placar, entretanto, contou com o voto contrário do Ministro Antonio Dias Toffoli, sendo o Ministro Marco Aurélio Mello favorável.

No tocante ao início da inelegibilidade de oito anos, a qual a Lei declara que deve começar a ser contada somente após o cumprimento da pena, a decisão foi mais acirrada contando com a concordância de apenas seis ministros, contra o voto dos Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso.

A exclusão de registro profissional por órgão competente, como a OAB e o CFM, motivada por infração ético-profissional, ser suficiente para deixar a pessoa inelegível contou com a aprovação de nove ministros, apenas Gilmar Mendes e Cezar Peluso se manifestaram contrariamente. Enfim, quanto ao fato de ficarem inelegíveis, os políticos que tiveram contas relativas a cargo público rejeitadas ou que renunciarem para escapar de possível cassação a decisão foi favorável de forma unânime.

## 3 METODOLOGIA

A pesquisa realizada apoiou-se em dois métodos: a pesquisa teórica utilizou o método bibliográfico e o estudo de caso fundou-se em pesquisa documental. Para tanto, foram analisadas as peças processuais produzidas dentro de ações constitucionais específicas [ADC e ADI], acompanhando o rito procedimental desde a peça inaugural até as decisões que reuniram as ações por conexão com um mesmo relator e o seu julgamento final, acompanhando-se voto a voto a construção da decisão. Utilizou-se, portanto, o método dedutivo para confrontar o substrato doutrinário geral ao estudo de um caso específico.

A pesquisa também fez uso do método historiográfico, para melhor situar o Supremo no tempo e no espaço brasileiro, permitindo uma crítica ao tratamento superficial de que se revestem alguns estudos atuais sobre o Supremo.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Os resultados obtidos do cotejamento do referencial teórico construído e do levantamento historiográfico com o julgamento da Lei da Ficha Limpa e o atual desempenho do STF no cenário político brasileiro desvelam o deslocamento do Supremo na direção da sintonia com as demandas sociais canalizadas pelas instituições democratizadoras do diálogo político. Assim, considerando que foram os movimentos conservadoristas os maiores responsáveis pela concepção dos referidos tribunais, que passariam a ser os guardiões dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, a decisão do Supremo em manter a constitucionalidade de lei resultante de um longo processo de iniciativa popular, permite concluir que a Corte reconhece que a Política e suas formas podem definir os rumos do Direito e novas formas jurídicas; o reconhecimento da tentativa cada vez mais frequente de ultrapassar os paradigmas do positivismo jurídico e do legalismo; o reconhecimento de novas fontes do Direito e, especialmente, um comprometimento ético dos Ministros no valimento de outros [múltiplos] recursos interpretativos para um estreitamento das relações entre o próprio Tribunal e os diversos segmentos sociais participativos da democracia brasileira.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um trabalho de pesquisa demanda inicialmente uma relação de interesse entre pesquisador e objeto; a temática do Supremo invade as agendas de pesquisas contemporâneas, produzindo inúmeros estudos monográficos, sendo praticamente impossível a qualquer estudante de graduação ficar indiferente à questão constitucional e ao próprio Supremo. As leituras realizadas variam de amplo apoiadores e entusiastas no **novo** papel do Supremo até estudos críticos das reais possibilidades de atuação do STF e dos impactos reais a serem produzidos. Assim, a proposta de estudo de caso objetivava a ultrapassagem das considerações doutrinárias para garantir uma avaliação conclusiva a partir do estudo da produção do próprio Supremo. A realização do julgamento em 16 de fevereiro viabilizou a proposta metodológica.

Registre-se também que a existência e disponibilidade das peças processuais e dos votos em sede virtual permitiu um estudo mais aprofundado do caso e uma intelecção mais precisa do que era demandado e do que foi o entendimento do STF. Essa facilidade de acesso é, em si mesma, um veículo de democratização do Supremo, na busca permanente da academia em acompanhar as tensões e articulações do político e do jurídico.

## REFERÊNCIAS

CÂMARA. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Coordenação de Biblioteca. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: < http://www2.camara.gov.br/>. Acesso em: 18 fev. 2012.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006.

SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A história não contada do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

SUPREMO. Acompanhamento processual. Voto do Min. Luiz Fux. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 18 fev. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador, In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha Schimitt Caccia (Coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro**: 1930 - dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010.

# TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: ESTUDO SOBRE A ACEITAÇÃO DA TEORIA DA MATERIALIDADE CONSTITUCIONAL SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DOS DIREITOS HUMANOS

*Rebeca Costa Gadelha da Silveira, autora*[58]
*Paulo Henrique Gonçalves Portela, professor orientador*[59]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 Conceito e terminologia; 2.2. Requisitos dos tratados internacionais; 2.3. Procedimento de aceitação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico internacional; *2.3.1. Procedimento de aceitação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro;* 2.4. A hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro; 2.5. A materialidade constitucional das normas decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos. **3 METODOLOGIA DA PESQUISA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

De acordo com o artigo 4º, II, da Constituição Federal, que reza que o Brasil se rege, em suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos, o ordenamento jurídico brasileiro deve pautar-se pela garantia da primazia da proteção da dignidade humana, noção que consistirá em princípio basilar quando se trata da discussão acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos porventura, ratificados pelo Brasil. Até recentemente, tais tratados eram incorporados ao ordenamento interno com mera força de lei. Entretanto, a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil vem sendo objeto de polêmica na jurisprudência e na doutrina, havendo mais de um entendimento a respeito dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal. Neste trabalho, o autor pretende defender a teoria da materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos, independentemente de seu processo de aprovação. A metodologia utilizada na pesquisa é a teórica, bibliográfica e jurisprudencial. Observa-se que quando há o conflito entre a norma interna e a norma internacional, materializada no bojo de um tratado internacional de direitos humanos, torna-se necessário apurar qual delas é a melhor opção para o caso concreto, de modo a que prevaleça, a condição mais humana possível. Conclui-se, pois, que a teoria da materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos é a hipótese mais razoável, diante dos preceitos da Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como da capacidade que tem essa condição de efetivar ao máximo os direitos humanos no caso concreto.

**Palavras-chave:** Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Teoria da Materialidade Constitucional. Princípio da Primazia dos Direitos Humanos.

58 Aluna do sétimo semestre, orientanda do Projeto de Iniciação Científica (2011-2012). Email: bekagadelhinha@hotmail.com
59 **Professor Orientador. Mestre em Direito da Universidade Federal do Ceará (2007). Email: paulohgportela@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, comumente conhecido como **cláusula de abertura dos direitos fundamentais**, permite que outras regras de direitos e garantias fundamentais sejam incorporadas ao ordenamento jurídico por meio dos tratados internacionais, ou quando forem decorrentes do regime e princípios por ela adotados.

Os tratados internacionais de direitos humanos, após passarem pelos requisitos para sua aprovação tanto no âmbito internacional como no nacional, têm força de norma, conforme preleciona a Carta Magna de cada país signatário. Resta conhecer a sua hierarquia, tema que é fonte de debates levados a cabo pelos doutrinadores e juristas no ordenamento brasileiro.

No Brasil, dependendo do quórum de aprovação do tratado no Congresso, saber-se-á imediatamente qual a sua hierarquia. Com efeito, se o tratado for aprovado de acordo com o quórum do parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88, ele terá status equivalente a de uma emenda constitucional. Se for aprovado com quórum simples, terá status de norma supralegal, segundo entendimento majoritário do STF desde 2007. No entanto, já há entre os Ministros do Pretório Excelso outra teoria, a da materialidade constitucional, segundo a qual a norma decorrente do tratado internacional de direitos humanos está no mesmo patamar da norma constitucional, havendo, em caso de conflito, o sopesamento devido para avaliar proporcionalmente qual delas traria maiores benefícios e efetivaria mais direitos humanos no caso concreto.

O presente artigo científico procura defender a teoria da materialidade constitucional, haja vista que, segundo parâmetros doutrinários e jurisprudenciais, é a que melhor protege e efetiva os direitos humanos, estando de acordo com os preceitos constitucionais, os quais, por sua vez, prezam pela prevalência dos direitos humanos.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

As convenções ou tratados internacionais são consideradas fontes formais de Direito Internacional. Estas não constituem rol taxativo, não havendo grau de hierarquia entre elas. São, também, fontes de Direito Internacional: o costume internacional, os princípios gerais de direito, as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, dentre outras.[488]

As convenções internacionais, comumente conhecidas por "tratados internacionais", constituem um "acordo celebrado entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional Público e consubstanciado, à maneira das leis internas, em documento formado por um conjunto de artigos, regulando temas de interesse comum"[489].

São fontes importantes dentro do Direito Internacional,

que podem se incorporar ao Direito Interno do país que os ratifica, seguindo os requisitos básicos de aceitação da convenção traçados pelo respectivo ordenamento jurídico. Desta forma, os tratados vincularão aquele país que o ratifica tanto no âmbito internacional como no interno, já que, uma vez cumpridos os trâmites legais, passa a fazer parte do ordenamento jurídico correspondente.

## 2.1 CONCEITO E TERMINOLOGIA

A Convenção de Viena de 1969 dispõe que tratado é um "acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação particular".

Francisco Rezek entende que "tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos"[490].

Paulo Henrique Portela, a título de síntese, conceitua-o como "instrumento jurídico escrito, cujas partes serão sempre sujeitos de direito internacional, que o celebram livremente, com o objetivo de buscar interesses comuns"[491].

Ressaltam-se certos elementos como **instrumento jurídico escrito**, **sujeitos de direito internacional**, **liberdade de celebração** e **interesses comuns**. O tratado é fonte que materializa o direito internacional, transformando-o em uma norma escrita, como se, analogicamente, fosse uma codificação de determinado ramo do Direito. É elaborado por sujeitos de direito determinados, como o Estado, sem o que não haverá validade jurídica naquilo que foi estipulado entre aqueles entes que o celebraram. Podem tratar acerca de ampla diversidade de temas, dentre os quais os direitos humanos. Os acordantes agem livremente ao celebrar uma convenção, procurando atender objetivos comuns, buscando a melhoria de condições no respectivo ordenamento ou visando a regular condição específica por meio do referido documento internacional. Citem-se, nesse sentido, tratados que visam a assegurar a integridade da mulher e a proteção do meio ambiente, por exemplo.

Tratados internacionais são documentos jurídicos escritos que produzem efeitos tanto no âmbito internacional quanto no âmbito interno, desde que ratificados pelos respectivos sujeitos de direito, objetivando atingir interesses em comum e celebrados de livre e espontânea vontade.

São também chamados de pactos, convenções, tratados, acordos, entre outros termos sinônimos de uso livre pelos estudantes e profissionais de Direito.

> A análise da experiência convencional brasileira ilustra, quase que à exaustão, as variantes terminológicas de tratado concebíveis em português: *acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento.* Esses termos são de uso livre e aleatório, não obstante certas preferências denunciadas pela análise estatística: as mais das vezes, por exemplo, *carta* e *constituição* vêm a ser os nomes preferidos para tratados constitutivos de organizações internacionais, enquanto *ajuste*, *arranjo* e *memorando* têm largo trânsito na denominação de tratados bilaterais de importância reduzida. Apenas o temo *concordata* possui, em direito das gentes, significação singular: esse nome é estritamente reservado ao tratado bilateral em que uma das partes é a Santa Sé, e que tem por objeto a organização do culto, a disciplina eclesiástica, missões apostólicas, relações entre a Igreja católica local e o Estado copactuante (grifo do autor)[492].

A Convenção de Viena de 1969 em seu artigo 1º, alínea "a" é despreocupada em relação às tipologias de tratados, dispondo que "tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, **qualquer que seja sua denominação específica** (grifo nosso)".

## 2.2 Requisitos dos tratados internacionais

Segundo a doutrina, para haver a celebração de tratados internacionais, é necessário o preenchimento de requisitos básicos, como a capacidade das partes, a habilitação dos agentes signatários, o consentimento mútuo e o objeto lícito e possível[493]. Os referidos requisitos devem ser cumpridos para que haja a conclusão dos tratados no âmbito internacional, bem como a produção de seus efeitos jurídicos.

Têm capacidade para celebrar acordos internacionais os Estados e as Organizações Internacionais, dentre outros. O Estado é aquele que possui povo, território e poder soberano e é sujeito de Direito Internacional.

> Quanto às *notas características* do Estado Moderno, que muitos autores preferem denominar *elementos essenciais* por serem todos indispensáveis para a existência do Estado, existe uma grande diversidade de opiniões, tanto a respeito de identificação quanto do número. Assim é que SANTI ROMANO, entendendo que apenas a *soberania* e a *territorialidade* é que são peculiares do Estado, indica esses dois elementos. A maioria dos autores indica três elementos, embora divirjam quanto a eles. De maneira geral, costuma-se mencionar a existência de dois elementos *materiais*, o território e o povo, havendo grande variedade de opiniões sobre o terceiro elemento, que muitos denominam *formal*. O mais comum é a identificação desse último elemento com o poder ou alguma de suas expressões, como autoridade, governo e soberania. [...] Com GROPALI surge a afirmação de um quarto elemento, que é a *finalidade*, parecendo-lhe óbvio, em primeiro lugar, que as pessoas só se integram numa ordem e vivem sob um poder, em função de um fim a atingir; em segundo lugar, o Estado, sendo dotado de ordem própria e poder também próprio, é evidente que deverá ter uma finalidade peculiar, que justifique a sua existência (grifo do autor).[494]

As organizações internacionais, inicialmente, não detinham capacidade para concluir tratados internacionais, passando a possuí-la posteriormente, com a prática internacional, e culminando na conclusão da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986. Vale ressaltar, que a conclusão de acordos internacionais pelas referidas Organizações só podem dizer respeito àquilo que consta em seus objetivos[495].

> A doutrina tradicional, baseada na prática dos Estados, ensinava que apenas os Estados soberanos tinham o direito de assinar tratados. Quando em 1924 o Governo do Brasil informou o Secretário-Geral da Liga das Nações de sua intenção de criar em Genebra uma representação permanente a ser dirigida por um Embaixador, tal decisão trazia, *in statu emergente*, o eventual direito da Liga das Nações de firmar tratados (grifo do autor).[496]

Para celebrar um tratado, não basta que a parte seja capaz para tal, mas é requisito básico que detenha poder para tanto. Dessa forma, são definidos, pelo Estado e pelas Organizações Internacionais, por exemplo, indivíduos que exerçam esse encargo e que podem firmar compromissos internacionais em nome dos respectivos entes. Accioly[497] fala da apresentação de plenos poderes para demonstrar a capacidade de obrigar-se ao tratado. Os estados-membros, por exemplo, devem apresentar a Carta de Plenos Poderes firmada pelo Chefe do Poder Executivo para ter a capacidade de concluir tratados no âmbito internacional[498].

O objeto do tratado deve ser lícito e possível, não podendo violar normas já vigentes ou tratar de assuntos expressamente proibidos. É nesse sentido que se pode afirmar que "o consenso de vontade em DIP só deve visar a uma coisa materialmente possível e permitida pelo direito e pela moral"[499].

Por fim, o consentimento deve ser regular, sendo anulável o tratado que tiver sido celebrado com erro, coação, dolo ou outro vício do consentimento. Deve prevalecer, portanto, a livre expressão de vontade entre os agentes signatários. Dessa forma, "o tratado é um acordo de vontades e, como tal, a adoção de seu texto efetua-se pelo consentimento de todos os Estados que participam da sua elaboração"[500].

### 2.3 Procedimento de celebração dos tratados internacionais no ordenamento jurídico internacional

As convenções internacionais passam por procedimentos de celebração tanto no âmbito internacional como no nacional, este elaborado pelo regimento interno do respectivo Estado que quer ratificá-lo. Aqueles podem ser resumidos na negociação, assinatura, ratificação, registro e publicidade.

A negociação é o momento em que há intensa discussão entre as partes acerca da matéria que se deseja convencionar, sendo competentes para realizá-la as autoridades responsáveis por concluir o tratado. Nesse sentido, Paulo Henrique Portela dispõe que "a competência para conduzir negociações envolve a capacidade de coordenar as conversações e a responsabilidade pelas decisões relativas a seus rumos e por seus resultados."[501] O sujeito detém o *treaty-making power*, que se constitui na capacidade de negociar e concluir tratados. Em entendimento contrário, Francisco Rezek ressalta que o *treaty-making power* "não é uma competência negocial: é o poder de determinar, em definitivo, a disposição do Estado em relação ao compromisso"[502].

A assinatura é ato pelo qual se encerra a fase de negociações, não vinculando, ainda, as partes signatárias. Porém, uma vez assinado o acordo, não poderão as partes agir de forma a maculá-lo ou modificá-lo unilateralmente. Depois de assinado, poderá o tratado entrar imediatamente em vigor, ou poderá ser estipulado um tempo depois do qual iniciará a sua vigência.

> Fala-se aqui daquela firma que põe termo a uma negociação – quase sempre bilateral -, fixando e autenticando, sem dúvida, o texto do compromisso, mas, acima disso, exteriorizando em definitivo o consentimento das pessoas jurídicas de direito das gentes que os signatários representam.[503]

A ratificação consiste no ato pelo qual o Estado signatário confirma o interesse em concluir o respectivo tratado e obriga-se a cumprir as normas contidas no mesmo tão logo este esteja em vigor. Rezek conceitua-a como "ato unilateral com que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se"[504]. No Brasil, a ratificação é ato discricionário privativo do Presidente da República, como dispõe o artigo 84, VII e VIII, da Constituição Federal de 1988 dependendo de autorização prévia do Congresso Nacional, segundo o artigo 49, I, do mesmo diploma.

O registro, na prática internacional, não é característica obrigatória para que o tratado gere efeitos jurídicos. Este, segundo o artigo 102 da Carta da ONU, serve para que o tratado seja invocado perante os órgãos das Nações Unidas. O registro é uma forma de dar publicidade à norma internacional, tornando-a conhecida na sociedade internacional, de modo a tornar notório a todos que tais Estados convergiram na ratificação do tratado e se dispuseram a cumprir as normas a ele atinentes[505].

No âmbito interno, especificamente no caso de o Brasil ser o país signatário, o estudo da aprovação dos tratados, remete a Constituição Federal de 1988, diploma normativo superior do ordenamento jurídico brasileiro. Vale ressaltar que o tratado internacional produz efeitos tanto no âmbito internacional como no nacional, sendo sua incorporação regulada pelos ditames que o respectivo Estado signatário dispõe em seu ordenamento. Nesse sentido, é o pensamento de Paulo Henrique Portela:

> A incorporação é regulada pelos respectivos ordenamentos internos de seus entes estatais e, cabe ressaltar, nem sempre é imediata, o que vai depender do modelo que o Direito nacional adote para a internacionalização. Ademais, o acordo só pode produzir efeitos jurídicos quando entrar em vigor na ordem internacional e quando o Estado estiver entre os sujeitos que o ratifiquem.[506]

Neste trabalho, serão abordados apenas os procedimentos relativos aos tratados de direitos humanos, defendendo-se a aceitação da teoria da materialidade constitucional destes e observando-se a possibilidade jurídica de sua aplicabilidade imediata.

#### *2.3.1 Procedimento de celebração dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro*

No Brasil, é competência privativa do Presidente da República a celebração de tratados internacionais, dependendo de autorização prévia do Congresso Nacional, como dispõe a combinação dos artigos 84 e 49 da Constituição Federal[507].

Lembramos que, em primeiro lugar, o tratado começa a ser elaborado no âmbito internacional, por meio da negociação

e da assinatura. Em seguida, o tratado vai para a fase de ratificação, sendo inicialmente apreciado pelo Congresso Nacional, que vai decidir acerca da possibilidade jurídica de sua aceitação em exame pelo plenário das duas Casas congressuais, em um turno de votação em cada casa, devendo ser aprovado pela maioria absoluta dos parlamentares presentes, havendo o quórum da maioria absoluta dos parlamentares. Aprovado o acordo, o Congresso elaborará um decreto legislativo, firmado pelo Presidente do Senado, autorizando a adesão ou ratificação do tratado pelo Presidente da República. Em um segundo momento, o Presidente da República ratificará o tratado e, quando este estiver em vigor no plano das relações internacionais, emitirá um decreto presidencial, promulgando e publicando o tratado no ordenamento jurídico interno.[508] Nos dizeres do doutrinador Pedro Lenza:

Podemos, então, resumir o trâmite de integração da norma internacional no direito interno em quatro fases distintas, a saber:

- **Celebração do tratado internacional** (negociação, conclusão e assinatura) pelo Órgão do Poder Executivo (ou posterior adesão [terceira etapa], art. 84, VIII – Presidente da República);
- **Aprovação** (**referendo** ou **"ratificação"** *lato sensu*), pelo Parlamento, do tratado, acordo ou ato internacional, por intermédio de **decreto legislativo**, resolvendo-o definitivamente (Congresso Nacional – art. 49, I);
- **Troca** ou **depósito** dos instrumentos de **ratificação** (ou **adesão**, caso não tenha tido prévia celebração) pelo Órgão do Poder Executivo em âmbito internacional;
- **Promulgação** por **decreto presidencial**, seguida da **publicação** do texto em português no Diário Oficial. Neste momento o **tratado, acordo ou ato internacional adquire autoexecutoriedade no plano do direito positivo interno**, guardando estrita relação de **paridade normativa com as leis ordinárias** (grifo do autor).[509]

A aceitação de um tratado no ordenamento jurídico pátrio é, portanto um ato complexo dependente de duas vontades diferentes; a do Presidente da República e a do Congresso Nacional. A respeito, o Ministro Celso de Mello afirmou, no julgamento da ADIn 1.480, que:

> O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto.[510]

Uma vez promulgado, observadas as regras para a sua aceitação, o tratado vinculará o país signatário e poderá ser alegado pelos particulares junto aos órgãos jurisdicionais. A sua violação poderá acarretar em sanções impostas pelo próprio país, como também o Estado poderá ser responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento do compromisso.

### 2.4 A hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 é conhecida por ser uma constituição democrática preocupada em preservar e implementar direitos humanos e fundamentais, tendo um rol amplo e em posição de destaque na Carta Magna. Porém, esse rol de direitos e garantias não é exaustivo, segundo o artigo 5º, §2º, do mesmo diploma, dispondo sobre "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Nesse sentido, é possível a atualização da Constituição com outros direitos fundamentais que podem ser incorporados à ordem constitucional, inclusive, por meio de tratados internacionais.

Desta forma, acredita-se, pela observância do artigo 5º, §2º, que os tratados internacionais têm caráter materialmente constitucional[511].

No entanto, o STF, até pouco tempo, entendia que os tratados de direitos humanos tinham status de lei ordinária, podendo ser facilmente derrogados, em caso de conflito, por uma lei interna mais nova ou especial, bem como pelas normas constitucionais, não obstante o artigo 27 da Convenção de Viena de 1969 dispor que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado"[512].

Com o advento da Emenda Constitucional 45, de 2004, acrescentou-se o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, equiparando os tratados internacionais de direitos humanos às emendas constitucionais, desde que respeitado o quórum de aprovação de dois turnos de votação em cada Casa por três quintos dos votos dos membros do Congresso Nacional. É possível agora que os tratados de direitos humanos tenham caráter formalmente constitucional, já que podem ser equiparados a emendas constitucionais[513].

Dentro de um contexto em que as normas internacionais de direitos humanos começam a adquirir um status de maior importância no ordenamento jurídico pátrio, o STF promoveu, em 2007, vigorosa inflexão em seu entendimento, passando a entender pela supralegalidade das normas contidas nos tratados de direitos humanos. Os tratados firmados antes da EC 45/04 passam a ter status de lei supralegal e deixaram de ser leis ordinárias, prevalecendo diante de todas as demais normas nacionais e submetendo-se apenas à autoridade da ordem constitucional. Dessa forma, foi conferida uma maior proteção e relevância dos tratados de direitos humanos. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RE 466.343, afirma que:

> Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de

> um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.[514]

Sinteticamente, aduz Pedro Lenza:

> Dessa maneira, deverão surgir duas espécies do gênero *tratados* e *convenções internacionais*: **a)** aqueles sobre direitos humanos e **b)** aqueloutros que não tratem sobre direitos humanos. Os primeiros se dividem em **a.1)** tratados sobre *direitos humanos* aprovados pelo *quorum* e observância de turnos das emendas constitucionais, tendo a equivalência destas; e **a.2)** os que não seguiram essa formalidade, sendo, segundo o STF, supralegais.[515] (grifo do autor).

Entretanto, há também quem defenda outro entendimento no STF, entendendo que todos os tratados de direitos humanos deveriam ter status de normas materialmente constitucionais, ou seja, sendo equiparados às normas da Constituição, sendo adotada, em caso de conflito entre normas, aquela que melhor beneficie a pessoa humana. Essa teoria é defendida pelo Ministro Celso de Mello. A discussão aqui retratada é objeto dos HC 87.585 e HC 96.722, ambos julgados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O presente trabalho defende esta tese, entendendo que a materialidade constitucional das normas de direitos humanos é o único critério que garante os direitos e garantias fundamentais e que é condizente com os princípios da Constituição Federal, em especial com o princípio da primazia da dignidade da pessoa humana.

## 2.5 A materialidade constitucional das normas decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos

É necessária a análise dos artigos da Constituição Federal de 1988, a fim de justificar a crença na tese da materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos, tendo como base os ditames da mesma que, por sua vez, prezam pela prevalência dos direitos humanos, conforme se verifica pela leitura do artigo 4º, II, do diploma mencionado.

Em um primeiro momento, mister a leitura do artigo 5º, §2º, da Carta Magna de 1988, comumente conhecida como cláusula de abertura. Esta dispõe que: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Desta forma, os direitos expressos nos tratados internacionais podem ser adotados pelo ordenamento constitucional brasileiro, desde que condizentes com suas normas e após o devido processo de ratificação, aprovação e publicação.

Posteriormente, verifica-se a aplicabilidade imediata das normas que versam sobre direitos e garantias fundamentais, expressos no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988. Portanto, após a publicação do tratado internacional de direitos humanos, este passa a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro e tem aplicabilidade imediata, sendo incorporados ao rol de direitos e garantias fundamentais, caracterizando-se em uma norma de eficácia materialmente constitucional.

Cabe, a propósito, ressaltar que, em caso de conflitos entre uma norma internacional e uma norma interna, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, com o objetivo de que se adote aquela norma que melhor beneficie a pessoa humana. Esse é o entendimento de Paulo Henrique Portela, que afirma, em consonância com a melhor doutrina e com os tratados internacionais, que "[...] em caso de conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a ordem jurídica brasileira, deveria ser garantida a aplicação da norma que melhor conferisse a devida proteção ao indivíduo, internacional ou interna"[516].

Portanto, se a Constituição consagra o princípio da primazia dos direitos humanos nas relações internacionais em seu artigo 4º, II, seria correto afirmar que estes não poderiam estar em outro patamar que não o constitucional.

> Nesse sentido, se a Carta Magna garante a "prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais", e se essa "prevalência" implica em assegurar o primado desses valores também no âmbito interno, não podem estar os direitos humanos, no mínimo, e pelo menos em princípio, em outro patamar da ordem jurídica que não o constitucional, nível prevalente da pirâmide hierárquica do ordenamento pátrio.[517]

Ademais, uma vez garantida a prevalência das normas de direitos humanos no ordenamento pátrio, deve ser assegurada a eficácia da norma que melhor proteja a pessoa, segundo o princípio da primazia da norma mais favorável.

Todo esse entendimento é defendido pelo Ministro Celso de Mello no HC 87.585/08 TO. Esse *habeas corpus* tinha como matéria de litígio a prisão por depositário infiel, amplamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro, não obstante a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e incorporado ao direito interno por meio do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992. Vale ressaltar que a questão fora pacificada no ano de 2011, por meio da Súmula Vinculante 25, não mais se aceitando, portanto, a prisão civil do depositário infiel no Brasil. Nesse sentido, em seu voto de defesa, o Ministro Celso de Mello no referido HC, quando ainda se discutia a possibilidade da prisão, ressalvou o desafio de garantir a máxima eficácia entre declarações internacionais e constitucionais, *verbis*:

> Vê-se, daí, considerado esse quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.[518]

Ao longo de sua dissertação no voto do HC, o ministro salienta a diferença entre a teoria da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, defendida por Gilmar Mendes e a teoria da materialidade constitucional defendida por sua pessoa e diversos doutrinadores. Em suas palavras:

> [...] os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebrados pelo Brasil antes do advento da EC 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.[519]

Neste sentido, tem-se o entendimento de Celso Lafer:

> Explico-me, observando que entendo, por força do parágrafo 2º, do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental.[...] Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45 não são meras leis ordinárias, pois têm hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.[520]

Por fim, o Excelentíssimo Senhor Ministro do STF mudou seu entendimento, aceitando a teoria da materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos, deferindo o pedido de habeas corpus para invalidar a ordem judicial de prisão civil decretada contra o paciente.

Posteriormente, o Ministro Celso de Mello passou a aprofundar a noção de primazia da norma mais favorável. Inicialmente, isso ocorreu dentro do julgamento do HC 90.450/MG, em cujo voto referido Ministro indica que o princípio da primazia da norma mais favorável deve funcionar como "critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário"[521], afirmando que

> Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.[522]

O Ministro Celso de Mello voltaria ainda a defender a ampla aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável no julgamento do HC 96.772/SP:

> HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.[523]

À guisa de conclusão, correta seria a aplicação no ordenamento jurídico pátrio da teoria da materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos, visando à eficácia do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. Justifica-se a defesa da teoria em questão fundamentando-se nos valores consagrados pela Carta Magna brasileira, no sentido da primazia da condição mais benéfica ao ser humano, em prol de proteção da sua dignidade, valor básico a ser resguardado pela ordem constitucional, como evidenciam os Princípios Fundamentais da Carta Magna. Caso o tratado internacional de direitos humanos seja mais benéfico que a norma interna, aquele deveria ser aplicado no caso concreto, beneficiando a vítima, uma vez que, segundo Marmelstein:

> [...] essa tese de que a norma a ser aplicada deve ser sempre a que melhor prestigia a dignidade humana, é muito mais compatível com a ideia de que nenhuma norma, seja constitucional, seja internacional, deve ser interpretada no sentido de excluir o reconhecimento de outros direitos e garantia que sejam mais benéficos ao ser humano. Nenhuma declaração de direito, seja de que hierarquia for, pode servir como desculpa para imobilizar o caráter expansivo e progressivo dos direitos fundamentais.[524]

Pode-se afirmar, então, que os tratados de direitos humanos constituem numa forma de melhor assegurar direitos às pessoas, devendo prevalecer, caso se mais benéfica, diante de uma norma constitucional, se esta não for tão favorável quanto. Segundo Rawls: "Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por esta razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros"[525].

Nesse sentido, segundo Antonio Augusto Cançado Trindade, é necessário nos livrar das:

> [...] amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas: nesse campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui, em constante interação, a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou direito interno.[526]

Por fim, defende-se a teoria da materialidade constitucional

dos tratados de direitos humanos, no qual a norma contida no tratado internacional possui status de norma constitucional, incorporando-se ao ordenamento jurídico pátrio, bem como prevalece em caso de conflito a norma mais benéfica ao indivíduo no caso concreto, efetivando-se, assim, direitos humanos e fundamentais.

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

O seguinte estudo constitui em uma pesquisa teórica, bibliográfica e jurisprudencial. É teórica e bibliográfica, pois a investigação se deu por meio da leitura de matérias já publicadas em livros, periódicos, artigos, dissertações, entre outros. É jurisprudencial, pois a construção dialética da defesa apresentada neste trabalho se deu através da observância dos principais julgados a respeito do tema, em especial, aqueles referentes à Suprema Corte.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Extrai-se como resultado da pesquisa que a teoria da materialidade constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos é a melhor opção, no sentido de que se encontra condizente com os preceitos da Constituição Federal de 1988, esta que, por sua vez, defende exaustivamente a prevalência dos direitos humanos, primando pela proteção e efetivação desses direitos.

Garantida a constitucionalidade material das normas internacionais de direitos humanos, a interpretação da norma constitucional brasileira deveria guiar-se pela aplicação daquela norma que melhor beneficiasse o indivíduo, dentro de sua qualidade como pessoa humana, a fim de que seus direitos não fossem violados por meras tecnicalidades das normas. Dessa forma, já que a CF/88 admite a abertura de seu rol de garantias e direitos fundamentais a outros valores, desde que condizentes com o seu conteúdo programático, correta a aplicação de normas que melhor protegessem o indivíduo no caso concreto.

Endossa-se a teoria da materialidade constitucional de direitos humanos, afirmando-se a sua importância na proteção e efetivação dos direitos humanos, bem como seu respeito aos preceitos da Constituição Federal Brasileira de 1988.

## 5 CONCLUSÃO

Conclui-se, nesse sentido, pela aceitação da teoria da materialidade constitucional dos direitos humanos, inclusive, concretizando-a por meio de norma expressa na Constituição Federal de 1988, a exemplo das Constituições da República da Venezuela e da República da Bolívia, de modo a dar mais segurança constitucional em relação a essa matéria, ainda em discussão nas instâncias superiores.

O ordenamento jurídico pátrio é unânime ao defender a primazia dos direitos humanos, cabendo aos doutrinadores, juristas e estudantes de Direito endossá-lo a fim de que possa ser melhor efetivado e protegido, principalmente àqueles que não tem o conhecimento necessário da matéria de direito, inclusive desconhecendo aqueles direitos que lhes são inerentes, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Portando, urge-se a defesa, a priori, da referida teoria, sopesando valores no caso concreto, de forma a escolher aquele que melhor beneficie as partes litigantes.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E Nascimento e. **Manual de Direito Internacional público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos:** Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Tratados internacionais de direitos humanos**: análise à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil. 2007. 310 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Fortaleza, 2007.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado:** incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público:** curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. ANAIS DO VI SEMINÁRIO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 1997, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: UERJ, 1997.

# O DELINEAMENTO DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA PELO STF A PARTIR DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA

*Rebeca Falcão Lopes Mourão, autora60**
*Victória Pirâmides Coura Martins de Loyola, coautora61***
*Juraci Mourão Lopes Filho, professor orientador62****

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO.** 2.1 O Estado Federal; *2.1.1 Origem e evolução; 2.1.2 Componentes do Estado Federal;* 2.2 A Autonomia dos Entes Federados; 2.3 Princípio da simetria; *2.3.1 Conceito. 2.3.2 Estudo de casos da aplicação do princípio da simetria pelo STF;* 2.3.2.1 Princípio da simetria e o processo legislativo; 2.3.2.2 Poder Judiciário; 2.3.2.3 Poder Legislativo; 2.3.2.4 Poder Executivo; 2.3.2.5 Funções essenciais à Justiça; 2.3.2.6 Tribunal de Contas; 2.3.2.7 Instituição de medida provisória. **3 METODOLOGIA DA PESQUISA. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

No Brasil, é adotado o sistema federalista, em que há uma maior descentralização do poder, dando aos entes federativos uma certa autonomia. Essa autonomia é restringida pela utilização do princípio da simetria pelo Supremo Tribunal Federal, que é o órgão protagonista do nosso sistema Judiciário nas resoluções das controvérsias entre os entes. O princípio da simetria consiste em estabelecer que as normas de âmbito federal devem ser observadas pelos Estados-membros e pelos Municípios. A partir disso, pretende-se buscar e entender a aplicação do princípio da simetria pelo STF. A pesquisa será do tipo bibliográfica, por meio de consulta a livros, revistas científicas, magazines, jornais, *sites* etc, documental, por intermédio da análise de documentos oficiais relacionados ao tema. Como resultado do presente trabalho, pretende-se a exposição, para uma melhor compreensão, do princípio da simetria dentro do âmbito federativo brasileiro. Conclui-se que o princípio da simetria atenta contra a descentralização do poder imposta pelo modelo federalista adotado pelo Brasil e que, ao ser aplicado pelo STF, será usado de maneira ilimitada e como argumento político.

**Palavras-chave:** Estado Federal. Princípio da Simetria. STF.

60 *Aluna do 5º semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus, voluntária da Iniciação Científica da referida Instituição. Endereço eletrônico: rebeca_mourão@hotmail.com

61 **Aluna do 5º semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus, bolsista da Iniciação Científica da referida Instituição. Endereço eletrônico: victoriapiramides@hotmail.com

62 ***Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito e Processo Constitucional da Faculdade Christus – Graduação e Pós-graduação. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado. Endereço eletrônico: juracimourao@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O modelo clássico de Estado Federal surgiu nos Estados Unidos da América, objetivando uma descentralização do poder. A partir desse modelo, o Brasil desenvolveu seu federalismo. Ao contrário do que aconteceu no EUA, o federalismo brasileiro ocorreu por desagregação, tendo que o poder que era concentrado nas mãos do rei, passou a ser descentralizado, dando uma maior autonomia aos entes federativos.

Com adoção desse modelo de federalismo surgiu a necessidade da criação de um órgão para a definição dos contornos do Estado Federal brasileiro, denominado Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário. A mais importante função desse órgão máximo é proteger a Constituição, base de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

O STF possui como ideia básica que a autonomia estadual possuía limites. Para limitar essa autonomia, a Suprema Corte se utiliza do princípio da simetria, em que o modelo estadual deve reproduzir o modelo federal.

Devido ao fato desse princípio não estar expresso na Constituição Federal e não haver muitos estudos doutrinários sobre ele, a aplicação desse princípio é motivo de polêmicas até mesmo nas jurisprudências do Supremo.

Justifica-se esta pesquisa pela ideia de que, cada vez mais, o Supremo está utilizando o princípio da simetria em suas decisões judiciais, decidindo pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis e constituições estaduais, desde a matéria de processo legislativo, passando pelas prerrogativas do Executivo, bem como do funcionamento do Judiciário e dos Tribunais de Contas. Sendo que isso é algo preocupante, pois atenta contra intenção descentralizadora da CF/88.

O presente artigo possui dentre seus objetivos, a análise do princípio da simetria, comparando-o com o regime constitucionalista básico da federação brasileira, a análise do princípio da simetria nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a análise dos efeitos da aplicação do princípio da simetria sobre a autonomia dos Estados-membros.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 O Estado Federal

#### *2.1.1 Origem e evolução*

A versão do federalismo, atualmente denominada clássica, foi idealizada pelos norte-americanos em 1787, quando reunidos em Convenção na Filadélfia. A ideia de Estado Federal foi desenvolvida com base nos ideais iluministas, que repudiavam a concentração de poder, e pregavam a construção de uma nova nação a partir da descentralização desse, dando, assim, aos entes federativos uma maior autonomia.

O Estado Federal norte-americano adotou uma espécie de federalismo dual, no qual não há interferência de um ente na área de atuação do outro, havendo, assim, uma independência no campo de atuação do ente federativo.

Este Estado possui formação histórica por agregação, em que antes os entes federativos possuíam soberania, ou seja, ampla liberdade política e jurídica, e, ao se unirem entorno de uma Constituição fundamentada, renunciaram à soberania. E quanto ao equilíbrio entre as unidades, é um Estado assimétrico, tendo cada unidade federativa tratamento diferenciado.

Com o New Deal, política intervencionista que foi implantada para enfrentar os problemas vividos no período da Grande Depressão, houve uma centralização do poder, conferindo à União poderes que não estavam expressos na Constituição, surgindo, assim, a teoria dos poderes implícitos. Após um período, a Suprema Corte decidiu impor limites a esses poderes concedidos à União.

O federalismo, segundo Marcelo Labanca, "seria, por excelência, uma forma de estado descentralizado politicamente que conseguiria reunir a chamada diversidade em uma unidade. A federação seria, pois, a melhor forma de preservar as assimetrias existentes entre as unidades federadas"[527]

Esse sistema adotado pelo Brasil proporciona um estudo da aplicação das relações simétricas e assimétricas nos estados-membros. De início, o Brasil adotou uma federação simétrica, onde qualquer dos entes deve possuir regime constitucional igual ao da União, independentemente de distinções. Mas ao compararmos os Estados-membros e os Municípios temos uma federação assimétrica, pois os últimos não possuem Judiciário nem representação no Senado Federal. Para suprir essa assimetria, o STF se utiliza do princípio da simetria.

Este modelo federalista adotado pelo Brasil possuiu formação histórica por desagregação, já que o poder era totalmente concentrado na Monarquia e ao implantar o Estado Federal houve uma descentralização do poder. Ao mesmo tempo, quanto à divisão de competências, foi adotado o federalismo cooperativo, em que os entes federativos atuam de maneira conjunta, em geral, por coordenação de um ente federal.

### *2.1.2 Componentes do Estado Federal*

Apesar de haver divergências quanto ao real conceito de federação, o que, de fato, irá importar no federalismo brasileiro é a presença dos elementos que o constituem.

O primeiro elemento é a Constituição, a qual servirá como base jurídica para o Estado. Todos os aspectos gerais, fundamentos e embasamentos de um Estado Federal se originam de uma Lei Maior. Cabe ressaltar, contudo, que ela deverá ser formal, rígida e escrita, estabelecendo, consequentemente, uma repartição vertical e horizontal do poder e garantindo estabilidade suficiente para sustentar todo o mecanismo de uma real federação.

O segundo elemento é a autonomia dos entes federativos que se constitui basicamente da edição das constituições estaduais e das leis orgânicas municipais e distrital, mas a evidência desse poder não dispensa a presença dos outros para caracterizar por completo a autonomia dos entes federativos. Esses entes possuem os poderes de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração.

O terceiro elemento é a ausência do direito de secessão, ou seja, de separação. Todos os entes federativos e qualquer particular que tente sair da estrutura federativa estarão sujeitos à punição. Essa consequência se justifica pela Constituição Federal ser fundamento da federação, inexistindo o direito de secessão.

O quarto elemento é a competência tributária própria e o quinto é a distribuição constitucional de rendas, as quais irão demandar uma independência financeira. Essa deverá surgir concomitantemente com o Estado, visto que cada ente terá sua própria estrutura com as suas respectivas necessidades e gastos públicos. Em outras palavras, com a existência do Estado, surge também todas as obrigações financeiras que exigem recursos para mantê-la.

O sexto elemento diz respeito à formação da vontade nacional por parte dos entes federados que, em outras palavras, é a atuação do Senado Federal.

A partir da proclamação da República até hoje, mantém-se o mesmo modelo o qual presenciamos de forma expressa na Constituição Federal nos artigos 45, 46 e 52, por exemplo, podemos verificar respectivamente a composição da câmera dos deputados, a composição do senado federal e atribuições privativas.

O sétimo elemento é a existência de um Tribunal com competência constitucional de última instância representado pelo Supremo Tribunal Federal aqui no Brasil que ocupa o topo da pirâmide. Ele terá como objetivo principal a "guarda da constituição" decidindo sobre os conflitos federativos através de mediações e sopesamentos.

O oitavo e último elemento, por fim, é a repartição constitucional de competência. Elas foram distribuídas de acordo com o âmbito de interesse local de cada ente federativo. Quanto ao objeto, dividiram-se em competência material e legislativa (normativa), quanto ao modo de exercer privativos, exclusivos, concorrentes, residuais, suplementares e comuns.

Logo, cada elemento contribuirá de uma forma relevante, significativa e indispensável para a estrutura da Federação.

## 2.2 A Autonomia dos Entes Federados

A autonomia dos entes periféricos é, dentre os elementos anteriormente mencionados, o de maior relevância para o estudo do tema. A autonomia dos entes federativos se constitui a partir da publicação das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas Municipais e Distrital. Esses entes possuem os poderes de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração.

A auto-organização se constituirá no exercício dos entes federativos definirem, nas constituições do Estado e nas leis municipais, suas instituições básicas e fundamentais, seu funcionamento e modo de se relacionar. O STF ao utilizar-se do princípio da simetria para "obrigar os entes periféricos a seguir o mesmo modelo federal"[528], estabelece que deve haver simetria entre as partes, ao contrário do que a ideia de federação prega, que seria a assimetria.

A autolegislação consiste na elaboração de normas jurídicas de acordo com suas respectivas competências. Assim, é

> Importante destacar que o processo legislativo das unidades federativas deve seguir o padrão federal. Já assentou o Supremo Tribunal Federal que as normas

> constantes na Constituição Federal sobre o assunto são princípios extensíveis de compulsória observância. Mais uma vez, o princípio da simetria foi o fundamento utiliza para impor mais essa restrição à autonomia de estados-membros, Distrito Federal e Municípios no Brasil[529].

O autogoverno, que como o próprio nome diz, é um governo de si próprio, cabendo aos entes federativos determinarem seus objetivos por meio de suas decisões e, por fim, E a autoadministração que consistirá no conjunto de atividades administrativas necessárias durante o exercício das competências.

Todos esses poderes, em conjunto, irão garantir a autonomia dos entes federativos. Essa autonomia é representada pela divisão de competências. As competências legislativas da União, dos Municípios e do Distrito Federal são encontradas taxativamente na Constituição Federal, enquanto as dos Eatados-membros são residuais, motivo pelo qual devem ser estudadas separadamente. Dentre essas últimas, destaca-se a competência constituinte decorrente dos Estados-membros, a partir da qual surgiu o princípio da simetria.

## 2.3 Princípio da simetria

### *2.3.1 Conceito*

A palavra simetria demonstra uma ideia de ordem, organização, perfeição, enquanto a assimetria nos demonstra o oposto. Segundo Aristóteles, a simetria seria alcançada a partir de uma simetria entre os direitos envolvidos.

O princípio da simetria estabelece que as normas de âmbito federal devem ser observadas pelos Estados-membros e pelos Municípios, servindo como um instrumento de restrição da autonomia dos entes periféricos, utilizado pelo STF. Ele ajuda o intérprete a identificar normas constitucionais federais as quais têm a possibilidade de serem refletidas no plano estadual. Cabe ressaltar, porém, que não seria possível determinar a realização de algo federal para o plano estadual sem que exista uma harmonização dos poderes.

Esse princípio pode ser visto como Direito positivo ou como princípio de hermenêutica. Ele será entendido como Direito Positivo quando for usado como parâmetro para declarar a inconstitucionalidade de uma lei e como princípio de hermenêutica quando for um meio pelo qual uma norma busca parâmetro dentro constitucional.

### *2.3.2 Estudo de casos da aplicação do princípio da simetria pelo STF*

O princípio da simetria, por ser de grande relevância, sua aplicação será analisada no processo legislativo e nos três poderes, mas, também, serão levadas em consideração as funções essenciais à Justiça, o Tribunal de Contas e a instituição de medidas provisórias.

#### *2.3.2.1 Princípio da simetria e o processo legislativo*

Em matéria de iniciativa do processo legislativo, a jurisprudência é firme quanto ao uso do princípio da simetria para que seja reproduzida para o plano local a estabelecida no plano federal. Para reforçar essa afirmação cabe a análise de algumas decisões jurisprudenciais do STF.

Na ADI 1994/ES, o STF decidiu que não cabe a iniciativa parlamentar de leis sobre a criação e extinção de cargos nos Tribunais de Contas estaduais, sendo essa própria desses Tribunais, como ocorre para o Tribunal de Contas da União. Decisão embasada na leitura do artigo 73, combinado com o 96, inciso II, alínea *b*, ambos da Constituição.

Já na ADI 3.180/AP, o Supremo julgou, utilizando-se do princípio da simetria, que é necessário que a iniciativa de lei para a criação e a extinção de ministérios e órgãos da administração pública seja do chefe do executivo estadual, ou seja, do governador, já que, no âmbito da União, essa iniciativa é do Presidente da República.

#### *2.3.2.2 Poder Judiciário*

Na ADI 2012/SP, a lei estadual que restringia a participação nas eleições diretas para presidente de tribunal local para somente os membros efetivos do Tribunal, foi declarada como uma violação estadual a uma norma de preordenação institucional, já que no artigo 96 da Constituição Federal, que organiza não somente os Tribunais federais como os estaduais, determina que todos os membros vitalícios da magistratura local poderão participar das eleições. Assim, o princípio da simetria não pode ser enquadrado nesse caso, já que o mencionado dispositivo expressamente regula tanto os Tribunais federais como os estaduais e esse princípio somente poderia ser aplicado em tal caso se o mencionado artigo regulasse somente os Tribunais federais, para que, então o princípio estendesse a regulamentação para os Tribunais estaduais.

O STF estabelece que o modelo de separação dos poderes definido no âmbito federal, utilizando-se do princípio da simetria, deve ser reproduzido em âmbito estadual. Nas ADI's 98/MT e 183/MT, o Excelso Pretório "decidiu pela inconstitucionalidade de controle externo do Poder Judiciário operado por colegiado de formação heterogênea e participação de agentes ou representantes dos outros poderes"[530] no âmbito estadual, visto que, no período do julgamento, o âmbito federal não contava com nenhum tipo de órgão de formação heterogênea, ficando, assim, os estados-membros impedidos de criar tal órgão para que pudessem exercer o controle externo.

#### *2.3.2.3 Poder Legislativo*

Na ADI 1.140/RR, o STF estabeleceu que não caberá ao Poder Legislativo estadual julgar as contas do Tribunal de Contas estadual, do Tribunal de Justiça, do Ministério Público e do próprio Poder Legislativo, visto que tal função caberá ao Tribunal de Contas da União. Isso se deve ao fato do Poder Legislativo federal somente poder julgar as contas do Presidente da República, podendo, então, o Poder Legislativo estadual julgar somente as contas do governador.

Na ADI 792/RJ e na ADI 793/RO, o STF julgou que o artigo 57, §4º, norma federal que proíbe a reeleição de membro de mesa do Legislativo dentro da mesma legislatura, não seria de reprodução obrigatória, deixando tal decisão a critério dos Estados-membros.

#### *2.3.2.4 Poder Executivo*

Na ADI 910/RJ, o STF entendeu que, por caber ao chefe do Poder Executivo federal, a expedição de decretos e regulamentos para que haja a fiel aplicação das leis, no plano

estadual, essa competência caberá aos governadores, que por ser competência privativa não poderá ser delegada.

Na ADI 3.853/MS, a Corte julgou não haver mais motivos para a existência de uma norma que estipule pensão vitalícia para ex-governadores, já que essa, com base no princípio da simetria, reproduzia norma vigente na Constituição de 1969, que não foi recebida pela Constituição de 1988.

#### *2.3.2.5 Funções essenciais à Justiça*

Quando a Constituição quer estender poderes aos estados-membros, ela diz expressamente, mas o próprio STF reconhece que, mesmo que a Carta Magna não determine expressamente, há outros dispositivos que são próprios da organização da União que devem ser estendidos aos estados-membros.

Na ADI 3.022/RS, a Suprema Corte julgou que a defensoria pública estadual deve seguir o modelo da defensoria pública federal. Já na ADI-MC 1.679/GO, a Corte decidiu que não se aplica o princípio da simetria quanto à criação de uma Procuradoria da Fazenda Estadual, visto que os procuradores do estado e do Distrito Federal sempre atuarão em unidades federadas.

#### *2.3.2.6 Tribunal de Contas*

De acordo com decisão do STF, na ADI 793/RO e na ADI 1994/ES, quando se trata da aplicação do princípio da simetria no Tribunal de Contas do Estado, existirá uma reprodução do modelo preconizado pela Constituição para o Tribunal de Contas da União.

#### *2.3.2.7 Instituição de medida provisória*

De acordo com o art.62 da Constituição Federal, "podem os Estados-membros editar medidas provisórias em fase do princípio da simetria, obedecidas as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União". Na ADI 425/TO, o Supremo entende que é uma faculdade dos Estados-membros de instituir ou não medidas provisórias. Assim, o princípio da simetria será utilizado para legitimar a instituição tais medidas, quando utilizadas pelos Estados-membros. Mas caso esses decidam não utilizá-las, não incorrerão em inconstitucionalidade por omissão.

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A pesquisa será do tipo bibliográfica, por meio de consulta a livros, revistas científicas, magazines, jornais, *sites* etc, documental, por intermédio da análise de documentos oficiais relacionados ao tema. Sua finalidade é nos colocar em contato direto com tudo aquilo que irá abranger o tema em estudo, com a intenção de não impedir aos cientistas de reforçar a análise de suas pesquisas e/ou manipular suas informações. A bibliografia pertinente nos oferece os meios necessários para definir e resolver, mas não só os problemas já conhecidos como explorar áreas desconhecidas, nas quais há problemas que ainda não estão ainda cristalizados. Por meio desses materiais, realizaremos o levantamento das jurisprudências nos tribunais, das normas e das doutrinas. Esse método consistirá em coletar as informações de tribunais a respeito da resolução de determinado caso, para, assim, se chegar a uma conclusão. Então, essa análise terá como vantagem proporcionar o entendimento das inclinações em relação às demais possibilidades de solução e nos posicionamentos em relação ao problema, os quais podem ou não serem adotados.

A realização desses métodos tem como objetivo principal o estudo de uma hipótese. Essa seria se o princípio da simetria foi desenvolvido em desalinho aos vetores axiológicos da Constituição de 1988, ocasionando exagerada restrição da autonomia dos entes periféricos. E por meio dela estudar a atuação desse princípio nos três poderes.

## 4 CONCLUSÃO

Conclui-se diante do exposto, que o princípio da simetria é o instrumento utilizado pelo Supremo para limitar os poderes de auto-organização e autolegislação dos entes federativos e diminuir a assimetria existente entre os Municípios e Estados-membros. Apesar desse princípio ir de encontro com a descentralização estabelecida no Brasil, ao adotar o modelo federalista, ele vem sendo cada vez mais utilizado pela Suprema Corte, o que acaba por gerar grande polêmica até mesmo entre os Ministros do Supremo. Assim, tem-se que não há homogeneidade quanto ao entendimento sobre a aplicação desse princípio.

Por fim, entendemos que o STF aplica o princípio da simetria como forma de reprodução de uma norma federal, sem que haja justificativa para a aplicação de tal princípio. Ou seja, quando se define a decisão judicial sobre determinado assunto por intermédio do princípio da simetria, o Supremo estabelece que a norma federal deve ser reproduzida em âmbito estadual, sem que haja nenhuma exposição dos motivos do que o levou a tal decisão. Então, temos que o princípio da simetria não possui limites em sua aplicação, sendo usado quando a Corte julgar necessário.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Jurisdição Constitucional e Federação:** o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. **A forma federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal pós-constituição de 1988.** Porto Alegre: Nubia Fabris, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal.** 19. ed. São Paulo: Ática, 1986.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **As Competências do Município na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas na Constituição e nos precedentes do STF.** Fortaleza: Juspodivm, 2011.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico.** 7. ed. São Paulo: Atlas,

2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de**. Direito Constitucional.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico.** 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

# OS JÚRIS SIMULADOS À LUZ DOS ELEMENTOS PERSUASIVOS

*Rebeca Garcia Guerreiro, autora*[63]
*Fayga Silveira Bedê, professora orientadora*[64**]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO**. 2.1 Os Júris Simulados na Disciplina de Tópicos Especiais em Direito I; 2.2 Os Elementos Persuasivos nos Júris Simulados. **3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.**

## Resumo:

Os júris simulados são uma proposta dentro da disciplina de Tópicos Especiais em Direito I. A referida proposta é estimular os alunos a adquirirem habilidades discursivas necessárias às carreiras jurídicas. São realizados dois júris simulados durante o semestre. No primeiro júri, os alunos fazem a dramatização de um *hard case* e depois julgam os acusados. No segundo júri, há um exercício lógico-dialético, em que os estudantes julgam paradigmas políticos, sociais, econômicos e jurídicos da atualidade. Estudantes entrevistados mostraram suas impressões da atividade do segundo júri. Os debates foram analisados à luz dos três elementos da persuasão: o *ethos*, o *pathos* e o *logos*. O *ethos*, palavra grega, significa hábito e está relacionado com a adequação do orador à plateia. O *pathos*, palavra grega, significa paixão e é a inserção da emoção no discurso como modo de convencimento. O *logos*, palavra grega, significa conhecimento e se trata do conteúdo dos argumentos.

**Palavras-chave:** Júris Simulados. Tópicos Especiais em Direito I. Elementos da Persuasão.

63 Aluna do 5° semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus e monitora da disciplina de Tópicos Especiais em Direito I. Endereço eletrônico: bek_garcia@hotmail.com

64 ** Professora da disciplina de Tópicos Especiais em Direito I, orientadora do presente trabalho e doutora em Sociologia. Endereço eletrônico: faygabede@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Será apresentado, no presente artigo, um panorama dos Júris Simulados, julgamentos mediados pelo professor e realizados pelos alunos, os quais se dispõem a defender determinada tese, escolhida pelo mediador, a partir de experiências vividas na condição de aluna da disciplina de Tópicos Especiais em Direito I, jurada e monitora no período de 2010.1 a 2012.1.

O tema será analisado à luz dos três elementos persuasivos: o *logos*, o *pathos* e o *ethos*, fazendo-se referências a autores diversos, mediante um estudo cruzado entre a teoria argumentativa referia e a prática dos júris simulados.

Desse modo, pretende-se trazer à pauta a importância do estudo das técnicas argumentativas durante o curso de Direito, que, aliadas à experiência, possibilita o desenvolvimento de habilidades fundamentais às profissões jurídicas, principalmente a contextualização do objeto a ser debatido e o manejo da palavra oral ou escrita.

A problemática que desencadeou o surgimento deste trabalho se encontra no estudo dogmático-jurídico, que apenas reproduz leis, doutrinas e jurisprudências, não havendo ainda espaço para a discussão dentro da sala de aula durante a maior parte do curso. O presente trabalho almeja, portanto, inquietar a comunidade científica, pois devem ser buscadas novas formas de aprendizado pelos professores, como a do tema deste artigo, a fim de possibilitar aos estudantes as competências necessárias para a carreira jurídica, devendo-se resgatar conceitos antigos e, ao mesmo tempo, novos, amalgamando-os de maneira a inserir profissionais preparados na realidade social.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

O objeto da presente pesquisa será tratado no referencial teórico em dois tópicos. No primeiro tópico, será apresentada a atividade no âmbito da disciplina que a integra, e, no segundo tópico, será abordada a pesquisa cruzada entre a teoria da argumentação nos elementos persuasivos e os júris simulados. As duas subdivisões serão tratadas com vistas a analisar os valores substanciais e metodológicos agregados aos alunos.

### 2.1 Os Júris Simulados na Disciplina de Tópicos Especiais em Direito I

A disciplina de **Tópicos Especiais em Direito I**, ministrada no 1º semestre do Curso de Direito, tem como um de seus principais objetivos o desenvolvimento de habilidades e competências discursivas, partindo da premissa de que o instrumento de trabalho nas carreiras jurídicas, por excelência, é a palavra, oral ou escrita.

Para tanto, a disciplina se vale de uma gama de metodologias alternativas, que aliam arte e ciência, a fim de dar aos alunos uma bagagem cultural mais ampla. Porém, a proposta mais importante da cadeira é apresentada na forma dos júris simulados, que acontecem duas vezes, ao longo da disciplina.

No primeiro júri, os alunos fazem uma dramatização de um **hard case** e depois julgam os acusados. No segundo, há um exercício lógico-dialético, em que os estudantes **julgam** paradigmas políticos, sociais, econômicos e jurídicos da atualidade.

O estudante Lucas Ernesto [3º semestre] explica que os júris simulados atendem às expectativas de calouros que chegam ao Curso de Direito sequiosos por vivenciarem experiências concretas do mundo jurídico. Para Lucas, a disciplina de Tópicos Especiais em Direito I desenvolve o júri simulado, uma atividade que, além de estimular a oratória e combater a timidez dos alunos, oferece um pouco do que a garotada espera: a discussão, o debate. Nesse momento, muitos pensam é isso que eu quero, outros veem que não é aquilo que desejam.[531] Vê-se a inquietação dos alunos em relação à oratória. No início, é exatamente o que muitos procuram, mas a experiência também aproxima o aluno do futuro jurídico,

possibilitando-lhe enxergar, embora sem muita nitidez, um indicativo do curso como vocação ou não.

Nesse mesmo sentido, Glauton Rogis [aluno do 2o semestre] corrobora a fala do colega: Vejo esta atividade como uma das mais importantes no curso, pois acredito ser um divisor de águas para aqueles que ainda estão em dúvida quanto a sua profissão. E, para os que estão certos de sua escolha, servirá de combustível para seguirmos firmes nesta caminhada[532].

Já Vicente Araújo [aluno do 3º semestre] ressalta os ganhos positivos para uma formação acadêmica mais completa: Passar por essa experiência é desenvolver seu poder de raciocínio rápido, obrigando os estudantes a fazerem um estudo prévio de todos os assuntos que tenham conexão com o direito a ser defendido, como aspectos econômicos, físicos, sociais, tudo que for necessário para desenvolver seu poder de argumentação.[533] Caio Policarpo Nicolau [aluno do 2º semestre] reafirma a importância do uso dessa metodologia por ocasionar crescimento exponencial na consolidação do aprendizado acadêmico e fomentar o pensamento crítico em face de parâmetros sociais[534]**.**

A disciplina de Tópicos I se vale dos júris e de um amplo espectro de métodos alternativos, a fim de estimular a capacidade crítica e interpretativa, umas das mais trabalhadas no programa, seja devido à complexa realidade social que os futuros profissionais enfrentarão, seja como preparação para o Exame Nacional de Desempenho do Estudante (ENADE).

A proposta é introduzir temas densos de forma dinâmica e interativa, demonstrando que estudar pode ser uma experiência atrelada ao divertimento e ao prazer. É a opinião de Lucas Ernesto: **De maneira lúdica, a professora Fayga Bedê, titular da disciplina, vem conseguindo estimular seus alunos e, consequentemente, formar bons profissionais[535]**. E Caio Policarpo vem somar-se a ele: **A matéria de Tópicos Especiais em Direito I é um convite que a Faculdade Christus faz aos seus alunos, para que possam viajar nas mais inesquecíveis atuações que um universitário da área jurídica pode vivenciar. Assim, o universo jurídico torna-se admirável, pois a capacidade de argumentar, bem como o poder de persuasão** são preciosidades na formação do futuro operador do Direito[536]**.**

Pode-se perceber, portanto, o estímulo ao conhecimento que a proposta metodológica dos júris possui, alcançando os alunos com uma dinâmica produtiva, além de almejada por eles.

### 2.2 Os Elementos Persuasivos nos Júris Simulados

O intuito do julgamento simulado é trabalhar o convencimento. Procura-se lançar argumentos que produzam uma reação de posicionamento positivo para o que foi discorrido. Fala-se, então, em persuasão, que vem do verbo persuadir, cuja origem latina é *persuadere*, que quer dizer levar a crer ou a aceitar[537]. A persuasão possui três elementos principais: o ethos, o pathos e o *logos*.

O ethos, palavra grega, que significa hábito, está relacionado àquele que emite a mensagem, quem fala. Este aspecto da persuasão pode ser construído de modo que se crie um personagem de si no discurso, a fim de persuadir a plateia. Erving Goffman , em seu livro "A Representação do Eu na Vida Cotidiana", aborda o ethos na definição do contexto em que o ator [aquele que cria o personagem de si no discurso] irá transmitir seus argumentos, pois a certa situação se ajustará determinada conduta, demonstrando uma relatividade das plateias a que o ator deverá se adequar:

> Independentemente do objetivo particular que o indivíduo tenha em mente e da razão desse objetivo, será do interesse dele regular a conduta dos outros, principalmente a maneira como o tratam. Este controle é realizado principalmente através da influência sobre a definição da situação que os outros venham a formular. O indivíduo pode ter influência nesta definição expressando-se de tal modo que dê aos outros a espécie de impressão que os levará a agir voluntariamente de acordo com o plano que havia formulado. Assim, quando uma pessoa chega à presença de outras, existe, em geral, alguma razão que a leva a atuar de forma a transmitir a elas a impressão que lhe interessa transmitir[538].

Desse modo, a manipulação das próprias ações pelo orador, quando está sendo minuciosamente analisado pelos seus ouvintes, possui um grande efeito de convencimento, pois não só a lógica do discurso será avaliada, mas também a eloquência das maneiras do orador.

O ethos não abrange apenas o **como falar**, mas o **como se portar**, constituindo todo o comportamento externado pelo ator a fim de conseguir a confiança da plateia em relação à sua capacidade e ao seu caráter. Um exemplo ligado aos alunos pode ser dado. O primeiro júri simulado da disciplina de Tópicos Especiais em Direito I é **O Caso dos Exploradores de Cavernas**, que julga quatro exploradores que, presos em uma caverna, sem provisões, sacrificam e se alimentam do quinto companheiro. Um dos estudantes da acusação se apresentou, durante a atividade, vestindo um conjunto de terno, gravata e sapato social, causando risos entre os companheiros de sala e os jurados [alunos de semestres mais avançados], devido à aparente incompatibilidade que a vestimenta social possui em relação ao ambiente da sala de aula. Contudo, à medida que o julgamento se desenrolava, o estudante se posicionava prontamente para debater qualquer argumento da defesa, muitas vezes, inquietando-se em sua cadeira, revestido de uma aparência séria e confiante. Na segunda metade da simulação, a resposta à aparência do aluno era completamente diferente da inicial, não mais sendo identificado como um inapto, mas, ao transmitir confiança no conteúdo que emitia, o aluno dispersou dúvidas quanto ao assunto debatido e demonstrou a sua capacidade pelo modo determinado como falava, vestia e gesticulava.

Deve-se, portanto, saber manejar a **definição da situação** de que Goffman fala, pois adaptar-se à plateia não é o mesmo que passar despercebido, mas é ganhar a fidúcia desta, podendo-se utilizar das estratégias mais criativas.

O pathos, palavra grega, que significa paixão, trata do uso da emoção e do sentimento no discurso. Ruth Amossy fala da emoção na atividade do convencimento, que, muitas vezes, pode levar a falácias, pois gera uma trava entre o discurso e o raciocínio, mas em seu livro ***El Pathos o El Rol de las Emociones en la Argumentacion***, a autora cita Douglas Walton, que afirma que pode haver uma forma legítima de

utilizar as emoções no discurso:

> [...] las apelaciones a la emoción tienen um lugar legítimo, incluso importante em el diálogo persuasivo". Sin embargo, considera que hay que "tratarlas com prudencia porque también pueden ser utilizadas falazmente (Walton 1992 : 1) Por eso, procede a um examen de las condiciones de validez de los argumentos que apelan al sentimiento como la apelación a la piedad o al argumento ad hominem[539].

A partir disso, serão analisadas as situações em que podem ser utilizados os argumentos que apelam para a piedade e os argumentos *ad hominem*, a fim de que sejam identificados os argumentos falaciosos do oponente.

Exemplificando-se novamente a partir de simulação relativa ao **Caso dos Exploradores de Cavernas**: Um argumento que gerou a trava de raciocínio referida, inédito à época [2011.1], foi o uso de fotos de crianças africanas desnutridas ao lado de urubus, que esperam o ser humano morrer para depois se alimentarem do corpo. Ocorreu uma comparação entre o animal e o homem. O fato de uma criatura que, *a priori*, não possui sentimento de piedade esperar a morte de outro ser para aí se alimentar e o fato de amigos terem se alimentado de um dentre eles chocaram tanto o público, que via a imagem e sentia o drama do orador, que quase ninguém notou o estado de necessidade em que se encontravam os exploradores e o banquete que os urubus têm todos os dias com as inúmeras mortes por fome ou conflitos étnicos na África. Depois da vitória esmagadora da equipe de acusação desse semestre, as outras turmas e os semestres seguintes passaram a utilizar o mesmo argumento. Entretanto, muitas vezes, os argumentos baseados na emoção e na dramaticidade do orador surtem efeitos instantâneos, mas não muito duradouros. Alunos que criaram o hábito de serem jurados passaram a não concordar tão prontamente com o discurso emotivo repetitivo.

Existem formas legítimas de apelar para a piedade da plateia? A dúvida está no mérito da questão, se este é ou não analisado, pois o *argumentum ad misercordiam* que desencadeia compaixão por fatos estranhos à discussão não deve ser tomado como legítimo, pois nada têm a ver com o objeto debatido, havendo fragilidade no raciocínio. Exemplo simples de falácia que apela para a piedade: o professor deve me dar nota máxima na prova, pois, de outra forma, irei perder o ano e minha vida restará atrasada. Contudo, o referido tipo de argumento, em certa ocasião, é justificável, pois o fato em que incide o debate acarreta a comoção consequente, a justificativa emocional é o próprio fato, em vez de uma relação inconsistente entre causa e consequência, por exemplo: "As vítimas do tsunami precisam de ajuda urgente, pois perderam tudo o que tinham, inclusive parentes queridos".

Os argumentos *ad hominem* também recorrem direta ou indiretamente ao sentimento e, de acordo com Douglas Walton, possuem cinco tipos ou subcategorias, o *abusive* [abusivo], o *circumstancial* [circunstancial], o *bias* [viés], o *tu quoque* ou *you too* [você também] e o poisoning the well [envenenando o bem].

O *ad hominem abusive* ocorre quando o orador ataca diretamente o caráter do oponente, não analisando o mérito dos argumentos propostos, mas características [verdadeiras ou falsas] impostas à parte contrária. À guisa de explicação, poderia ser dado o seguinte exemplo: A sua opinião não tem validade, pois você é uma pessoa má. Embora a pessoa possa discutir os fatos, ela é desconsiderada pelo seu caráter e não por inconsistência argumentativa, não havendo análise da importância dos questionamentos.

O *ad hominem circumstancial* está relacionado com os fatos decorrentes da circunstância do que foi argumentado, gerando uma inconsistência pragmática. Walton exemplifica: "*A parent argues to her child that smoking is associated with chronic disorders and that smoking is unhealthy, therefore the child should not smoke. The child replies "You smoke yourself. So much for your argument against smoking!*[540541]"".

O argumento circunstancial apresenta uma incongruência entre o que foi dito e a circunstância de quem fala. No caso citado, o pai ensina para a criança que fumar faz mal à saúde, mas não age conforme o que prega, contudo, o que o genitor disse é verdadeiro e pode ser comprovado a partir do posicionamento de especialistas que estudam sobre o assunto e apresentam provas que atestam a veracidade do que foi dito pelo pai, mas o filho não sabe sobre o assunto e confia no que é dito pelo pai, havendo apenas a possibilidade de atestar a consistência argumentativa do que é falado. Portanto, o argumento *ad hominem* circunstancial pode ser legítimo quando há um debatedor que sabe sobre o assunto e outro que não sabe, apenas sendo possível a este enxergar a congruência circunstancial relativa ao que seu oponente fala, ou seja, se há ou não sinceridade, se aquele que fala acredita no que diz. O debate argumentativo, em um sentido amplo, é baseado na coerência dos argumentos e no que pode ser presumivelmente verdade [verossímil], muitas vezes, não podendo haver produção de prova cabal do que foi dito a partir de uma contradição pragmática.

O *ad hominem bias* pode ser utilizado para questionar a imparcialidade do orador, por exemplo: Você não pode falar sobre a insuficiência de provas de que o celular pode causar danos cerebrais, pelo fato de ser dono de uma operadora de telefonia celular.[542] Há legitimidade no questionamento, pois o fato de um dos debatedores não poder discutir o assunto de forma imparcial aniquila o requisito primordial de uma discussão séria: a busca pela verdade, que deve ser feita com certa neutralidade, pois aquele que tem algo a ganhar com a discussão não é confiável, podendo-se utilizar de subterfúgios a fim de alcançar seu objetivo principal, não sendo apenas a alegação de seu posicionamento, mas a alegação de qualquer posicionamento, utilizado como meio para um fim de ganho pessoal.

Há a possibilidade de confundir o argumento *bias* com o *abusive* ou *circumstancial*, contudo deve-se perceber algo próprio do referido raciocínio: há um viés, ou seja, uma propensão parcial em detrimento de alternativas diversas, no sentido de que aquele contra quem se alega essa subcategoria de *ad hominem* possui algo a ganhar, não sendo relativo ao caráter do orador, nem a uma mera circunstância.

Ainda nesse terceiro tipo, a alegação de que o dono da operadora, citado no exemplo, é parcial pode ser ilegítima, pois este pode estar sinceramente apresentando a sua posição sobre o assunto. Portanto, questiona-se se seria um

tipo de preconceito simplesmente admitir a sua parcialidade, havendo, contudo, desconfiança justificável.

*Poisoning the well*, que quer dizer **envenenando o bem**, é o tipo de argumento *ad hominem* que afirma que o oponente tem uma ideologia fixa que irá sempre, de modo reflexivo, estar em seu discurso, alegando-se, dessa forma, a parcialidade da parte contrária. Não é dada importância às evidências, pois quem alega o referido raciocínio desvaloriza todo o encadeamento silogístico decorrente do oponente. Difere-se do *bias* pelo fato de tratar-se de parcialidade relativa a um posicionamento ideológico e não a um ganho pessoal. Contudo podem ser reiterados os mesmos questionamentos referentes à parcialidade do orador contra quem se alega uma ou outra subcategoria do argumento *ad hominem*.

Por fim, há o *tu quoque*, que quer dizer **você também**. Esse tipo de *ad hominem* ocorre quando há uma acusação e ela é rebatida com **você também** ou **pior você**, transferindo a acusação para o outro. Exemplificando, a fim de melhor explicitar o que foi apresentado:

Pai: Você deveria ter estudado mais, as suas notas estão muito baixas.

Filho: Pelo menos eu vou à escola, enquanto você largou quando tinha a minha idade.

Dessa forma, responde-se com qualquer argumento para rebater a acusação de modo igual, transformando o outro no sujeito da discussão. Walton admite a semelhança entre o *tu quoque* e o *circumstancial,* pois os dois demonstram hipocrisia por parte do orador inicial, contudo, no caso do circunstancial, é o que se contradiz pela circunstância em que se encontra e, no caso do *tu quoque,* é aquele quem inicia a acusação e é rebatido de igual modo. As duas formas referidas, entretanto, podem apresentar casos muito similares, até mesmo que estejam sob as duas classificações ao mesmo tempo: "Você não pode me dizer para procurar um emprego, se você passa o dia todo em casa". Este caso demonstra a contradição circunstancial e a transferência de acusação.

O uso da emoção nem sempre é apelação ao irracional, há, como foi demonstrado, sentido lógico nas alegações e, muitas vezes, legítimo, ou seja, não ocasionando a trava falaciosa entre o que é explanado e o que é apreendido.

O *logos,* palavra grega, que significa, em sentido amplo, palavra oral ou escrita, é o conteúdo do discurso, pressupõe o que será dito. Deve haver, portanto, uma apreensão, uma preparação e uma contextualização da substância que será abordada no debate, a fim de prover anteparo ao ethos e ao pathos.

A virtude dos gregos vem do conhecimento. Nesse contexto, Isócrates afirma: "***Logos*** significa linguagem no sentido de linguagem racional e mútuo entendimento, que sempre corresponde a certos valores últimos comuns, quaisquer que sejam".[543]

Todos os elementos persuasivos que foram apresentados devem ser abordados em conjunto, pois, ao subestimar um destes, os argumentos podem ser aniquilados pela desconfiança da plateia, pela apatia do orador e pela inconsistência dos fatos, além de outros motivos que relacionam o ethos, o pathos e o logos diretamente, pois todos interferem entre si, havendo similitudes, diferenças e interseções entre os três elementos.

## 3 METODOLOGIA

Foram utilizados como métodos científicos para perquirir os objetos deste artigo a pesquisa bibliográfica, mediante revisão de literatura, e a pesquisa de campo qualitativa, feita por meio de entrevistas estruturadas realizadas com os alunos que se sobressaíram no 2° Júri proposto pela disciplina de Tópicos Especiais em Direito I, com o prévio consentimento dos estudantes, os quais enviaram suas respostas por email.

Dentro também do estudo de campo, foram colhidas experiências dos júris por meio de observação participativa na condição de aluna [no semestre de 2010.1] e de monitora [nos semestres 2011.2 e 2012.1] da disciplina de Tópicos Especiais em Direito I, além de observação não participativa na qualidade de integrante do corpo de jurados [nos semestres 2010.2 e 2011.1].

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

A presente pesquisa observou o funcionamento da proposta dos Júris Simulados na Disciplina de Tópicos Especiais em Direito I, analisando a importância que o ensino metodológico possui na aquisição das competências e habilidades necessárias aos ofícios jurídicos por meio das impressões dos alunos, os quais puderam valorar a própria experiência, emitindo pareceres no sentido de que a atividade ajudou a encarar a própria timidez, aumentou a amplitude teórica em várias áreas do conhecimento, não apenas do saber jurídico, dado a necessidade de pesquisa e planejamento anteriores à atividade, estimulou os alunos ao interesse do objeto apresentado, devido ao caráter lúdico da atividade, possibilitou o exercício da capacidade argumentativa e da interpretativa, além de ambientá-los no universo das sustentações orais.

Embora tenha havido algumas deficiências e dificuldades no exercício dos júris, como a impossibilidade de que todos participem das discussões, devido à realidade das turmas grandes, e da imaturidade de grande parte dos jurados, alunos a partir do segundo semestre da faculdade, a abordagem cruzada do artigo entre delimitação da teoria e observação da prática permitiu perceber o acréscimo intelectual dos estudantes por meio da experiência da oratória. A partir dos exemplos encontrados no referencial teórico, percebeu-se que os alunos se permitiram experimentar, pesquisar e discutir acerca de possibilidades argumentativas, sendo visível que valores importantes foram agregados com a experiência.

Tendo em vista o solo teórico com os quais se dialogou, infere-se a necessidade de práticas similares aos júris simulados, voltadas ao ensino jurídico, a fim de capacitar o estudante e prepará-lo para os futuros desafios próprios de sua escolha profissional.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, a partir dos resultados da presente pesquisa, que os alunos, após a atividade, mostraram-se muito mais preparados a continuar o Curso de Direito, aparentando maior seriedade e amadurecimento, preparados para participar

de maneira mais eloquente dos debates e discussões que acompanham o estudante e o profissional do Direito.

Foi demonstrado, portanto, que o estímulo às atividades intrínsecas ao debate preparam duplamente o alunado, tanto do ponto de vista teórico quanto metodológico, agregando valores e experiências não apenas da seara jurídica, mas de muitos outros ramos do saber que são abordados na atividade.

Brota então nova necessidade, não só na graduação, mas em todos os âmbitos do ensino jurídico, de possibilitar que os alunos experimentem atividades lúdicas relacionadas ao estudo do Direito, como a do júri simulado, que possibilita a majoração de uma das habilidades mais importantes do profissional jurídico: a defesa argumentativa.

## REFERÊNCIAS

ERNESTO, Lucas. **Lucas Ernesto:** entrevista [dez. 2011]. Entrevistadores: Rebeca Garcia Guerreiro e Fayga Silveira Bedê. Fortaleza: por email, 2011. Entrevista concedida à pesquisa Os Júris Simulados à Luz dos Elementos Persuasivos.

ROGIS, Glauton. **Glauton Rogis:** entrevista [dez. 2011]. Entrevistadores: Rebeca Garcia Guerreiro e Fayga Silveira Bedê. Fortaleza: por email, 2011. Entrevista concedida à pesquisa Os Júris Simulados à Luz dos Elementos Persuasivos.

ARAÚJO, Vicente. **Vicente Araújo:** entrevista [dez. 2011]. Entrevistadores: Rebeca Garcia Guerreiro e Fayga Silveira Bedê. Fortaleza: por email, 2011. Entrevista concedida à pesquisa Os Júris Simulados à Luz dos Elementos Persuasivos.

NICOLAU, Caio Policarpo. **Caio Policarpo:** entrevista [dez. 2011]. Entrevistadores: Rebeca Garcia Guerreiro e Fayga Silveira Bedê. Fortaleza: por email, 2011. Entrevista concedida à pesquisa Os Júris Simulados à Luz dos Elementos Persuasivos.

AMOSSY, Ruth. El Pathos o El Rol de Las Emociones em La Argumentacion. Tradução de Andrea Cohen. p. 76. **Scridb.** Disponível em < http://pt.scribd.com/doc/7363581/Amossy-Ruth-El-Pathos-o-El-Rol-de-Las-Emociones-en-La-Argumentacion>. Acesso em 4 mai 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**: Edição Revista e Ampliada. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GOFFMAN, Erving. **A Representação do Eu na Vida Cotidiana.** Tradução de Maria Célia Santos Raposo. 10.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

WALTON, Douglas. Ad Hominem Arguments: studies in rhetoric and comunication. Tuscaloosa: The University of Alabama, 1998, p.7. **books**. Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=-HTQY_b1_84C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 4 mai 2012.

JAEGER, Werner. **Paidéia:** A formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

# A PERCEPÇÃO DOS IDOSOS, DE SI MESMOS, ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITOS

*Rebeca Suianny R. P. Correia, autora65*[544*]
*Martha Priscylla M. J. Martins, professora orientadora*[545*546*]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 3 METODOLOGIA DA PESQUISA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

O presente estudo aborda o tema da percepção dos idosos, de si, como sujeitos de direitos, objetivando identificar a dificuldade encontrada pelos idosos em conhecer seus direitos, compreendendo a relação de uma ausência de informação direcionada aos idosos com o fato de eles muitas vezes não se reconhecerem como sujeitos de direitos. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica e de campo, por meio de entrevistas semiestruturadas e observação participante de idosos inscritos no projeto "Conviver", que se desenvolve na Unidade Abrigo, de idosos lá abrigados, buscando investigar o que eles indicam e conhecem sobre o Estatuto do Idoso e o que refletem acerca de sua real efetivação. Os resultados indicam haver o não reconhecimento dos idosos como sujeitos de direitos. Diante do estudo realizado, conclui-se que a falta de informação prestada a essas pessoas idosas acerca de seus direitos contribui para a inefetividade desses mesmos direitos e reafirma, perpetuando, esse não reconhecimento. Urge, pois, a ampliação de ações voltadas à difusão de informações e educação em direitos dos idosos a fim de contribuir com o reconhecimento dos idosos, de si, como sujeito de direitos, fortalecendo sua autonomia na busca pela concretização de seus direitos.

**Palavras-chave:** Idosos. Sujeito de Direitos. Direito à Informação. Educação em Direitos dos Idosos.

65 * Aluna do Curso de Direito da Faculdade Christus, e-mail: rebecasuianny@hotmail.com.

** Mestre em Direito/UFC, professora universitária, orientadora de monografia, e-mail: priscylla.joca@uol.com.br.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo trata-se da percepção do idoso, de si mesmo, enquanto sujeito de direitos. É sabido que hodiernamente os idosos possuem um rol de direitos bem mais amplo do que em décadas passadas, devido ao surgimento da Lei n. 10.741 do dia 01 de outubro do ano de 2003, dispondo sobre o Estatuto do Idoso. Porém, resta saber se os idosos acompanharam essa conquista e se eles conhecem os direitos que lhe são direcionados, previstos em legislação específica.

Logo, faz-se uma relação da criação dos direitos dos idosos em legislação específica a apresentação deles para com seu público, para chegarmos a um entendimento plausível da frequente ausência de idosos conhecendo a existência de uma lei própria destinada a sua proteção.

Essas pessoas não podem jamais serem esquecidas ou desprezadas. A partir dessa afirmação surgem questionamentos a respeito do que efetivamente acontece com os idosos, o que lhes falta e o que podemos fazer para assegurar a dignidade destes. Com a exposição desta situação, questiona-se: Como se dá a percepção do idoso sobre si mesmo, enquanto sujeito de direito? Por que se faz importante a divulgação desses direitos aos idosos? Como o conhecimento de seus direitos previstos no Estatuto próprio contribui para a percepção deles enquanto sujeitos jurídicos?

O objetivo deste artigo é investigar a relação entre a percepção dos idosos e identificar a dificuldade dos idosos em conhecer os seus direitos. E especificamente, objetiva investigar a percepção dos idosos, sobre si mesmos, enquanto sujeitos de direito, bem como compreender a relação de uma certa ausência de informação direcionada aos idosos com o fato de eles, muitas vezes, não se reconhecerem como sujeitos de direito.

É sabido, que o Estatuto do Idoso surgiu para assegurar os direitos e deveres da terceira idade. Porém, não se sabe como os idosos têm o conhecimento sobre tais direitos e deveres previstos em legislação própria, muito embora, essas informações lhes sejam devidas. Demonstra-se, portanto, o interesse social perante o presente trabalho, atribuindo a toda a sociedade o dever de respeitar e resguardar os interesses de pessoas idosas.

No âmbito jurídico a relevância do estudo realizado se dá no sentido de que a própria lei destinada à pessoa da terceira idade deve ser efetivada quanto à criação de varas especializadas no estado do Ceará, propiciando melhor atendimento ao idoso que necessitar do judiciário.

E por fim, o interesse desta pesquisadora nesta investigação se deu pela grande estima e afeição, que a acompanham desde sua infância, por essas pessoas idosas, consideradas mais frágeis em relação ao restante da sociedade.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

Os idosos, como já foi demonstrado na pesquisa de campo, são geralmente muito dependentes e por isso já compõem um grupo de minorias que possui maior dificuldade para lutar por seus direitos; é por esse motivo que é preciso uma atenção ainda mais especial quando se fala em conquistas e direitos humanos para eles. Para Cilene Swain Canôas:

> Não basta ao velho ter consciência de que a velhice é uma fase da vida a ser vivida, mas terá que descobrir mais que isto".[...] Para se chegar a este estágio, no entanto, seria necessário ver como se vive e fazer autocrítica. Seria preciso que houvesse mudanças estruturais. [...] a maioria tem pouca consciência crítica em relação ao problema e prefere esperar que alguém faça alguma coisa por eles. Durante as entrevistas muitos me perguntaram se remeteríamos os resultados para o Governo ou para o senador Nelson Carneiro.[547]

Visualizam-se motivos que justificam a não efetivação

dos direito dos idosos postos em lei no papel; dentre eles, podemos listar a falta de conhecimento dos protegidos por lei sobre seus direitos, bem como a carência no processo de institucionalização desses direitos.

Não se pode deixar de demonstrar a melhoria das condições dos idosos, pelo simples fato de passar a existir um regulamento próprio, que se fez perceber com a criação do Estatuto do Idoso. Porém, nada adianta sua existência se os idosos não tomaram conhecimento de seu surgimento e de seus direitos que lá se encontram previstos. Afinal, de que adianta lançar-lhes direitos e não os apresentarem a seus próprios beneficiados?

Faz-se uma relação da criação de seus direitos com a apresentação deles a seu público; assim, não é raro encontrar-se idosos que, sequer têm conhecimento de uma lei própria. Uma [548]pesquisa realizada no ano de 2004 já mostrava a dificuldade encontrada pelos idosos para o reconhecimento do Estatuto:

> Estatuto é desconhecido por 48% e maioria acha que nada mudou" Segundo pesquisa realizada pela Prefeitura de Macaé em parceria com O Globo, apresentada no Seminário de Qualidade de Vida, no Rio de Janeiro, dos 798 idosos entrevistados em todo o país, apenas 22% conhecem os direitos garantidos pelo estatuto. Outros 30% já ouviram falar dele, mas não sabem do que se trata. Entre os idosos que declaram conhecer o estatuto, 40% deles disseram não ter sentido qualquer mudança em sua vida, na prática, desde 1º de janeiro — quando o código passou a valer. Os idosos que sentiram as mudanças provocadas pelo estatuto somam 12% e a maioria pertence à classe C.[549]

O fato de as pessoas idosas em grande parte não conhecerem o Estatuto do Idoso é algo bastante preocupante; por isso, investigamos por meio de entrevistas, relatadas na análise de dados, o nível de conhecimento de alguns idosos no âmbito municipal, como forma de uma atualização da pesquisa supracitada, mais especificamente na Unidade Abrigo dos Idosos para construirmos um entendimento empírico sobre a percepção dos idosos enquanto sujeito de direitos.

Nessa esteira, é salutar dizer que os direitos dos idosos são considerados direitos humanos, na medida em que estes asseguram todas as garantias e liberdades básicas a todos os indivíduos. Partindo desse sentido, Flores esclarece "Os direitos humanos, mais que direitos "propriamente ditos", são processos; ou seja , o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida".[550]

Dando continuidade ao assunto dos idosos no âmbito dos direitos humanos como um processo de luta constante, a mesma obra de Flores traz a seguinte afirmação:

> Para nós, o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade.[551]

A garantia desses direitos só poderia ser efetivada se fosse realmente buscada e exigida pelos próprios idosos, porém seria necessário, antes de qualquer coisa, eles obterem o conhecimento do que lhes é assegurado, para que só assim pudessem buscar sua efetivação. Podem-se entender os idosos como este grupo de pessoas oprimidas que precisam se conscientizar como sendo sujeitos de direitos e pela efetivação deles lutarem.

A Igreja Católica Apostólica Romana, no ano de 2003, lançou a Campanha da Fraternidade, que é lançada a cada ano com um tema que é considerado por ela de repercussão e que precisa de um cuidado especial pela sociedade, com o tema Fraternidade, e as Pessoas Idosas e com o lema Dignidade, Vida e Esperança, e dentre seus objetivos encontrava-se a conscientização das pessoas e da sociedade em geral no que diz respeito às responsabilidades de todos em relação às pessoas idosas, levando as pessoas a se sentirem motivadas a assumirem o seu papel, bem como a educação das pessoas para o próprio envelhecimento. O Papa João Paulo II disse em uma frase riquíssima que "Excluí-los é como rejeitar o passado, onde penetram as raízes do presente, em nome de uma modernidade sem memória".[552] Dessa maneira, a Campanha seguiu com um propósito semelhante ao que se pode ver neste trabalho.

A ministra Fátima Nancy, além de relatar muito bem a inquietação sobre a faculdade da criação de varas especializadas e exclusivas aos indivíduos da terceira idade em seu artigo, acredita que o tormento dessas pessoas é devido a dificuldades elementares, que seriam a busca e a obtenção de orientação jurídica segura e adequada.[553]

> A Cartilha do idoso produzida no estado do Ceará faz a seguinte descrição sobre o seu propósito: "[...] educar a população acerca dos direitos dos idosos, para que possam exercer sua cidadania de forma plena e usufruir melhor deste período singular da vida".[554]

Essa cartilha foi publicada e utilizada para levar conhecimento sobre as garantias legais aos idosos, os quais precisam de atenção especial, devendo ser protegidos e assegurados de todos os direitos legalmente previstos, inclusive o direito à informação, que serve de base para a percepção destes enquanto sujeitos de direitos.

O que se torna mais preocupante é o fato de existir uma lei teoricamente satisfatória, porém uma prática tão desleal com os idosos. Assim, pode-se ler o que Ricardo Guibourg disse:

> 'Sí, esto estará muy bien em teoría, pero em La práctica las cosas son distintas.' Cuando oigo esta expresión tan recurrente, tiemblo por el futuro de La ciencia. Y lloro por su presente. El que dice eso está acostumbrado a trazar um límite ideológico entre la teoría, entretenimiento inútil de los intelectuales, y la práctica, acción positiva de las personas que, con los pies en la tierra, tratan de hacer lo que pueden cuando los teóricos no se lo impiden.[555]

Uma notícia de blog demonstra muito bem o que se percebe no decorrer deste trabalho, quanto a informação pode solucionar um tanto da falta de efetividade dos direitos dos idosos; veja-se:

> Mulheres mudam suas vidas quando conhecem seus direitos. Pesquisa avaliou 54 estudantes do curso de Promotoras Legais do Distrito Federal e mostrou que as mulheres mudam quando se descobrem protagonistas

> no reconhecimento de seus Direitos. [...] 'Nesse encontro pude ver que elas se percebem como sujeitos de Direitos e que são capazes de mudar grandes e pequenas situações de preconceito, violência, agressão', explica. Organizando uns papéis achou documentos sobre o projeto e ficou entusiasmada para participar. 'Tudo o que estava escrito ali era compreensível. Eu era capaz de entender porque falava em uma linguagem acessível sobre Direito', lembra. Emocionada, a militante, que agora participa de fóruns, audiências e mobilizações, diz que sente imenso orgulho das promotoras legais. 'A maioria delas, carroceiras, domésticas, donas de casa, que como eu não são intelectualizadas, conseguem promover grandes transformações sem ter o conhecimento teórico, científico'.[556]

Conclui-se que não se pode falar em direitos dos idosos sem mencionar a importância de sua efetivação e não apenas de sua legalização, bem como se encontra intimamente ligada a essa importância a necessidade de conscientização dos próprios idosos quanto a seus direitos.[557]

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

O estudo desenvolvido conta com a fase exploratória, que consiste na interação com os próprios idosos, buscando uma maior aproximação com o *modus vivendi* dessas pessoas que serão objeto de estudo do trabalho. Posteriormente, construiu-se a fase descritiva da pesquisa, que consiste em uma sistematização dos dados encontrados, descrevendo a percepção de idosos e sua relação com a Justiça estatal. Paralelamente, procedeu-se à fase explicativa, com um aprofundamento maior na temática, por meio da explanação das causas da efetividade ou da falta de efetividade da conscientização dos idosos sobre seus direitos. Para a realização dessa pesquisa utilizou-se o método de abordagem indutivo, pois o início do presente artigo parte de questões particulares e posteriormente é apresentada uma conclusão e resultado da pesquisa empírica, que foi realizada ao longo deste trabalho. No que diz respeito aos métodos de procedimento, o trabalho foi instruído com estudo de campo, realizado na Unidade Abrigo, casa de proteção aos idosos vinculada à Secretaria de Trabalho e Desenvolvimento Social (STDS). Constitui-se, basicamente, do exame bibliográfico – livros, teses, cartilhas e artigos – sobre os interesses dos idosos e suas garantias legais; da busca de referências doutrinárias na Internet. Fez-se a utilização de observação direta, em forma de entrevistas semiestruturadas que foram realizadas diretamente aos idosos, que neste trabalho científico representam sua coletividade em matéria de interesses e concepções, dando suas contribuições para o enriquecimento do meu artigo.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS: RELATÓRIO DE PESQUISA DE CAMPO SOBRE A PERCEPÇÃO DOS IDOSOS, DE SI MESMO, ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITOS.

Esta pesquisa foi elaborada tomando por base as respostas obtidas por meio das entrevistas com os sujeitos abrigados e aqueles que participam regularmente das atividades promovidas pelo Projeto Conviver desenvolvido na Unidade Abrigo dos Idosos, de responsabilidade da STDS. Os participantes foram dez mulheres e apenas um homem, sendo apenas dois, dessas onze pessoas, abrigados.[558]

Vale ressaltar o comportamento de uma idosa que se recusou a participar da entrevista afirmando não gostar de falar sobre a vida dela, em resposta nós explicamos que iríamos perguntar apenas assuntos abstratos sobre o direito dos idosos e que não precisaríamos de nenhuma informação pessoal dela, nem mesmo de seus dados, porém a resposta que ela nos deu foi a seguinte "pois sobre os nossos direitos é que não quero falar mesmo. Isso num presta mesmo, só fazem dizer e não acontece nada, lei é só papel e pronto".

Essa primeira fala já nos revela o sentido de todo esse trabalho monográfico, pois consegue resumir toda a indignação enfrentada por eles ao se referirem ao amparo legal de seus direitos, mesmo não conhecendo o bastante sobre eles. É o que passamos a analisar neste tópico.

Ao perguntar se eles já haviam ouvido falar no Estatuto do Idoso obtiveram-se as mesmas respostas afirmativas, apesar de, no desenrolar da conversa, perceber-se o desconhecimento dele em muitos casos.

A pergunta que dava continuidade a anterior os questionava sobre a maneira que eles haviam conhecido o Estatuto do Idoso, e dentre as respostas, destacam-se algumas: "aqui, no Conviver, nas oficinas, porque eles nos deram as revistinhas"[entrevistada 01], essa serve de exemplo para a grande maioria das respostas obtidas, mas encontrou-se também quem respondesse: "pela televisão, mas só umas épocas aí atrás e nunca mais falaram nele"[entrevistada 02]; "quem me falou dele foi um trocador de ônibus que me perguntou por que eu não tinha ainda minha carteirinha de passe-livre que dão aos velhos"[entrevistada 03]; "eu só ouvi falar, mas não conheço lá não"[entrevistada 04]; "eu sei que tem porque se tem estatuto da criança tem também Estatuto do Idoso"[entrevistada 05]; "eu ouvi falar nesse estatuto, mas eu nunca cheguei a procurar eles não"[entrevistada 06]; "eu procurei saber, li, e fui atrás de tudo que tenho direito"[entrevistada 07].

Interessante foi a resposta dada pelo único homem entrevistado e que também era abrigado: "ouvi falar assim que Estatuto do Idoso é só idoso, só vira depois de uma idade"[entrevistado 08], porém em um momento esse mesmo homem disse: "acho bom aqui no Estatuto do Idoso"[entrevistado 08], associando o Estatuto do Idosos ao abrigo em que ele vive, deste modo, só confirmou-se o que foi dito sobre os idosos responderem que conhecem o Estatuto, muito embora não demonstrem saber do que se está falando.

Quando perguntamos o que fariam ao subir em um transporte coletivo municipal que estivesse lotado, inclusive as cadeiras reservadas às prioridades, obtiveram-se duas categorias de respostas.

A primeira categoria de respostas mostra que significativo número de pessoas responde que não faria absolutamente nada e que ficaria em pé, a grande maioria com a mesma justificativa de que as pessoas devem ter consciência própria, como fez uma idosa ao dizer: "eles que têm que ter delicadeza, se eles acharem que eu não posso ficar em pé eles me dão a cadeira, se não eu não posso fazer nada, um dia chega a vez deles de perceber que a idade pesa"[entrevistada 02], e

que não precisam ser alertadas sobre os direitos que eles já conhecem e uma minoria respondeu que ficaria calada por não saberem o que se passava com aqueles que ocupavam suas cadeiras, podendo vir a estar muito mais cansados ou precisando muito mais das cadeiras do que eles mesmos.

A segunda categoria de respostas afirmou efusivamente que iria pedir licença para sentar, com a justificativa que precisam exigir os seus direitos, afinal pode alguém ainda não conhecê-los.

Em determinado momento perguntou-se: "O(a) senhor(a) considera ter algum direito? Quais direitos o(a) senhor(a) considera ter? Esses direitos mudaram alguma coisa na sua vida? E o(a) senhor(a) acha que ele mudou alguma coisa na realidade de vocês? Se sim, o que mudou, por exemplo?". Nesses casos, as resposta foram em sua grande maioria como esta: "nós temos sim, o passe-livre no ônibus, as filas só nossas no banco [...] mudou muito, hoje é melhor, antes a gente nem tinha nada"[entrevistada 01].

Foi possível perceber que a semelhança das respostas para as perguntas referidas no parágrafo anterior se devem ao fato de serem estes os direitos mais efetivados, pode-se assim dizer pela resposta de um dos entrevistados que disse: "conheço apenas o que realmente mudou, que pode até ter surgido novos direitos, mas acho que ainda não está valendo, pois só me lembro dessas mudanças mesmo do ônibus e das filas dos bancos"[entrevistada 10].

Ainda fazendo análise das entrevistas, têm-se além de respostas semelhantes, algumas mensagens surpreendentes ditas por idosos, que fazem refletir sobre pontos que inicialmente não eram previstos para a pesquisa.

Diversos entrevistados abordaram o mesmo tema ao falar da falta de respeito nas filas próprias aos idosos e nos transportes coletivos municipais, pelos próprios motoristas, senão vejamos: "às vezes a gente chega num lugar e a fila dos idosos é muito maior do que a das outras pessoas, aí eu vou pra outra fila e termino primeiro do que muitos idosos, se tivesse na fila própria seria pior e muito"[entrevistada 01]; "eu prefiro ficar na fila dos normais, porque anda mais ligeiro, na casa lotérica eu sempre fico na fila dos normais"[entrevistada 04]; "tem também a falta de respeito, assim que você tira a carteira de idosa doida pra inaugurar aí fica na parada e o ônibus passa direto é tão ruim, é a primeira decepção"[entrevistada 01].

É possível, ainda no curso dessas entrevistas, perceber a indignação das idosas quanto aos temas abordados logo acima:

> Lá na C&A eu acho ruim porque a fila dos idosos é enorme e quando eu chego na fila dos normais e as vendedoras não querem me atender, elas mandam eu ir pra fila dos idosos, mas é muita burrice porque eu sou cliente e pago do mesmo jeito posso ser atendida em qualquer fila, a fila normal sem ninguém e ela não quer trabalhar e fica só uma trabalhando atendendo um monte de velhinhos[entrevistada 11];
>
> O motorista um dia reclamou porque eu não estava com a carteirinha na mão na hora de subir, aí ficou dizendo que hoje em dia não sabia mais quem era velho e quem era novo, porque as idosas estavam tudo pintando o cabelo, eu respondi a ele que ele estava era com inveja porque num cuidava do cabelo dele[entrevistada 06];
>
> Na parada do ônibus os motoristas passam direto quando tem só idoso, eles parece que tem raiva porque a gente não paga, quero saber se o governo não tá pagando pra eles por nós, eu digo muito pra eles que idoso também é gente[entrevistada 02];
>
> É muito ruim você ter que viver armada em relação a um direito que é seu; no SESC tem a fila do normal e do idoso, eu fico com ódio, quer dizer que eu sou anormal? Eu digo é muito pra elas que quer dizer que a mãe de vocês não é normal? Eu questiono muito essa história porque o direito tem muito mais no papel do que na vivência, pode ser que seja por falta de treinamento, de conhecimento, ou até por falta de respeito[entrevistada 07].

Entre as conversas mantidas ao longo da pesquisa de campo, merecem destaque as frases mais destoantes, de igual relevância, pois demonstram sentimentos que os idosos têm em relação a seus direitos, como: "eu digo muito assim: coma uma vez ao dia, mas pague seu plano de saúde porque o idoso precisa e saúde é difícil!"[entrevistada 09]; "minha filha, só falta mesmo é a gente conhecer os direitos, os que a gente já sabe já mudaram muita coisa, taí as filas dos bancos e as passagens de graça nos ônibus"[entrevistada 02]; "uma vez eu pedi a cadeira que estava ocupada com um menininho, aí a mãe dele respondeu que ele não ía se levantar não porque ele estava pagando a passagem e eu não"[entrevistada 04]; "se fosse mesmo do jeito que tá escrito seria bom demais"[entrevistada 03], "eu vi na revistinha que nós não podemos ser mal tratados"[entrevistada 01], "acho que me deram a cadeira porque eu parecia com alguém que ele conhecia, talvez uma tia ou mãe, por isso ele ficou com pena e me deu a cadeira"[entrevistada 07], "um dia o motorista pediu pra menina se levantar e me dar o canto, aí ela disse ainda mais essa, toda abusada"[entrevistada 05]; "todo motorista manda o povo sair e dar a cadeira, nem precisa eu dizer nada nunca, todo mundo se levanta"[entrevistada 01]; "o respeito tá em cada uma das pessoas, uma vez tinha um rapaz todo cansado, suado de sol, sentado aí assim que me viu ofereceu a cadeira, aí eu disse não você tá tão cansado pode ficar aí"[entrevistada 06];

Só a título organizacional, dividem-se em algumas partes as falas dos entrevistados durante o diálogo que era mantido com cada pessoa idosa em particular: "só em o aposentado não ter que gastar com as passagens, ficando o dinheiro para outras coisas já mudou muita coisa, a gente já ganha tão pouco"[entrevistada 05]; "uma vez eu pedi, minha filha essa cadeira eu tenho direito, do mesmo jeito que você tem eu também tenho, só que quando eu era nova eu tinha respeito e dava pra quem mais precisava"[entrevistada 11]; "minhas filhas sabem das coisas, elas dizem que eu já estou idosa e que um dia eu fui nova e cuidei delas agora elas vão cuidar de mim, por isso eu sou feliz, mas tem muitos por aí que sofrem em casa"[entrevistada 06]; "o direito que a gente tem é de viver, mas o povo desfaz muito da gente, e o país esquece da gente, por isso que morre tudo, o Estado não cuida da saúde da gente não"[entrevistada 05], "os direitos da gente se vieram por lei, na lei fica"[entrevistada 02], "o pessoal que falta aqui as atividades é porque tá faltando o ônibus

que vinha aqui na frente"[entrevistada 06], "melhorou muita coisa, só tem essas falhas, porque têm ignorantes que não sabem que a mãe ainda vai virar idosa"[entrevistada 11].

Pode-se ver ainda em falas de entrevistados algumas outras situações que merecem uma reflexão mínima por parte de toda a sociedade, tendo em vista a importância que deve ser prestada às necessidades das pessoas mais velhas:

> Uma vez eu sofri uma queda tão forte lá em casa, aí meu filho chamou a ambulância e o motorista disse pra ele que não iria me levar, porque eu iria morrer no meio do caminho, mas meu filho insistiu até que ele me levasse, e eu estou muito bem hoje contando esta história[entrevistada 01];
>
> Tem família que se o pai virar idoso joga, parece que ele é um peso, por isso eu agradeço a minha família que cuida muito bem de mim. Já tive um problema de saúde e hoje não consigo andar sozinha, preciso de uma pessoa pra eu me apoiar, uma vez sai sozinha na rua e ficava pendendo pra um lado, acho que as pessoas estavam pensando que eu estava era bêbada[entrevistada 10];
>
> Teve um dia que eu tava em pé lá no banco e todo mundo sentado, aí teve um senhor de idade também que levantou e me deu a cadeira, nenhum novinho pensou em oferecer lugar, nesse dia eu agradeci muito aquele homem, eu tava com tanta dor na perna[entrevistada 06];
>
> Um dia eu tava na fila dos idosos pra pagar uma conta, aí um senhor disse que meu canto era acolá, aí eu disse pra ele que eu também era idosa e mostrei minha identidade, ele foi todo bruto pensando que eu não tinha muita idade, mas eu fiquei pensando foi que eu tava com cara de novinha[entrevistada 03];
>
> Em muitos lugares eu tenho direito por causa da minha idade, mas assim em delegacias e, em hospitais, eu consigo passar na frente por causa de minha deficiência na perna, que eu tenho desde que nasci, mas já me negaram duas vezes aposentadoria, e outras que tem problemas menores que eu conseguem, por isso eu não entendo, mas eu só consigo lugar no ônibus e tudo por causa da minha perna, porque pela idade o povo nem liga mesmo, Deus foi muito bom em dar esses abrigos pra gente viver, ter o direito de tá abrigado nesses cantos é muito bom, que eu não teria onde morar[entrevistado 08].

Todas as reflexões levam ao entendimento cada vez maior da necessidade da lei de proteção aos idosos, que só tardiamente foi imposta e que mesmo assim, falta muito para ser efetivada e adotada de forma ampla pela sociedade.

Com a finalização da pesquisa de campo, pode-se notar a percepção do idoso, de si mesmo, enquanto sujeito de direitos fazendo um paralelo com a possível falta de informação encontrada por eles, conforme foi apontado nas entrevistas realizadas, sendo muitas vezes demonstrada segundo as falas dos próprios idosos.

## 5 CONCLUSÃO

Ao longo desta pesquisa foi realizada uma análise dos principais desdobramentos da percepção do idoso, de si mesmo, enquanto sujeitos de direitos. Em relação à não conscientização dos próprios idosos enquanto sujeitos de direitos foi que se desenvolveu todo este trabalho científico.

Devido à **lacuna** nas demandas que envolvem a divulgação e informação dos direitos dos idosos é que se percebe a falta de reconhecimento pelos próprios idosos de seus direitos, e por isso, observou-se que há uma falta de efetividade do Estatuto do Idoso, uma vez que se percebeu, em pesquisa de campo ser este em geral desconhecido por tantos idosos.

Por tudo que foi analisado no decorrer da pesquisa, infere-se que o ponto crucial para a não aplicação de direitos assegurados por lei aos idosos é a ausência de conscientização dos próprios interessados. Isso porque, para que os idosos tomem essa consciência de sujeitos de direitos é preciso uma divulgação intensa de material informativo direcionado para essa população, além de necessitar também de um trabalho educacional com todas as demais pessoas que compõem a sociedade.

O que se destaca no desenvolvimento deste trabalho são as relações paralelas entre a falta de informações devidas a toda população e, em especial, aos próprios idosos, sobre seus direitos legalmente garantidos e a não percepção dos estudados neste trabalho como sendo sujeitos de direitos.

Conclui-se, finalmente, que a falta de informação e de divulgação que esclareçam categoricamente sobre os direitos garantidos à pessoa idosa, acarreta uma gama de desconscientização dos idosos como sujeitos de direitos. Vale ressaltar que a informação mencionada aqui merece enfoque também na seara educacional para a apresentação de direitos humanos dentro das escolas. Desse modo, com o conhecimento dos direitos dos idosos por toda a sociedade, inclusive por eles próprios, será possível enxergarmos um avanço na efetivação da lei já existente. A obtenção de qualquer direito por parte dos idosos, mesmo que não o busquem, deve ser prestada, tendo em vista a pressuposição da conscientização de toda a sociedade quanto às garantias devidas a eles.

## REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O acesso do idoso ao judiciário. **Plenarium**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 215-218, nov. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/598>. Acesso em: 04 set. 2010.

CANÔAS, Cilene Swain. **A condição humana do velho**. São Paulo: Cortez, 1983.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISBOS DO BRASIL. Campanha da fraternidade 2003: fraternidade e as pessoas idosas. **Campanha da fraternidade**. Disponível em: <http://www.cf.org.br/cf2003/cf2003.php>. Acesso em 20 jan. 2012.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ E ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DO CEARÁ. **Cartilha direitos dos idosos**. Fortaleza, s/d.

DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel**. 7. ed. São Paulo: Ática, 1994.

FLORES, Herrera Joaquín. A (re)invenção dos direitos humanos. **In texto**.

FONSECA, Lívia Gimenes. Direito, Estado e Constituição. **O direito achado na rua.** Distrito Federal, 07 mar. 2012. Disponível em: <http://odireitoachadonarua.blogspot.com.br/>. Acesso em: 25 abr. 2012.

FRANGE, Paulo. O estatuto do idoso comentado. São Paulo, 01 jul. 2004, p. 91. **Humberto Henrique.** Disponível em: <http://www.humbertohenrique.com.br/download/cat_view/164-legislacao/40-leis-federais.html>. Acesso em: 10 out. 2011.

GUIBOURG, Ricardo A. **Pensar en las normas.** Buenos Aires: Eudeba, 1999.

# A IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

*Rodrigo Moreira Mendes Carneiro, autor*[66*]
*Zaneir Gonçalves Teixeira, professora orientadora*[67**]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO;** 2.1 Hermenêutica e Interpretação; 2.2 A Hermenêutica Constitucional; 2.3 Controle de Constitucionalidade; *2.3.1 Controle de Constitucionalidade quanto ao modo de fiscalização; 2.3.2 Modelo brasileiro de Controle de Constitucionalidade; 2.3.3 Papel do Intérprete e da Hermenêutica no Controle de Constitucionalidade.* **3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DE RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

O presente artigo se propõe a fazer uma análise sobre a importância da Hermenêutica Constitucional no sistema de Controle de Constitucionalidade brasileiro. Far-se-á um estudo acerca do desenvolvimento da Hermenêutica, desde sua fase filosófica até a Hermenêutica jurídica clássica e constitucional. Será observado também, no artigo, o histórico do desenvolver do direito constitucional. Por fim, far-se-á breve estudo sobre o papel do intérprete no controle de constitucionalidade, além da correlação entre a hermenêutica e o sistema de controle de constitucionalidade, ressaltando os métodos específicos de interpretação constitucional.

**Palavras-chave**: Hermenêutica Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Constituição Federal. Interpretação. Intérprete.

66 * Aluno do 7º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus. Monitor da Cadeira Hermenêutica Jurídica e Aplicação do Direito. E-mail: rod_mmc@hotmail.com
67 ** Professora da Faculdade Christus. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFC. E-mail: zaneir@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo em tela encontra relevância quando analisado à luz das atuais tendências de dilatação da importância dada tanto à Constituição quanto aos Direitos Fundamentais protegidos por aquela. A Constituição é uma compilação de princípios e normas que norteiam e estruturam o Estado nacional, regulando a organização dos poderes e protegendo os interesses da sociedade.

Foi no ano de 1215, na Inglaterra, quando o até então Rei João, assinou um documento, resultado do desentendimento entre este com o Papa e os barões ingleses, acerca das prerrogativas do soberano. Este documento veio a ficar conhecido como a Magna Carta, documento que impedia, de maneira inédita, o exercício do poder absoluto do monarca. Segundo os termos da Carta, o Rei João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais. Ou seja: pela primeira vez na Idade Média, o Rei reconheceu que sua vontade estava sujeita à lei. Este foi o primeiro capítulo de um longo processo histórico de surgimento e desenvolvimento do Direito Constitucional.

Anos mais tarde, nos Estados Unidos, aconteceria a Revolução Americana. Movimento de ampla base popular, que resultou, em 4 de Julho de 1776, na proclamação da independência do país. O movimento foi precursor em vários pontos. Primeiro, porque foi a primeira colônia a tornar-se independente por ato revolucionário e segundo, pois houve a compilação da primeira Constituição Federal do mundo (vigente até hoje).

Na Europa, a ruptura entre a monarquia e a população foi igualmente violenta. Influenciada pela vitória americana aconteceu a Revolução Francesa, uma das principais revoluções da história da humanidade. Um dos resultados da Revolução foi a elaboração da Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, que posteriormente tornar-se-ia o preâmbulo da primeira Constituição francesa, em 1791. Seguindo os passos dos Estados Unidos, a Constituição estabelecia uma soberania popular.

O início do constitucionalismo no Brasil data 1824, quando Dom Pedro I dissolveu a Assembleia Constituinte e impôs a Constituição Monárquica, que ficou em vigência por sessenta e sete anos. Ao total, o Brasil teve oito constituições. A última, de 1988, vigente até hoje, foi promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte.

Desde então, o processo de desenvolvimento do constitucionalismo vem ganhando cada vez mais força e velocidade, tanto no âmbito nacional quanto internacional. Deparamo-nos, atualmente, com a mutação do Estado Liberal de Direito para um Estado Constitucional, no qual a Lei encontra-se subordinada à Constituição Federal, sendo necessária a adaptação daquelas à Lei Maior, trazendo consigo uma série de regras e princípios hermenêuticos, a serem analisados neste artigo.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Hermenêutica e Interpretação

A palavra Hermenêutica tem referência a Hermes, o deus grego que tinha função de levar a mensagem dos deuses aos homens fazendo assim a mediação entre a linguagem divina e a humana. O fundamento da hermenêutica, para o prof. Raimundo Falcão, é a inesgotabilidade dos sentidos[559].

Interpretação é a busca do sentido e o alcance das expressões enquanto a hermenêutica se caracteriza pelos meios e regras utilizados para alcançar a interpretação. A definição de interpretação é englobada pela hermenêutica uma vez que esta é a arte da interpretação. A hermenêutica surgiu na antiguidade grega relacionada à retórica e a dialética, senda mais tarde ligada a ótica teológica e posteriormente à filosofia

e então ao direito. A Hermenêutica Jurídica é a compreensão do sentido da norma e do ordenamento.

De acordo com Glauco Barreira Magalhães Filho, a desvinculação da hermenêutica com a teologia aconteceu, principalmente, com Schleiermarcher que propôs a Hermenêutica Geral, colocando-a no âmbito filosófico. A Hermenêutica Geral de Schleiermarcher pode ser compreendida como uma Teoria Geral da Compreensão. Segundo seu pensamento, a hermenêutica devia ser capaz de estabelecer princípios gerais da compreensão da manifestação linguística, ou seja, onde houver linguagem aplica-se interpretação. Schleiermarcher criou métodos de interpretação: Gramatical, que é o conhecimento da língua do texto; Interpretação Técnica, que é o conhecimento da intenção do autor, que se divide em: Compreensão Divinatória, que é a adivinhação imediata do sentido do texto [pré-compreensão]; Compreensão Comparativa, uma multiplicidade de conhecimentos objetivos, gramaticais e históricos[560].

Dilthey, por sua vez, foi o primeiro a formular a separação entre a ciência da natureza [exatas] e a do espírito [humanas] e a ligar esta última a hermenêutica fazendo uma compreensão não só do texto como também artística. Tanto Schleiermarcher quanto Dilthey defendiam uma hermenêutica mais metodológica e influenciaram a Hermenêutica Jurídica Clássica.

O ápice da Hermenêutica Filosófica se deu com Heidegger e Gadamer que defendiam uma hermenêutica existencial, pela qual o sentido correto seria dado pelo intérprete e não pelo autor. Para Heidegger, a compreensão consiste no movimento básico da existência, enquanto Gadamer dirá que compreender é experiência. Segundo Gadamer, a obra analisada não pode se separar do sujeito, ou seja, ele deu importância ao ponto de vista do homem, seu **horizonte hermenêutico**, por meio dele o homem irá pré-compreender o texto a partir de sua situação hermenêutica, para depois compreender.

Heidegger aprimorou a ideia do círculo hermenêutico que dizia que a compreensão do objeto acontece quando o comparamos com algo que já conhecemos. O círculo como um todo define a parte e o conjunto de partes forma o círculo. A compreensão é circular porque o sentido aparece dentro deste círculo. Gadamer, entretanto dizia que o processo de interpretação trata-se de uma espiral, uma vez que o sujeito constrói e modifica sua compreensão do objeto de acordo com seu horizonte, que vai se expandindo [dinâmica inesgotável da compreensão].

### 2.2 A Hermenêutica Constitucional

A Hermenêutica Jurídica engloba o conhecimento, a interpretação e a aplicação da norma ao passo que a Interpretação Constitucional envolve ainda a construção dela. Esse tipo de interpretação utiliza os métodos tradicionais de interpretação adicionados de princípios específicos [unidade, razoabilidade, efetividade etc.]. O objeto da interpretação constitucional é determinar os significados das normas constitucionais seja aplicando-as no caso concreto ou verificando a validade de normas inferiores.

A norma constitucional possui certas peculiaridades tais como supremacia hierárquica, conteúdo específico, natureza de linguagem e o caráter político. A interpretação constitucional clássica se dava por meio da subsunção lógica que se baseava na ideia de que as normas constitucionais possuem um único sentido.

Com a superação do JUSNATURALISMO e o fracasso político do POSITIVISMO surgiu o PÓS-POSITIVISMO que trouxe de volta a correlação entre princípios, regras e valores e a incorporação destes princípios, explícita ou implícita, na Constituição. Houve assim a promoção dos princípios como status de norma. A regra é mais específica do que o princípio, que é abstrato. No caso de conflito de normas [antinomia], será afastado uma e aplicado a outra; no caso de choque de princípios, será feita a ponderação axiológica. Vale ressaltar que os princípios e as regras são classificados como norma jurídica, sem hierarquia. Eles podem ser diferenciados por seus conteúdos: normas são descritivas de condutas e princípios são valorativos ou finalísticos.

Com a expansão dos princípios constitucionais a subsunção se tornou insuficiente, sendo necessária a aplicação da técnica de ponderação. Segundo professor Luís Roberto Barroso[561], essa técnica possui três etapas: Na primeira, há conflito de normas na solução de um caso concreto; na segunda etapa serão examinados os fatos e os elementos normativos; na terceira será feito o sopesamento das normas conflitantes e decisão de qual prevalece sobre as outras[562]. Essa técnica tem base nos princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade. A ponderação está diretamente ligada à teoria da argumentação. Quando existe mais de uma possibilidade de solução, o aplicador verificará os argumentos de cada um. No caso da Interpretação Constitucional, a argumentação assume papel importante, visto que suas normas e seus princípios possuem caráter abstrato.

Importante mencionar, de forma bastante sucinta, os métodos específicos (dos mais relevantes) da Hermenêutica Constitucional: O **científico-espiritual**, que diz ser a Constituição uma unidade de sentidos e, por isso, deve ser interpretado sem afastar a carga valorativa; a **tópica problemática** (origem Aristotélica), que interpreta a Constituição a partir do problema, seu principal autor foi Vieweg; **hermenêutico-concretizador** foi influenciado pela Tópica e defende que a interpretação deve ser feita a partir da pré-compreensão da norma e do problema para depois solucioná-lo; e o **normativo-estruturante** de difícil operacionalização, por ser muito complexo uma vez que ele faz a conjugação dos elementos metodológicos, dogmáticos, teóricos, técnicos, políticos, etc.

### 2.3 Controle de Constitucionalidade

Sabe-se, inicialmente, que Constituição pátria é do tipo escrita e rígida. Essas características fazem da Constituição brasileira o conjunto de normas supremas do ordenamento jurídico do país, situando-se no topo da pirâmide normativa.

> *Constituição* deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos,

> garantias e deveres dos cidadãos.[563]

O Controle de constitucionalidade pode ser entendido como a verificação da compatibilização entre as normas e os atos infraconstitucionais com as regras e princípios constitucionais, em todos os aspectos. Inconstitucional são aqueles atos normativos ou leis que se encontram em desarmonia com os preceitos defendidos constitucionalmente. Segundo Uadi Bulos, o "Controle de Constitucionalidade é o instrumento de garantia da supremacia das constituições".[564]

O ordenamento jurídico brasileiro se organiza em forma de pirâmide, em que a Constituição localiza-se no topo. Cabe à hermenêutica jurídica, por meio da aplicação das regras específicas de interpretação, garantir que as normas vigentes se encontrem em harmonia com os mandamentos hierarquicamente superiores.

A inconstitucionalidade da norma poderá ser tanto formal, quanto material. Será formal quando existir vício em sua forma, relativos à formação da lei, e material quando o vício diz respeito ao próprio conteúdo da norma.

A inconstitucionalidade poderá ser ainda originária ou superveniente. No primeiro caso, a norma violadora surge durante a vigência da norma constitucional, enquanto na inconstitucionalidade superveniente, a norma violadora, quando formulada, não afrontava nenhum preceito constitucional, sua ilegalidade decorreu de uma reforma constitucional, que alterou a regra antiga.

Por fim, a inconstitucionalidade também poderá ser dividida entre inconstitucionalidade por ação ou por omissão. Segundo Gilmar Mendes:

> A inconstitucionalidade por ação é aquela que resulta da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição. [...] A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação.[565]

### *2.3.1 Controle de constitucionalidade quanto ao momento da fiscalização*

Importante abrir breve tópico para salientar a possibilidade de acionar o controle de constitucionalidade em dois momentos distintos quando da presença de lei ou ato normativo em desconformidade com a Constituição. No primeiro momento, poderá ser feito o controle preventivo de constitucionalidade, quando este se opera na etapa do projeto de lei. Poderá também ser aplicada na etapa posterior à produção da norma ao do ato normativo, ficando caracterizado o controle repressivo, desempenhado pelo Judiciário, objetivando reprimir a norma imperfeita.

### *2.3.2 Modelo brasileiro de Controle de constitucionalidade*

No Brasil, vigora o controle de constitucionalidade misto, em que a função fiscalizadora do Poder Judiciário efetiva-se por meio de duas vias: A via de exceção [controle difuso] e a via de ação [controle concentrado]. O Controle difuso permite a qualquer juiz ou tribunal apreciar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos.

"Pela via de exceção ou de defesa, qualquer das partes, no curso de um processo, pode suscitar o problema da inconstitucionalidade, como questão prejudicial, cabendo ao juiz ou tribunal decidi-la, pois só assim a questão principal poderá ser resolvida." [566]

O Controle concentrado apenas permite que o órgão de cúpula do Poder Judiciário, a saber, o Supremo Tribunal Federal, aprecie a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos.

### 2.3.3 Papel do intérprete e da Hermenêutica no Controle de constitucionalidade

Após a análise do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, encontramos a ligação entre este com a hermenêutica.

No ordenamento jurídico brasileiro, poucas são as regras expressas de interpretação positivadas nos textos legais. Sabe-se, inclusive, que a Constituição Federal não expõe nenhuma delas; entretanto, por ser norma jurídica, toda norma constitucional precisa ser interpretada. Para isso, visando à singularidade das normas constitucionais, tais como superioridade hierárquica, conteúdo específico, caráter político, dentre outros, foram consolidados na doutrina hermenêutica alguns princípios de interpretação constitucionais a serem seguidos. Entre os principais estão o da interpretação conforme a constituição, da unidade da constituição, proporcionalidade, dentre outros.

O objeto da interpretação constitucional é o de determinar o significado das normas constitucionais. Essa interpretação pode assumir duas modalidades: a da aplicação direta da norma constitucional no caso concreto; ou no momento de se operacionalizar o controle de constitucionalidade, em que as regras e os princípios hermenêuticos serão utilizados como paradigmas de verificação da validade formal ou material das normas infraconstitucionais.

Em outras palavras, encontramos a hermenêutica como base do controle de constitucionalidade. O processo hermenêutico de interpretação sistemática é, pois, por essência, do Direito, uma vez que a estrutura do ordenamento jurídico é piramidal. Seguindo nessa mesma linha de raciocínio, vemos segundo Juarez de Freitas que só "se pode asseverar que ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente".[567]

A Interpretação Constitucional, como supracitado, é conduzida por uma série de regras e princípios que lhes são próprios, entretanto, no tocante ao papel do intérprete constitucional, busca-se a neutralidade plena deste. A pretensão de neutralidade e objetividade do intérprete, embora seja alcançável nos requisitos imparcialidade e impessoalidade, resta-se inatingível em sua plenitude, visto que seria impossível desprendê-lo de seu inconsciente ou de sua memória.[568] No contexto do neoconstitucionalismo, o juiz é considerado como um construtor do direito, ele perde a função meramente declarativa. O magistrado deve estar atento ao movimento e necessidades da sociedade.

## 3 METODOLOGIA

A metodologia baseou-se numa pesquisa de cunho bibliográfico. Dessa feita, diante de doutrina pátria, realizou-se a coleta do material em questão.

Trouxe uma perspectiva diferenciada ao artigo. Partiu-se de uma análise mais genérica sobre os elementos caracterizadores da Hermenêutica Jurídica, propondo-se, em um segundo momento, as noções constitucionais da ciência retro, notadamente quanto às disposições do Controle de Constitucionalidade – modelo e pressupostos.

Por fim, cabe citar a utilização de clássicos do assunto, notadamente Glauco Barreto Magalhães Filho, Uadi Bulos, Friedrich Muller, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, dentre outros.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

O artigo busca a correlação existente entre o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e a hermenêutica jurídica.

Fazendo uma análise detalhada do processo histórico de origem do constitucionalismo, podemos entender a essência da Constituição e a sua importância para a sociedade. A Constituição é o instrumento que garante o *status quo* econômico e social do país, ela além de organizar a estrutura política do Estado, protege o interesse dos indivíduos. Podemos afirmar que a Constituição é a luz que visa regular essa desigualdade que aflige os brasileiros.

A Lei Maior procura garantir tanto a segurança quanto estabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro, que se organiza hierarquicamente, fato este que obriga a unicidade e harmonia entre as normas infraconstitucionais. Nesse ponto, podemos visualizar claramente a interseção entre a hermenêutica e o controle de constitucionalidade, uma vez que se precisa dos princípios e regras daquela para averiguar a sistematicidade e adaptabilidade entre as normas de diferentes hierarquias.

## 5 CONCLUSÃO

Correlacionando o desenvolver histórico tanto da hermenêutica quanto do constitucionalismo, vislumbramos que ambos ganharam importância no ordenamento jurídico brasileiro atual.

A Constituição e a hermenêutica restam-se conectadas, uma vez que a Constituição é um conjunto de princípios e normas, apresentados de forma escrita, impregnada de peculiaridades e singularidades, e que devem ser interpretadas para alcançar a validade. O controle de constitucionalidade está, justamente, na hermenêutica, que, por meio da aplicação de seus princípios, irá averiguar a compatibilidade entre as diferentes normas.

Partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico deve ser uno e sistemático, e que este é composto por princípios, normas, atos normativos, doutrina, jurisprudência, costumes, todos conectados entre si hierarquicamente, cabe, então, à hermenêutica jurídica garantir a harmonização desse sistema de forma a extinguir as antinomias e lacunas.

Ressaltando que a Constituição é, no ordenamento brasileiro, a norma fundamental, para todos os outros dispositivos terem validade, faz-se necessária a verificação da compatibilização destas com a Lei Maior. Essa verificação será feita de acordo com os preceitos da hermenêutica jurídica.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim. **Fundamentos da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

FALCÃO, Raimundo Bezerra; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A inesgotabilidade do sentido e a inafastabilidade do todo. CONPEDI. Salvador. **Anais eletrônicos ...** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/raimundo_bezerra_falcao.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2012.

FREITAS, Juarez de. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAZOTTI, Marcelo. **As escolas Hermenêuticas e os métodos de interpretação da Lei**. Barueri: Manole, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

# A HORA DO SUJEITO: UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES SÓCIO-JURÍDICAS EM DUAS PERSONAGENS FEMININAS DA LITERATURA

*Taís Tavares Vieira Pessoa, autora68*[*]
*Zaneir Gonçalves Teixeira, professora orientadora69*[**]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO;** 2.1 O mundo de Eufrásia: fantasia literária em torno de uma personagem real; 2.2 Macabéa: realidade e literatura; 2.3 Breve análise histórica das mulheres como sujeitos de direito; 2.4 As mulheres e seus mundos: as dificuldades de Eufrásia e Macabéa no reconhecimento da condição de sujeito. **3 METODOLOGIA DA PESQUISA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

Nesse artigo, pretende-se, com a leitura das obras literárias Mundos de Eufrásia e A Hora da Estrela, mostrar a relação do Direito com a Literatura e comparar a situação feminina atual com a das épocas nas quais as histórias se passam, analisando as particularidades de cada livro e, depois, comparando-os. Será feito um breve histórico da evolução dos direitos das mulheres [do Direito Romano a Constituição Federal de 1988] para comparar as dificuldades passadas pelas personagens e as ações que elas podiam, ou não, fazer, levando em consideração, também, o preconceito e a falta de oportunidade dada a elas. A resenha dos livros também será feita a fim de apresentar a relação entre as duas obras, o que era diferente entre as personagens, como a época na qual viviam e influencia da família em suas escolhas e atitudes, e o que, apesar de não ser conhecido por elas, poderia ser feito.

**Palavras-chave:** Literatura. Direito. Sujeito. Emancipação feminina.

68 [*]Aluna do 3° semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus. tais_pessoa@hotmail.com
69 [**]Bacharel em Direito (UFC), Mestre em Direito (UFC), Advogada, Professora do Curso de Direito da Faculdade Christus (Fortaleza-CE). zaneir@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Uma das principais habilidades que o jurista deve possuir é a interpretação, e a melhor maneira de tornar tal habilidade algo natural e bem utilizada é a sua prática continuada. Com isso, percebe-se a importância da leitura na vida de todas as pessoas, principalmente daquelas que se dedicam à ciência do Direito.

O aluno do Curso de Direito irá deparar-se com constantes revisões críticas [para o aprimoramento] que o curso e a prática profissional exigem. Nessa situação, a Literatura exerce um importante papel, pois nem sempre o Direito encontra as respostas, dentro da própria estrutura ou dos códigos e das doutrinas, para certas questões e dilemas.

Assim, muitas vezes, a Literatura, além de exprimir certa visão do mundo, traduz o que a sociedade pensa sobre o Direito, e essa inter-relação permite que o estudante inove a sua visão crítica sobre os fenômenos jurídicos e pratique um melhor enfrentamento de certas questões que envolvem ética e moral [as quais não possuem respostas em códigos nem manuais].

Doutrinariamente, a relação do Direito com a Literatura se dá de três principais maneiras[569]: Direito como Literatura, Direito da Literatura e Direito na Literatura. Na primeira tenta-se encontrar tal relação de forma subliminar e explícita e ocorrem, também, os estudos sobre linguagem, retórica, narrativa e interpretação. Na segunda, há uma relação mais estrita, pois se limita a questões normativas, como os direitos autorais. A terceira traz o Direito em obras literárias, as quais retratam o mundo dos juristas de forma, muitas vezes, simbólica, que proporciona diversas discussões devido ao fato de documentar a situação da época na qual foi escrita a obra, por exemplo.

Sabendo que o Direito é interdisciplinar, infere-se que não se deve separá-lo da Literatura, pois esta traz importantes ferramentas para o jurista. Assim, por meio deste artigo, busca-se mostrar um pouco dessas relações, tomando-se duas obras literárias que tratam do cotidiano feminino no Brasil Imperial e na década de 70 do século XX, explorando a complexa rede de relações jurídico-sociais que interferem e determinam a vida das personagens.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 O mundo de Eufrásia: fantasia literária em torno de uma personagem real

Cláudia Lage, autora da obra Mundos de Eufrásia, descreve, misturando realidade e fantasia, a trajetória de Eufrásia Teixeira Leite. Filha de Joaquim José Teixeira Leite e Ana Esméria Correia e Castro, nasceu no Rio de Janeiro em 1850 e foi uma importante investidora brasileira. Esse fato, por si só, já era incomum na época por invocar um conhecimento dado apenas aos homens. Eufrásia é também conhecida por ter vivido um romance com o abolicionista Joaquim Nabuco.

A história de Eufrásia começa muito antes de seu nascimento. Como muitas, senão todas, as famílias da época desejavam que os primeiros herdeiros fossem homens, para que eles cuidassem dos bens de suas famílias, Ana Esméria tinha o mesmo pensamento. Ela era casada com Joaquim Teixeira, o qual, inicialmente, era cafeicultor, porém, ao prever o declínio das fazendas de café, decidiu tornar-se investidor. Ele tentou alertar os outros fazendeiros, entretanto estes não acreditavam que o café deixaria de ser tão importante quanto era na época. Joaquim pôde realizar seu desejo de ter um filho, porém, ainda bebê, a criança faleceu. Após alguns anos, Ana ficou grávida outras duas vezes e, com o nascimento de duas meninas, Joaquim decidiu que suas filhas saberiam

administrar o dinheiro que possuíam, para que, assim, não deixassem sua fortuna nas mãos de maridos irresponsáveis.

Essa decisão de Joaquim afetou muito a vida das filhas, pois elas começaram a ser educadas de modo diferente de outras da época. Enquanto estas aprendiam a cozinhar, bordar e cuidar da casa, aquelas, Eufrásia e Francisca, estavam estudando matemática e envolvendo-se em negócios. As irmãs começaram a observar mais a vida das primas e das tias e perceberam que elas estavam sempre esperando pelo marido para fazer algo, como escrever uma receita, ou ser capaz de cozinhar, por exemplo. Por serem pessoas munidas de uma educação diferenciada das demais, decidiram que não iriam precisar de ninguém para fazer algo que tinham capacidade de fazer. Especialmente Eufrásia apresentava uma notável superioridade intelectual sobre os primos. Um exemplo disso era a ajuda que dava ao primo Leopoldo. Ele tinha aulas secretas com ela, pois, se alguém descobrisse, seria uma vergonha para a família uma menina ser mais inteligente que um menino.

Com isso, a família ficou surpresa, pois, naquela época, nada disso era esperado. Segundo o irmão de Ana Esméria, "Desde que o mundo é mundo, as mulheres cumprem esse papel, dedicam se à família, sacrificam se pela família" [570]. Pode-se perceber, com essa afirmação, que havia preconceito contra as mulheres e uma postura extremamente machista. Os homens[571], ao casarem com as herdeiras da época, recebiam dotes e adquiriam o direito de administrar o dinheiro das esposas. Elas perdiam completamente o domínio sobre seus bens e a possibilidade de decidir o que fazer com eles. Não era raro que filhos de uma aristocracia cafeeira falida buscassem, no casamento e no dote recebido, uma solução para seus impasses financeiros.

A questão do casamento era, portanto, para Joaquim e suas filhas, uma questão crucial, pois implicaria que toda a imensa fortuna amealhada por este seria tomada pelos futuros maridos, o que ele não podia admitir. Após um acidente que deixou Francisca [Chiquinha] estéril, ela perdeu as esperanças de se casar, pois o maior interesse da união matrimonial era gerar herdeiros. Entretanto, Eufrásia, que continuava fértil, acreditava no casamento e que ele podia realizar-se por amor e não apenas por dinheiro, apesar de seu pai defender o contrário por pensar no destino que o dinheiro de Eufrásia tomaria. Ele dizia que as esposas eram ocas e, por isso, não deixaria sua filha, a qual passou a vida estudando, entregar sua fortuna a alguém que não saberia administrá-la. Portanto, o pai, no leito de morte, fez que elas prometessem que nunca se casariam.

Com a morte da mãe e depois a do pai, as irmãs passaram a ser alvo de um tio [Cristovão], o qual achava que era sua obrigação tomar conta das sobrinhas órfãs e do dinheiro delas, principalmente por estar falido [ele foi um dos fazendeiros que não acreditou em Joaquim]. Para ele, o destino de todas as mulheres era o casamento, e dar inteligência a uma menina era um erro. Para fugirem das críticas e do casamento arranjado pelo tio com os primos, as irmãs decidiram, em uma quase fuga, morar na França.

Na viagem, o relacionamento de Eufrásia e Joaquim Nabuco começa a ficar mais sério. Por estarem em outro continente, longe de suas famílias e amigos, eles viveram apaixonadamente nesse lugar, com ideias mais modernas e liberais, o que não aconteceu no Rio de Janeiro. A ideia do casamento logo tornou-se forte entre os dois.

Entretanto, as ideias de Joaquim Teixeira continuavam influenciando Eufrásia. Ela não queria contrariar o pai, mesmo depois de morto, e, de certa forma, dar toda a sua herança a Nabuco. Assim, a melhor maneira de conciliar o casamento e a herança seria casar-se com separação de bens. Naquela época, embora possível juridicamente, isso era muito polêmico por ir de encontro aos costumes e ao orgulho dos maridos, pois quem iria respeitar um homem cuja esposa administrava independentemente seu patrimônio?

O documento legal[572] que proporcionava o matrimônio com regime de separação de bens fazia parte das leis decretadas por Dona Maria de Portugal. A lei, que continha aspectos do Direito Romano antigo, havia sido lida diversas vezes por Joaquim Teixeira a suas filhas. Ele queria, com isso, evitar que elas perdessem o dinheiro para seus futuros maridos. Entretanto, o casamento era visto por alguns como algo divino, e não como um contrato, isso mudou com o código napoleônico, o que dificultava, mas não impedia, o uso da lei de Dona Maria.

Eufrásia, como já conhecia os códigos, não pensava como as demais pessoas. Ela, sabendo que era capaz de cuidar de seus bens, não via problema em administrá-los. A ideia dela era, mesmo se casando com Nabuco, manter o controle dos bens, embora ambos pudessem usufruir deles. Porém, o orgulho de Nabuco não permitiu que o **acordo** fosse feito, pois, além disso ser motivo de riso no Brasil, ele queria casar-se da maneira tradicional.

Nabuco voltou ao Brasil, casou-se e teve filhos. Já Eufrásia continuou investindo em títulos públicos do Brasil, da Europa, do Japão, do Alto Egito e, durante a crise de 1929, foi uma das poucas que não sofreu perdas. Ela era conhecida internacionalmente, principalmente por ser aquela que conseguiu sucesso sem ser casada. Muitos ainda diziam que ela trabalhava como homem, pois dificilmente errava um palpite sobre investimentos. Pode-se ver mais uma vez o preconceito com o sexo feminino: quando a elogiavam, enalteciam o sexo oposto.

Eufrásia e Nabuco não ficaram juntos. Ela morreu vinte anos depois dele, e um de seus pedidos foi ser enterrada junto de cartas que recebera. Sem marido ou filhos, seu testamento pedia que parte de sua fortuna fosse destinada à cidade de Vassouras e apenas alguns parentes e amigos fossem beneficiados. Alguns parentes ainda tentaram contestar dizendo que ela não estava lúcida, porem Eufrásia cuidou de seus negócios até poucas semanas antes de adoecer, provando a sua sanidade mental.

### 2.2 Macabéa: realidade e literatura

A Hora da Estrela, livro de Clarice Lispector, conta a história de Macabéa uma retirante nordestina. Além de mulher, ela era pobre e vinha de um lugar onde sua vida não era fácil. Essas características, naquela época, tornaram a vida da moça mais difícil, pois, apesar de as mulheres terem conquistado alguns direitos, ainda havia o preconceito da sociedade e o fato de

Macabéa não se reconhecer como pessoa[573].

Na obra, Macabéa morou em Alagoas com os pais até a morte deles quando tinha apenas dois anos. Depois disso, foi morar com a tia em Maceió. Ela era maltratada por essa tia, que fazia isso por prazer e por achar que, assim, evitaria a espera da sobrinha por homens nas esquinas. Após algum tempo, Macabéa mudou-se para o Rio de Janeiro, onde conseguiu emprego e moradia.

Macabéa era uma pobre moça que, segundo o narrador da história, "vivia num limbo pessoal" [574], pois não possuía perspectiva de alcançar o melhor ou o pior. Estudou apenas até o terceiro ano primário e possuía diploma de datilógrafa.

A pobre moça não sabia que era infeliz, por não saber o que era felicidade. Era uma pessoa doce, obediente e queria muito viver. O único luxo que ela possuía era o de beber um gole frio de café antes de dormir, pois nunca havia feito uma refeição decente, comia apenas cachorro quente e tomava refrigerante e café.

Todos tinham pena de Macabéa. Quando foi demitida de um de seus empregos, por exemplo, ela não foi grosseira ou ficou revoltada, e, sim, muito educada, o que deixou o chefe envergonhado e arrependido por tê-la destratado.

Certo dia, a moça conheceu Olímpio de Jesus. Ele era um ambicioso metalúrgico que tentou começar um romance com ela. Os dois passeavam e tentavam conversar, mas Olímpio sempre se aborrecia com a curiosidade excessiva de Macabéa. Muitas vezes, ela perguntava sobre assuntos por ele desconhecidos, e, para mudar a situação, o rapaz era grosseiro com a moça, a fim de não demonstrar que possuía tanto conhecimento quanto ela, ou seja, quase nenhum.

É no relacionamento com Olímpio que aparece mais evidentemente a opinião de Macabéa sobre ela mesma. Ao dizer ao rapaz "eu não acho que sou muito gente"[575], nota-se que a moça, mesmo vivendo em uma época a qual permitia que as mulheres participassem mais ativamente da sociedade, não se sentia sujeito. Ela não achava que era alguém ou que tinha algum valor. Isso acontecia, provavelmente, por ninguém nunca a ter tratado bem, ter dado carinho ou respeito a ela.

Após perceber que não possuía chance de crescer financeiramente ao lado de Macabéa, Olímpio rompe o relacionamento com a moça e começa outro com uma amiga dela, Glória, a filha do açougueiro.

Com o passar do tempo, Glória começa a ter certo instinto maternal em relação a Macabéa, apesar de também destratá-la às vezes, e decide indicar uma cartomante para ela a fim de que descubra como seria sua vida. A cartomante diz a Macabéa que encontrará um rapaz lindo e rico que mudará sua vida. As previsões feitas para a moça fazem que ela se veja, pela primeira vez, como alguém capaz de sentir felicidade. Ela nunca havia analisado sua vida para saber se o que havia passado e estava passando era bom ou ruim. Com a visita à cartomante, a moça pôde perceber que sua vida podia mudar.

Com essas previsões, a retirante sai, pela primeira vez, com esperanças. Entretanto, ao atravessar a calçada, Macabéa é atingida por um carro e morre. Esse é o momento em que ela se torna a estrela, por ter morrido e, por ter sido vista por pessoas que nunca haviam reparado nela.

### 2.3 Breve análise histórica das mulheres como sujeitos de direito

O Direito Brasileiro foi bastante influenciado pelo Direito Romano, e, quando, no Brasil, vigoravam leis portuguesas, essa influência também existia.

É possível ver no Direito Romano a relação de propriedade que existia em relação às mulheres[576]. Numa sociedade em que o Pátrio Poder era tradição, pode-se usar, como exemplo, a seguinte hipótese: numa família em que há um casal de filhos, a mulher, após o casamento, passa a morar com a família do marido, como se ela fosse um bem que ele tinha acabado de adquirir; já quando o homem se casava, ele deveria trazer a esposa a sua. Em ambas as situações apenas a família do marido aumenta.

De certa forma, essa relação de propriedade era refletida no código brasileiro, pois as esposas ricas, por exemplo, tinham que dar todo o dinheiro ao marido, porque se acreditava que ele era a pessoa ideal para administrar os bens da família.

O Código Civil de 1916 também limitava as ações femininas[577]. As mulheres dependiam de seus maridos para tudo, pois eles cuidavam das finanças e elas lhes deviam pedir permissão para exercer determinadas funções, como era estabelecido no artigo 242, inciso VII, do Código Civil de 1916, exercer profissão. Entretanto, em 1962, com a criação do Estatuto da Mulher Casada, que marcou o fim da desigualdade jurídica, o marido deixa de ser o chefe absoluto da família, expandindo, assim, o campo de atuação das mulheres que se tornaram economicamente ativas e obtiveram mais direitos sobre os filhos. Atualmente, os homens apenas precisam consentir algo às mulheres quando o caso se aplicar a ele.

Não só estatutos e códigos internacionais marcaram o Direito Brasileiro. As revoluções feministas também foram muito importantes, pois nelas as mulheres puderam lutar por uma igualdade mais abrangente Apesar de o Estatuto já as ter ajudado, evoluindo-as para sujeitos de Direito, ainda havia muito preconceito.

Na Constituição Federal de 1988, ficou afirmado, no artigo 5°, inciso I, que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos dessa constituição". Isso trouxe a isonomia dos gêneros[578] e a igualdade jurídica, o que repercutiu na ideia de Pátrio Poder[579].

Hoje, com diversas afirmações[580] de que "todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza", como está determinado no artigo 1° da Constituição Federal de 1988, os direitos femininos possuem mais validade e poder. No entanto, ainda existe o machismo que carrega uma grande herança histórica. Antigamente, os homens recebiam uma educação melhor quando comparada com a das mulheres. Com essa diferença, as mulheres só aprendiam a ler e escrever e a fazer as atividades domésticas; isso era uma garantia de que elas não buscariam a igualdade. Entretanto, as situações mudaram, fazendo que as mulheres buscassem uma melhor qualidade de vida para que não mais fossem submissas aos homens, principalmente a seus maridos.

### 2.4 As mulheres e seus mundos: as dificuldades de

### Eufrásia e Macabéa no reconhecimento da condição de sujeito

Ao comparar a situação de Eufrásia e Macabéa, percebe-se que, embora muito mais pobre, esta era independente, pois trabalhava e, com o pouco que ganhava, sustentava-se. Já aquela, apesar de ter estudado mais, não tinha emprego, pois, naquela época, as mulheres não deveriam trabalhar, e sim cuidar da casa e da família. Embora Eufrásia conseguisse administrar o patrimônio, ela só pode exercer tal função quando adquirisse a herança do pai.

Outros importantes aspectos são as diferenças entre as relações amorosas das duas. Nabuco e Eufrásia construíram uma relação durante os anos, primeiro como amigos e depois como namorados, transformaram-na em algo duradouro e amoroso e, também, compartilharam experiências. Porém, entre Olímpio e Macabéa, existia uma relação fria. Eles estavam juntos por conveniência, e o rapaz a destratava muito. Entre os dois, não havia amor, principalmente porque a pobre moça não sabia o que era esse sentimento. O namorado de Eufrásia não possuía interesses no patrimônio da amada, apesar de, quando ela quis a separação de bens, ele ter recusado a proposta, isso não ocorreu por causa de interesse, e sim orgulho, diferente de Olímpio, o qual, além de não compartilhar quase nada com Macabéa, largou-a por alguém que ele achava ser mais rico [Glória].

As famílias das duas também eram muito diferentes. Eufrásia morava com os pais e recebia educação exemplar. Seu maior problema era o interesse do tio e dos primos, pois eles acreditavam que a filha de Joaquim não tinha capacidade, assim como todas as mulheres, na opinião de Cristovão, de administrar o dinheiro que possuía, fato que não a impediu de fazê-lo. Ao contrário de Macabéa, cujos pais morreram quando a filha tinha dois anos e que, após isso, foi morar com a tia, a qual maltratava a sobrinha, deixando-a sem comer e a agredia fisicamente, alegando que queria evitar que a moça tomasse decisões erradas. Nota-se, assim, que a retirante não possuía base familiar.

## 3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A pesquisa que se apresenta é do tipo bibliográfico e documental. A partir da pesquisa bibliográfica, que consistiu na análise e nas resenhas dos livros Mundos de Eufrásia e A Hora da Estrela, foi feita a leitura de artigos científicos, e, depois, comparada a situação feminina das personagens em suas respectivas épocas. A pesquisa documental foi feita a partir da comparação das legislações vigentes nas datas abordadas nos livros.

O trabalho é de base descritiva, pois procurou mostrar as relações jurídico-sociais das personagens e o cotidiano feminino.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

O trabalho mostrou que a relação do Direito com a Literatura é possível. Pôde-se perceber que existem diferentes maneiras de abordar temas jurídicos de forma simples e discreta.

A leitura dos livros causou certa curiosidade sobre outros livros que mostram as relações jurídico – sociais e abordam assuntos que, primeiramente, não seriam vistos como algo relevante ao Direito, mas, após a leitura, percebe-se o contrário.

As relações femininas abordadas nos livros mostraram que o preconceito com as mulheres era muito presente e, ao comparar com a situação atual, pôde-se perceber que tal situação mudou pouco. O machismo continua presente no cotidiano feminino, entretanto, as mulheres não precisam mais dos homens para tomar decisões, por exemplo. Elas agora podem estudar, trabalhar [sem precisar de um marido para administrar seus bens, diferente de Eufrásia] e são capazes de ser feliz e saber o que é isso, diferente de Macabéa.

## 5 CONCLUSÃO

Após a análise das obras e das leis vigentes nas épocas, pode-se perceber como cada personagem foi influenciada de maneira diferente pelas relações sociais e jurídicas.

Eufrásia Teixeira Leite, personagem do livro Mundos de Eufrásia, apesar de possuir uma exemplar educação e um talento nato para negócios, não tinha apoio suficiente da família ou do Direito, para se casar e, ao mesmo tempo, ter independência financeira. Embora ela tenha buscado formas de obter essa independência em leis estrangeiras, o orgulho e o medo de ser motivo de riso do marido não permitiram que nada fosse feito, e isso contribuiu para a infelicidade do casal, que se separou e teve de buscar, em outros lugares, a felicidade antes tão próxima.

Já Macabéa, personagem do livro A Hora da Estrela, sempre tão sofrida, apesar de viver em uma época em que as mulheres possuíam um pouco mais de liberdade e podiam estudar da mesma forma que os homens estudavam, não possuía instrução ou apoio suficiente para obter melhores condições de vida. Assim, o único momento que realmente importou para ela foi o da sua morte, pois ela tornou-se o centro das atenções, a estrela de sua vida.

Ambas as protagonistas tentaram buscar uma forma de se fazerem sujeitos de acordo com o Direto da época; podem não ter conseguido completamente, mas servirão de modelo para todas as mulheres que querem ser valorizadas e felizes, com uma real igualdade entre os sexos.

## REFERÊNCIAS

ANDRÉ, Luiz Pedro. As Ordenações e o Direito Privado Brasileiro. **BDJur**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18254/As_Ordena%C3%A7%C3%B5es_e_o_Direito_Privado_Brasileiro.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 abr. 2012.

FERREIRA, Juliana Vanelli. A evolução da mulher na sociedade e na carreira jurídica perante a cultura machista, capitalista e globalizada. **Paraná Online**. 20 mai. 2007. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/editoria/cidades/news/241857/>. Acesso em: 22 abr. 12.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GUIMARÃES, Elina. A mulher portuguesa na legislação civil. **Análise Social**. v. 22, n. 92-93, p. 557-577, mar./abr. 1986.

Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Elina.pdf >. Acesso em: 15 abr. 2012.

LAGE, Cláudia. **Mundos de Eufrásia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2011.

LISPECTOR, Clarice. **A Hora da Estrela**. Rio de Janeiro: Rocco, 2008.

**SILVA, Rachel Marques. Evolução Histórica da Mulher na Legislação Civil. Mundo Vestibular. Disponível em: <**http://www.mundovestibular.com.br/articles/2772/1/EVOLUCAO-HISTORICA-DA-MULHER-NA-LEGISLACAO-CIVIL/Paacutegina1.html>. Acesso em: 15 abr. 2012.

SOUZA, Daniela Zaniolo de. **Mudanças Lexicais no Direito de Família Brasileiro**: necessidade jurídica e evolução linguística. 2009. 254f. Dissertação (Pós-graduação Linguística e Língua Portuguesa). – Faculdade de Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2009. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/59812548/TESE-MUDANCAS-LEXICAIS-NO-DIREITO-DE-FAMILIA>. Acesso em: 27 mai. 2012.

WISNIK, José Miguel. **Macabéa, Vertiginosamente Outro**. [Documentário – Vídeo]. Brasil: Cultura, 2005. 1 DVD (55 min).

# O PAPEL SOCIAL E JURÍDICO DAS VÍTIMAS DE PISTOLAGEM

*Thais Montenegro, autora*[70*]
*Yuri de Nóbrega Sales, professora orientadora*[71**]

SUMÁRIO: RESUMO.1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS; 4.1 PROATIVIDADE: UMA CARACTERÍSTICA ESQUECIDA NA VITIMOLOGIA? 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## RESUMO

O presente trabalho, que se utilizou da metodologia de pesquisa qualitativa, tem o objetivo de entender qual é o papel das vítimas de pistolagem, social e juridicamente. A partir disso, descreveu-se e estruturou-se o crime de pistolagem, caracterizando seus integrantes. Abordou-se também uma breve comparação entre o crime de mando e o crime organizado. A partir desse primeiro enfoque, desenvolveu-se uma análise histórica da evolução do papel da vítima, enfatizando o interesse do Estado, nos aspectos estratégico e político, na participação dela no decorrer do trâmite penal, quando se trata da sua função na contemporaneidade. Citaram-se os direitos das vítimas como forma de compreender a função estatal de promover a democracia e a cidadania. As dificuldades enfrentadas pelas vítimas na busca por seus direitos foram elencadas, contrapondo-se ao anseio do Estado em fazê-la participante do processo penal. Porém, apesar de todos os obstáculos enfrentados pelas vítimas, a pró-atividade ainda existe. As considerações finais giraram em torno da razão das vítimas de pistolagem se tornarem proativas, visto que são tantas as dificuldades.

**Palavras-chave:** Pistolagem. Vítima. Justiça.

70 *Graduanda em Direito na Faculdade Christus. Integrante do Projeto de Iniciação Científica. Coautora do artigo cujo tema central é o papel social e jurídico das vítimas de pistolagem. Endereço eletrônico: yurisnobrega@yahoo.com.br.

71 **Psicólogo, doutorando em Psicologia pela Universidade Autônoma de Lisboa, professor da disciplina Psicologia Jurídica – Faculdade Christus. Endereço eletrônico: tche_montenegro@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro (CPB), em seu artigo 121, parágrafo 2º, e nos incisos I e IV, trata do crime de homicídio qualificado, que é o assassinato cometido em troca de pagamento ou perpetrado mediante uma promessa de recompensa, e que é realizado à traição, emboscada, ou mediante dissimulação, ou recurso outro que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima. O CPB ainda prevê, no artigo 29, o homicídio praticado em concurso de pessoas, ou seja, quando mais de uma pessoa colabora para a sua execução. Juridicamente, estes são os artigos penais que mais se aproximam de caracterizar os crimes de pistolagem, mas, ainda assim, existem muitas facetas dos crimes de mando que escapam à norma penal, inclusive as particularidades vividas pelas vítimas deste tipo de crime – e são justamente estes elementos que foram o enfoque deste artigo científico.

O crime de pistolagem apresenta a seguinte configuração: o mandante, o pistoleiro, o piloto da moto, o intermediário e, por último, os protetores ou apoios. Arruda explica que esses cinco elementos podem vir juntos, sendo parte integrante de apenas um crime, ou poderão vir em partes, por exemplo, a presença apenas do pistoleiro e do mandante. É importante frisar, ainda, que uma mesma pessoa pode exercer diferentes papéis, ou seja, dependendo da situação o mandante, por exemplo, pode ser o intermediário, o agenciador e o apoio[581].

Desmembrando cada personagem do crime de pistolagem, o intermediário é considerado por Peregrina Cavalcante da seguinte maneira: "O único a conhecer a história toda é o intermediário, que sabe quem é a vítima, o pistoleiro e o mandante. Assim, o pistoleiro e o mandante não se conhecem: é mais seguro e dificulta qualquer apuração" [582]. A figura do apoio é aquele que fornece determinada proteção aos pistoleiros, como abrigo, comida, facilitação nas fugas, dentre outras possibilidades. O apoio pode ser o próprio mandante ou o intermediário. Mais uma vez, a estrutura não é fixa, possuindo caráter de mutabilidade. O mandante seria aquele que não comete o crime diretamente, mas o que celebra o contrato com o pistoleiro, motivado por diversas razões, como afirma Arruda "... disputas políticas, conflitos envolvendo a honra, transações comercias e econômicas, brigas por terra, por gado, cavalos, intrigas de famílias, infidelidade conjugal, entre outras" [583]. Já o pistoleiro é aquele que comete diretamente o ato de matar.

> Então, ele [mandante] delega a alguém que pode 'se sujar', alguém que 'não tem nada a perder', porque seu *status* socioeconômico é hierarquicamente inferior ao do mandante; alguém, ainda que tenha coragem para matar uma pessoa por dinheiro ou por qualquer outro tipo de recompensa (para ter a proteção de um homem de prestígio, por terra, por gado, armas etc.) e que na linhagem da pistolagem se chama 'homem disposto'[584].

Cesar Barreira faz uma comparação entre o crime de mando e a máfia italiana na tentativa de avançar uma compreensão mais abrangente da pistolagem[585]. Primeiramente, é necessário definir o conceito de máfia, diferenciando-o do de crime organizado. Máfia nada mais é que uma das formas mais sofisticadas de crime organizado[586], definido por Arruda como "uma organização de indivíduos que se destina à prática de delitos (lavagem de dinheiro, roubo de carga, homicídio etc.) e que tem uma estrutura de funcionamento assemelhada ao de uma empresa que tem como finalidade o lucro de seus participantes" [587]. Gilson Langaro Dipp elenca como características da máfia a estrutura hierárquica, a programação permanente de delitos, o reinvestimento dos lucros, sigilo, assistência legal a seus associados e internacionalização. [588]

Essa comparação feita por Cesar Barreira e Ricardo Arruda pode ser justificada pelas diversas semelhanças entre o crime de pistolagem e a máfia. A primeira similaridade encontrada

é a origem rural de ambos. Posteriormente, aponta-se que ambos partilham de códigos morais condicionantes de suas atividades, que, além disso, servem como justificativa para as suas ações. A honra e a palavra são dois exemplos de condutas reguladas pelos rígidos códigos morais, traços típicos da vida rural, que, apesar da urbanização, tanto da pistolagem como da máfia, mantiveram-se como aspectos essenciais dos crimes de mando e da família mafiosa. Outra importante afinidade são os participantes que compõem essas estruturas criminosas, isto é, a presença de autoridades, políticos, policiais e de matadores profissionais. Essa última semelhança faz existir outra característica encontrada tanto nos crimes de mando como na máfia, que é a atuação de vários personagens para a realização de um crime, na qual uns fornecem proteção aos outros.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

A estrutura do crime de pistolagem, como fora abordada, segundo as pesquisas de Ricardo Arruda, não menciona a vítima como parte integrante dessa composição. Porém, para a realização de qualquer que seja o crime, não só o de pistolagem, é necessária a presença de um sujeito passivo, ou seja, da vítima, seja ela um indivíduo ou até mesmo uma coletividade.

Guglielmo Gulotta define a Vitimologia como "uma disciplina que tem por objeto o estudo da vítima, de sua personalidade, de suas características, de suas relações com o delinquente e do papel que assumiu na gênese do delito" [589]. Assim sendo, para se compreender plenamente qualquer situação criminosa seria preciso o auxílio teórico da Vitimologia – afirmação também aplicável ao estudo da pistolagem, como será evidenciado posteriormente.

No sentido jurídico-penal, conceitua-se vítima como o indivíduo que sofre, diretamente ou indiretamente, as consequências da violação das leis penais. Assim considerada, a concepção jurídica da vítima remete-nos ao fato de que, no Brasil, o sistema de justiça é regido por um corpo supremo de leis, a Constituição, que, por sua vez, possui princípios atrelados as suas normas; ou seja, a vítima, na sua abstração, é detentora de direitos defendidos por princípios constitucionais, assim como toda pessoa humana.

Entende-se por sujeito passivo aquele que foi diretamente prejudicado pelo delito. Um conceito mais abrangente, entretanto, seria considerar como vítima não apenas aquelas que sofrem diretamente os efeitos dos crimes, mas também quem os vivencia indiretamente, como os familiares. Para as Nações Unidas, por meio da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1985, art. 18:

> Entende-se por vítimas as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido prejuízos, nomeadamente um atentado á sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões que, não constituindo ainda uma violação da legislação penal nacional, representam violações das normas internacionalmente reconhecidas em matéria de direitos do homem.

Desse reconhecimento dos direitos da vítima decorreu a legitimação desta como personagem essencial para a resolução de algumas querelas jurídicas. A importância e a valorização da vítima para o funcionamento das engrenagens jurídicas, entretanto, nem sempre existiram. Deve-se as últimas décadas a possibilidade da vítima poder participar dos processos legais nos quais está diretamente envolvida, facilitando a efetivação da justiça.

O papel da vítima, concebida por um prisma histórico, pode ser analisada em três fases distintas. Primeiramente, o período da chamada Idade de Ouro, caracterizada pela vingança e justiça privadas, na qual a vítima detinha, em suas mãos, o poder de penalizar, de acordo com os seus anseios, o autor do delito. O poder punitivo difundido entre os particulares, isto é, esses direitos concedidos às vítimas para praticar a vingança, tendo em vista as suas próprias escolhas de como seria aplicada a pena, além da finalidade de proporcionar ao ofendido uma satisfação pessoal, tinha o intuito primário de fazer com que voltasse a prevalecer a paz procedente, da coletividade, que fora conturbada devido ao ato criminoso.

Em uma segunda perspectiva, a vítima passa pela chamada neutralização da vítima. Nesse momento, o Estado aparece como o único detentor capaz de administrar a justiça, passando a ser o exclusivo possuidor do *persecutio criminis*. Essa neutralização tem por objetivo impedir que a vítima respondesse ao delito com outro delito, transformando-a em delinquente. O Estado passa a somente se preocupar com a resposta oficial ao delito, com a ressocialização do punido, não se atentando aos problemas enfrentados pelas vítimas, delegando a elas o papel apenas de testemunhas. De fato, o Estado é o detentor legítimo da punição dos delitos, não sendo válido oferecer aqueles emocionalmente envolvidos com o ocorrido o poder punitivo, mas, também, o cuidado para não neutralizar a vítima, devendo esta ser amparada, principalmente no que concerne à dimensão psicológica. Aos olhos do Estado, a vítima aparece como mero objeto, sendo a reparação dos danos sofridos e a ressocialização das vítimas responsabilidades não reconhecidas pelo poder estatal.

Por último, a vítima passa pela denominada fase de redescobrimento, quando a população mundial deparou-se com as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, com o martírio de milhões de judeus nos campos de concentração nazistas sob o comando de Adolf Hitler[590]. Calhau afirma que "A Vitimologia nasceu do sofrimento dos judeus na Segunda Guerra Mundial" [591]. Desse amplo processo de resgate do papel da vítima surge, por exemplo, a Justiça Restaurativa, definida pelo Projeto de Declaração da ONU relativa aos Princípios Fundamentais da Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal como "... um processo no qual a vítima, o infrator e/ou outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime participam ativamente e em conjunto na resolução das questões resultantes daquele, com a ajuda de um terceiro imparcial" [592]. Essa forma de justiça valoriza a humanidade integral da vítima e do infrator como principais agentes de reconstrução coletiva, destacando a importância de uma intervenção restaurativa. Essa terceira fase da

vítima, porém, desperta a seguinte indagação, importante para a compreensão do papel da vítima no andamento da justiça formal: qual é o interesse do Estado em fazê-la parte integrante da decisão judicial?

O interesse do Estado na participação efetiva da vítima é observado no Brasil por um aspecto estratégico, de acordo com Calhau, através, por exemplo, da "... instituição do sistema do Juizado Especial Criminal, um sistema com princípios próprios e consubstanciando o chamado modelo da justiça consensual" [593], modelo esse positivado pela Lei n. 9.099/95. Ainda segundo o mesmo autor, essa lei valoriza "... a participação da vítima no processo penal, permitindo que o juiz criminal, na audiência preliminar, promova a conciliação das partes em relação aos danos causados pela infração de menor potencial ofensivo" [594].

A adoção dessas alternativas pode ser justificada devido ao aumento da criminalidade e, consequentemente, do número de processos legais, gerando a necessidade de descongestionar a máquina judiciária no intuito de melhorar a eficiência da instituição jurídica, de primar por maior rapidez na solução das causas e de diminuir o custo do sistema judiciário[595]. A Justiça Consensual atua de forma a beneficiar ambos, tanto o Estado, que obteve corte nos gastos e maior agilidade na resolução de conflitos menores, reduzindo a prescrição das infrações menores, como também a vítima criminal, que sai agora dos juizados criminais com indenização e encontra a possibilidade da pacificação social. Porém, esse modelo de Justiça Consensual deixa a desejar, como aborda Calhau:

> [...] a falta de maiores investimentos dos tribunais nesses juizados, que funcionam muitas vezes com uma quantidade insuficiente de juízes, promotores, serventuários, muitos acumulando atribuições ou várias audiências sendo marcadas no mesmo horário, sendo diversas pessoas ouvidas ao mesmo tempo, o que traz prejuízo à qualidade da prestação jurisdicional [596].

Pode-se abordar, ainda, por uma perspectiva política, o interesse do Estado de que a vítima participe do trâmite penal como uma forma de consolidação da democracia e da cidadania, funções estatais estas instituídas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No art. 1º da CF/88, afirma que o Brasil "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". Dessa forma, o Estado garante de maneira constitucional direitos a democracia e a cidadania. Levando em consideração a institucionalização do Estado Democrático de Direito, as vítimas, como parte da sociedade, são detentoras de direitos, que devem ser assegurados pelo Estado, tendo em vista a sua função basilar de promover a democracia e a cidadania.

O Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Telmo Lemos Filho, conceitua Estado de Direito como "aquele que impõe a todos os cidadãos, sejam administrados ou administradores, o respeito à lei, tomada esta em seu amplo espectro, da norma de maior hierarquia, a Constituição Federal, àquela de menor força normativa" [597], e continua demonstrando a importância do Estado Democrático, tendo em vista que traz consigo os fundamentos previstos no art. 1º da CF/88.

Consequentemente, surge a dúvida se as vítimas, consideradas na sua situação específica, são detentoras de direitos e quais são eles. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Título IX das Disposições Constitucionais Gerais, em seu art. 245, contempla a assistência, pelo Poder Estatal, aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso. De acordo com o texto desse artigo, a assistência concedida como direito é dada apenas as vítimas indiretas, ou seja, não conjetura nenhum direito à vítima que sofreu diretamente os danos do ato delituoso e sim, exclusivamente, a seus herdeiros e dependentes carentes, tratando-se assim de norma constitucional de eficácia limitada, devido a essa restrição. Outra crítica feita à redação do art. 245 é a exclusão das vítimas por crime culposo, isto é, a conduta deve ser resultado de negligência, imperícia ou imprudência. Lélio Braga Calhau afirma que seria de bom senso a inclusão neste artigo das vítimas de crimes culposos[598].

A Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, institui normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas. Institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, além de dispor sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Essa lei consiste em uma conquista no âmbito jurídico em relação à assistência as vítimas, objetivando garantir a integridade física e psicológica dos assistidos, propiciando segurança, proteção e bem-estar, conforme o parágrafo unido do art. 1º dessa lei:

> As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei.

Outros benefícios são mencionados no decorrer do capítulo I da Lei nº 9.807, como a extensão da proteção àqueles que possuam vínculo direto com a vítima, como cônjuges, companheiros, ascendentes, descendentes e dependentes, segundo parágrafo primeiro do art. 2º; a colaboração e o apoio dos órgãos policiais, de acordo com o parágrafo segundo do art. 4º; a segurança na residência; escolta e segurança nos deslocamentos da residência para o trabalho ou prestação de depoimentos; mudança de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; preservação da identidade, imagem e dados pessoais; ajuda financeira mensal para auxiliar nas despesas de subsistência individuais ou familiar, caso o protegido esteja impossibilitado de trabalhar ou não possua fonte de renda; suspensão temporária das atividades quando servidor público ou militar, sem prejuízos; assistência social, médica e psicológica; sigilo em relação aos atos praticados; apoio do órgão executor do programa para o cumprimento das obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

A Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adaptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, afirma a necessidade

dos Estados membros tomarem medidas imprescindíveis, podendo ser aplicadas nos domínios da assistência social, da saúde, da educação e da economia, prevenção criminal para reduzir a vitimização e ajudar as vítimas carentes; no incentivo de esforços e participação dos cidadãos na prevenção do crime; no estabelecimento e reforçamento dos meios para a investigação, a persecução e a condenação dos culpados da prática de crimes.

Essa declaração alude como direitos das vítimas o acesso às instâncias jurídicas; a obtenção de reparação do prejuízo sofrido, de forma rápida, com baixo custo e acessível, devendo ser informadas dos seus direitos para procurar a reparação e, se necessário, o Estado deve reforçar os mecanismos judiciários e administrativos; as vítimas devem ser assistidas e informadas ao longo de todo o processo, não só em relação ao trâmite penal, mas também da existência de serviços de saúde, sociais, de polícia, de justiça, e outras formas de assistência, que devem ter fácil acesso; a garantia que suas opiniões e preocupações sejam ouvidas e examinadas nas fases adequadas do processo; a minimização das dificuldades encontradas, o fornecimento de proteção e segurança, inclusive aos familiares e testemunhas.

## 3 METODOLOGIA

Esta pesquisa utilizou o referencial metodológico da pesquisa qualitativa para compor um estudo teórico e descritivo das vítimas de pistolagem. Para tanto, empregou-se o método histórico e outros para analisar as diversas fontes bibliográficas advindas do referencial teórico da Vitimologia e da Sociologia crítica que abordam o tema.

## 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

> José Dutra da Costa, o Dezinho, tinha 43 anos quando morreu. Era o presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Rondon do Pará. Ele denunciava a grilagem de terras públicas e a retirada ilegal de madeira... Em frente de casa, três tiros foram disparados. O pistoleiro foi preso e condenado há 29 anos, mas já fugiu da prisão. O fazendeiro José Décio Barroso Nunes foi acusado de ser o mandante, ficou 13 dias preso, mas nunca foi julgado... Quando Dezinho morreu, Joelma achou que tinha o dever moral de continuar a luta do marido. Primeiro, cobrando por justiça. E depois assumindo ela própria a presidência do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Rondon do Pará. Desde então, o nome dela nunca mais saiu da lista dos marcados para morrer. A lista dos jurados de morte pela pistolagem é divulgada todo ano pela Comissão Pastoral da Terra da Igreja Católica. A última tem 125 nomes. "É muito triste ler seu nome na lista. Eu não sou uma pessoa livre. Eu não tenho a liberdade de dizer que quero ir em tal lugar e posso ir", diz Joelma [599].

Como Joelma, no caso exposto acima, as vítimas de pistolagem se encontram numa situação de vulnerabilidade extrema, em que o medo predomina, em parte pela falta de suporte do Estado. Entretanto, essa ineficácia do Estado é uma pré-condição para a existência mesma dos crimes de mando, já que estes apenas se tornam endêmicos quando o Estado perde o monopólio da força física. Dito de outra maneira, os crimes de mando surgem e se alimentam da própria fraqueza do Estado, situação que provoca, portanto, a impossibilidade de proteger a vítima e, ainda mais, de incluí-la num espectro mais amplo de uma justiça democrática, característica da visão contemporânea de vítima exposta acima

Disto decorre que os crimes de mando estão intimamente ligados à ausência de um Estado de confiança, eficaz e competente no que concerne a aplicação dos princípios legais que orientam a justiça brasileira. O Estado brasileiro prevê na Constituição Federal de 1988, artigo 144, a segurança pública como um dever do Estado e direito do cidadão, ou seja, possui na sua essência, como função primordial, o controle social. De acordo com Cesar Barreira, a ineficácia estatal faz que, muitas vezes, a polícia e a justiça apareçam como culpadas pelos assassinatos cometidos pelos pistoleiros[600], já que, em virtude das suas falhas, os criminosos continuam impunes e acabam por reiterar suas práticas delituosas. Diante dessa situação, as vítimas sentem-se abandonadas pelo Estado, sem amparo, perdendo a esperança, muitas vezes, de que seus direitos possam ser respeitados. Essa ineficácia do Estado e a situação de abandono vivenciada pela vítima podem ser identificadas a partir de alguns cenários recorrentes na prática da pistolagem.

Primeiramente, isto pode ser percebido através da escassez de processos de crime de pistolagem que chegam a ser julgados, seja por falta de provas, por problemas técnicos dos inquéritos, pelas inconformidades das instâncias jurídicas, seja, ainda, devido à proteção política, logo em seguida a realização do crime, oferecida pelos mandantes, que muitos pistoleiros desfrutam para escaparem da polícia, como afirmado por Cesar Barreira[601]. Ainda nas palavras de Barreira, percebe-se claramente esta proteção:

> [...] existia uma lealdade 'absolutizada' ou idealizada, ligada umbilicalmente à proteção tradicional que os potentados de antigamente ofereciam; uma lealdade mantida, entre os pistoleiros e protetores ou mandante, que era diretamente proporcional à proteção que estes poderiam oferecer, tornando-se paradigmática a expressão: 'livra-te da morte que te livrarei da polícia'[602].

A importância política do mandante do crime ajuda, assim, no aumento da ineficácia do Estado, tendo em vista a existência de uma dependência entre a política e a atuação jurídica, não só em áreas interioranas, como também nas grandes capitais – ainda que idealmente esta conexão não devesse existir. Devido a essa ligação de compadrio e de troca de favores que mantêm com poderosos, os pistoleiros são protegidos e viram importantes agentes dentro da sociedade da qual fazem parte, capazes de causar temor, e até mesmo gerando certo tipo de respeito, nos cidadãos. Vale ressaltar que esse processo de influência dos pistoleiros, gerando uma inibição estatal, trata-se de um ciclo vicioso, já que essa influência causa a ineficácia do Estado e, como consequência, a ausência estatal aumenta o prestígio dos pistoleiros[603]. Esse ciclo também acontece em relação ao poder dos pistoleiros e ao medo que ele provoca nas vítimas: quanto mais as vítimas se apavoram diante dessa realidade de violência, e se afastam da busca por seus direitos, mais influentes se tornam os pistoleiros, e quanto mais os pistoleiros se tornam influentes, mais as vítimas tendem a ter medo e se distanciam dos seus direitos.

Portanto, a proteção que, teoricamente, era para ser um direito da vítima, vira um benefício dos pistoleiros. Sendo

protegidos, em termos políticos e financeiros, os pistoleiros ganham força diante da sociedade, adquirindo a imagem de que não podem ser contrariados, vencidos ou condicionados. Como consequência dessa lealdade mantida entre mandante e executor do crime, além da problemática vivenciada pela vítima, remete-se ao que já foi dito anteriormente, a carência de casos de crimes de mando que chegam a ser julgados.

O Caso F, como fora chamado pela imprensa do Estado do Ceará, é um exemplo da falta de provas e da influência política dos mandantes do crime que dificultam o trâmite do processo penal. O caso resume-se em uma disputa política entre famílias, a família Fontes – que possuía um membro que se candidatou a deputado federal - e a Ferreira Gomes. Poucos dias antes das eleições, o candidato a deputado federal foi assassinado. Na ausência de provas definitivas sobre a identidade do mandante do crime e do pistoleiro, não foi possível avançar no julgamento deste caso.

Podem-se fazer menção ainda às ameaças que as vítimas, bem como os advogados e promotores envolvidos, são submetidas no decorrer do processo jurídico. Na verdade, todos que se relacionam diretamente ou indiretamente com o processo jurídico dos crimes de mando podem se tornar vítimas de ameaças, realizadas no intuito de garantir que os profissionais e os parentes da vítima não prejudiquem os responsáveis pelos delitos - o pistoleiro, mandante e os participantes secundários - e encerrem o sua participação no processo.

O medo das vítimas dos crimes de mando as impedem de buscar a justiça, devido às ameaças que insurgem sobre elas. A violência das palavras ameaçadoras e de atos que procuram cultivar o terror nas vítimas influencia, obviamente, na decisão de não buscar auxílio judicial, no intuito de evitar a positivação da ameaça, o que finda por manter os participantes do crime de pistolagem ilesos.

As consequências desta coerção são inúmeras, mas a principal, para o tema deste artigo, é o medo que as vítimas sentem de participar ativamente dos trâmites jurídicos e, como represália, serem punidas. Outro efeito desta situação de ameaça generalizada é que, mesmo quando as vítimas requisitam ao Estado o respeito aos seus direitos, diversos obstáculos surgem, já que aqueles aos quais recorrem, isto é, os próprios operadores do Direito, são coagidos e impedidos de defender os interesses da vítima, como é possível observar no caso seguinte caso apresentado por Ricardo Arruda:

> Sofri ameaças de morte. Através de ligações telefônicas que vinham de várias cidades próximas, telefones públicos. Por dia meu telefone tocava "n" vezes. Eu tinha medo do bandido, mas eu tinha muito mais medo das pessoas influentes da cidade do que do bandido, essas eram as pessoas que eu mais temia. (Entrevista realizada em 16/02/2008) [604].

A forte influência cultural e social exercida pelos pistoleiros se torna também um motivo para a atemorização das vítimas. Uma das principais razões da existência desta influência é a própria história do Nordeste brasileiro, no qual se destaca o personagem do pistoleiro, que se desenvolve em um cenário rural em que se destacava, e ainda se destacam, até certo ponto, os constantes conflitos políticos, travados, em tempos passados, por coronéis, grandes proprietários de terras e chefes políticos, que utilizavam dos seus jagunços, como assim eram chamados, para fazer predominar interesses pessoais. De fato, o coronelismo no Brasil chegou ao fim, mas sua derrocada não produziu o término desses conflitos. O envolvimento dos pistoleiros com querelas políticas dificulta o engajamento da vítima na busca por seus direitos. Isso ocorre devido ao fato dos pistoleiros se tornarem catalisadores de forças políticas dentro da região em que atuam, já que estão vinculados, na maioria das vezes, com indivíduos detentores de determinada autoridade local, formal ou não.

A realidade da sociedade brasileira nos remete a mais um condicionante do medo suportado pelas vítimas. Os crimes de mando têm, tradicionalmente, maior força em regiões interioranas, caracterizadas pela precariedade da cidadania - apesar deste panorama estar em transformação. Dessa forma, em pleno século XXI, deparamo-nos com a lacuna de informações, nestas localidades, em relação aos direitos das vítimas, fato esse menos constante quando localizado nos grandes centros urbanos, devido ao maior e mais fácil acesso aos meios de comunicação e as instituições educacionais. Essa falta de conhecimento dos direitos da vítima, bem como os diversos fatores acima mencionados, faz com que não haja um encontro eficaz entre a vítima e o Direito.

### 4.1 Proatividade: uma característica esquecida pela Vitimologia?

Como é possível perceber, os ensejos estatais de fazer com que a vítima partícipe da esfera jurídica, seja por causa do aspecto estratégico da redução de intervenções diretas do aparato jurídico, seja pela causa política da democracia e da cidadania, não funcionam para as vítimas de pistolagem. O primeiro aspecto aborda a Justiça Consensual, aplicada somente a conflitos pequenos, portanto, não sendo o crime de pistolagem enquadrado nesse parâmetro. O segundo aspecto, referente ao desejo do Estado em realizar sua função de garantidor da democracia e da cidadania, promovendo os direitos das vítimas, não se efetiva, já que o Estado é incapaz de garantir a participação e proteção da vítima. Porém, mesmo com todos esses obstáculos que a vítima de pistolagem enfrenta, a proatividade ainda existe.

A proatividade significa a adoção de medidas para evitar ou resolver problemas, enfrentando obstáculos, planejando e executando ideias, além de uma busca ativa por transformações sociais. Nesse sentido, no caso da proatividade das vítimas de pistolagem no âmbito da justiça, trata-se de um acompanhamento constante da apuração do crime na dimensão jurídica, garantindo, por meio de diversas formas de intervenções, que a justiça possa ser realizada. Essa participação efetiva das vítimas faz que elas desempenhem um papel de grande relevância no decorrer do andamento do processo penal, auxiliando na efetivação de seu início e na sua continuidade, e o que mais se almeja, o fim do trâmite penal, seguido da condenação do criminoso. Porém, não se pode considerar que a proatividade da vítima se dá apenas com a atuação no processo penal.

A Associação de Parentes e Amigos de Vítimas de Violência (APAVV) é um grande exemplo da proatividade da vítima que não se relaciona somente à atuação direta do trâmite penal. Essa organização não governamental, que tem por finalidade

apoiar, orientar, assistir e assessorar parentes e amigos de vítimas de violência no Ceará por intermédio de atendimento psicológico, jurídico e social, além de desenvolver ações em defesa e promoção dos direitos humanos[605], é formada inclusive por vítimas de pistolagem, provando que uma vítima exerce um papel essencial para além da fiscalização do processo penal.

## 5 CONCLUSÃO

O que desperta uma maior curiosidade é saber a razão destas vítimas se tornarem proativas, já que vários fatores apontam para uma direção completamente oposta, o amedrontamento. Principalmente nos crimes de pistolagem, em que o Estado não apenas é ineficaz na proteção física e dos direitos da vítima, mas, ainda, a partir de influências políticas concretas, pode ser considerado o próprio algoz, urge compreender, de uma forma mais aprofundada, quais as dificuldades singulares que as vítimas de pistolagem enfrentam, como algumas se tornam proativas, mesmo em situações de puro abandono da justiça e, por último, qual o efeito que isto provoca na organização do Estado em relação ao papel das vítimas.

Se é verdade que as teorias contemporâneas da Vitimologia e o próprio ordenamento jurídico incluem a vítima como potencial participante e contribuinte da justiça, também é verídico que esta inclusão se deu de forma vertical, em que o Estado legitimou e demarcou de que maneira a vítima poderia participar da efetivação da justiça. Como referido no artigo, as vítimas de crimes de mando não podem receber este suporte do Estado, já que é a ineficácia deste que alimenta os crimes de pistolagem. Nesse caso, resta-nos aprender com estas vítimas que se tornaram proativas quais as possibilidades de contribuição para um modelo de justiça que surge justamente quando o Estado não delimita qual seria o raio possível de atuação cidadã da vítima, sendo este gestado de forma horizontal, como parte da movimentação da própria sociedade civil. Dito de outra maneira, que reivindicações e possibilidades para a justiça se pode aventar quando a vítima deixa de ser passiva, como a definição tradicional defende, para se tornar um agente ativo, inclusive da transformação do próprio Estado?

Para responder a este questionamento seria preciso uma investigação empírica, objetivo que ultrapassa os limites deste artigo. De qualquer forma, é importante registrar que há indicações de que o estudo das vítimas de pistolagem podem oferecer ideias sobre um modelo de Vitimologia que não entenda a vítima como sujeito passivo, seja como personagem excluído do processo formal de justiça seja como agente que aguarda a legitimação e indicação do Estado sobre os limites da sua função. Tais ideias poderiam contribuir não apenas para a compreensão e abrandamento dos crimes de pistolagem, mas também para repensar o papel da vítima como agente transformador da justiça, inclusive aquela dita formal.

## REFERÊNCIAS

APAV, Associação Portuguesa de Apoio à vítima. **APAV.** Disponível em: <http://www.apav.pt/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=68&Itemid=119>. Acesso em : 26 ago. 2012.

BARREIRA, César. **Cotidiano Despedaçado**: cenas de uma violência difusa. São Paulo: Pontes, 2008.

CALHAU, Lélio Braga. **Vítima e Direito Penal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CAVALCANTE, Peregrina. **Como se fabrica um pistoleiro.** São Paulo: A Girafa, 2003.

CONHEÇA a APAVV. **APAVV**. Disponível em: <http://www.apavv.org.br/apresentacao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2012.

PAULA, Ricardo Henrique Arruda de. **Com a morte nos olhos:** itinerários de matadores de aluguel**.** 2008. 282 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008.

DIPP, Gilson Langaro et al. Propostas para um novo modelo de persecução criminal: combate à impunidade. **Cfj**. Brasília, v. 25, serie cadernos. 2005. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/SerieCadernos/Vol25/tema03.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2012.

FERES, Jesus Nagib Beschizza. Evolução histórica da vítima e o surgimento da Vitimologia. **Jurisway.** Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1424>. Acesso em: 12 jan. 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEMOS FILHO, Telmo. In verbis. **Correio do Povo.** Porto Alegre, 20 dez. 2009. Disponível em:

<http://www.correiodopovo.com.br/Impresso/?Ano=115&Numero=81&Caderno=0&Noticia=74047>. Acesso em: 24 abril 2012.

MULHER marcada para morrer no Pará recebe apoio de vários artistas. Fantástico. 31 jul. 2011. Disponível em: <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/T/0,,MUL1668864155605,00MULHER+MARCADA+PARA+MORRER+RECEBE+APOIO+DE+ARTISTAS.html>. Acesso em: 27 fev. 2012.

PIEDADE JR., Heitor. **Vitimologia:** evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1993.

# OS NOVOS CONTORNOS DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988 – UMA PROPOSTA DE ESTUDO FACE AO REGIONALISMO

*Victor Menezes Barros de Sá, autor*[72*]
*Gretha Leite Maia, professora orientadora*[73**]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO**; 2.1 Uma aproximação inicial do tema; 2.2 Reflexos da Constituição Federal de 1988 na proposta federalista: a compreensão de uma nova forma de Federação e a questão do regionalismo; 2.3 Federalismo: Regionalismo: implicações. **3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DE RESULTADOS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

O presente trabalho destina-se a um estudo sobre os fundamentos da Federação. Dessa feita, o artigo em questão prioriza um discurso orientado pela Ciência Política. Num primeiro momento, faz-se uma análise inicial do tema, na medida em que são propostos elementos conceituais, características, etimologia. Em seguida, trata-se à tona o fenômeno do federalismo no âmbito das prescrições da Constituição Federal de 1988, optando-se, de início, em abordar sua tríplice concepção, quais sejam, uma forma federativa pautada pelas concepções de orgânico, cooperativo e de integração. Isso posto, opta-se por delimitar o tema, abordando-se, no tocante às questões de ordem constitucional, o complexo federalismo – regionalismo. Reside nesse tópico a questão maior do artigo, notadamente quanto às origens do regionalismo, conceituando-o, e quais seriam as implicações deste na ótica federalista. Pauta-se por uma pesquisa de matriz bibliográfica, com o subsídio de doutrina pátria relativa à caracterização da Federação e sua conformidade com as questões regionais, acrescida a discretos estudos de doutrina estrangeira, notadamente a obra O Federalista.

**Palavras-chave**: Federação. O fenômeno do Federalismo no Âmbito das Prescrições da Constituição Federal de 1988. Complexo Federalismo: Regionalismo

72 *Aluno do 7º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus. Monitor da Cadeira Teoria Geral do Estado/Ciência Política. E-mail: victor_menezes_barros@hotmail.com

73 **Professora da Faculdade Christus. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFC. E-mail: grethaleite@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo ora proposto destina-se a um estudo específico da Ciência Política, a saber, a Federação. Nesse sentido, propõe um estudo inicial do tema, notadamente quanto a origem do termo, atributos e questões de ordem estrutural.

Partindo-se a uma análise mais específica, dá-se foco à atual feição da configuração da Federação em sede nacional, qualificando-o em de integração, cooperativo e orgânico. Fecha-se a discussão analisando a incidência do regionalismo sob o tema em pauta.

O tema se manifesta de grande valia ao Direito, na medida em que possibilita enxergar a atual feição de referido instituto na contemporaneidade, notadamente por visualizar-se que um estudo de tal envergadura possibilita identificar a própria feição do Estado brasileiro, notadamente quanto ao 'esqueleto' que o corporifica.

Justifica-se a adoção de citado tema pelo fato de este causar significativa inquietação ao operador de Direito. Ora, discorrer sobre a organização do ente estatal é conteúdo essencial para o enquadramento do solo em que se situa o ordenamento jurídico, garantido validade aos estudos relativos a tal estrutura.

Objetiva-se, portanto, realizar um detalhamento do fenômeno em questão, destacando-se sua configuração atual, com o fito de se entender as questões políticas que permeiam os estudos jurídicos do federalismo.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Uma aproximação inicial do tema

De início, cabe apresentar o cenário de estudo do presente artigo. Ambienta-se tal discussão na seara político-jurídica, na medida em que analisar Federação é, num primeiro plano, indicar elementos conceituais da estruturação do Estado. Identificado esse complexo, converge-se ao estudo de Direito, já que o ente Estatal, enquanto ficção jurídica, instrumentaliza as normas jurídicas, positivando-as.

Define-se Federação como modelo/forma de Estado no(a) qual há uma proposta de coordenação e repartição das questões de ordem política, subsistindo estruturas fundadas no atributo autonomia, sem, contudo, lesar a soberania do Estado. Compreende Maluf que: "ESTADO FEDERAL é aquele que se divide em províncias politicamente autônomas, possuindo duas fontes paralelas de direito público, uma nacional e outra provincial"[606].

É nessa estrutura que reside a Federação. Uma organização composta, atualmente, em duplicidade: a União Federal e os Estados-membros, na medida em que dividem funções, com o propósito de exercer na integralidade as atribuições do Estado. Bonavides, ao citar Jellinek, aponta de forma didática uma série de elementos componentes, quais sejam, Estado Soberano; 'pluralidade de estados'; emanação do Estados-membros do poder do Estado e unidade estatal[607]. Ainda nesse sentido, Bonavides atenta para o fato de que:

> Há Estado Federal quando um poder constituinte, plenamente soberano, dispõe na Constituição Federal os lineamentos básicos de organização federal, traça ali o raio de competência do Estado Federal, dá forma às suas instituições e estatui órgãos legislativos com ampla competência para elaborar regras jurídicas de amplitude nacional, cujos destinatários diretos e imediatos não

> são os Estados-membros, mas as pessoas que vivem nestes, cidadãos sujeitos à observância tanto das leis específicas dos Estados-membros a que pertencem, como da legislação federal.[608]

Nesse sentido, converge-se a doutrina ao entendimento de que a federação toma como parâmetro o modelo de descentralização política. Ora, parte-se da noção de que a manifestação da limitação do poder, simulacro do Estado Moderno [detentores, nesse caso, do atributo de democrático] é garantido por esse grau de distribuição das questões políticas. Não à toa, diz-se que: "No modelo federal de Estado verifica-se, numa palavra, a descentralização política, que corresponde ao mais alto grau de descentralização"[609].

O estudo da Federação apresenta marco teórico na história. É com o surgimento de **O Federalista** que se aprofundam as discussões quanto aos eixos estruturadores das noções de Governo Central e Autonomia Regional. Os teóricos nos apresentam que a única forma de materialização de tais estruturas em conjunto é a capacidade de exigibilidade, face aos cidadãos, do cumprimento das normas proferidas pelo Estado. Cumpre à União [Federal], pois, ampliar seu campo de incidência, relacionando-se diretamente com os civis.

Dessa forma, o federalismo passa a ser, efetivamente, um pacto político, sistema que compreende as noções de coordenação e ingerência coletiva. Como bem delineado por Rodden, "O federalismo remete-se à palavra *foedus*, no latim, que significa 'contrato' (grifo do autor)" [610].

Postas essas questões, encontram-se nos estudos de Os clássicos da Política uma série de institutos caracterizadores dos elementos do federalismo idealizado à época por Jay e Madison, caracterizando a existência da União e dos Estados Membros como proposta de consolidação do ideário político, como medida de vedação a conflitos civis [estes tendentes à desestabilização da estrutura estatal estável]. Destaque para os trechos a seguir dispostos:

> Um forte sentido do valor e dos benéficos da União induziu o povo a desde logo instituir um governo federal para preservá-la e perpetuá-la. Este povo o constitui quase simultaneamente à aquisição de sua existência política
>
> [...]
>
> Uma União sólida será de máxima importância à paz e à liberdade dos Estados, como uma barreira contra facções e insurreições internas.[611]

Compreende-se, pois ser de relevância apresentar estudos de tal envergadura, tendo em vista a fina sintonia entre os estudos de Federação e a proposta do Direito Constitucional Moderno, notadamente pelos aspectos de unidade Estatal – autonomia regional – vedação à secessão. Dessa feita, a Constituição manifesta, enquanto veículo normativo, garantidor da existência de entidades autônomas, sem, contudo, perder vinculação ao ente Estatal. Veja-se:

> A doutrina federativa se baseia na ideia de que na Constituição se cristaliza o compromisso entre os interesses da unidade nacional e da autonomia regional, mantidas em proveito de todos os participantes, cujo desligamento não se pode dar, vez como não têm mais soberania que legitime decisão separatista.

Permite-se, portanto, compreender o federalismo como um aspecto político e jurídico, como anteriormente em análise. Nesse sentido, a adoção de um modelo constitucional próprio, formalizado nas disposições da Carta Magna em incidência, repercute de forma direta sob a estrutura federal. Observa-se como necessário a analisar a atuação da CF/88 como instrumento de molde deste fenômeno, proposta em análise do tópico seguinte.

### 2.2 Reflexos da Constituição Federal de 1988 na proposta federalista – a compreensão de uma nova forma de Federação e a questão do regionalismo

Conforme abordado no tópico retro, a adoção de um modelo constitucional, disposto na Constituição pátria implica de forma direta na organização da Federação. Por óbvio, a CF/88, dotada de normas principiológicas, moldou o sistema federativo em vigência, mormente pela influência histórica de sua construção. Duas questões passam a ser discutidas de forma mais efetiva: se há que se falar em espécie de Federação no Brasil e de que forma a estrutura federativa implica na atuação estatal.

Quanto ao primeiro tópico, observa-se que, de início, utilizava-se conceituação didática, no sentido de que, como regra, todo modelo de federação vincula-se à noção de federalismo dual. Dessa forma, existiam duas típicas, a saber, União e Estados-membros, dotados de atribuições próprias, não havendo possibilidade de atuação cumulada, sendo, tão somente, estruturas complementares, mas distintas.

Com o advento da Carta Maior em 1988, a Federação brasileira passa a ser basear num tripé, não mais sendo possível enxergar o federalismo de forma **pura**. A noção clássica de federação torna-se superada pelos conceitos de Federalismo orgânico, cooperativo e de integração, noções que se completam.

Segundo os ditames do federalismo organicista, a estrutura adotada no modelo brasileiro toma como parâmetro uma estrutura de superposição: a União torna-se espelho para a configuração dos Estados-membros [e no caso do Brasil, dos municípios, inclusive]; as questões de normatização e identificação de atribuição regem-se pela sistemática da hierarquia – todas as questões de ordem política têm matriz na União Federal. Aponta Maluf que:

> Tornou-se a federação brasileira, cada vez mais, uma federação orgânica, de poderes superpostos, na qual os Estados-membros devem organizar-se à imagem e semelhança da União; suas Constituições particulares devem espalhar a Constituição Federal, inclusive nos seus detalhes de ordem secundária, e suas leis acabaram subordinadas, praticamente, ao princípio da hierarquia.[612]

No tocante ao segundo aspecto, qual seja, a noção de federalismo cooperativo, aduz-se que houve um fortalecimento do complexo estruturante da entidade federal, em detrimento das organizações estaduais. Ocorre, pois, um descompasso entre as duas entidades, indicando Almeida que: "o chamado federalismo cooperativo, basicamente mediante uma alteração das relações entre a União e os Estados, com o fortalecimento da autoridade federal e consequente retração

da autoridade estadual"[613].

Quanto à noção de federalismo de integração, compreende-se como a supervalorização da União Federal, uma vez que esta passa a ter vastíssimo rol de atribuições. Fala-se, então, eufemisticamente, num federalismo de integração [...] para designar essa etapa em que a União pontificou, aquinhoada com extenso e significativo rol de competências [...][614].

Entende-se, pois, que, no Brasil, nitidamente está materializada tal estrutura, tendo em vista que houve significativo **inchaço** nas funções conferidas à União. Essa própria questão implica de forma incisiva no segundo tema, posto que é mister discutir até que ponto as questões regionais incidem sob estrutura política vigente, conforme disposto abaixo.

Apresentadas tais questões, reitera-se que, num primeiro momento, a CF optou por seguir uma série de diretrizes caracterizadoras das estruturas federativas *lato sensu*, notadamente, a não-centralização do poder político; o fortalecimento dos elementos – estado-membro e município; medidas de descentralização fiscal; reconhecimento da existência de competência concorrente dos distintos entes componentes da Federação.

Ainda nessa proposta, a atual Constituição repetiu uma série de questões, notadamente pela influência dos modelos anteriores. Inúmeros elementos podem ser identificados, com ênfase às seguintes questões: tendência ao constitucionalismo, atribuindo à Constituição a função de fixar, de forma exaustiva, a competência dos entes federados; uniformidade das políticas públicas entre União, Estados e municípios, dificultando a resolução de questões de ordem local; a consequente dificuldade de avanço nas políticas públicas quanto à diminuição das desigualdades regionais. Tornou-se necessária a releitura de uma série de questões, conforme bem explana Bercovic:

> O federalismo brasileiro, como sistematizado pela CF/88, impõe que os problemas regionais não sejam tratados separadamente do contexto nacional. Isso não significa desconhecer a especificidade regional, mas sim que esta **especificidade regional** deve ser entendida em sua **inserção** no todo **nacional**. (grifo nosso)[615].

Observa-se, portanto, que os atuais contornos do federalismo no Brasil perpassam pela compreensão do Regionalismo, já que realidade patente na sociedade pátria. Entender a necessidade de políticas de incentivo ao desenvolvimento econômico regional, em consonância com a proposta federativa, remonta à postura de singular importância, cabendo-nos, por fim, delinear tais implicações dessas questões no corpo político atual.

### 2.3 Federalismo: Regionalismo: implicações

A questão que ora se propõe afigurasse-nos como recente. Inserida nas estruturas do Estado Federal ou Estado Unitário, iniciaram-se questões quanto à possibilidade de materialização de pequenos centros políticos e econômicos, identificados pela existência de um vínculo de identidade regional, caracterizador do conceito de Região.

Num aspecto histórico, observa-se que o discurso do regionalismo remonta, *a priori*, à fase da globalização. Com o consequente surgimento das noções de centros políticos em caráter global, acrescido das noções de aceleração de economia e neoliberalismo, passa-se as discutir as implicações em seara internacional da existência de centros regionais.

A Segunda Guerra Mundial [como bem assevera a doutrina] é tida como referencial de tal fenômeno, dado que surgia a necessidade de recuperação da economia local [fragilizada pelos conflitos mundiais] e a necessidade de impor freios à proposta nazista de reorganização estatal. O advento da Guerra Fria põe tais questões em segundo plano, contudo, já havia **germinada** a noção de regionalidade, notadamente como proposta de identidade ética e cultural do indivíduo. Atentam Baracho e Souza para os seguintes marcos históricos, ao dizerem que:

> Todavia, o percurso acelerado da economia, da tecnologia e das políticas governamentais estatais, atiçado pela globalização dos mercados e o neoliberalismo, reacendeu a discussão acerca do desenvolvimento do regionalismo e seus efeitos na ordem internacional.
>
> Após a II Guerra Mundial, deu-se ao regionalismo uma grande atenção, com o intuito de se recuperar a economia local e impedir a reorganização do arsenal nazista. Superada essa fase, e com o surgimento da Guerra Fria e formação dos blocos econômicos, a adoção desse modelo de Estado foi relegada a um segundo plano, já que não coadunava com o pensamento à época. Bercovici (2000) pontua que o fortalecimento das regiões não facilitaria, em um primeiro momento, as relações econômicas, sociais, culturais e políticas entre os Estados. Somente com o aprofundamento dos ditames da globalização e dada a sua envergadura jurídica, agora privilegiada pelos Estados, é que se dá o soerguimento do regionalismo.[616]

Dessa forma, encara-se o fenômeno do regionalismo como uma proposta de integração de região, dotada de identidade própria, nos moldes de um sistema de cooperação, gerando um vínculo de uniformidade daqueles ocupantes do território regional. Os mencionados autores, apropriando-se do entendimento de Hurrel, aduzem que:

> [...] ao definir regionalismo, aponta cinco elementos diferentes do seu conceito central, que concomitantemente, o integram. São eles: (i) a regionalização, que é marcada por integração econômica espontânea; (ii) a consciência e identidade regional, onde se criam redes que ultrapassam os limites geográficos dos Estados; (iii) a cooperação regional interestatal, que corresponde à construção de estruturas que permitam o estabelecimento de medidas ou projetos de interesse comum, não necessariamente institucionalizados; (iv) a integração regional e interestatal, que se restringe à cooperação estritamente econômica; (v) a coesão regional, formada pela junção de todos os elementos elencados (o político, o jurídico, o institucional e o social) na ótica da ordem internacional e/ou da população local.[617]

É interessante observar que citado fenômeno ocorreu e ocorre de forma clara no Brasil. O regionalismo nordestino, por exemplo, nas figuras de órgãos de desenvolvimento local, como a Codevasf e a Sudene, nada mais é que a manifestação desse instituto de tão pouca discussão na área acadêmico-

jurídica. Fala-se, ainda, em entidades como a SUDAM, SUFRAMA, destinadas às potencialidades locais.

O ponto maior desse instituto, por óbvio, reside quanto à acomodação de tais questões na organização federal. Pouco se discute na doutrina, contudo, observados os entendimentos existentes, compreende-se que tais realidades devem ser tratadas como institutos complementares, na medida em que a existência do regionalismo não é apta a fulminar a soberania do ente Estatal, tampouco fulminar as pretensões federalistas. Visa-se, tão somente, a reacomodar as diferenças regionais, com fins de combater as patentes desigualdades.

É preciso, no entanto, que se repense o instituto do regionalismo, posto que como este se destina a criar subgrupos dentro das próprias estruturas federadas; é mister que se garanta uma estrutura apta a preservar tais pretensões, e não fulminá-las, notadamente pela existência de um Estado multicultural, multifacetado.

## 3 METODOLOGIA

O artigo primou por uma pesquisa explicativa, na medida em que busca delimitar os atuais contornos do fenômeno jurídico-político escolhido. Noutros termos: pautou-se por descrever a estrutura federativa, com ênfase ao modelo brasileiro e suas implicações de ordem prática.

Abordou-se como método para pesquisa o indutivo. Partiu-se de uma análise geral do tema, abordando-se conceitos iniciais da temática escolhida, e, em seguida, delimitou-se, conferindo aos apontamentos um destino específico, a saber, a relação federação na Constituição de 1988 e sua relação com o fenômeno da regionalização.

O objeto da pesquisa foi uma análise bibliográfica. Munido de livros e periódicos do tema em análise, desmembrou-se a discussão. Fez-se a opção por material de dúplice caráter: conteúdo genérico sobre o federalismo, acrescido de material quanto à complexa relação Federação – regionalismo.

Cabe citar o estudo de autores de destaque na área. Fernanda Dias Menezes de Almeida, Paulo Bonavides, Francisco Weffortt encabeçam essa lista, garantindo à pesquisa validade jurídica e uniformidade na apresentação da temática.

## 4 ANÁLISE DE RESULTADOS

Inúmeras questões podem ser extraídas do tema em comento. Num primeiro momento, observa-se a relevância do tratamento de tais questões, pelo fato de que um estudo orientado quanto à configuração do federalismo remete às estruturas maiores do ente Estatal.

Feita essa explanação, compreende-se pela impossibilidade de enquadramento da Federação brasileira no modelo dual. Esta se configura numa estrutura pautada pela integração, cooperação e organicista, mormente pelo desenvolvimento da União, em detrimento das outras estruturas federativas.

Observa-se, ainda, que a Constituição Federal é marco jurídico quanto ao delineamento do tema supra, visto que o sistematiza, possibilitando enxergar seu molde atual, além de questões de ordem prática, como no caso específico do desenvolvimento das especificidades regionais.

No atinente ao regionalismo, enxerga-se aparente conflito quanto à sua estrutura face à adoção do federalismo. Contudo, ao optar-se pelo desenvolvimento das regionalidades, por vezes em virtude de um de questões de ordem histórica, é mister que se busque a acomodar todas as tendências, sem, contudo, extingui-las.

## 5 CONCLUSÃO

Face ao exposto, inúmeras são as implicações, sobretudo quanto à forma de visualização do fenômeno da Federação.

De início, cumpre observar que se refuta a noção de federalismo dual, por vezes pregada pelos estudiosos da Ciência Política. Compreende-se tal instituto como de caráter idealizado, por base de não há que se falar, no Brasil, na existência exclusiva de uma estrutura dupla e rígida.

Segunda implicação de ordem prática é observância de que a Constituição Federal de 1988, norma maior de uma dada ordem jurídica, acarreta uma série de implicações na estrutura federativa, posto que a sistematiza. É justamente elemento de comprovação de que determinadas matérias da seara política apresentam positivação jurídica [judicialização da política].

Por fim, compreende-se a necessidade de uma discussão quanto às formas de se acomodar federalismo e regionalismo. Com base na existência de um Estado Plural, é crucial garantir-se que exista uma estrutura maior, garantidora da harmonia nacional, sem que seja necessário fulminar os complexos regionais.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BARACHO, Hertha Urquiza; SOUZA, Jacyara Farias. Regionalismo e Federalismo: as novas feições do Estado Brasileiro pós Constituição de 1988. CONPEDI. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4028.pdf>. Acesso em: 10 jan 2012.

BERCOVIC, Gilberto. O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/GilbertoBercovici_Rev90.pdf>. Acesso em: 19 fev 2012.

BONAVIDES, Paulo**. Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva,2007.

RODDEN, Jonathan. Federalismo e Descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. **Scielo**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a03n24.pdf>. Acesso em: 20 fev 2012.

WEFFORTT, Francisco C. **Os clássicos da Política.** 13. ed. São Paulo: Ática, 2010, v.1.

# MANDADO DE INJUNÇÃO E DEMOCRACIA: CRÍTICA DA VIRAGEM INTERPRETAVIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*Lucas Ernesto Gomes Cavalcante, autor*[74*]
*Jânio Pereira da Cunha, professor orientador*[75**]

**SUMÁRIO: RESUMO. 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO;** 2.1 Mandado de Injunção; *2.1.1 Origem e conceito; 2.1.2 Objeto e requisitos; 2.1.3 A viragem interpretativa do mandado de injunção;* 2.2 Mandado de injunção e democracia. **3 METODOLOGIA. 4 ANÁLISE DOS RESULTADOS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.**

## RESUMO

O artigo tem a preocupação de questionar a legitimidade constitucional do Tribunal Constitucional brasileiro, Supremo Tribunal Federal (STF). Abordou-se a sua interpretação em sede de mandado de injunção. Ressaltaram-se algumas considerações dogmáticas do instituto para, enfim, adentrar a sua relação com uma questão bem mais profunda e complexa, a democracia. Avaliaram-se as mudanças de interpretação do instituto, que culminaram na posição concretista geral, pela qual o Judiciário atua como legislador positivo, como fonte integradora do direito. É sob essa perspectiva que se aborda alguns princípios democráticos, colocando-os em conflito com a jurisprudência do Tribunal. Essencialmente a pesquisa realizou-se por meio de estudos bibliográficos e da jurisprudência do STF. Portanto, chegou-se à conclusão de que a atuação legislativa da Corte não se coaduna com os princípios fundamentais da democracia brasileira. Ainda que a atuação do STF receba elogios de grande parte da sociedade acadêmica, tal posicionamento é passível de questionamentos à luz da teoria democrática.

**Palavras-Chave**: Mandado de Injunção. Interpretação Constitucional. Democracia.

74 * Acadêmico de Direito da Faculdade Christus. Endereço eletrônico: lucasegcavalcante@gmail.com
75 ** Professor de Direito Constitucional, Teoria Geral do Estado e Ciência Política da Faculdade Christus. Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestre e Doutorando em Direito Constitucional (Unifor). Endereço eletrônico: janiopcunha@ig.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa científica no tocante à democracia encontra-se em um campo de grandes debates e discussões. A adoção do *judicial review* em grande parte dos sistemas constitucionais atuais colocou em **xeque** parte da teoria democrática, que, por sua vez, fundamenta-se sob o princípio da soberania popular. Assim, "A discussão a respeito do *judicial review* e sua relação com a democracia é um embate contínuo e complexo"[618].

É sob a perspectiva do conflito entre democracia e jurisdição constitucional que este trabalho aborda o instituto do mandado de injunção. Tal garantia inaugurada na Constituição de 1988 sofreu uma radical mudança de interpretação. Logo no seu surgimento foi compreendido como um dispositivo sem tanta importância, sendo, muitas vezes, reconhecido como subsidiário da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

No entanto, diante da nova perspectiva interpretativa da Constituição, feita pela Corte brasileira, esse instrumento passou a ser de extrema importância para as novas **competências** do Supremo Tribunal Federal (STF). Para um Tribunal que se pretende ativista, o instituto do mandado de injunção se torna uma importante ferramenta de integração do direito. Justificando-se por uma omissão legislativa, o Tribunal passa a exercer visivelmente o papel de legislador positivo.

Coloca-se também em questão a legitimidade democrática que o judiciário brasileiro possui para atuar com tanta discricionariedade dentro do controle de constitucionalidade judicial [*judicial review*]. Princípios, como da soberania popular, da representação são chamados ao debate para questionar a extensa jurisdição constitucional.

Contudo, ainda que o problema de quem controla o controlador seja indissolúvel, acredita-se que ter um poder sem legitimidade democrática e sem tanta transparência, entenda-se, o judiciário, como último fórum de discussão, seria como desconsiderar as conquistas democráticas do povo, como o voto, a representação e a igualdade.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Mandado de injunção

#### *2.1.1 Origem e conceito*

A promulgação da Constituição de 1988 ocorreu em um efervescente momento democrático. Após o difícil período, regime militar, de considerável desrespeito a direitos fundamentais, como liberdade de ir e vir, de manifestação de pensamento, de sufrágio, era, mais que um dever do constituinte elaborar uma nova Carta que elencasse e assegurasse direitos e garantias fundamentais.

Devido a isso, a Constituinte de 87 culminou em um texto analítico, longo, e que buscou tutelar os interesses de várias classes sociais, como empresários e empregados, negros e índios, mulheres e crianças, católicos e evangélicos, entre outros grupos, é tanto que se qualifica como uma Constituição eclética e pluralista, em que se percebe uma marcante convergência de ideologias.

No entanto, não há a possibilidade de se assegurar e se esmiuçar tantos direitos, individuais e coletivos, em um único texto, e nem seria o objetivo maior da Carta.[619] Muitas vezes, essa tarefa mais minuciosa foi relegada ao legislador derivado, por meio da sua atuação infraconstitucional. [620]

Ainda assim, o legislador originário, sob o princípio da máxima efetivação da constituição e em busca de evitar a constitucionalização simbólica[621], prevendo que os direitos e liberdades constitucionais não regulamentados ficassem à

liberalidade do constituinte derivado, instituiu a importante ferramenta do mandado de injunção, art. 5º, LXXI, nestes termos: LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Quanto à origem de tal instituto, a doutrina ainda não é pacífica, porém há duas grandes possibilidades de influência do mandado de injunção brasileiro, veja-se:

> Alguns autores apontam a origem dessa ação constitucional no writ of injuction do direito norte-americano, com base na jurisdição de equidade, aplicando-se sempre que a norma se mostra insuficiente e incompleta para solucionar com justiça, determinado caso concreto. Porém, outros autores acreditam que o instituto foi marcado pela influência da constituição portuguesa, com a única finalidade de advertência do poder competente omisso. [622]

Ainda que se busque a justificação do mandado de injunção brasileiro em fontes alienígenas, acredita-se que este instituto consiste em uma criação brasileira, já que até hoje ainda se discute a sua real essência e os efeitos de sua decisão.

### *2.1.2 Objeto e requisitos*

Pela teoria de José Afonso da Silva, que classificou as normas constitucionais quanto à aplicabilidade em normas de eficácia plena, contida e limitada, identifica-se o objeto do mandado de injunção nas normas de eficácia limitada. São estas normas que não possuem aplicação imediata, que - quando não devidamente regulamentadas obstam o exercício de direitos e liberdades constitucionais, - sofrem a ação do instituto da injunção. Não cabe mandado de injunção tendo como objetos tratados internacionais ou normas infraconstitucionais.[623]

Importante também destacar que, para que se possa ajuizar o respectivo mandado necessita-se comprovar o nexo de causalidade da omissão entre o direito inviabilizado e a falta da norma regulamentadora.

Após comprovado tal nexo, passasse a analisar a legitimidade passiva, ou seja, contra quem se ajuíza a ação injuncional. A maior parte da doutrina considera que a legitimidade passiva se reduz ao Estado, poder competente para prolatar as leis regulamentadoras de direitos constitucionalmente garantidos. No outro polo da situação, polo ativo, é delegado a qualquer pessoa o poder de impetrar mandado de injunção. Qualificando, assim, tal ferramenta dentro do controle de constitucionalidade difuso.

Descritos os polos da ação constitucional, busca-se agora estabelecer a competência para julgar o mandado de injunção. A Constituição foi bem expressa ao relegar o julgamento de tal causa aos tribunais, como Tribunais de Justiça (TJ's), Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).[624]

### *2.1.3 A viragem interpretativa do mandado de injunção*

O mandado de injunção apareceu pela primeira vez no cenário constitucional nacional na Carta de 1988. Quanto às suas formalidades, a doutrina parece pacífica, contudo, à sua substancialidade, muito ainda se tem discutido. Qual o real objetivo desse remédio constitucional? Quais os efeitos de sua decisão? O que se busca com o mandado de injunção? Tais indagações crescem diante das mudanças interpretativas do Supremo Tribunal Federal.

Logo das primeiras ações constitucionais em sede de mandado de injunção as interpretações feitas pela maioria dos Ministros do STF eram simplistas e reducionistas. Entendia-se que tal instituto se realizava somente na comunicação da mora legislativa ao poder competente. Chama-se de teoria não concretista essa linha interpretativa, já que não implementa o direito do requerente. Tal interpretação tinha como expoente maior o ministro Moreira Alves, que sustentava sua posição no respeito ao princípio da separação de poderes, já que não poderia o Poder Judiciário obrigar o Legislativo a elaborar uma lei, obedecendo rigidamente às competências típicas de cada um dos poderes.

Houve uma enorme crítica a essa posição do Tribunal, visto que seria como se tal garantia constitucional não tivesse serventia ou se igualasse à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Destaca-se a posição de Jorge Hage a respeito do mandado de injunção 107-DF, marco desse entendimento do STF:

Considera que "O mandado de injunção nº 107, relatado pelo ministro Moreira Alves, em 1989- revelava, entretanto, o que pareceria ser o sepultamento do novel instituto. Teríamos, assim, um caso um pouco comum, de instituto constitucional *nati morto*."[625]

Ainda criticando, Jorge Hage reconhecia a necessidade de uma declaração do STF no caso de mandado de injunção:

> Certamente não levaram em conta o fato de que uma lei tem um caráter geral e abstrato, enquanto que a sentença, que geraria uma solução provisória – até que se criasse uma lei regulamentando o direito – para o caso, teria caráter específico e concreto. Essa corrente era composta pelos ministros Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Celso de Melo, Ilmar Galvão, Octavio Galloti, Sydney Sanches, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.[626]

Destaca-se também a crítica que José Afonso da Silva faz à redução da garantia injuncional a ADIo.

O professor José Afonso da Silva elenca três motivos pelos quais jamais se poderia reduzir o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O primeiro consiste na impossibilidade de dois institutos, dentro do mesmo texto, com o mesmo objetivo, ou seja, a declaração de mora do legislativo. No segundo argumento, o constitucionalista coloca que não era interesse do constituinte originário delegar legitimidade ativa ao cidadão para a ação de inconstitucionalidade, então não faria isso nem por vias transversas. Por fim, como terceiro fundamento, o cidadão teria que percorrer duas vias para satisfazer seu direito, a primeira seria a obtenção da regulamentação pelo legislativo, que seria abstrata e impessoal, e a segunda, a reivindicação em relação a seu favor, uma declaração concreta e pessoal, oferecida pelo juiz.[627]

Importante destacar as diferenças que existem entre estes

dois institutos, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIo). O primeiro consiste em uma garantia constitucional abrangida pelo controle de constitucionalidade difuso, constata-se que sua legitimidade ativa é pulverizada, já que cabe a qualquer cidadão, que tenha seu direito constitucional obstado por falta de norma regulamentadora impetrar uma ação injuncional. Como instituto do controle difuso, a decisão do mandado de injunção deve se limitar as partes do processo, *inter partes*. Constata-se o direito subjetivo em jogo na lide, o requerente busca a defesa de um direito pessoal. Ainda qualificando esta garantia, deve-se considerar o caráter mandamental de sua decisão, ou melhor, a concretização do direito do requerente.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ferramenta do controle de constitucionalidade concentrado, só pode ser ajuizada pelo concentrado grupo dos nove legitimados do art. 103 da Constituição Federal. Outra diferença marcante é que a decisão, em sede de controle concentrado, tem efeitos para todos, *erga omnes*, vincula todas as demais instâncias do Judiciário. Ainda nessa qualificação, o grande objetivo da ADIo é a declaração de inconstitucionalidade da omissão do poder competente, tendo, assim, efeitos declarativos. Por fim, a essência do direito em questão, no caso de controle concentrado, é objetiva, pois se trata de um direito posto, ou melhor, no caso, não posto, não escrito, buscando-se, então sua positivação.

Após a exposição dessas marcantes diferenças, facilmente compreende-se porque a teoria não concretista, considerada retrógrada e limitada, foi um pouco esquecida, favorecendo a mudança da jurisprudência do STF. Também não se pode deixar de levar em consideração para essa alteração a renovação dos ministros da Corte.

Após 18 anos de não estabelecer efeitos mandamentais ao mandado de injunção, o STF, a respeito dos efeitos da decisão acerca do mandado de injunção, avançou, resultando na adoção da teoria concretista individual intermediária. Agora, em respeito tanto à separação de poderes, quanto ao direito subjetivo do cidadão, o Judiciário passou a estabelecer um prazo para elaboração da norma regulamentadora do dispositivo constitucional e, caso não sobrevenha a regulamentação, o autor passa a ter seu direito assegurado. Tal posicionamento do Tribunal concretiza o direito do requerente, por isso tem o nome de concretista. No entanto, a eficácia da ordem injuncional limita-se às partes do processo, justificando a sua individualidade, e aguarda a posição do legislativo no prazo oferecido, diz-se então intermediária. Um dos ministros defensores de tal teoria era o ministro Néri da Silveira e as ações marco da adoção dessa teoria foram os MI 232, MI 283 e MI 284.

Avançando ainda mais, a terceira fase do STF em sede de mandado de injunção é ainda mais independente do Congresso Nacional. Diante da inércia do poder competente, não se torna mais necessária a comunicação da mora, que buscava a regulamentação dentro do prazo estabelecido, e, também, conclui-se que tal comunicação não se faz eficiente devido a não possibilidade do judiciário obrigar o legislativo a cumprir com o seu dever, pois são poderes independentes. Portanto, adotando a teoria concretista, pois concretiza o direito do autor, individual, já que restringe a decisão às partes, e direta, pois não aguarda mais a posição do legislativo, o STF renova sua jurisprudência adotando um caráter mais ativo. Nota-se que o mandado de injunção passa a ter um caráter mandamental, de implementação do direito subjetivo, em vez de simplesmente declaratório, como antes.

Por fim, a atual teoria adotada pelo Tribunal assemelha-se a última, concretista individual e direta, com uma única diferença, expande sua decisão a todos, tem caráter *erga omnes*. Esta é a teoria concretista geral. O STF, no intuito de fornecer agilidade à justiça e do julgamento de vários processos ao mesmo tempo, inovou sua jurisprudência consolidando esse posicionamento ativista. Marco disso foi os MI 712, que se manda aplicar a lei de greve do setor privado ao setor público, pois, desde a promulgação da Carta em 1988, a greve do setor público estava obstada devido à falta de norma regulamentadora.

Contudo, essa reviravolta jurisprudencial não isentou a apreciação do mandado de injunção de críticas, principalmente a essa atual posição, concretista geral. Teóricos, principalmente da democracia, veem a atuação do STF, como um legislador positivo, revogando disposições originárias do Legislador Constituinte e criando um novo direito.

### 2.2 Mandado de injunção e democracia

Analisando a mudança jurisprudencial do Tribunal Constitucional brasileiro, coloca-se no centro de uma discussão mundial, conhecida como ativismo judicial[628]. A nova perspectiva pela qual as Cortes Constitucionais vêm interpretando as constituições modernas adquire contornos de veneração por grande parte da comunidade do direito.

Os tribunais, assumindo esse novo papel ativista dentro do arranjo institucional, e como **guardiões da constituição** assumiram um papel de destaque dentro da sociedade. A importância dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal é perceptível, tanto para as demais instâncias do judiciário[629], como para a própria sociedade[630].

A legitimidade constitucional da corte brasileira ganhou relevância com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Por este documento, o Judiciário, representado pelo seu órgão de cúpula, conquistou muito mais importância dentro do arranjo institucional do Estado. Coube ao STF a guarda da Constituição e um dos procedimentos escolhido para esse exercício foi a revisão judicial, cabendo ao Judiciário aferir a constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público. Por esse sistema, o judiciário tem a última palavra entre os três poderes.

O problema da decisão soberana é histórico e permanente. Eleger um representante para decidir por último é aceitar a opinião desse soberano e conviver com as consequências desse julgamento. Bobbio define democracia como "conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*." [631]

Dentro da relação de poderes [Executivo, Legislativo e Judiciário], discute-se a quem cabe a última decisão. É certo

que os três são independentes, contudo, teoricamente, algum deles deve ser soberano e decidir por último.

O presente trabalho se lança na análise da atuação do judiciário, em sede de mandado de injunção, como este último fórum de decisão. Faz-se tal estudo sob a ótica democrática, vale dizer, quando a Corte toma a última decisão, está respeitando os princípios democráticos? A sua atuação contribui para o aprimoramento da democracia? O STF tem legitimidade para decidir questões políticas? Quem realiza o sistema de freios e contrapesos do Judiciário, avaliando sua coerência? Essas são alguns questionamentos que norteiam essa pesquisa.

O princípio democrático, destacado em nossa Constituição, que aduz que todo poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes se coloca como **pedra fundamental** do regime democrático. O voto secreto, universal e periódico são conquistas populares que jamais podem ser deixadas de lado. Essa importância é tanta que o legislador originário as elencou no rol das cláusulas pétreas, não podendo sofrer emendas tendentes a aboli-las.

Quando o STF cria uma norma regulamentando um direito constitucional, ele vai de encontro ao princípio democrático. Percebe-se que tais decisões deixam em total desprestígio o Parlamento ao mesmo tempo em que consolida a força do Judiciário como instância decisória competente.

Analisando sob o ponto de vista da soberania popular, entende-se que a deliberação do povo, por meio dos seus representantes, se torna subsidiária, secundária, em detrimento das decisões, exaustivamente fundamentadas, dos ministros do STF. Acredita-se que as questões de política só serão levadas a sério quando colocadas ao exame judicial.

O atual controle das questões eminentemente políticas pelo judiciário brasileiro não compactuam com os princípios da soberania popular e da representação. Os pronunciamentos do STF, que têm efeitos de lei, para todos e vinculante, não demonstram justificativas democráticas.

Ressalte-se que somente "as decisões políticas tomadas pela vontade geral são atos de soberania que se transformam, por isso, em lei."[632]

Ainda sobre o tema, "a jurisdição constitucional da política parece não ser outra coisa senão a maneira contemporânea de controle da soberania popular." [633]

Assim, a discussão acerca de questões políticas ocorre em toda a sociedade, mas, pela própria Constituição, somente as deliberações do Parlamento têm os caracteres essenciais à figura da legislação.

Outro princípio democrático que tem relação com essa discussão é o direito à participação, que aparece para as Cortes Constitucionais mais como uma maneira de oprimir as minorias do que como uma forma de exercício da cidadania. Parte-se do pressuposto que as maiorias suprimiriam direitos desses grupos minoritários em detrimento dos seus interesses. Waldron tenta desmistificar essa ideia de tirania da maioria, ao ponderar que "O engano mais comum, segundo Waldron, sobre a autoridade legislativa ilimitada é aquele que afirma que as minorias sofrerão opressão da maioria."[634]

> Todavia, se assumirmos que os membros da sociedade estão enfrentando, de boa-fé, questões controversas sobre direitos, a relação entre maiorias e minorias passa a ser diferente. Nessa suposição, o voto corresponde não a mero interesse, mas a uma opinião pessoal sobre uma preocupação comum. [635]

E é isso que se percebe no debate público atual quando a Constituição assegura a livre manifestação de pensamento, quando é garantido ao povo a liberdade de escolha de representantes para defenderem suas posições nas casas legislativas, quando o povo é chamado nas audiências públicas para se posicionar sobre direitos.

Quando se defende que uma pessoa deve aceitar a interpretação de um Tribunal sobre seus próprios direitos, não se pode sustentar que tratam os direitos dela a sério, pois nem mesmo dá-se ouvidos ao que ela tem a dizer sobre o assunto.[636]

Analisando o mandado de injunção sob a perspectiva democrática, percebe-se facilmente esse caráter ativista do STF. O Tribunal tem utilizado este instituto constitucional como uma ferramenta de legitimação de suas decisões. Partindo de interpretações cada dia mais ativistas, tem se tornado o verdadeiro regente dos rumos da sociedade.

Importante destacar, dentro dessa crítica, a análise que a professora alemã Ingebog Maus faz dessa atuação do Tribunal. Seria como vivêssemos em uma sociedade órfã, abandonada pelos pais e sem consciência do que fazer e nem para onde ir. Assim, as Cortes assumem esse função paternal e decidem o que a sociedade deve seguir, que princípios deve priorizar, que objetos o direito deve tutelar. É como se Congresso Nacional, realmente representante do povo, não tivesse legitimidade para deliberar sobre os vários assuntos políticos, sociais, administrativos.[637]

No caso do MI 712, a Corte acabou por criar uma nova lei. Atuou visivelmente como um legislador positivo, exorbitando suas competências. E é assim que vem atuando nas várias demandas que batem a sua porta, desprestigiando o Poder Legislativo, e se impondo por meio de suas declarações de inconstitucionalidade.

A virada interpretativa do mandado de injunção quanto aos efeitos da sentença judicial tem sido observada como um procedimento não democrático, já que a incumbência de criação de lei cabe aos representantes do povo. Ainda que a omissão do Congresso Nacional impeça o exercício de certos direitos constitucionais, não se justifica uma atuação legislativa por parte de um grupo de juízes.

## 3 METODOLOGIA

Inicialmente a pesquisa consistiu em uma análise bibliográfica de artigos, dissertações, teses e livros. Devido à universalidade do tema ativismo judicial, os pesquisadores valeram-se de uma rica bibliografia, inclusive recorrendo a trabalhos de outros países traduzidos para o português.

Em um segundo momento o trabalho mirou-se em uma pesquisa empírica, analisando a jurisprudência do STF, especialmente em sede de mandado de injunção.

É pertinente destacar que foi essencial uma análise

interdisciplinar da pesquisa. Embora o trabalho se encaixe em uma perspectiva constitucional, a todo momento estávamos em diálogo com outras ciências, como a ciência política, a teoria do estado e a sociologia.

Por fim, buscou-se fazer um estudo que ultrapassasse a esfera dogmática formal, tentou-se, a todo instante, direcionar os trabalhos para uma análise mais profunda e mais complexa do tema mandado de injunção e democracia. Analisar a legitimidade do STF quanto aos efeitos da decisão da injunção é nos remeter a problemas indissolúveis sobre a separação de poderes e a teoria do estado.

## 4 ANÁLISE DE RESULTADOS

É visível a mudança de posicionamento do STF em questão de mandado de injunção. Pela primeira mudança de interpretação, de ação subsidiária da ADIo à ferramenta autônoma, acredita-se que houve um avanço pois várias justificativas que foram aqui enumeradas para que a teoria não concretista fosse abandonada.

No entanto, diante da nova perspectiva interpretativa dos efeitos da decisão do mandado de injunção, teoria concretista geral, acredita-se, que à luz dos princípios democráticos, tal posicionamento não é o mais correto. Estender a todos uma decisão judicial subjetiva, pessoal, como se fosse uma ferramenta de revisão judicial objetiva não era a intenção do legislador originário.

Defende-se que a decisão em sede de injunção restrinja-se às partes do processo, já que é uma ferramenta do controle difuso de constitucionalidade brasileiro.

Quanto ao ativismo judicial, o Supremo tem recebido diversos elogios. Transformou-se na última trincheira de direitos e tem elaborado várias decisões coerentes com os princípios gerais do direito.

Contudo, sob outro viés, tem sofrido críticas por estar colocando em risco a harmonia entre os poderes.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, à luz da teoria da democracia, a jurisprudência do STF tem se mostrado ativista e desrespeitosa tanto ao princípio da separação de poderes, como aos pilares fundamentais da democracia.

Considera-se um avanço a mudança de interpretação quando se retirou da subsidiariedade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão o mandado de injunção, transformando-o em um instituto independente e fundamental à supremacia e à efetividade da Constituição.

Contudo, quando o STF elabora sua agenda de julgamentos, pela qual recorrentemente utiliza o instituto da injunção, com efeitos para todos, para se sobrepor aos demais poderes, configura-se o seu posicionamento ativista.

A utilização dessa garantia constitucional não deve ser interpretada unicamente pelo STF. Se isto ocorre, o Tribunal pode chegar a legislar positivamente sobre praticamente tudo que a Constituição exige uma legislação ordinária, competência eminentemente do legislador.

Além disso, quando a Corte decide sobre questões políticas e morais, ela retira das mãos do povo o debate e o toma para si. Isso configura uma ofensa à soberania popular e à representação. Não se pode acreditar que o STF encontra-se acima do desacordo moral. Quando a Corte decide, ela não resolve a discussão acerca do aborto, das uniões homoafetivas, das cotas raciais, apenas faz prevalecer o seu entendimento.

Por fim, privilegiando a democracia, o ativismo judicial se mostra antidemocrático e ilegítimo, primeiro por retirar da deliberação pública o poder de discutir direitos, e , segundo, por não ser realizado pelos representantes do povo.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. **O Futuro da Democracia:** uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2009.

CABRAL, Mário André Machado. Poder judiciário e soberania popular: uma crítica da justiça constitucional no Brasil a partir de matrizes do iluminismo. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**. Fortaleza, v. 17, n. 17, 2009.

CARVALHO, Ana Paula Pessoa Moura de. Um breve estudo sobre o mandado de injunção: Instrumento efetivo de aplicação dos direitos fundamentais. **Revista da Associação Ibero Americana de Direito Constitucional Econômico – AIDCE**. Fortaleza: INESP, 2002.

CUNHA, Jânio Pereira da. Jurisdição Constitucional e Controle da Política: Fundamento e (I)legitimidade Democrática. **Opinião Jurídica: Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus** – Fortaleza, n. 13, p. 116-143, 2011.

HAGE, Jorge. O projeto de lei que regulamenta o mandado de injunção: uma iniciativa mais que oportuna. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 2, 2008-2009.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional de democracia: Perspectiva para o papel do poder judiciário. **Revista da Procuradoria Geral da República,** Revista dos Tibunais: São Paulo, n. 8, jan. – jun. 1996.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Trad.). **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito.** Recife, n. 11, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAES, Cristiano Albuquerque. A interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos das sentenças em ação do mandado de injunção. **THEMIS** – Revista da Esmec – Fortaleza,v.4, n. 2, jul-dez, 2006.

(Endnotes)

1 [1] MATTOSO, Kátia de Queiroz. **Ser escravo no Brasil.** São Paulo: Brasiliense, 1982, p.101.

2 BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização.** São Paulo: Companhia das letras, 1992, p.165-166.

3 HOLANDA, Sérgio Buarque**. Raízes do Brasil**. São Paulo: Nova Aguilar, 2002, p.1044

4 FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**. São Paulo: Nova Aguilar, 2002, p.402

5 CALDEIRA, Jorge. A nação mercantilista. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 38.

6 CARDOSO, Fernando Henrique. **Capitalismo e escravidão no Brasil meridional**. São Paulo: Civilização brasileira, 2003, p.79.

7 Ibid., p.80-81

8 FREYRE, op. Cit., p.404.

9 Ibid., p.403.

10 Ibid., p. 343.

11 IOKOI, Zilda Márcia Gricoli. Trabalho Escravo no Brasil Atual**. Revista de História**, São Paulo, n.120, versão impressa,1889.

12 Ibid.

13 MIRANDA, Ministro Nilmário; WAGNER, Ministro Jaques.Trabalho escravo. **Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo**. Brasília: Presidência da República do Brasil, 2003.<http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/plano-nacional-para-erradicacao-do-trabalho-escravo.htm . Acesso em :20 de fev.2012.

14 Ibid.

15 Ibid.

16 Ibid.

2 "Distraídos Venceremos" é homenagem carinhosa à obra homônima do poeta curitibano Paulo Leminski. Vide: LEMINSKI, Paulo. **Distraídos venceremos.** 5. ed. 3. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2002.

3 GOODE, William J. HATT, Paul K. **Métodos em pesquisa social.** 3. ed. São Paulo: Nacional, 1969, p.237.

4 CONTANDRIOPOULOS, André-Pierre et al. **Saber preparar uma pesquisa:** definição, estrutura, financiamento. São Paulo, Rio de Janeiro: Hucitec Abrasco, 1994, p. 77.

5 MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa.** São Paulo: Atlas, 1999, p.97.

6 ENTREVISTADO 1. **Entrevistado 1:** depoimento [2011] SOUSA, Andréa. CARDOSO, Ana. Entrevista escrita, 2012. Entrevista concedida para estudo de caso do Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura.

7 NAVES, Rodrigo. **O Moinho e o Vento.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.508.

8 ENTREVISTADO 2. **Entrevistado 2:** depoimento [2011] SOUSA, Andréa. CARDOSO, Ana. Entrevista escrita, 2012. Entrevista concedida para estudo de caso do Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura.

9 HUIZINGA, Johan. Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura. **Ludicum.** Disponível em: <http://jnsilva.ludicum.org/Huizinga_HomoLudens.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2012.

10 ENTREVISTADO 3. **Entrevistado 3:** depoimento [2011] SOUSA, Andréa. CARDOSO, Ana. Entrevista escrita, 2012. Entrevista concedida para estudo de caso do Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura.

11 ENTREVISTADO 4. **Entrevistado 4:** depoimento [2011] SOUSA, Andréa. CARDOSO, Ana. Entrevista escrita, 2012. Entrevista concedida para estudo de caso do Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura.

12 ENTREVISTADO 5. **Entrevistado 5:** depoimento [2011] SOUSA, Andréa. CARDOSO, Ana. Entrevista escrita, 2012. Entrevista concedida para estudo de caso do Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura.

13 ENTREVISTADO 2. **Entrevistado 2:** depoimento [2011] SOUSA, Andréa. CARDOSO, Ana. Entrevista escrita, 2012. Entrevista concedida para estudo de caso do Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura.

14 YIN, Robert K. **Estudo de Caso:** planejamento e métodos. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.142.

15 Ibid., p.143.

16 ENTREVISTADO 1. **Entrevistado 1:** depoimento [2011] SOUSA, Andréa. CARDOSO, Ana. Entrevista escrita, 2012. Entrevista concedida para estudo de caso do Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura.

17 ENTREVISTADO 6. **Entrevistado 6:** depoimento [2011] SOUSA, Andréa. CARDOSO, Ana. Entrevista escrita, 2012. Entrevista concedida para estudo de caso do Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura.

18 ENTREVISTADO 7. **Entrevistado 7:** depoimento [2011] SOUSA, Andréa. CARDOSO, Ana. Entrevista escrita, 2012. Entrevista concedida para estudo de caso do Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura.

19 ENTREVISTADO 8. **Entrevistado 8:** depoimento [2011] SOUSA, Andréa. CARDOSO, Ana. Entrevista escrita, 2012. Entrevista concedida para estudo de caso do Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura.

20 GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.74.

21 Ibid, p.74.

22 ENTREVISTADO 9. **Entrevistado 9:** depoimento [2011] SOUSA, Andréa. CARDOSO, Ana. Entrevista escrita, 2012. Entrevista concedida para estudo de caso do Grupo de Estudos Ensino Jurídico, Arte e Cultura.

23 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método:** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

24 MALINOWSKI, Bronislaw. **Uma Teoria Científica da Cultura**. São Paulo: Zahar, 1975.

25 MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa**. 4. ed. São Paulo: atlas, 1999, p.86.

26 GOFFMAN, Erving. **A Representação do Eu na Vida Cotidiana**. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p.27

27 MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria.**Técnicas de Pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.96

28 DAMÁSIO, António R. **O Erro de Descartes**. Lisboa: Publicações EuropaAmérica,1997.

29 MORIN, Edgar. Complexidade e Ética da Solidariedade. In: CASTROLY, Carvalho E. A., ALMEIDA, M. C. **Ensaios da Complexidade**. Porto Alegre: Sulina,1997.

30 MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O Desafio do conhecimento:** Pesquisa Qualitativa em Saúde. 9 ed. São Paulo: Hucitec, 2007, p.197.

31 YIN, op. cit., p.140.

32 GRANERO, Vic Vieira. **Como usar o teatro em sala de aula.** São Paulo: Contexto, 2011, p.35.

33 UNESCO. Relatório Jacques Delours**. Unesdoc.** p. 26-27. Disponível em <HTTP://www.unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127139Porb.pdf> Acesso em: 28 abr. 2012.

34 Morin cita a necessidade de a educação promover a "inteligência geral", referente ao complexo (econômico, sociológico, político, psicológico, afetivo e mitológico), ao contexto, de modo multidimensional e dentro da concepção global. MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro.** *São Paulo: Cortez, 2002, p.38-39.*

35 BEDÊ, Fayga Silveira. Curso de Direito mescla arte, cultura e responsabilidade social. **Revista Interagir**, Fortaleza, CE, maio/jun. 2011.

36 BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 377.

37 FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, P. 68.

38 GUIMARÃES, Ana Renata de Freitas; CUNHA, Isaac Rodrigues. Do

conceito de obrigação: para além do direito civil. In MARQUES JÚNIOR, William Paiva. (Coord.). **Presente em Mutações do direito civil das obrigações na perspectiva da constitucionalização das relações privadas.** Fortaleza: DINCE, 2012, v. 1. p. 61.

39 Ibid., P. 92.

40 Ibid., P. 273-274

41 Decreto Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro) - Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

42 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 246.

43 ARAÚJO, Priscilla Raphaella Oliveira Lopes; OLIVEIRA, Saullo Pereira de. A constitucionalização do direito obrigacional. In MARQUES JÚNIOR, William Paiva. (Coord.). **Presente em Mutações do direito civil das obrigações na perspectiva da constitucionalização das relações privadas.** Fortaleza: DINCE, 2012, v. 1, p. 78.

44 Constituição Federal - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

45 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 24

46 FACHIN. op. cit., P. 287-288

47 Constituição Federal - Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

48 MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 424, 425.

49 NASCIMENTO, Maria José Mais. O Direito Civil Constitucional e os Princípios Norteadores do Novo Código Civil como Pilares Fundamentais do Moderno Direito Privado: a Boa-Fé Objetiva e a Função Social. **PGE.AC**. Disponível em: <http://www.pge.ac.gov.br/site/arquivos/bibliotecavirtual/revistas/revista04/monografia-odireitocivilconstitucional.pdf> Acesso em: 24 abr. 2012, p. 108

50 Ibid., p. 113

51 MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 398.

52 FACHIN. op. cit., p. 68.

53 NASCIMENTO. op. cit., p. 107-108

54 FACHIN. op. cit., p. 284

55 Citação célebre de Thomas Hobbes em Leviatã.

56 O direito natural é o direito espontâneo intrínseco ao homem e da sua ideia do que é justo. Para maior aprofundamento consultar: DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução:** à ciência do direito**.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

57 Autotutela: Aquele que pretende algo que outro o impeça de obter busca, com sua própria força e na medida dela, conseguir, por si mesmo, atingir a sua pretensão. Para maior aprofundamento consultar: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

58 Mediação: meio extrajudicial de resolução de conflitos, tem por finalidade a busca da fonte causadora que originou o problema, para juntamente com os envolvidos, encontrar uma solução. Consultar: CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. São Paulo: Jurua, 2003.

59 Arbitragem: Solução imparcial e amigável por meio de um árbitro (pessoa de confiança mútua das partes). Se aprofundar lendo Ada Pellegrine (Teoria Geral do Processo).

60 Jurisdição: Solução imparcial estabelecida pelo Estado que impõe-se às partes. Ver mais em: "Teoria Geral do Processo" da Ada Pellegrini.

61 "Direito Positivo é o conjunto de normas estabelecias pelo poder político que se impõem e regulam a vida social de um dado povo em determinada época". (Maria Helena Diniz)

62 Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5.

63 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

64 JHERING, Rudolf von. 1916. apud. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

65 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 50-51.

66 Bobbio, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2008, p.48.

67 Cf. Bobbio, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**.

68 Para esse quesito, é importante lembrar-se da teoria do escalonamento das normas de Hans Kelsen.

69 Para maior aprofundamento, consultar o livro "Teoria da Norma Jurídica" do Noberto Bobbio.

70 Bobbio, Noberto, op. cit., p. 152.

71 Bobbio, Noberto, op. cit., p. 155.

72 Conceito disponível em: http://www.sancoes.sp.gov.br/. Para maior aprofundamento consultar: http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito_Administrativo/Poderes_da_Administra__o_P_blica.htm.

73 Consultar para maior detalhes acerca das sanções penais e civis: http://jus.com.br/revista/texto/11725/os-diversos-tipos-de-responsabilidade-juridica e/ou http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_flavia_puschel_e_marta_machado.pdf .

74 Artigo 5º, XXXIX, CF - Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

75 * Aluna do Curso de Direito da Faculdade Christus. Participante do Grupo de estudos em Direitos Humanos de Minorias: à luz do direito à igualdade. E-mail: brunarodrigues_88@hotmail.com

76 ** Aluna do Curso de Direito da Faculdade Christus. Participante do Grupo de estudos em Direitos Humanos de Minorias: à luz do direito à igualdade. E-mail: ivanisegalvao@yahoo.com.br

77 *** Mestre em Direito/UFC, professora universitária, orientadora do Grupo de estudos e pesquisa em Direitos Humanos de Minorias: à luz da igualdade. E-mail: priscylla.joca@uol.com.br

78 PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.74.

79 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Série Cadernos CEJ, 24. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/Vol24/pdf>. Acesso em: 22 mai. 2012.p.94.

80 Op. Cit., p.90.

81 PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 74.

82 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Série Cadernos CEJ, 24. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/Vol24/pdf>. Acesso em: 22 mai. 2012.p.91.

83 CARVALHO, Laís Barbosa de. **Minidicionário Larousse da Língua Portuguesa.** 3. ed. São Paulo: Larousse do Brasil, 2009. p. 263.

84 PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

85 PIOVESAN, Flávia. Op.cit.

86 PIOVESAN, Flávia. Op.cit.

87 SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007. p. 122.

88 TELLES, Goffedro apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil:** teoria geral do direito civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 119.

89 GACLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil:** parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180.

90 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 82.

91 MORAES, Walter. Concepção Tomista de Pessoa. Um Contributo para a Teoria do Direito da Personalidade, **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.3 jul/set. 2000, p. 188.

92 BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19.

93 STOLZE, Pablo S. Gagliano. **Novo Curso de Direito Civil:** parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185.

94 BITTAR, op. cit., p.7.

95 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 65.

96 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 346.

97 CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

98 STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

99 DIAS, José Aguiar**. Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

100 CAHALI, op. cit..

101 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

102 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

103 FILHO, op. cit., p. 96.

104 GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

105 HERKENHOFF, João Baptista. **Para gostar do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2005, p.24.

106 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense.2005, p.310.

107 REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.260.

108 Ibid., p.258.

109 DINIZ. Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.246.

110 HERKENHOFF, João Baptista, op.cit., p.24.

111 Ibid., p.25.

112 NADER, Paulo, op.cit, p.309.

113 DINIZ. Maria Helena, op.cit, p.249.

114 Ibid., p.249.

115 Ibid., p.250.

116 NADER, Paulo, op.cit, p.310.

117 GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p.267 e 268.

118 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense.2005, p.311- 313.

119 IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

120 Ibid, p.87.

121 Ibid, p.48.

122 BOBBIO, Noberto. A era dos direitos. Rio d Janeiro: Campus, 1992, p.41.

123 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p.29.

124 Ibid., p.295.

125 Ibid., p.296.

126 VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financiamento possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. n.61, ano 15, out./dez. 2007.

127 Ibid., p.40.

128 LIMBERGER, Têmis. Direito à saúde e políticas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. In: Revista de Direito Administrativo. n. 251. mai/ago. 2009, p.179.

129 Ibid., p.188.

130 URBANO, Evo Magro Corrêa Urbano. Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde. In: Revista de Informação Legislativa. n. 188, ano 47, out./dez. 2010, p.181.

131 Ibid., p.181.

132 MOLINARI, Patrick A. Émergence et structuration Du droit de La santé: du colloque singulier à La theorie dês droits sociaux. Actes de la 10e. Tournée de droit de la santé. Neuchâtel: Institut de droit de la santé. In: OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Direito de proteção à saúde efetividade e limites à intervenção do poder judiciário. In: Revista dos Tribunais. vol. 865, ano 96, nov./2007, p. 58.

133 OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Direito de proteção à saúde efetividade e limites à intervenção do poder judiciário. In: Revista dos Tribunais. vol. 865, ano 96, nov./2007, p.79.

134 LIMBERGER, Têmis. ob. cit., p.181.

135 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO Antonio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 149.

136 MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. v. 4, 1953, p. 163.

137 GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 15.

138 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 213.

139 Supremo Tribunal Federal. **HC 69.912-0/RS**. Penal. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 16.12.1993. Disponível em: <www.stf.jus.br>

140 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 180.

141 GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1, p. 17-20.

142 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65

143 GRINOVER, Ada Pelegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal:** As Interceptações Telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976. p.99.

144 GOMES, Camila Paula de Barros; BARROS, Marco Antônio de**. Interpretação Telefônica Emprestada ao Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 900, n. 99, p. 385-406, out. 2010.

145 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17.

146 SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério. **Leis Penais Especiais Anotadas**. 11. ed. Campinas: Millenium, 2010. p. 397.

147 GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23.

148 GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p. 158-159.

149 INTERCEPTAR. **Novo Dicionário Aurélio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova

Fronteira, 1986.

150 GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p. 25.

151 Ibid., p. 107.

152 Ibid., p. 109.

153 Ibid., p. 109.

154 Supremo Tribunal Federal. **HC 33.462/DF**. Penal. Relator(a): Ministra Laurita Vaz. Penal. Quinta Turma. Brasília, DF, 27.09.2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>

155 Supremo Tribunal Federal. **AI 626214 AgR**, Penal. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Brasílida, DF, 21.09.2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>; Superior Tribunal de Justiça. **RHC 13274/RS**. Penal. Relator(a): Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Brasília, DF, 19.08.2003 Disponível em: <www.stj.gov.br>.

156 GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23; NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais Processuais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 769.

157 Supremo Tribunal Federal. **Pet 3683 QO**. Relator(a): Min. Cezar. Peluso. Tribunal Pleno. Brasílida, DF, 13.08.2008. Disponível em: <www.stj.gov.br>.

158 AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 184.

159 GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 47

160 RANGEL, Paulo. Breves Considerações sobre a Lei 9.296/96. **Jus Navigandi**, Teresina, 1º de mai. 2010. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=195>. Acesso em: 13 out. 2012.

161 GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 129.

162 Nesse sentido, a ADIn 1.570 já declarou inconstitucional o art. 3º da Lei nº 9.034/1995, que conferia poderes instrutórios ao juiz na fase preliminar.

163 SILVA, José Afonso da, **Direito Ambiental Constitucional,** São Paulo: Malheiros, 1994.

164 GOMES, Luís Roberto, Princípios Constitucionais de Proteção ao Meio Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, n. 16, Revista dos Tribunais, 1999, p. 164/191.

165 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: art. 225: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações." e art. 170: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI – defesa do meio ambiente;"

166 BECK, Ulrick, **World risk society**. Cambridge: Polity Press, 1999

167 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2005

168 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1998

169 JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado Ambiental de Direito. **Senado**. Disponível em: <http:// www. senado.gov.br/web/cegraf/pdf>. Acesso em: 01 nov. 2007.

170 BECK, Ulrich. **Risk Society: Toward A New Modernity**. London: Sage, 1992. LEITE, José Rubens Morato; A YALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental Na Sociedade De Risco**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

171 DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, nº 2, 2007. Disponível em: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/40/38>. Acesso em 13 de novembro de 2011.

172 MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Eletrônica do Estado de Direito**, nº 23 –julho/agosto/setembro, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso: 11 de novembro de 2011.

173 BOBBIO, Norberto**. A Era Dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

174 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

175 GRAF, Ana Cláudia B. Água, Bem Mais Precioso Do Milênio: O Papel Dos Estados**. Revista CEJ**, Brasília, n. 12, p. 30-39, set./dez. 2000.

176 Op.Cit. Graf, 2000.

177 ADAME, Alcione. **Direito de Acesso à Água e Outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental), Universidade Católica de Santos- UNISANTOS, 2008.

178 BARROS. Fernanda Gene Nunes; AMIN, M. Mário. **Água: um bem econômico de valor para o Brasil e o mundo. Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional.** v. 4, n. 1, p. 75-108, jan-abr/2008, Taubaté, SP, Brasil. 2008.

179 BRASIL, 1988. Constituição Federal do Brasil. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm≥. Acesso em 12 de outubro de 2011.

180 FEIO, Mariano. Perspectivas da Açudagem no Nordeste seco. Rio de Janeiro, **Revista Brasileira de Geografia**, ano 15, n. 2, 1954. p. 213-228.

181 CAMPOS, José Nilson Barros; STUART, Ticiana. M. C. "Secas no Nordeste Brasil: Origens, Causas e Soluções"**.** IN**: IV Dialógo Interamericano de Gerenciamento de Águas".** ABRH, Foz do Iguaçu, 2001

182 BURSZTYN, Marcel. **O poder dos donos.** Petrópolis: Vozes, 1987.

183 ANDRADE, Manoel Correia. **A terra e o homem no Nordeste**, 6. ed. Recife: UFPE, 1998.

184 VELLOSO, Tatiane Ribeiro. **A Gestão de Recursos Hídricos em um Contexto Regional:** A Trajetória do Departamento Nacional de Obras Contra a Seca (DNOCS). 2000. Dissertação (apresentada no Mestrado em Extensão Rural), Universidade Federal de Viçosa, Viçosa-MG, 2000.

185 COELHO NETO, Agripino Souza Trajetórias e Direcionamentos da Política de Irrigação no Brasil: As Especificidades da Região Nordeste e do Vale do São Francisco. In: **Anais XIX Encontro Nacional de Geografia**, São Paulo, 2009.

186 LIMA, Silvana Lucia Silva. Organização Socioeconômica e O Papel do Estado na Configuração Territorial do Sertão Nordestino. **CAMPO-TERRITÓRIO: revista de geografia agrária**, v.4, n. 7, p. 140-166, fev. 2009.

187 BEZERRA, Nilzomar Falcão. Água no Semi-Árido Nordestino: Experiências e Desafios. Água e Desenvolvimento Sustentável no Semi-Árido, Fundação Konrad Adenaeur Seria Debates nº 24, Fortaleza - CE. 2002. 12-35p.

188 COELHO NETO, Agripino Souza. Políticas Territoriais e Impactos Socioespaciais e Econômicos: A Irrigação Pública Na Região Do Médio São Francisco Baiano. In**: II Encontro De Economia Baiana** – Set./2006. Disponível em: <http://www.mesteco.ufba.br/scripts/arquivos/at_ecobai_02.pdf>. Acesso em 26 de novembro de 2009.

189 Op. Cit. Coelho Neto, 2006.

190 SIGAUD, Lygia Maria. "O Caso Das Grandes Barragens." **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. S.P. 18 (7), fevereiro 1992.

191 ARAÚJO, Maria Neyara de Oliveira. **A Miséria e os Dias:** História Social da Mendicância no Ceará. São Paulo: Hucitec, 2000.

192 SOUZA, Simone de (Org.). **Uma nova História do Ceará**. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2004.

193 MEIRELES, Ana Célia Maia, FRISCHKORN, Horst, ANDRADE, Eunice Maia de. Sazonalidade da qualidade das águas do açude Edson Queiroz, bacia do Acaraú, no Semi-Árido cearense. **Revista Ciência Agronômica**, v.38, n.1, p.25-31, 2007.

194 BOLLMANN, Harry Alberto; CARNEIRO, Charles; PEGORINI, Eduardo. Qualidade da água e dinâmica de nutrientes. In: ANDREOLI, C. V.; CARNEIRO, C. **Gestão integrada de mananciais de abastecimento eutrofizados**. Curitiba: Sanepar, 2005. p.215-269

195 BITENCOURT, Neres Lourdes; SORIANO-SIERRA, Eduardo Juan; CASTRO, João Ernesto Escosteguy. Gestão Ambiental: Uma Estratégia para a Preservação dos Recursos Hídricos. 2001. **Abepro**. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2001_TR101_0639.pdf>. Acesso: 26 de março de 2010.

196 LEAL, Márcia Souza. **Gestão Ambiental de Recursos Hídricos por Bacias Hidrográficas: Sugestões para o Modelo Brasileiro**, Tese de M. Sc., COPPE/UFRJ, Rio de Janeiro, 1997. 231p.

197 CAMPOS, José Nilson B; STUART, Ticiana. M. C. "Secas no Nordeste Brasil: Origens, Causas e Soluções"**.** IN: **IV Dialógo Interamericano de Gerenciamento de Águas**. ABRH, Foz do Iguaçu, 2001.

198 Op. Cit. Meireles, 2007.

199 Op. Cit. Bezerra, 2002.

200 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

201 BULOS, Uadi Lammêgo, op. Cit.

202 LOIS, Cecilia Caballero. Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria de Direito como integridade. **Revista Sequência,** Santa Catarina, n. 52, p. 257-278, jul. 2006.

203 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva 2011.

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

205

206

207 TERMER apud FABRE, Ana. Ministério Público é quarto Poder da República. **JusBrasil**. 10 mar. 2010. [S/l]. Disponível em: <http://amp-df.jusbrasil.com.br/noticias/2112040/temer-ministerio-publico-e-quarto-poder-da-republica> Acesso em: 5 abr. 2012.

208 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA e Ministério Público, uma parceria pela Justiça. **STJnoticias**. 26 fev. 2012. [S/l] Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104831> Acesso em: 5 abr. 2012.

209 DINIZ,Janguiê: Ministério Público: Quarto Poder? **Blog do Janguie**. dez. 2007. [S/l] Disponível em: http://www.blogdojanguie.com.br/ministerio-publico-quarto-poder/ > Acesso em: 7 abr. 2012**.**

210 CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 229.

211 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5.ed.São Paulo:Saraiva,2010, p. 1141.

212 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 5. ed .São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.143

213 Ibid., p.144.

214 CARDOSO, Ezequiel: Poder do Ministério Público de Presidir o Inquérito. **Ezequiel Cardoso.** 10 mar. 2011. [S/l] Disponível em: < http://ezequielcardoso.blogspot.com.br/2011/03/poder-do-ministerio-publico-de-presidir.html> Acesso em: 9 abr. 2012.

215 BARROSO, Luís Roberto. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos Contrários e a favor. A síntese possível e necessária. **MP**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf_> Acesso em: 8 abr. 2012.

216 CARDOSO, Ezequiel: Poder do Ministério Público de Presidir o Inquérito. **Ezequiel Cardoso.** 10 mar. 2011. [S/l] Disponível em: < http://ezequielcardoso.blogspot.com.br/2011/03/poder-do-ministerio-publico-de-presidir.html> Acesso em: 9 abr. 2012.

217 STF, HC 97.969/RS, Rel. Ministro Ayres Brito, 2.T., julgado em 1/2/2011, DJE 23.5.2011, p.46

218 BARROSO, Luís Roberto: Investigação pelo Ministério Público. Argumentos Contrários e a favor. A síntese possível e necessária. **MP**. Disponível em:< http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf> Acesso em: 8 abr. 2012.

219 BARROSO, Luís Roberto: Investigação pelo Ministério Público. Argumentos Contrários e a favor. A síntese possível e necessária. **MP**. Disponível em:< http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf> Acesso em: 8 abr. 2012.

220 STF, RHC 81.326/DF, Rel. Ministro Nelson Jobim, 2.T., julgado em 06/05/2003, DJU 01.08.2003, p 8973.

221 NUCCI, op.cit., p.146.

222 Censo IBGE 2010

223 Preâmbulo da Declaração Universal da UNESCO sobre a diversidade cultural (2001).

224 CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O Direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. **Revista internacional de direitos humanos**. v.3, n.5, p.42-69, 2006.

225 Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, 2003, art. 2.1.

226 Cobo, José R. Martinez. Estudio del Problema de la Discrimanación contra las Poblaciones Indígenas, Organização das Nações Unidas, Nova York, USA.

227 ALVES, Esmeli Silva. Infância e Juventude**:** um breve olhar sobre as políticas públicas no Brasil. **Udesc.** Disponível em: http://www.periodicos.udesc.br/index.php/linhas/article/viewFile/1298/1109. Acesso em 2 abr, 2012.

228 CARDOSO JUNIOR, José Celso; JACCOUD, Luciana. Políticas sociais no Brasil: organização, abrangência e tensões da ação estatal. **Florencio Augusto**. Disponível em: <http://florencioaugusto.com/documentos/pol_ticas_sociais_no_brasil.pdf≥. Acesso em 23. Fev. 2012.

229 ARAÚJO, Denilson Cardoso; COUTINHO, Inês Joaquina Sant'Ana dos Santos. 80 Anos do Código de Menores: Melo Matos, a vida que se fez lei. **Jusnsvigand**. Disponível em: **<http://jus.com.br/revista/texto/10879/80-anos-do-codigo-de-menores≥.** Acesso em 28 abr. 2012.

230 De acordo com dados do Instituto de Pesquisas Econômicas do Estado de São Paulo (IPEA) e Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente do Estado de São Paulo, em 2005, existiam no Brasil 39.578 menores cumprindo algum tipo de medida socioeducativa, o que representa em 0,2% da população entre 12 e 18 anos; 13.489 desses menores estavam internados em instituições de reeducação; 50% dos menores infratores do País estavam na cidade de São Paulo; destes, 41,2% cumprem pena por roubo e 14,7 por homicídio.

231 Primeira Instância, 2001, ano I, nº 03, p. 06.

232 CEARÁ. Secretaria de Justiça. **Primeira Instância** (entrevista): Fortaleza: 2001, ano I, nº 03.

233 BITECOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Parte Geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1988-1991, v.1, p. 89.

234 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** - Parte Geral. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.153.

235 SIQUEIRA, Liborne. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Forense, 1991, p. 63.

236 Pessoas que são responsáveis pelo intermédio entre criminosos, geralmente para receber mercadorias ilícitas como drogas, armas; ou que empresta seu nome para aliciar esse tipo de atividade.

237 LIMA, Dejean. **Entrevista com Josane Alencar**. Assessora da Delegada de Defesa da Criança e do Adolescente em Fortaleza. Fortaleza: pesquisa de campo. Gravada, 08 Mar. 2012.

238

239 Entende-se por dogmatismo político as ideias de verdadeiro culto às formas de políticas já consolidadas, pode-se entender também como

um conservadorismo exacerbado que impede a discussão de novas ideias na seara política.

240 Em face da imensidão do assunto abordado, atentar-se-á principalmente para essa questão, a fim de propiciar um estudo mais completo possível, já que, devido a nossa "recente democracia", não é possível encontrar muitos estudos aprofundados acerca de tal tema.

241 Em outras palavras, a política brasileira da época tornou-se uma "ditadura mascarada", pois os presidentes se alternavam no poder, a partir da formação de conluios, sem a aprovação popular, adotando medidas torpes e rígidas, sem o mínimo de democracia possível e aprovável.

242 FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil.** São Paulo: Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2002, p. 257.

243 BENEVIDES, Maria Victoria. As campanhas: informação, manipulação e poder econômico. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (Org.). **Reforma Política e Cidadania.** São Paulo: Perseu Abramo, 2003, p.114.

244 In verbis:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as pesquisas eleitorais, **o voto de legenda em listas partidárias preordenadas**, a instituição de federações partidárias, o funcionamento parlamentar, a propaganda eleitoral, **o financiamento de campanha e as coligações partidárias**, alterando a Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições).

[...]

Art. 4º Os arts. 13, **39**, 44 e 45 da Lei n.º 9.096, de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político ou federação **pode receber doações de pessoas físicas e jurídicas para a constituição de seus fundos, sendo vedado usá-los no financiamento de campanhas eleitorais. (NR)**

[...]

Art. 17. As despesas da campanha eleitoral serão realizadas sob a responsabilidade dos partidos e federações, e financiadas na forma desta Lei.

§ 1º Em ano eleitoral, a lei orçamentária respectiva e seus créditos adicionais incluirão dotação, em rubrica própria, destinada ao **financiamento de campanhas eleitorais, de valor equivalente ao número de eleitores do País**, multiplicado por R$ 7,00 (sete reais), tomando-se por referência o eleitorado existente em 31 de dezembro do ano anterior à elaboração da lei orçamentária. (grifos nossos)

245 COTRIM, Gilberto. **História Global:** Brasil e Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.476.

246 MELO, Carlos Ranulfo F. Migração Partidária na Câmara dos Deputados: causas, consequências e possíveis soluções. In: BENEVIDES, Maria Victoria; KERCHE, Fábio; VANNUCHI, Paulo (Org.). **Reforma Política e Cidadania.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003, p 340.

247 IBEIRO, Renato Janine. Financiamento de Campanha. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). **Reforma Política no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG, 2006, p 79.

248 LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p 10-11.

249 LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A democracia da atualidade e seus limites: o financiamento público de campanhas eleitorais. **Mundo Juridico**. Disponível na Internet:<http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 30 de abril de 2012.

250 DIRCEU, José; IANONI, Marcus. **Reforma Política:** Instituições e democracia no Brasil atual. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999, p. 38.

251 TRNKA, Hervé. Droit comparé du financement des partis politiques, des campagnes électorales et de La transparence des patrimoines des hommes politiques. In: **Campagnes électorales et transparence financière**. Paris: Economica, 1989, p.21.

252 BATISTA, Vera; FONSECA, Marcelo da. **Amarribo**. Disponível em: < http://www.amarribo.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1107:brasil-abriga-ate-43-da-corrupcao-do-mundo&catid=50:combatendo-a-corrupcao&Itemid=152>. Acesso em: 31 mar. 2012.

253 CASSEB, Paulo Adib. Financiamento público de campanha. In: ROLLO, Alberto (Org.). **Reforma Política:** uma visão prática. São Paulo: Iglu, 2007, p.66.

254 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 20.

255 In verbis:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

[...]

§ 3º - Os **partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário** e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. (grifo nosso)

256 In verbis:

Art. 41-A. 5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

257 Todos os valores apresentados são a soma da arrecadação dos duodécimos e das multas. Disponível em < http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-fundo-partidario-duodecimos-de-2011 >. Acesso em: 26 abr. 2012; Disponível em: < http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-fundo-partidario-multas-de-2011 >. Acesso em: 26 abr. 2012.

258 In verbis:

Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

I - na manutenção das sedes e serviços do partido, permitido o pagamento de pessoal, a qualquer título, observado neste último caso o limite máximo de 50% (cinquenta por cento) do total recebido;

II - na propaganda doutrinária e política;

III - no alistamento e campanhas eleitorais;

IV - na criação e manutenção de instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, sendo esta aplicação de, no mínimo, vinte por cento do total recebido.

V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total.

259 Há de se notar que, no Brasil, muitas vezes, o Governo, a fim de alcançar seus objetivos no Congresso Nacional, oferece cargos como Ministérios para garantir que alguns partidos permaneçam na base aliada, o que pode ser entendido por alguns como "troca de favores".

260 SANTOS, Fabiano. Em defesa do Presidencialismo de Coalizão. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lúcio R. (Org). **Reforma política: Lições da história recente.** Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 287.

261 AYDOS, Eduardo Dutra. **Democracia plebiscitária:** utopia e simulacro da reforma política no Brasil. Porto Alegre/Canoas: Universidade/UFRGS/Centro Educacional La Salle de Ensino Superior, 1995, p.25.

262 WEBER, MAX. **Ciência e Política:** Duas vocações. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 124.

263 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** 2 ed. São Paulo: Edipro, 2010, p.22.

264 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 27 ed. Rio de Janeiro: Vozes. 1987

265 Ibid, p.10.

266 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

267 Ibid.

268 Ver. FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

269 CHARRIÈRE, Henri. **Papillon:** o homem que fugiu do inferno. 12 ed. São Paulo: Difusão, 1980, p. 330.

270 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. BRASIL. Código Penal. Senado Federal. Brasil: 1940. _____. Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal. Brasil: 1988. _____. Lei de Execução Penal. Senado Federal. Brasil:1984 .

271 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

272 Op. cit

273 CHARRIÈRE, Henri, op. Cit., p. 15.

274 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

275 CHARRIÈRE, Henri, op. Cit., p. 283.

276 Ibid, p. 300.

277 FOUCAULT, Michel, op.cit., p. 19.

278 CHARRIÈRE, Henri, op. Cit., p. 248.

279 Ibid., p. 240.

280 Ibid., p. 262.

281 Ibid., p. 260.

282 Ver. BRASIL. Código Penal. Senado Federal. Brasil: 1940. _____. Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal. Brasil: 1988. _____. Lei de Execução Penal. Senado Federal. Brasil: 1984.

283 CHARRIÈRE, Henri, op. cit., p. 385.

284 Op. cit.

285 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** 2 ed. São Paulo: Edipro, 2010, p. 85.

286 BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, pg.104.

287 PIAZ, Lívia Cipriano Dal. Os Limites da Atuação do Juiz na Aplicação das *Astreintes.* **Revista Jurídica,** Distrito Federal, ano 53, n. 328, p. 63-82, fev. 2005, p. 66.

288 WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, p. 19/20, 2002, p. 19.

289 Preceito disposto na Tábua III da Lei das XII Tábuas que previa como terceira fase o desmembramento do devedor.

290 Código vigente no século IV a. C.

291 AMARAL, Guilherme Rizzo. **As Astreintes e o processo civil brasileiro:** multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 30.

292 Veja-se: Art. 1.142 do Code Napoléon – "Tout obligation de faire ou de ne pás faire se résout em dommages em intérrets em cãs d'inexecution de La part du débiteur ".

293 AMARAL, Guilherme Rizzo. **As Astreintes e o processo civil brasileiro:** multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 33.

294 PIAZ, Lívia Cipriano Dal. Os Limites da Atuação do Juiz na Aplicação das *Astreintes.* **Revista Jurídica,** Distrito Federal, ano 53, n. 328, p. 63-82, fev. 2005, p. 64.

295 Art. 303. O autor, na petição inicial, pedirá a citação do réu para prestar o fato ou abster-se do ato, sob a pena contratual, ou a pedida pelo autor, si nenhuma tiver sido convencionada. Vale ressalvar que, na vigência desse código, era necessário a formulação de pedido específico do autor, logo na inicial, para que a multa fosse devidamente imposta pelo magistrado, bem como a contestação suspendia sua eficácia e seu valor não poderia ultrapassar o da obrigação principal, motivo este que levou alguns processualistas a afirmarem que o direito brasileiro ainda não o instituto das *Astreistes*, propriamente dito.

296 Art. 23. Salvo disposição em contrário, os atos judiciais serão executados no prazo de quarenta e oito (48) horas pelo serventuário a quem incumbirem. § 2º. O não cumprimento desse dever sujeitará, de pleno direito, os serventuários à multa de cinquenta mil réis (50$000) por dia de retardamento.

297 Art. 137. Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração. § 2º. A sentença dominará pena diária de 5% (cinco por cento) do salário mínimo da região, devida ao empregado até que seja cumprida.

298 Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

299 Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A).

300 AMARAL, Guilherme Rizzo. **As Astreintes e o processo civil brasileiro:** multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

301 PIAZ, Lívia Cipriano Dal. Os Limites da Atuação do Juiz na Aplicação das *Astreintes.* **Revista Jurídica,** Distrito Federal, ano 53, n. 328, p. 63-82, fev. 2005, p. 66.

302 OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Astreintes* – Essa grande desconhecida. **Legislação do Trabalho,** São Paulo, ano 64, n. 12, p. 1495-1498, dez. 2000, p.1496

303 COELHO, Renata. A multa cominatória como instrumento de garantia de eficácia das decisões judiciais. **Genesis: Revista de Direito do Trabalho,** Curitiba, n. 90, p. 868-874, jun. 2000, p. 872.

304 PASSOS, J.J. Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 62.

305 COUTINHO, Leonardo Augusto Nunes. As astreintes e sua importância no regime da tutela específica. **Themis,** Fortaleza, v. 4 , n. 1, p. 145-159, jan./jun. 2006, p. 152.

306 SPADONI, Joaquim Felipe. **A ação inibitória:** a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p. 184.

307 DIDIER JR.,Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Execução. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v.5, p. 456.

308 IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito.** Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Clarete, 2003, p. 27.

309 COUTINHO, Leonardo Augusto Nunes. As astreintes e sua importância no regime da tutela específica. **Themis,** Fortaleza, v. 4 , n. 1, p. 145-159, jan./jun. 2006, p. 154.

310 Ibid., p. 154.

311 SÁ, Fernando. *Astreintes* e *contempt of court* – eficácia e efetividade (estudo de um caso). **Revista Forense,** Rio de Janeiro, ano 100, v. 375, p. 37-53, set./out. 2004, p. 48.

312 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRACO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 258.

313 MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria Geral do Processo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.1, p. 23.

314 Vale ressalvar que não seria errado afirmar que a origem do constitucionalismo, ainda que remota e precária, tenha ocorrido antes mesmo do liberalismo clássico, pois segundo entendimento de Ferdinand Lassale "uma Constituição real e efetiva a possuem e hão de possuí-la todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos. Não é certo

isso. Da mesma forma, e pela lei da necessidade que todo corpo tem uma Constituição própria, boa ou má, estruturada de uma ou de outra forma, todo país tem, necessariamente, uma Constituição real e efetiva, pois não é possível imaginar uma nação onde não existam os fatores reais do poder, quaisquer que elas seja". Porém, a noção que temos hoje de Constituição, iniciou-se a partir dos séculos XVII e XVIII, período do pensamento racional-liberal (LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Tradução de Walter Stonner. São Paulo: ebooksbrasil.org, 2006, p. 40.)

315 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRACO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

316 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 229.

317 Ibid, p. 233.

318 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 248.

319 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 229.

320 Reitera esse entendimento o professor Paulo Bonavides ao dispor que: "Imersa num sistema objetivo de costumes, valores e fatos, componentes de uma realidade viva e dinâmica, a Constituição formal não é algo separado da Sociedade, senão um feixe de normas e princípios que devem refletir não somente a espontaneidade do sentimento social mas também a força presente à consciência de uma época, inspirando a organização política fundamental, regulada por aquele instrumento jurídico." (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.)

321 Ibid, p. 297.

322 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

323 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 15, n. 58, p. 129 - 173, jan./mar. 2007, p. 131.

324 Ibid., p. 132.

325 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRACO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127.

326 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica.** Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http//:www.panoptica.org.br>. Acesso em: 6 mar. 2012, p. 1.

327 CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Acesso à Justiça, Processo e Direitos Fundamentais na transição do Estado Liberal Clássico para o Estado contemporâneo. XIX Congresso Nacional do CONPEDI. **Anais Eletrônicos**... Florianópolis, 2010, p. 281-298. Disponível em: <http//:www.conpedi.org.br>. Acesso em: 6 mar. 2012, p. 282.

328 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 432.

329 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição.** 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 21.

330 ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional:** Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 13.

331 TOARMINAR, 1972 apud ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional:** Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 14.

332 PORTO, Sérgio Gilberto. A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil. **Revista Síntese**. [S.l.] ano 12, n. 72, p. 64-77, jul./ago. 2011, p. 77.

333 LOPES, João Baptista e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Novo Código de Processo Civil e efetividade da jurisdição. **Revista de Processo.** São Paulo, ano 35, n. 188, p. 163-174, out. 2010, p. 164.

334 PORTO, Sérgio Gilberto. A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil. **Revista Síntese**. (S.l.), ano 12, n. 72, p. 64-77, jul./ago. 2011, p. 76

335 Ibid, p.76

336 BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, v. 2, p. 954.

337 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62.

338 ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p.31-32.

339 GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 48.

340 ARENDT, Hannah, op. cit., p.31-32.

341 BIBLIA SAGRADA. Mateus, 6, 1-3.

342 ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, op. cit., p. 73.

343 MARSHALL. T. S., **Cidadania e Classe Social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 79-80.

344 ARENDT, Hannah, op. cit., p. 74-75.

345 MARSHALL. T. S., op. cit., p. 84.

346 CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: O longo caminho. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 21.

347 Ibid., p. 30-31.

348 Discurso de Ulysses Guimarães, em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/plenario/discursos/escrevendohistoria/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf.> Acesso em: 04 mai. 2012.

349 Ibid.

350 ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: TELES, Edson ; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura:** a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 44.

351 MENDES, Gilmar ; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.117-118.

352 TEMER, Michel. **Elementos de Direito Costitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 33.

353 O artigo 142 da Constituição Federal de 1988 está inserido no Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas) , Capítulo II (Das Forças Armadas), sendo a expressão textual do seu caput: "As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem."

354 ZAVERUCHA, Jorge. op. cit., p. 49.

355 REALE JUNIOR, Miguel. O papel da sociedade civil: da ditadura ao neopopulismo. In: MOTA, Carlos Guilherme ; SCHMITT, Natasha Cátia Salinas (Coord.). **Os juristas na formação do Estado-nação:** de 1930 aos dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 549.

356 ZAVERUCHA, Jorge. op. cit., p. 49.

357 [i]DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

[ii]MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 931.

[iii]Ibid, p. 935.

[iv] FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 18-21.

[v] CARMO, Suzana J. de Oliveira. Princípio da imparcialidade ou da impessoalidade: qual deles garante o devido processo legal? **Direitonet.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2191/Principio-da-imparcialidade-ou-da-impessoalidade-qual-deles-garante-o-devido-processo-legal>.

Acesso em: 20/03/2012

358

359

360

361

362 SALOMÃO, Patrícia. Noticia. Site **JurisWay**, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <www.jurisway.org.br/v2/drops1.asp?iddrops=188> Acesso em: 12 mar.2012.

363 "**Art.194 CF/88** - A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social."

364 **Art. 194, Parágrafo único -** Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

**I** - universalidade da cobertura e do atendimento;

**II** - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

**III** - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

**IV** - irredutibilidade do valor dos benefícios;

**V** - eqüidade na forma de participação no custeio;

**VI** - diversidade da base de financiamento;

**VII** - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados

365 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**: Fundamentos jurídicos. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 06.

366 Ibidem, p.06.

367 Ibidem, p.15.

368 **Art. 201,§ 4º, CF/88** - Assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

369 Ibid.

370 Ibid.

371 MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à Lei Básica da Previdência Social.** 6. ed. São Paulo: LTR, 2005, p. 42

372 Ibidem, p.40.

373 Ibidem, p.41.

374 *in dubio pro misero*: sua exegese é similar a do princípio in dubio pro reo, do Direito Penal, e visa à proteção do trabalhador, porque, tanto quanto o réu penal é parte mais fraca em relação ao Estado-acusador, o obreiro é mais frágil economicamente em relação ao empregador (na maioria absoluta dos casos). Sua aplicação é simples: havendo na lei duas ou mais interpretações possíveis, prevalecerá a mais benéfica ao trabalhador. O consagrado jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez, em sua clássica obra *Princípios de Direito do Trabalho* (p. 44; nossa edição é clássica: de 1978...), já esclarecia que a aplicação do referido princípio depende de dois requisitos: "a) somente quando exista dúvida sobre o alcance da norma legal; e b) sempre que não esteja em desacordo com a vontade do legislador." Segundo o mestre uruguaio, o princípio em questão nada mais é do que "*critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador".*

375 MARTINS,SérgioPinto. **Direito da Seguridade Social**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 280.

376 Ibid, p. 280.

377 Ibid, p.280.

378 MARTINEZ, op. cit, p. 16.

379 Ibidem, p.17

380 Ibidem, p.17

381 **Art. 40, CF/88**. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

**Art.149, CF/88** - Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no Art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

**§ 1º -** Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

382 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

383 CARNELLUTI apud ALVIM, José Eduardo Carreira. **Procedimento sumário na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 153.

384 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2005

385 CALDEIRA, Adriano. **Direito Processual Civil**: Livro para Aprender Direito. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2005.

386 MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Estudo sistemático da tutela antecipada**. Fortaleza: Gráfica Nacional, 2003, p. 96.

387 MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Estudo sistemático da tutela antecipada**. Fortaleza: Gráfica Nacional, 2003, p. 96.

388 MAIA FILHO, op. cit., p. 96.

389 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 65-66.

390 PASSOS, Calmon de apud DADALTO, Rodrigo. Tutelas cautelar e antecipada. **UNESC em revista**. Colatina, ano 7, n. 15, 2004, p. 115.

391 MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 98-99.

392 PERINO, Marcelo do Amaral; PERINO, Alessandra Teixeira Miguel. **Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2008, p. 114-115.

393 GUIMARÃES, op. cit., p. 460.

394 THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Processo de Execução e Cumprimento da Setença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 756.

395 MAIA FILHO, op. cit., p. 127-128.

396 THEODORO JÚNIOR. Humberto. Op. Cit. P. 757.

397 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Recurso interposto em favor de Cesare Battisti em face de decisão do CONARE**. Referência: Processo nº 08000.011373/2008-83. Tarso Genro. Brasília, jan. 2009.

398 **Carta aberta de Cesare Battisti a Lula e ao Povo Brasileiro**. Brasília, 13 de novembro de 2009.

399 VIEIRA, Ivan Eugênio Lima. Extradição: o caso Cesare Battisti. **Jus Navigandi**, Teresina, 5 jun. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19261>. Acesso em: 30 jan. 2012.

400 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 275.

401 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Recurso interposto em favor de Cesare Battisti em face de decisão do CONARE**. Referência: Processo nº 08000.011373/2008-83. Tarso Genro. Brasília, jan. 2009.

402 Ibid.

403 Ibid.

404 BARROSO, Luís Roberto Barroso. Carta aos migalheiros: Reflexões sobre o caso Cesare Battisti. **Migalhas**, 1 out. 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=94178>. Acesso em: 10 dez. 2011.

405 REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 202.

406 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 209.

407 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 959.

408 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, op. cit., p. 265.

409 MENEZES, Wagner. Direito internacional: temas e perspectivas globais. **Revista Jurídica Consulex**, Distrito Federal, v. 15, fas. 357, jan. 2011, p. 27.

410 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, ob. cit., p. 265.

411 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 553.

412 BULOS, Uadi Lammêgo , ob. cit., p. 650.

413 REZEK, José Francisco, ob. cit, p. 205.

414 Ibid.

415 Ibid.

416 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, ob. cit., p. 273.

417 Ibid.

418 **Parecer AGU/AG – 17/2010**. Fernando Luiz Albuquerque Faria. Brasília, 29 de dezembro de 2010.

419 Ibid.

420 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo 630**. Brasília, 6 a 10 de junho de 2011.

421 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo 558**. Brasília, 31 de agosto a 11 de setembro de 2009.

422 Ibid.

423 Ibid.

424 Ibid.

425 Ibid.

426 BARROSO, Luís Roberto Barroso. Carta aos migalheiros: Reflexões sobre o caso Cesare Battisti. **Migalhas**, 1 out. 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=94178>. Acesso em: 10 dez. 2011.

427 TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 151.

428 CRUZ, Fabrício Bittencourt. **Medidas Provisórias?** Análise crítica ao texto constitucional. Dissertação (Mestrado). Grupo Marísta. Tese – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=523>. Acesso em: 11 abr. 2012, p. 45.

429 "Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional." (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> . Acesso em: 13 abr. 2012.)

430 "A doutrina oscilado em relação à origem da medida provisória. Para alguns, sucedânea do decreto-lei previsto na Constituição brasileira de 1967; para outros é inspirada no art. 77 da Constituição italiana de 1947." (FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.)

431 "Ressalte-se, ainda, que diferentemente da Constituição anterior, que proibia expressamente a adoção pelos Estados-membros dos decretos-leis, esta silencia a respeito." (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010, p. 690).

432 FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 152.

433 SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 457.

434 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 578.

435 BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 425-5 Tocantins. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília: 4 set. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266350>. Acesso em: 12 abr. 2012.

436 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2976.

437 FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. Medidas Provisórias Editadas por Estados, Distrito Federal e Municípios. Direito Constitucional. Centro Universitário de Araraquara, Araraquara. **raul.pro**. Disponível em: <http://www.raul.pro.br/artigos/mp-est.htm>. Acesso em: 12 abr. 2012.

438 FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 385.

439 Ibid., p. 392.

440 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória e a sua conversão em lei**: a emenda constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 199.

441 POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 116.

442 BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 425-5 Tocantins. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília: 4 set. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266350>. Acesso em 12 abr. 2012, p. 19.

443 "Os estados-membros podem adotar medidas provisórias, desde que essa espécie normativa esteja expressamente prevista na Constituição estadual e nos moldes impostos pela Constituição Federal, tendo em vista a necessidade da observância simétrica do processo legislativo federal." (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 576.)

444 SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Medidas Provisórias**: instrumento de governabilidade. São Paulo: NDJ, 2003.

445 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 961

446 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória e a sua conversão em lei**: a emenda constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 191.

447 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1314.

448 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010, p. 690 - 691.

449 SZKLAROWSKY, Leon Fredja. **Medidas Provisórias**: instrumentalidade de governabilidade.. São Paulo: NDJ, 2003, p. 163-172.

450 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória e a sua conversão em lei**: a emenda constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 200.

451 BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.391-8 Santa Catarina. **Supremo Tribunal Federal.** Brasília: 16 ago. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409746>. Acesso em: 12 abr. 2012, p. 167 – 168.

452 BULOS, UadiLammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 783.

453 DUARTE, Alessandra; GÓES, Bruno; LINS, Letícia.Brasil tem quase 14 milhões de analfabetos. O Globo. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/politica/brasil-tem-quase-14-milhoes-de-analfabetos-2789595>. Acesso em: 7 abr.2012.

454 Ibid.

455 FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 26. ed. Rio de

Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 44.

456 Ibid., p. 45.

457 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 27.

458 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 683.

459 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31.

460 FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 24.

461 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

462 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente:** paralelo dos sistemas de Proteção Internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 23.

463 Ibid., p. 24.

464 A palavra lixo, na linguagem técnica, é sinônima de resíduos sólidos e trata-se dos materiais que são descartados em decorrência da atividade humana.

GONÇALVES, Pólita. Catadores de materiais recicláveis. **Lixo.com.br** . Disponível em:<http://www.lixo.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=143&Itemid=250>. Acesso em: 1 de mai. 2012.

465 GONÇALVES, Pólita. Catadores de materiais recicláveis. **Lixo.com.br** . Disponível em: <http://www.lixo.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=133&Itemid=240>. Acesso em: 3 de abr. 2012.

466 Ibid.

467 Ibid.

468 MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **MTE**. Disponível em: <www.mte.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2011.

469 MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **MTE**. Disponível em: http://www.mtecbo.gov.br/busca/descricao.asp?codigo=5192. Acesso em: 3 de abr. 2012.

470 PRESIDENTE Dilma veta criação da profissão de catador. Revista Consultor Jurídico, 11 de jan. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jan-11/dilma-veta-regulamentacao-profissao-catador-material-reciclavel>. Acesso em: 3 abr. 2012.

471 [1]COSTA, Emília da Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006, p.23-24.

472 [2]COSTA, Emília da Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006, p. 32-35.

473 [3]COSTA, Emília da Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006, p. 185-188.

474 SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A história não contada do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2009, p. 45-46.

475 COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006, p.24.

476 Emília Viotti, em sua obra "O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania", relata que "suas sentenças nem sequer foram publicadas". In: DA COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006, p.29.

477 DA COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006, p.69.

478 Ibid., p.76.

479 SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A história não contada do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2009, p.225.

480 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador, In: MOTA, Carlos Guilherme e SALINAS, Natasha Schimitt Caccia ( Coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro:** 1930- dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010.

481 Ibid., pp. 514/515.

482 SUPREMO. Acompanhamento processual. Voto do Min. Luiz Fux. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em:18 fev. 2012.

483 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 100.

484 SUPREMO. Acompanhamento processual. Voto do Min. Luiz Fux. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em:18 fev. 2012.

485 CÂMARA. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Coordenação de Biblioteca. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: < http://www2.camara.gov.br/>. Acesso em: 20 abril. 2012.

486 Art. 1, inciso I, alínea m- os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário. [Lei Complementar nº 135/2010].

487 SUPREMO. Acompanhamento processual. Voto do Min. Luiz Fux. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em:18 fev. 2012.

488 ESTATUTO da Corte Internacional de Justiça. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo.**. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/ji_cortes_internacionais/cij-estat._corte_intern._just.pdf>. Acesso em 03.05.2012.

489 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Tratados internacionais de direitos humanos**: análise à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil. 2007. 310 f. Dissertação (Mestrado em Direito). – Universidade Federal de Fortaleza, 2007, p. 176.

490 REZEK, José Francisco. **Direito internacional público:** curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14.

491 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. 2007, op. cit.**,** p. 178.

492 REZEK, José Francisco, op. cit., p. 16.

493 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado:** incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 91-98.

494 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 71.

495 PORTELA, 2010, op. Cit., p. 92-93.

496 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 25.

497 Ibid, p. 27.

498 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, 2010, op. cit., p. 96.

499 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. Nascimento e. op. Cit., p. 27.

500 Ibid, p. 26.

501 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, 2010, op. cit., p. 99.

502 REZEK, José Francisco, op. cit., p. 34.

503 Ibid, p. 46.

504 Ibid, p. 50.

505 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. Nascimento e. op. cit., p. 32.

506 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, 2010, op. cit., p. 121.

507 **Art. 49.** É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...].

**Art.84.** Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...].

508 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 492.

509 Ibid, p. 493.

510 STF, ADI-MC 1480/DF. Rel. Celso de Mello, julgado em 04.09.1997, DJ

18.05.2001, p. 429.

511 **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:

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

512 ACADÊMICO Direito, Rio **FGV**. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/53/Conven%C3%A7%C3%A3o_de_Viena_sobre_Direito_dos_Tratados-.pdf>. Acesso em: 29.05.2012.

513 **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:

[...]

§ 3o Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

514 STF, RE 466.343, Rel. Ministro Cezar Peluso, julgado em 22.11.2006. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em 15.01.2012.

515 LENZA, Pedro, op. cit., p. 495.

516 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, 2007, op. cit., p. 282.

517 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, 2007, op. cit., p. 278.

518 STF, HC 87.585-8, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 12.03.2008, p.6. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>. Acesso em 30.04.2012.

519 STF, HC 87.585-8, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 12.03.2008, p. 24. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>. Acesso em 30.04.2012.

520 LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos:** Constituição, Racismo e Relações Internacionais. São Paulo: Manole, 2005, p. 15-18.

521 STF, HC 90.450/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 09.06.2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14762320/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-98893-sp-stf.> Acesso em 03.05.2012.

522 STF, HC 90.450/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 09.06.2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14762320/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-98893-sp-stf.> Acesso em 03.05.2012.

523 STF, HC 90.450/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 09.06.2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712898/habeas-corpus-hc-96772-sp-stf>. Acesso em 03.05.2012.

524 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 204.

525 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 4.

526 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. ANAIS DO VI SEMINÁRIO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO,1997, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: UERJ, 1997, p. 317-318.

527 FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Competências federativas na Constituição e nos precedentes do STF.** Fortaleza: Juspodivm, 2011.

528 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas na Constituição e nos precedentes do STF.** Fortaleza: Juspodivm, 2011.

529 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas na Constituição e nos precedentes do STF.** Fortaleza: Juspodivm, 2011.

530 ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Jurisdição Constitucional e Federação:** o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

531 ERNESTO, Lucas. **Lucas Ernesto:** entrevista [dez. 2011]. Entrevistadores: Rebeca Garcia Guerreiro e Fayga Silveira Bedê. Fortaleza: por email, 2011. Entrevista concedida à pesquisa Os Júris Simulados à Luz dos Elementos Persuasivos.

532 ROGIS, Glauton. **Glauton Rogis:** entrevista [dez. 2011]. Entrevistadores: Rebeca Garcia Guerreiro e Fayga Silveira Bedê. Fortaleza: por email, 2011. Entrevista concedida à pesquisa Os Júris Simulados à Luz dos Elementos Persuasivos.

533 ARAÚJO, Vicente. **Vicente Araújo:** entrevista [dez. 2011]. Entrevistadores: Rebeca Garcia Guerreiro e Fayga Silveira Bedê. Fortaleza: por email, 2011. Entrevista concedida à pesquisa Os Júris Simulados à Luz dos Elementos Persuasivos.

534 NICOLAU, Caio Policarpo. **Caio Policarpo:** entrevista [dez. 2011]. Entrevistadores: Rebeca Garcia Guerreiro e Fayga Silveira Bedê. Fortaleza: por email, 2011. Entrevista concedida à pesquisa Os Júris Simulados à Luz dos Elementos Persuasivos.

535 ERNESTO, Lucas. **Lucas Ernesto:** entrevista [dez. 2011]. Entrevistadores: Rebeca Garcia Guerreiro e Fayga Silveira Bedê. Fortaleza: por email, 2011. Entrevista concedida à pesquisa Os Júris Simulados à Luz dos Elementos Persuasivos.

536 NICOLAU, Caio Policarpo. **Caio Policarpo:** entrevista [dez. 2011]. Entrevistadores: Rebeca Garcia Guerreiro e Fayga Silveira Bedê. Fortaleza: por email, 2011. Entrevista concedida à pesquisa Os Júris Simulados à Luz dos Elementos Persuasivos.

537 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. ed. rev. e ampl. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p.1317.

538 GOFFMAN, Erving. **A Representação do Eu na Vida Cotidiana.** Tradução de Maria Célia Santos Raposo. 10.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p.13-14.

539 WALTON, Douglas. Ad Hominem Arguments: studies in rhetoric and comunication. Tuscaloosa: The University of Alabama, 1998, p.7. **books**. Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=-HTQY_b1_84C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 4 mai 2012.

540 "Um pai diz ao filho que o tabagismo está associado a doenças crônicas e que fumar é insalubre, portanto, a criança não deve fumar. A criança responde: Você mesmo fuma. Muito bom para o seu argumento contra o tabagismo!" (tradução livre da autora).

541 WALTON, Douglas. Ad Hominem Arguments: studies in rhetoric and comunication. Tuscaloosa: The University of Alabama, 1998, p.7. **books**. Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=-HTQY_b1_84C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 4 mai 2012.

542 OBRIGADO por fumar. Direção: Jason Reitman. Produção: Michael R. Newman et al. Roteiro: Christopher Buckley. Los Angeles: 20th Century Fox Entertainment, 2005. DVD, color.

543 JAEGER, Werner. **Paidéia:** A formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 1119.

544

545

546

547 CANÔAS, Cilene Swain. **A condição humana do velho**. São Paulo: Cortez, 1983, p. 68, 69 e 71.

548

549 FRANGE, Paulo. O estatuto do idoso comentado. São Paulo, 01 jul. 2004, p. 91. **Humberto Henrique.** Disponível em: <http://www.humbertohenrique.com.br/download/cat_view/164-legislacao/40-leis-federais.html>. Acesso em: 10 out. 2011.

550 FLORES, Herrera Joaquín, A (re)invenção dos direitos humanos. **In**

**texto**, p. 34.

551 FLORES, Herrera Joaquín, A (re)invenção dos direitos humanos. **In texto**, p. 39.

552 CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISBOS DO BRASIL. Campanha da fraternidade 2003: Fraternidade e as pessoas idosas. **Campanha da Fraternidade.** Disponível em: <http://www.cf.org.br/cf2003/cf2003.php>. Acesso em 20 jan. 2012.

553 ANDRIGHI, Fátima Nancy. O acesso do idoso ao judiciário. **Plenarium**, Brasília, v. 1, n.1, p. 215-218, nov. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/598>. Acesso em: 04 set. 2010.

554 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ E ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DO CEARÁ, **Cartilha direitos dos idosos**. Fortaleza, s/d.

555 GUIBOURG, Ricardo A. **Pensar en las normas.** Buenos Aires: Eudeba, 1999, p. 159.

556 FONSECA, Lívia Gimenes. Direito, Estado e Constituição. **O direito achado na rua.** Distrito Federal, 07 mar. 2012. Disponível em: <http://odireitoachadonarua.blogspot.com.br/>. Acesso em: 25 abr. 2012.

557 Sobre o assunto, ver também DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel**. 7. ed. São Paulo: Ática, 1994.

558 Para melhor compreensão do conteúdo presente nessa parte da pesquisa, foi feita a catalogação dos entrevistados em números de 1 a 11, identificando, assim, as falas dos sujeitos participantes.

559 FALCÃO, Raimundo Bezerra; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A inesgotabilidade do sentido e a inafastabilidade do todo. CONPEDI. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/raimundo_bezerra_falcao.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2012.

560 MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 53.

561 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 360-363.

562 Ibid.

563 CANOTILHO, José Joaquim. **Fundamentos da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2009,.p.41.

564 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110.

565 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p 1186 -1187.

566 BULOS, op. cit, p. 128).

567 FREITAS, Juarez de. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3 ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 56.

568 BARROSO, op cit, p. 302.

569 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

570 LAGE, Cláudia. **Mundos de Eufrásia**. 4. ed . Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 121.

571 **SILVA, Rachel Marques. Evolução Histórica da Mulher na Legislação Civil. Mundo Vestibular. Disponível em: <**http://www.mundovestibular.com.br/articles/2772/1/EVOLUCAO-HISTORICA-DA-MULHER-NA-LEGISLACAO-CIVIL/Paacutegina1.html>. Acesso em: 15 abr. 2012.

572 LAGE, op. cit., p. 253-254.

573 WISNIK, José Miguel. **Macabéa, Vertiginosamente Outro**. [Documentário – Vídeo]. Brasil: Cultura, 2005. 1 DVD (55 min).

574 LISPECTOR, Clarice. **A Hora da Estrela**. Rio de Janeiro: Rocco, 2008, p. 23.

575 Ibid. p. 48.

576 GUIMARÃES, Elina. A mulher portuguesa na legislação civil. **Análise Social**. v. 22, n. 92-93, p. 557-577, mar./abr. 1986. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Elina.pdf >. Acesso em: 15 abr. 2012.

577 SILVA, op. cit.

578 ANDRÉ, Luiz Pedro. As Ordenações e o Direito Privado Brasileiro. **BDJur**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18254/As_Ordena%C3%A7%C3%B5es_e_o_Direito_Privado_Brasileiro.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 abr. 2012.

579 SOUZA, Daniela Zaniolo de. **Mudanças Lexicais no Direito de Família Brasileiro:** necessidade jurídica e evolução linguística. 2009. 254f. Dissertação (Pós-graduação Linguística e Língua Portuguesa). – Faculdade de Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2009, p. 65. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/59812548/TESE-MUDANCAS-LEXICAIS-NO-DIREITO-DE-FAMILIA>. Acesso em: 27 mai. 2012.

580 FERREIRA, Juliana Vanelli. A evolução da mulher na sociedade e na carreira jurídica perante a cultura machista, capitalista e globalizada. **Paraná Online**. 20 mai. 2007. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/editoria/cidades/news/241857/>. Acesso em: 22 abr. 12.

581 PAULA, Ricardo Henrique Arruda de. **Com a morte nos olhos:** itinerários de matadores de aluguel**.** 2008. 282 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008, p. 103.

582 CAVALCANTE, Peregrina. **Como se fabrica um pistoleiro.** São Paulo: A Girafa, 2003, p. 71.

583 PAULA, op. cit., p. 107.

584 Ibid., p. 108.

585 BARREIRA, César. **Cotidiano Despedaçado**: cenas de uma violência difusa. São Paulo: Pontes, 2008, p. 94.

586 DIPP, Gilson Langaro et al. Propostas para um novo modelo de persecução criminal: combate à impunidade. **Cfj**. Brasília, v. 25, Serie cadernos 2005. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/SerieCadernos/Vol25/tema03.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2012.

587 PAULA, op. cit., p. 110.

588 DIPP, op. cit.

589 PIEDADE JR., Heitor. **Vitimologia:** evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1993, p. 83.

590 FERES, Jesus Nagib Beschizza. Evolução histórica da vítima e o surgimento da Vitimologia. **Jurisway**. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1424>. Acesso em: 12 jan. 2012.

591 CALHAU, Lélio Braga. **Vítima e Direito Penal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 35.

592 APAV, Associação Portuguesa de Apoio à vítima. **APAV.** Disponível em: <http://www.apav.pt/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=68&Itemid=119>. Acesso em : 26 ago. 2012.

593 CALHAU, op. cit., p. 46.

594 Ibid., p. 71.

595 FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2005, p. 193

596 CALHAU, op. cit., p. 47.

597 LEMOS FILHO, Telmo. In verbis. **Correio do Povo.** Porto Alegre, 20 dez. 2009. Disponível em: <http://www.correiodopovo.com.br/Impresso/?Ano=115&Numero=81&Caderno=0&Noticia=74047>. Acesso em: 24 abril 2012.

598 CALHAU, op. cit., p. 54.

599 MULHER marcada para morrer no Pará recebe apoio de vários artistas. Fantástico. 31 jul. 2011. Disponível em: <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1668864-15605,00-MULHER+MARCADA+PARA+MORRER+RECEBE+APOIO+DE+ARTISTAS.html>. Acesso em: 27 fev. 2012.

600 BARREIRA, op. cit., p. 153.

601 Ibid., p. 98.

602 Ibid., p. 139.

603 Ainda que seja possível hipotetizar que a origem do poder da

pistolagem advém da derrocada do monopólio da força física do Estado, estes dois fenômenos são melhores compreendidos como entrelaçamentos históricos do que a partir de uma lógica de causa e efeito; ou seja, não é que a ineficácia do Estado provocou o surgimento dos crimes de mando, mas que ambos os fenômenos se reforçaram mutuamente.

604 PAULA, op. cit., p. 114.

605 CONHEÇA a APAVV. **APAVV**. Disponível em: <http://www.apavv.org.br/apresentacao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2012.

606 MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva,2007, p. 175.

607 BONAVIDES, Paulo**. Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.179.

608 Ibid, p. 182.

609 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.11.

610 RODDEN, Jonathan. Federalismo e Descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. **Scielo**. Jonathan Rodden. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a03n24.pdf>. Acesso em: 20 fev 2012.

611 WEFFORTT, Francisco C. **Os clássicos da Política.** 13. ed. São Paulo: Ática, 2010, v.1, p. 259-260.

612 MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva,2007, p. 180.

613 ALMEIDA, op. cit., p. 19.

614 Ibid, p.28.

615 BERCOVIC, Gilberto . O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa.. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/GilbertoBercovici_Rev90.pdf>. Acesso em: 19 fev 2012.

616 BARACHO, Hertha Urquiza; SOUZA, Jacyara Farias. Regionalismo e Federalismo: as novas feições do Estado Brasileiro pós Constituição de 1988. CONPEDI. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4028.pdf>. Acesso em: 10 jan 2012.

617 Ibid.

618 WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia.* In.: **Revista limites do controle de constitucionalidade**, Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2009.

619 Observe-se o art. 5º, VI (" na forma da lei"), XVIII ("na forma da lei"), XXVIII ("nos termos da lei"), XXIX ("a lei assegurará"); art 7º, I ("nos termos de lei complementar").

620 Há de se ressaltar que alguns autores defendem que o constituinte originário faz prevalecer os fatores reais de poder (Lassale). Geralmente alguns dos direitos que dependem de uma regulamentação posterior são direitos de classes sem tanto poder, como os empregados, no tocante à greve(art. 37, VII ) e ao aviso prévio proporcional (art. 7º, XXI).

621 "para evitar uma constitucionalização meramente simbólica [...] buscou a Carta de 1988, no mandado de injunção e na ADI por omissão, dotar o direito brasileiro de instrumentos hábeis à solução de tal problema" CARVALHO, Ana Paula Pessoa Moura de. "Um breve estudo sobre o mandado de injunção: Instrumento efetivo de aplicação dos direitos fundamentais. **Revista da Associação Ibero Americana de Direito Constitucional Econômico – AIDCE**. Fortaleza – CE: Edições INESP, 2002, p. 70-71." Ainda acerca da Constitucionalização simbólica, conferir o livro NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

622 Idem 66."

623 "A falta de regulamentação ensejadora da ação é somente aquela de normas constitucionais, não se admitindo mandado de injunção com fundamento em omissão legislativa em sede de tratados internacionais ou normas infraconstitucionais" MORAES, Cristiano Albuquerque. A interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos das sentenças em ação do mandado de injunção. **THEMIS – Revista da Esmec** – Fortaleza, n.2, v.4, jul-dez, 2006.

624 De acordo com os seguintes dispositivos constitucionais: Art. 102, I, q; Art. 105, I, h; Art. 121, § 4º, V; Art. 125, § 1º.

625 HAGE, Jorge. O projeto de lei que regulamenta o mandado de injunção – uma iniciativa mais que oportuna. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Ano 2, 2008-2009.p. 2

626 MORAES, Cristiano Albuquerque. A interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos das sentença em ação do mandado de injunção. **THEMIS – Revista da Esmec** – Fortaleza, CE, V-4, n-2, jul-dez, 2006.p. 215-216.

627 DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros. 2010, p. 450-451.

628 "O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance" BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335.

629 LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional de democracia: Perspectiva para o papel do poder judiciário. **Revista da Procuradoria Geral da República.** Revista dos Tibunais: São Paulo, n. 8, jan. – jun. 1996.

630 Para saber mais, A judicialização da política e das relações sociais, Luiz Werneck Vianna.

631 BOBBIO, Noberto. **O Futuro da Democracia:** Uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

632 CABRAL, Mário André Machado. Poder judiciário e soberania popular: uma crítica da justiça constitucional do Brasil a partir de matrizes do iluminismo. **Revista da Procuradoria Geral do Município de fortaleza.** Fortaleza, n. 17, v. 17, Ano 17, 2009. P. 47

633 CUNHA, Jânio Pereira da. Jurisdição Constitucional e Controle da Política: Fundamento e (I)legitimidade Democrática. **Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus** – Fortaleza, CE n. 13, p. 116-143, 2011.

634 WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia.* In.: **Revista limites do controle de constitucionalidade**, Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2009. P. 107

635 MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.p. 122

636 Idem, p. 107

637 MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Trad.). **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito.** Recife-PE, Separata, n. 11, 2000.

Unichristus
Centro Universitário Christus

# VII ENCONTRO DE PESQUISADORES

# ARTIGO

2012

# 10 ANOS DO CURSO DE DIREITO DA FACULDADE CHRISTUS: RECORTES DE UMA HISTÓRIA

*Gabrielle Bezerra Sales*[1]

Todo ente é fruto de uma aposta. E toda aposta é, fundamentalmente, ancorada em um sonho. Entes são, portanto, materializações de existências previamente sonhadas. Assim, todo sonho que se projeta e se materializa é o fruto de atos que rompem a inércia, tornando-se inaugurais de uma realidade, em uma nova dobradura do tempo.

Pensar o ensino do Direito como um sonho é pensar em um tempo sem amarras, descronologizado. É subversivamente conjecturar sobre uma perspectiva liberta das variáveis temporais e das espaciais, porém projetada para a construção de novos cenários que, emparelhados, viabilizem um futuro.

O Direito como instrumento de transformação social

Em março de 1995 a Faculdade Christus irrompeu no cenário educacional cearense como um sonho e como uma aposta na educação de qualidade pautada nos valores da cidadania, da ética, da criatividade, da autonomia e do respeito, isto é, em um cenário ainda extremamente empobrecido de apostas concretas na qualificação do Homem em cidadão por meio da educação.

Assim, ela representou e ainda representa uma ruptura na tendência de popularização do ensino superior a qualquer custo. De fato, trata-se de um posicionamento sobre o ensino superior que, embora eivado de características do ensino tradicional, busca a inovação e o empreendedorismo como uma forma de construção consciente do futuro.

A Faculdade Christus em 1995 contava inicialmente apenas com os cursos de Administração e de Pedagogia e somente em 2002 passou a atuar com mais cursos, dentre eles, o curso de Direito.

O pionerismo da criação de um curso de Direito em um estado da federação como o Ceará é, sem dúvida, referente à fidúcia na capacidade do povo cearense de aprender e de superar suas limitações por meio do conhecimento.

A opção pela área jurídica foi reforçada pela tendência, advinda do teor da Constituição de 1988, que atualizou o Ordenamento Jurídico brasileiro com a relevância da tutela dos direitos fundamentais. E, desse modo, incrementou a pesquisa e o estudo do Direito em uma perspectiva de inclusão e de transformação social.

E, daí, a proposta da Faculdade sempre foi libertadora na medida em que acionava no universo jurídico um novo esquema de estudos e uma nova formatação para um curso: uma formatação que enfatiza os Direitos Humanos.

Surgiu então um curso dinâmico que intenta destacar a centralidade da Pessoa humana em toda sua complexidade e, sobretudo, esboçar novos contornos para a materialização de direitos e de garantias que efetivem a sua proteção integral.

O curso de Direito da Faculdade Christus iniciou suas atividades com perfil e missão únicos que se traduzem desde a fecunda paleta de ramos do Direito contemplados em sua matriz curricular, passando pela sofisticada oferta de cursos de curta e média duração, pela continuidade de programas exitosos de pesquisa, pela intensidade dos seus programas de extensão e pela produção de grandes eventos, até a contínua ação focada no acompanhamento individualizado de cada um dos discentes, desde o primeiro ao último ano de sua graduação.

Assim, na Faculdade Christus, a formação em Direito deixou de ser compreendida apenas como um mero somatório de experiências de repetição e de armazenamento de normas jurídicas, caracterizando-se por oportunizar uma riqueza cultural que amplia a percepção do aluno sobre si mesmo, sobre os outros e acerca do seu entorno.

O aluno é, de fato, desde cedo instigado a perceber o Direito como um fenômeno cultural, cuja grandiosidade escapa à superficialidade, e, por conseguinte, instigado a se reconhecer como protagonista de sua formação, de seu tempo, de sua História.

Os alunos são igualmente levados a conhecer a riqueza da linguagem, suas possibilidades de uso e, daí, a utilizá-la de forma lúcida como um instrumental basilar na composição de discursos argumentativos que sejam racionais e, sobretudo, juridicamente coerentes com as regras positivadas e com a Justiça. Nesse sentido, destaca-se a criação de grupos voltados à argumentação e de cursos de retórica que fazem parte da agenda do curso de Direito.

Inovadora foi, no entanto, a criação de um departamento de língua portuguesa que auxilia no que se refere ao amadurecimento do graduando no uso do idioma nacional. Todas as provas, desde o primeiro ao último semestre, são submetidas à correção vernacular, oportunizando igualmente aos que se dispuserem um atendimento individual. A composição do departamento de língua portuguesa por professores experientes já esclarece a preocupação com esses detalhes que podem ser determinantes no futuro, vez que o cidadão consciente é aquele que sabe se expressar correta e adequadamente.

Esse departamento tem igualmente a função de atender aos alunos engajados nos programas de pesquisa e de extensão, mas, prioritariamente, aqueles que se encontram escrevendo seus trabalhos de conclusão de curso, para orientação a respeito da estilística e da adequação da linguagem coloquial à científica.

Esse acompanhamento na elaboração dos trabalhos monográficos é igualmente efetuado na área da metodologia por intermédio da ação dos professores e das professoras que compõem o núcleo de metodologia e de pesquisa da rede de apoio à monografia. Trata-se de grupo de professores especializados que orientam a produção de trabalhos científicos tendo como base as regras da Associação Brasileira

1 Gabrielle Bezerra Sales é advogada, mestre em Direito, doutoranda em Direito pela Universidade de Augsburg- Alemanha e, atualmente, Coordenadora Geral do Curso de Direito da Faculdade Christus.

de Normas Técnicas-ABNT e demais normas metodológicas convencionadas pela própria Faculdade.

A orientação dos manuscritos é fruto de uma teia sofisticada de profissionais e se dá tanto em relação aos aspectos metodológicos, lingüísticos quanto conteudisticos. E, nesse sentido, os professores do curso são convocados à capacitação contínua a fim de compreenderem os novos desdobramentos do fenômeno jurídico e as novas implicações da pesquisa no Direito. Além disso, é incentivada a titulação dos docentes, assegurando uma atmosfera estimulante e universitária.

O estudo do Direito passou a ser um convite à reflexão para a construção de um raciocínio autônomo e vibrante, apto a intervir na realidade e a transformá-la. Para isso, os discentes são confrontados desde o quinto período com a prática jurídica, real e simulada, especialmente nas áreas penal, cível e trabalhista.

A prática de estágios é igualmente incentivada e acompanhada e é particularmente na passagem pelo Núcleo de Práticas Jurídicas-NPJ que os alunos aprofundam os seus conhecimentos teóricos com a produção de peças processuais e na resolução de casos práticos que induzem à criação de um espírito, visando a ação profissional competente e orientada por noções éticas. Os alunos são, ao longo dos cinco semestres em que fazem os estágios, sistematicamente submetidos às avaliações que simulam situações-problema e incluem questões similares as dos principais exames e concursos nacionais.

Há igualmente a preocupação de demonstrar na prática a efetivação dos direitos humanos, nos planos nacional e internacional e, assim, são oferecidos cursos e palestras que, além da disciplina de proteção internacional dos direitos humanos, oferecem substrato para essa ampliação do conhecimento do graduando em relacionar e efetuar as ilações entre a teoria e a prática, tornando apto a ingressar no mercado de trabalho.

Apostando na composição do ensino das áreas da matriz curricular a partir de metodologias alternativas, o curso de Direito da Faculdade Christus, oferece ao primeiroanista a oportunidade de transpor o confinamento do estudo do Direito, lançando-o em inúmeras atividades que complementam e ancoram suas primeiras incursões em campo que, antes de jurídico, é social, é humano. Alternativas que vão além da mera complementaridade subjacente à prática atual, o aluno é convidado à via interrogativa, filosófica.

O estudo dos mitos e da lógica desde o primeiro semestre introduz uma afirmação da perspectiva simbólica, tão necessária na construção de um pensamento próprio sobre o seu entorno e, desse modo, igualmente na elaboração de um raciocínio e de um discurso que expressem o equilíbrio entre as categorias jurídicas e os valores e os princípios éticos.

As categorias jurídicas são construídas lentamente, ao longo dos cinco anos de duração do curso, como fruto do dialogo entre professores e alunos dispostos a entender o Ordenamento Jurídico como produto de uma realidade dinâmica e fluida, pois o curso tem um propósito.

E o propósito é fincar as raízes de uma reflexão autêntica sobre o desafio que é a criação de um Direito menos tecnicista e mais humano. Um Direito mais voltado para a intervenção na teia que é a vida da pessoa humana na atualidade, configurando-se não mais em prognósticos moralizantes, idealizadores e discriminatórios. Mas, ao contrário, aliando-se à inescapável necessidade de incluir, de abrigar, de ampliar, de tutelar, essencial ao próprio Direito.

Os discentes são levados a descobrir em experiência de extensão, além dos muros da faculdade, que o cenário de atuação do jurista deve se expandir sempre, pois é a dinâmica da expansão que caracteriza a natureza humana que deve ser a medida das fronteiras das suas reflexões, das suas articulações e, assim, devem medir o tamanho do seu compromisso.

O jurista mede o tamanho do seu compromisso pelas possibilidades de sua articulação mental no âmbito do Direito no sentido de pacificar, de incluir, de ressarcir, de solucionar e de tutelar. E essa é a base do desafio que é, simultaneamente, a aventura do convite ao graduando em Direito. Um convite que, no curso de Direito da Christus, embora seja pauta do primeiro semestre, é reafirmado até após a ocasião da formatura no acompanhamento atencioso que se faz de todos os egressos.

**O Convite**

O aprendizado é sempre algo desafiador, pois pressupõe o diagnóstico e o reconhecimento da ignorância, a insatisfação, a curiosidade, a angústia que acompanha toda a busca e, prioritariamente, o desapego.

O aprendiz é aquele que se lança e que se desapega das certezas primevas e acalentadoras e, assim, se esvazia para buscar algo novo. Esse é um ato de coragem, um ato emocionalmente comprometido pelo coração, pelo desejo. Desejo que, em suma, intenta garantir à própria existência pessoal uma finalidade.

Aprender, portanto, pressupõe a desconstrução e o salto em zona de instabilidade em que, aparentemente, tudo passa a ser ou a estar simultaneamente, ao menos de maneira potencial. A aferição das potencialidades das hipóteses é, nesse sentido, parte de um trajeto que tende a ser solitário e difícil, culminando na irredutível certeza de seu caráter infinito e, sobretudo, provisório.

A relação professor e aluno somente torna-se legitima quando pautada no respeito pelo tempo de aprender. Sim, pois o percurso que vai da afetação, da dúvida, da incerteza, até a formulação de hipóteses e o exame das suas possibilidades é um tempo subjetivamente controlado. E cabe ao mestre apontar o caminho seguro, em que antes de indicar soluções, sejam indicados os instrumentos para a percepção do todo. E toda dúvida é, sobretudo, dúvida de si, sendo relevante em essência tanto para o que a formula quanto para quem se oferece para ajudar a solucioná-la. Saber de si como ser duvidoso é demonstração de lucidez que informa a radicalidade da relação gnoseológica. O professor é, basicamente, quem acompanha, quem orienta, quem estimula e quem sabe cultivar suas próprias indagações, mantendo-se alerta às sinuosidades dessa epopéia do conhecimento.

Por ser jovem, completando seus primeiros dez anos de existência, o curso de Direito é um lugar em que todos estão alinhados no afã de aprender. Todos ainda se reconhecem na condição de aprendizes e isso é o que assegura a ranhura na ignorância e possibilita a abertura ao conhecimento.

Um curso que, sendo jovem, abriga igualmente jovens e sábios professores que apostam na titulação e igualmente na constância de uma investigação séria acerca de si e dos seus objetos de estudos e, desse modo, incrementam suas aulas, seus artigos e suas discussões, de modo a incluir o aluno em um clima cordial e de respeito à diversidade.

Trata-se de jovialidade que, deixando a infância, começa a se expressar por meio de seus egressos e da participação de docentes e de discentes em eventos científicos de envergadura nacional e internacional.

Outra expressão desse curso que já vai deixando a infância é a produção de livros, de coletâneas, de revistas e de cartilhas, consistindo em meios de escoamento da produção jurídica de alunos e de professores que igualmente tem podido contar com a colaboração de vários autores de renome para a composição de obras que expressam um profícuo diálogo que perpassa desde os temas tradicionalmente contemplados até as abordagens mais vangardistas do Direito.

Afirma-se enfaticamente, dentre a paleta de obras produzidas, a Revista Opinião Jurídica, revista científica do curso de Direito da Faculdade Christus. Trata-se de publicação amplamente respeitada no cenário nacional, indexada com o ISSN 1806-0420 e catalogada no programa Qualis da CAPES como B4. Atualmente tem periodicidade anual e tiragem em torno de 500 a 1000 exemplares que são estrategicamente distribuídos entre os principais cursos de graduação e pós-graduação do país, incluindo igualmente as principais bibliotecas jurídicas. Esse periódico contempla secções doutrinárias, entrevistas, análises jurisprudenciais, pareceres e resenhas e atesta a possibilidade de professor e aluno trabalharem lado a lado na medida em que possibilita a publicação da produção de seus artigos em co-autoria.

Oportunidades de intercambiar conhecimentos e experiências com alunos e professores no exterior faz igualmente parte do leque de opções do curso de Direito. E, para isso, tem sido efetuadas diversas parcerias com professores e cursos de línguas estrangeiras para que, enquanto cursa a Faculdade, o aluno possa ser sensibilizado pela importância de aprender mais, sobretudo, ampliar seus horizontes a partir do contato com outras culturas. São oferecidos cursos de línguas semestralmente, enfatizando a ponte entre o Direito e a Cultura dos povos. Tudo isso para propiciar aos alunos que possuírem proficiência a oportunidade de estudar nas Universidades conveniadas.

*The last, but not the least*, os professores, os alunos e os funcionários contam com o inovador apoio do Serviço de apoio psico-pedagógico- SAP, que preponderantemente orienta e auxilia no uso de metodologias didáticas mais eficazes, mas igualmente possibilita a ausculta de todos que se sintam em situação de fragilidade e, nesses casos, proporciona acompanhamento de alguns casos e encaminha aos profissionais além muros os outros casos mais complexos.

Os profissionais que compõem o SAP intentam fortalecer os laços de respeito e de harmonia entre todos que compõe o curso e, dessa forma, produzem dinâmicas, cursos e oficinas, além do atendimento individualizado.

**O Alinhavo e o porvir**

A juventude desse curso é a sua aliada e o seu desafio, pois implica em uma ação pautada na necessidade de uma auto-reflexão profunda que oriente o direcionamento e, principalmente na superação das limitações. Limitações que não podem acorrentar esse curso-menino sequer ao próprio sonho fundador. Para continuar crescendo é exigido o descolamento da região onírica, pois é o momento de intervir no real de forma determinante, sem hesitações e sem perder as características essenciais. É tempo de um esboço de vida própria que supere as individualidades daqueles que o compõem, naturalmente balizando-se pelo trajeto institucional.

Mas, inevitavelmente é tempo de plantio em que há simultaneamente as primeiras colheitas e isso requer a delicadeza e o cuidado por parte de todos, sobretudo dos gestores, para manter a força do sonho sem a personificação dos medos de continuar avançando.

O plantio, todavia, deve ser contínuo, pois a educação é indiscutivelmente uma louca aventura de tentar compor molduras em que caibam os diversos pontos de vista que integram o conhecimento e, desse modo, acompanham, consolam, orientam e alentam o ser humano. A educação é também subversiva, pois não se acomoda ao verbo, provocando-o em diferentes modulações na produção de novos sentidos.

Enfim, é a jovialidade desse curso de Direito que é exatamente a sua força de continuar acreditando e, dessa maneira, creditando-se perante a sociedade cearense com a confiança de todos os que o compõe de que esses dez anos são apenas um começo.

Mas, um início exitoso, resplandecendo de bons resultados advindos do ingresso dos egressos no mercado de trabalho, da atuação deles em exames e em concursos e, especialmente, da certeza de que vale a pena sempre estudar, lutar e trabalhar pela educação em direitos humanos. A semeadura desses sonhos de educação jurídica para o exercício da cidadania é de altíssima qualidade, não há, portanto, razão para uma colheita ruim. São os primeiros dez anos de passos que se firmam, afirmando a proposta de excelência do ensino do Direito.

ISBN 978-85-99562-91-8