

Coordenação Geral
Antonio Celso Alves Pereira
Cleyson de Moraes Mello



Revista da Faculdade de Direito de Valença 2014

**Prefácio de José Rogério Moura de Almeida Filho
(Presidente da Fundação D. André Arcoverde)**

Autores

Adinan Rodrigues da Silveira	José Maria Pinheiro Madeira
Alexandre Motta Tinoco	Larissa Tristão Savignon
Alfredo Canellas Guilherme da Silva	Leonam Machado de Souza
André Braz	Maíra Batista de Lara
Andréia Fernandes de Almeida	Mariana Dias Ribeiro
Antonio Celso Alves Pereira	Mauro Tescaro
Antônio Pereira Gaio Júnior	Neimar Roberto de Souza e Silva
Carina Barbosa Gouvêa	Nívea Maria Dutra Pacheco
Carlos Alberto Souza	Ricardo Fernandes Maia
Carolina Spyer Vieira Assad	Roberta Piluso
Cleyson de Moraes Mello	Rodrigo Ciríaco Tjäder
Elen Cristiane Guida Vasconcellos	Rodrigo Fraga Pinto
Elida Séguin	Rogério Medeiros Garcia de Lima
Enio Figueira Júnior	Ronald Luiz do Valle Andrade
Fábio Corrêa Souza de Oliveira	Rubens Beçak
Fernando de Alvarenga Barbosa	Tamara Porto
Geraldo Ribeiro de Sá	Tayline de Oliveira Paiva Modesto
Jéssica Oliveira de Almeida	Theresa Calvet de Magalhães
João Victor Rozatti Longhi	Thiago Moreira
José Luiz Quadros de Magalhães	Ursula Chaves

Editar
Juiz de Fora-MG
2014

Presidente da Fundação Dom André Arcoverde

Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho

Vice-presidente da Fundação Dom André Arcoverde

Antônio Carlos Dahbar Arbex

Presidente do Conselho de Curadores da Fundação Dom André Arcoverde

Prof. Miguel Augusto Pellegrini

Diretor Geral do Centro de Ensino Superior de Valença

Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira

Diretor Acadêmico do Centro de Ensino Superior de Valença

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

Fundador da Revista

Prof. Dr. João Marcelo de Araújo Júnior

Diretor da Faculdade de Direito de Valença

Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira

Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Diretor da Revista

Prof. Ms. Arilton Leôncio Costa

Conselho Editorial

Prof. Ms. Antonio D'Elia Jr. (Membro Externo – UFF – Volta Redonda)

Prof. Ms. Arilton Leôncio Costa

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Prof. Dr. João Eduardo Alves Pereira

Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho

Prof. Dr. Jorge O. Bercholz (Membro Externo – UBA – Argentina)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

Profa. Ms. Marcia Ignácio R. M. Mello (Membro Externo – Colégio Pedro II/RJ)

Profa. Dra. Marinilza Bruno de Carvalho (Membro Externo – UERJ)

Prof. Dra. Regina Pentagna Petrillo

Prof. Miguel Augusto Pellegrini

Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Membro Externo – USP/SP)

Profa. Dra. Núria Bellosso Martín (Membro Externo – Univ. Burgos – Espanha)

Profa. Patrícia Ignácio da Rosa (Membro Externo – Instituto Benjamin Constant/RJ)

Profa. Ms. Patrícia Valeria Bastos Faria Pecoraro

Prof. Dr. Tomás Prieto Alvarez (Membro Externo – Univ. Burgos – Espanha)

Coordenação desta edição

Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença / Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito - ano 1, n. 1. (maio 1998). Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 1998.

Publicação anual

Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Valença.

ISSN: 1518-8167

1. Direito – Periódico – Brasil. I. Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito – Brasil.

CDU: 34(81)(05)

A editora e os coordenadores desta obra não se responsabilizam por informações e opiniões contidas nos artigos científicos, que são de inteira responsabilidade dos seus autores.

*Na casa do justo há um grande tesouro, mas nos ganhos do ímpio há perturbação.
Os lábios dos sábios derramam o conhecimento, mas o coração dos tolos não faz assim.
O sacrifício dos ímpios é abominável ao SENHOR, mas a oração dos retos é o seu contentamento.
O caminho do ímpio é abominável ao SENHOR, mas ao que segue a justiça ele ama.
(Provérbios 15:6-9)*

Coordenação Geral da Revista

Antonio Celso Alves Pereira

Diretor Geral do CESVA; Diretor da Faculdade de Direito de Valença; professor de Direito Internacional da Universidade Veiga de Almeida e da Faculdade de Direito de Valença; Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

Cleyson de Moraes Mello

Doutor em Direito pela UGF-RJ; mestre em Direito pela UNESA; professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito (Pós-graduação e Graduação) UNESA, UNIPAC, FAA-FDV, UNISUAM; professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC – Juiz de Fora/MG; Diretor Adjunto da FDV; advogado; membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Porto Alegre/RS; membro da Academia Valenciana de Letras; membro do Instituto Cultural Visconde do Rio Preto; Vice-Presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença/RJ; autor e coordenador de diversas obras jurídicas.

Autores

Adinan Rodrigues da Silveira

Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA), Professor de História do Direito na Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Coordenador do Curso de Direito na Universidade Estácio de Sá (UNESA)

Alexandre Motta Tinoco

Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro PUC-Rio (1999) e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (1995). Atualmente é professor de Direito Constitucional, de Ciência Política e de Direito Internacional Público e Privado dos cursos de graduação da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e da Faculdade de Direito de Valença (FDV) e de Cursos de Pós-Graduação lato sensu da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e coordenador do Núcleo de Pesquisa institucional da Faculdade de Direito de Valença (FDV)

Alfredo Canellas Guilherme da Silva

Professor da Graduação em Direito Constitucional na Universidade Estácio de Sá (RJ); Mestre em Direito pela UGF. Membro do GP Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional Coordenado pela Professora Doutora Vanice Lírio do Valle – UNESA; E-mail: professoralfredo@canellas.com.br

André Braz

Aluno da Faculdade de Direito da UFRJ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ.

Andréia Fernandes de Almeida

Mestre em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Professora de Prática Jurídica da Universidade Federal Fluminense (UFF), Professora de Direito Civil na Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Coordenadora do Curso de Direito na Universidade Estácio de Sá (UNESA)

Antonio Celso Alves Pereira

Diretor Geral do CESVA. Diretor da Faculdade de Direito de Valença. Professor de Direito Internacional da Universidade Veiga de Almeida e da Faculdade de Direito de Valença. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

Antônio Pereira Gaio Júnior

Pós-Doutor em Direito – Univ. de Coimbra-Pt; Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos – Ius Gentium Conimbrigae; Doutor em Direito – UGF;

Mestre em Direito – UGF; Pós-Graduado em Direito Processual – UGF; Prof. Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ; Membro da International Bar Association – IBA; Membro Efetivo do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP; Membro Efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB Nacional; Advogado, Consultor Jurídico e Parecerista; e-mail: www.gaiojr.adv.br

Carina Barbosa Gouvêa

Doutoranda em Direito da Universidade Estácio de Sá – Orientanda da Professora Doutora Vanice Lírio do Valle. Membro do GP Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional – UNESA.

Carlos Alberto Sousa

Aluno da Faculdade de Direito da UFRJ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ.

Carolina Spyer Vieira Assad

Pesquisadora PUC Minas.

Cleyson de Moraes Mello

Doutor em Direito pela UGF-RJ; Mestre em Direito pela UNESA; Professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito (Pós-Graduação e Graduação) UNESA, UNIPAC, FAA-FDV, UNISUAM; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC – Juiz de Fora - MG; Diretor Adjunto da FDV; Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB; Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Porto Alegre – RS. Membro da Academia Valenciana de Letras. Membro do Instituto Cultural Visconde do Rio Preto. Vice-Presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença-RJ. Autor e coordenador de diversas obras jurídicas.

Elen Cristiane Guida Vasconcellos

Graduada em Licenciatura Plena em História pelo ISE e Bacharel em Direito pela FDV, (aprovada no Exame de Ordem, não exercendo), ambos pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.Brasil. Pós-graduada em Direito Administrativo pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Pesquisadora Concursada do Núcleo de Pesquisa Institucional da Faculdade de Direito de Valença RJ. E-mail: elenflor@uol.com.br

Elida Séguin

Advogada. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Público, Membro da Associação Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB), do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP) e do Instituto de Advogados do Brasil (IAB). Professora Adjunta da UFRJ (aposentada) Professora do Curso de Direito Ambiental da OAB-RJ. Autora de livros e artigos. Contato: elidaseguin@gmail.com

Enio Figueira Junior

MSc. ; Esp. Odontologia Legal - Membro Consultor – Associação Brasileira de Ética e Odontologia Legal – ABOL Membro: IACME (International Association of Coroners & Medical Examiners) – Forensic Odontology; Forensic Science Group; Forensic Odontology – INTERPOL DVI-Working Group; International Organization for Forensic OdontoStomatology. Professor das disciplinas de Odontologia Legal e Deontologia; e Bioética na Faculdade de Odontologia de Valença – CESVA/FAA. Endereço: Rua Luiz Pereira Graça, 165 – Cruzeiro – Valença/RJ – CEP: 27.600-000 – E-mail: efi_gueirajunior@gmail.com

Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo, Faculdade de Direito da UFRJ/CNPQ. Professor de Direito Constitucional da UNIRIO e Coordenador do Mestrado/Doutorado em Direito da UNESA. Coordenador do Centro de Direito dos Animais, Ecologia Profunda/UFRJ-UFF-UFRRJ. E-mail: www.animaisecologia.com.br

Fernando de Alvarenga Barbosa

Doutorando pela Universidad de Burgos/Espanha, em Direito e Relações Internacionais. Mestrando do Programa de Pós-graduação em Ciência Política e Relações Internacionais pelo IUPERJ. Professor de Direito Público da UNESA/RJ. Conselheiro da Cruz Vermelha Brasileira, filial do Estado do Rio de Janeiro. Inspetor de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

Geraldo Ribeiro de Sá

Doutor em Ciências Sociais pela PUC/SP, aposentado pelo Departamento de Ciências Sociais da UFJF, Professor do Curso de Direito da Faculdade SUDAMÉRICA, de Cataguases (MG), e das Faculdades Doctum, de Leopoldina (MG).

Jéssica Oliveira de Almeida

Especialista em Segurança Pública pela UFF/RJ. Delegada de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Diretora da ACADEPOL/RJ.

João Victor Rozatti Longhi

Doutorando em Direito do Estado na Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

José Luiz Quadros de Magalhães

Professor da PUC-Minas, UFMG e FDSM. Mestre e Doutor em Direito. E-mail: www.joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br

José Maria Pinheiro Madeira

Mestre em Direito do Estado, doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, doutor em Ciência Política e Administração Pública e Pós-Graduado no Exterior. Foi Procurador do Legislativo (aposentado). É parecerista muito requisitado na área do Direito Administrativo. Integrou diversas bancas de Concurso Público. Membro Integrante da Banca Examinadora de Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, Membro de diversas associações de cultura jurídica, no Brasil e no Exterior. Professor Emérito da Universidade da Filadélfia. Professor-palestrante da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ. Professor Coordenador de Direito Administrativo da Universidade Estado de Sá. Professor da Fundação Getúlio Vargas. Professor integrante do Corpo Docente do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes, da Universidade Gama Filho e da Universidade Federal Fluminense. Membro Titular do Instituto Ibero-Americano de Direito Público. Membro Efetivo do Instituto Internacional de Direito Administrativo. Presidente da Comissão Nacional de Direito Administrativo.

Larissa Tristão Savignon

Aluna da Faculdade de Direito da UFRJ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ.

Leonam Machado de Souza

Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando pela EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Maíra Batista de Lara

Advogada e mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da UERJ.

Mariana Dias Ribeiro

Professora de Direito Civil – Universidade Estácio de Sá. Universidade Estácio de Sá – Unidade Niterói/RJ – E-mail: mariana.ribeiro@estacio.br / marianadribeiro@yahoo.com.br

Mauro Tescaro

Professore aggregato di diritto civile, Università degli Studi di Verona.

Neimar Roberto de Souza e Silva

Advogado civilista e mestrando em Direito pela Universidade Antônio Carlos – UNIPAC. E-mail: prof.neimar@hotmail.com

Nivea Maria Dutra Pacheco

Mestre em Direito pela UNESA; Professora de Direito Processual Civil da UNESA (PósGraduação e Graduação); Professora de Prática Jurídica da UNESA (Graduação); Advogada; Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da UNESA campus Nova Friburgo; Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da 9ª Subseção da OAB/NF; Professora da ESA/ OAB-NF.

Ricardo Fernandes Maia

Mestre em Direito pela UNIPAC, Juiz de Fora, Minas Gerais, Professor do Curso de Direito da UNIFOA em Volta Redonda e da FAA em Valença.

Roberta Piluso

Aluna da Faculdade de Direito da UFRJ e monitora, bolsista, da disciplina de Direito Administrativo da mesma Faculdade. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ.

Rodrigo Ciríaco Tjäder

Graduado pela Academia de Polícia Militar D. João VI em Segurança Pública; Bacharel em Direito e Graduando em História pela Fundação Educacional Dom André Arcoverde.

Rodrigo Fraga Pinto

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Valença, Fundação Educacional D. André Arcoverde (FAA), e-mail: rodrigofrato@hotmail.com.

Rogério Medeiros Garcia de Lima

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes-TJMG.

Ronald Luiz do Valle Andrade

Mestre em Direito Público e Evolução Social – PPGD/UNESA, Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil – UNESA, Pós-graduado em Direito Processual – UNESA, Professor Universitário.

Rubens Beçak

Professor Associado da Universidade de São Paulo - USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (Graduação e Pós-graduação) e na Faculdade de Direito (Pós-graduação). Ex-Secretário Geral da Universidade de São Paulo – USP.

Tamara Porto

Aluna da Faculdade de Direito da UFRJ e monitora, bolsista, da disciplina de Direito Administrativo da mesma Faculdade. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ.

Tayline de Oliveira Paiva Modesto

Cirurgiã-Dentista formada pela Faculdade de Odontologia de Valença – CESVA/FAA.

Theresa Calvet de Magalhães

Docteur em Sciences Politiques et Sociales pela UCL (Université Catholique de Louvain) – Bélgica; Pós-doutorado em Filosofia Contemporânea (Institut Supérieur de Philosophie – UCL); Professora aposentada da UFMG (FAFICH - Departamento de Filosofia); Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito da UNIPAC em Juiz de Fora (MG).

Thiago Moreira

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/ MG, Juiz de Fora. Ex-estagiário Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais junto à 5ª Promotoria de Justiça, Comarca de Juiz de Fora.

Ursula Chaves

Aluna da Faculdade de Direito da UFRJ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ.

Sumário

Apresentação Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira e Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello	17
Prefácio José Rogério Moura de Almeida Filho	19
A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos Antonio Celso Alves Pereira	21
Internet como esfera pública global e o papel atual dos parlamentos no processo legislativo Rubens Beçak e João Victor Rozatti Longhi	37
Poesia-tragédia, mimesis e filosofia Theresa Calvet de Magalhães	55
Fraude à execução e a súmula n. 375 do STJ Antônio Pereira Gaio Júnior	65
La responsabilità civile dell'internet provider in Italia: attuazione della Direttiva europea sul commercio elettronico contro tendenze della giurisprudenza Mauro Tescaro	73
Do dever alimentar, da prole nova e dos direitos sexuais do alimentante Elida Séguin	87
Pensando as bases do novo constitucionalismo: uma análise da persistência da estrutura binária moderna e da necessidade de sua superação pelo novo constitucionalismo latino-americano Carolina Spyer Vieira Assad e José Luiz Quadros de Magalhães	107

O constitucionalismo do porvir e a sociedade aberta de intérpretes constitucionais Cleyson de Moraes Mello e Thiago Moreira	135
Construindo elementos de efetivação da democracia deliberativa numa nação de pessoas constitucionais Carina Barbosa Gouvêa e Alfredo Canellas Guilherme da Silva	145
Lei da Ficha Limpa e a conjuntura brasileira Rogério Medeiros Garcia de Lima	163
As práticas institucionais do poder judiciário brasileiro: da Primeira República à Constituição Federal de 1934 Alexandre Motta Tinoco	179
Homem e pessoa na antiguidade clássica Neimar Roberto de Souza e Silva	197
Dos efeitos da sentença penal na esfera administrativa - disciplinar na visão dos tribunais José Maria Pinheiro Madeira	209
A articulação interfederativa na saúde pública do Brasil Andréia Fernandes de Almeida e Adinan Rodrigues da Silveira	255
A dignidade da pessoa humana sob a perspectiva da hermenêutica filosófica Ricardo Fernandes Maia	265
Patente de medicamentos e saúde pública: o sistema patentário e o acesso a medicamentos por meio da licença compulsória Mariana Dias Ribeiro	277
A legitimação dos direitos dos animais não-humanos e a conscientização da sociedade contemporânea Ronald Luiz do Valle Andrade	295
Apontamentos sobre a discussão acerca da supremacia do interesse público sobre o privado Fábio Corrêa Souza de Oliveira, Tamara Porto, Ursula Chaves, Larissa Tristão Savignon, Roberta Piluso, André Braz e Carlos Alberto Sousa	307

Mecanismos de solução alternativa de conflitos: o processo arbitral e o poder judiciário 319
Nivea Maria Dutra Pacheco

A gestão e o ensino da disciplina direitos humanos na ACADEPOL: os impactos sociais no Rio de Janeiro 339
Fernando de Alvarenga Barbosa e Jéssica Oliveira de Almeida

Suporte moral e “afetivo”: dever do pai e necessidade do filho 355
Leonam Machado de Souza

A isenção do imposto de renda de ex-combatente 371
Elen Cristiane Guida Vasconcellos

Vulnerabilidade no art.217-A do Código Penal 385
Maíra Batista de Lara

O compromisso da testemunha no processo penal 401
Rodrigo Fraga Pinto

Artigos Interdisciplinares

O Presídio: um percurso entre o passado e o presente 419
Geraldo Ribeiro de Sá

A Câmara Municipal de Valença durante a transição da forma de Governo Monárquica para a República 443
Rodrigo Ciríaco Tjäder

Identificação humana através da Rugoscopia Palatina 461
Tayline de Oliveira Paiva Modesto e Enio Figueira Junior

Jurisprudência Internacional

Jurisprudência Internacional - Direitos Humanos 475
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Opini3n Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.
Condici3n Jur3dica y Derechos Humanos del Ni3o
Voto Concorrente do Juiz Ant3nio Augusto Can3ado Trindade

Apresentação

A Faculdade de Direito de Valença completa, neste ano de 2014, 47 anos de existência. Ao longo dessa profícua trajetória, formou operadores do Direito que, como juristas, advogados, membros do Ministério Público, procuradores, magistrados e defensores públicos, atuaram e continuam a atuar, com sucesso, em todas as esferas que conformam a estrutura jurídica do nosso país.

Integrada no seu contorno regional, a Faculdade de Direito de Valença esmera-se em oferecer ensino de graduação, pós-graduação, pesquisa e extensão de alta qualidade, na medida em que dispõe de infraestrutura acadêmica sempre atualizada e, especialmente, de quadro docente composto, em sua maioria, por mestres e doutores dedicados e competentes. Além dessas atividades, a Faculdade de Direito de Valença, consciente da importância de seu papel no processo de desenvolvimento social e político regional busca, no contexto de suas prioridades, adotar ações que ofereçam aos seus alunos uma formação cidadã, voltada à defesa da liberdade, do Estado Democrático de Direito e dos direitos humanos. Todas essas relevantes ações que norteiam o ideário acadêmico da FDV são inspiradas na tradição cultural e no conjunto das finalidades da missão educadora da Fundação Dom André Arcoverde, sua entidade mantenedora.

É, portanto, com imenso prazer que entregamos à comunidade jurídica brasileira o presente número de nossa Revista.

Valença, dezembro de 2014.

Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira

Diretor-geral do Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA) e
Diretor da Faculdade de Direito de Valença

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Diretor-adjunto da Faculdade de Direito de Valença

Prefácio

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira o número 11 da *Revista Interdisciplinar de Direito* da Faculdade de Direito de Valença. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes dos corpos docente e discente de nossas faculdades.

A edição do presente número expressa a preocupação da Faculdade de Direito de Valença no sentido de oferecer um espaço para a discussão e o diálogo interdisciplinares, fato que permite ao leitor o contato com diferentes saberes e diferentes posições doutrinárias. Nessa linha, é importante salientar que o volume agora publicado tem a participação da Faculdade de Odontologia de Valença e do Instituto Superior de Educação (ISE), o que reflete o interesse do Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA) em aprofundar estudos sobre diversos temas relevantes.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 15 de dezembro de 2014.

José Rogério Moura de Almeida Filho
Presidente da Fundação Educacional D. André Arcoverde

A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Antonio Celso Alves Pereira¹

Resumo

O presente texto tem como objeto analisar a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este tribunal conforma uma instituição judicial independente e autônoma, cuja finalidade compreende a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Regulada pelos artigos 33, b e 62 a 73 da mesma Convenção e pelas normas do seu Estatuto, a Corte foi instalada, em 1979, e tem sua sede em San José, na Costa Rica. Sua criação tem origem na proposta apresentada pela delegação brasileira à IX^a Conferência Interamericana realizada em Bogotá, em 1948. As funções da Corte Interamericana são classificadas e definidas pela Convenção Americana em duas categorias: contenciosa, artigos 61, 62 e 63, e consultiva, artigo 64. Por sua amplitude, a competência consultiva da Corte Interamericana se apresenta, no contexto dos Tribunais internacionais, como *sui generis*. Ao longo de sua profícua atuação, a Corte Interamericana, em atendimento às solicitações dos Estados Membros e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, editou *Opiniões Consultivas* as quais, por sua originalidade, representam importantes contribuições para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direito internacional público; direito internacional dos direitos humanos.

Abstract

This paper aims at analyzing the advisory jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. This court conforms an independent and autonomous judicial institution whose purpose includes the application and interpretation of the American Convention on Human Rights. The Court was established in 1979 and is headquartered in San Jose, Costa Rica. Its creation stems from the proposal presented by the Brazilian delegation to IX^a Inter-American Conference held in Bogotá in 1948. The functions of the Court are classified and defined by the American Convention in two categories: litigation, articles 61, 62 and 63, and advisory, Article 64. its extent, the advisory jurisdiction of the Court is presented in the context of international courts, as *sui generis*. Throughout his fruitful activity, the Inter-American Court, in response to requests from Member States and the Inter-American Commission on Human Rights, edited Advisory Opinions which, for its originality, represent important contributions to the evolution of international human rights law.

Keywords: Public international law; international human rights law.

¹ Professor de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito do Centro de Ensino Superior de Valença, RJ, e da Faculdade de Direito da UERJ. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

- I -

A aprovação pelas Nações Unidas da Carta Internacional dos Direitos Humanos, compreendendo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto de Direitos Civis e Políticos, e seus dois Protocolos Facultativos², na segunda metade do século passado, foi o ponto de partida de uma rica fase legislativa, sob os auspícios da ONU, que redundou na aprovação de uma série de resoluções, declarações³ e de convenções multilaterais que formaram um substancial *corpus juris* que se destina à proteção dos direitos humanos, o que, considerando a titularidade desses direitos, constitui-se em verdadeira conquista do indivíduo contra o Estado.⁴

Além da aprovação dessa mencionada normativa internacional, foram criados órgãos e mecanismos que compõem os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (artigos 112 da Carta da OEA e 34 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – 1969), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (artigos 52 a 73 da citada Convenção Americana), a Corte Europeia de Direitos Humanos criada pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das

² A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Resolução 2200 A (XXI) de 16 de Dezembro de 1966 da Assembleia Geral, entrou em vigor em 3 de Janeiro de 1976. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela mesma Resolução 2200 A (XXI), entrou em vigor a 23 de Março de 1976. O primeiro Protocolo facultativo referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos entrou em vigor simultaneamente ao Pacto. O segundo Protocolo facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos foi aprovado pela Resolução 44/128 da Assembleia Geral, entrou em vigor em 5 de dezembro de 1991.

³ Por exemplo, entre outras: Declaração 1514 (XV) da Assembleia Geral sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais, aprovada em 14 de dezembro de 1960; Resolução 1.235 (XLII) do Conselho Econômico e Social, de 06/06/1967; Declaração 41/128 sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Assembleia Geral em 4 de dezembro de 1986.

⁴ É, de fato, notável a contribuição das Nações Unidas para a democratização e universalização do Direito Internacional geral e para a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Na segunda metade do século passado, a Organização conseguiu aprovar inúmeras convenções internacionais versando sobre direitos humanos, além da Carta Internacional dos Direitos Humanos: entre outros instrumentos de proteção, destacam-se: a Convenções sobre Genocídio (1948); sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952); sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), além da I Conferência Mundial sobre Direitos Humanos – Teerã, 1968, e das grandes conferências mundiais dos anos noventa: Cúpula Mundial sobre a Criança 1990, Nações Unidas, Nova York; Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – junho, 1992, Rio de Janeiro; I Conferência Mundial sobre Direitos Humanos – junho, 1993, Viena, Áustria; Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento -setembro, 1994, Cairo, Egito; Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher – setembro, 1995, Pequim, China; Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social – março, 1995, Copenhague, Dinamarca; Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – junho, 1996, Istambul, Turquia e a Cúpula do Milênio – setembro, 2000, Nações Unidas, Nova York, EUA.

Liberdades Fundamentais (1950)⁵, e a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (artigos 30 a 64 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos - 1981) e a Corte Africana de Direitos Humanos – em funcionamento desde julho de 2006 –, além dos mecanismos internacionais convencionais de monitoramento contínuo, como o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Parte IV), o Comitê sobre os Direitos da Criança, o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, entre outros. É importante destacar o fato de que, no contexto da lenta reforma das Nações Unidas⁶ merece comemoração a substituição, em 2006, da

⁵ A Comissão Europeia de Direitos Humanos foi extinta pelo Protocolo XI à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que criou uma nova e ampliada Corte Europeia de Direitos Humanos.

⁶ A necessidade de se empreender uma ampla reforma das Nações Unidas está na agenda internacional desde os dias imediatos ao fim da Guerra Fria. A ordem internacional montada em Ialta, o condomínio de feitura “tordesiliano” daí resultante, fora-se com o fim do Império Soviético. As discussões sobre a necessidade de reformar as Nações Unidas tiveram início na gestão do antigo Secretário-Geral Boutros Boutros-Ghali, em 1992. Naquele momento a preocupação era empreender esforços para dotar a ONU de condições para que ela pudesse cumprir os mandamentos de sua própria Carta, criar mecanismos para manter o necessário equilíbrio entre seus diversos órgãos, consolidar e simplificar suas atividades, definindo, de forma clara, as funções de cada uma de suas Agências. Dois importantes documentos lançados por Boutros-Ghali completavam sua proposta de reforma: a Agenda para a Paz e a Agência para o Desenvolvimento.

No primeiro ano de seu mandato, em 1997, o secretário-geral Kofi Annan retomou a questão das mudanças na estrutura da ONU, ao dar publicidade ao documento *Renovação das Nações Unidas: um Programa de Reforma*, texto no qual apontava as propostas de mudanças até então apresentadas por seus antecessores, afirmando que o processo de reforma deveria ser amplo e permanente. Prosseguindo em seus esforços para avançar no projeto de reforma, o secretário-geral Kofi Annan, em dezembro de 2003, instalou, em Nova Iorque, uma Comissão Mundial, presidida por Anand Panyarachum, antigo primeiro-ministro da Tailândia, composta por 16 personalidades de alto prestígio internacional, dentre as quais o embaixador brasileiro João Clemente Baena Soares, para coadjuvar o Secretariado Geral na elaboração do projeto de reforma das Nações Unidas. Membros do Painel de Alto Nível das Nações Unidas sobre Ameaças, Desafios e Mudanças: Anand Panyarachum (TAILÂNDIA) Presidente do Painel; Roberto Badinter (FRANÇA); João Clemente Baena Soares (BRASIL); Gro Harlem Brundtland (NORUEGA); Mary Chinery-Hesse (GANA); Gareth Evans (AUSTRÁLIA); David Hannay (REINO UNIDO); Enrique Iglesias (URUGUAI); Amre Moussa (EGITO); Satish Nambiar (ÍNDIA); Sadako Ogata (JAPÃO); Yevgeny Primakov (RÚSSIA); Qian Qichen (CHINA); Nafis Sadik (PAQUISTÃO); Salim Ahmed Salim (TANZÂNIA); Brent Scowcroft (ESTADOS UNIDOS).

Tal expediente propiciou a formação do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças, que, durante todo o ano de 2004, ouviu, em consultas regionais, seminários e *workshops*, representantes dos diversos setores dos países-membros das Nações Unidas. Dessas atividades resultou o relatório *Um mundo mais seguro: nossa responsabilidade comum*, em 129 páginas, contendo 101 recomendações, e que foi entregue ao secretário-geral Kofi Annan no dia 2 de dezembro de 2004.

O “Painel” identifica, ao lado de antigos e persistentes conflitos, as novas situações e as novas ameaças que flagelam os indivíduos e as nações neste século XXI, protestando, entre outras coisas, por ações multilaterais que favoreçam a segurança biológica. O relatório reafirma o conceito de que “pobreza é também questão de segurança, além do problema do desenvolvimento”. Mostra, por exemplo, como a epidemia da AIDS, que incide sobre o continente africano com maior intensidade do que em outras partes do mundo, constitui

antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, pelo Conselho de Direitos Humanos, estrutura que hoje compreende importantíssimo mecanismo de monitoramento dos Direitos Humanos no plano global. A citar, ainda, o Alto-Comissariado para os Direitos Humanos (1993) e o Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária (1991), entre outros organismos voltados à proteção dos direitos humanos na esfera mundial.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judicial independente e autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Regulada pelos artigos 33,b e 62 a 73 da mesma Convenção e pelas normas do seu Estatuto, a Corte foi instalada, em 1979, e tem sua sede em San José, na Costa Rica. Sua criação teve origem na proposta apresentada pela delegação brasileira à IXª Conferência Interamericana realizada em Bogotá, em 1948. Nessa cimeira interamericana, a delegação brasileira, pela voz de João Neves da Fontoura, propôs a criação de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa proposta, como assinala Antônio Augusto Cançado Trindade, aprovada e adotada como Resolução, a de número XXI da IX Conferência, “fez-se acompanhar de uma clara e elucidativa *Exposição de Motivos*, na qual a delegação brasileira chamava a atenção para o fato de que algumas vezes os próprios tribunais, estreitamente subordinados a um poder executivo opressor, cometem injustiças evidentes; ou então, o indivíduo se vê privado de acesso aos tribunais locais. Em tais casos, se trata realmente de direitos fundamentais, impõe-se a possibilidade de recorrer a uma jurisdição internacional”.⁷ Como se verá nas linhas que se seguem, a Corte proposta pelo Brasil somente seria aprovada, em 1969, e entraria em vigor em 1978, conforme o Capítulo VIII, Parte II, artigos 52 a 73 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Conforme o mencionado artigo 52 da Convenção Americana, sete juízes compõem a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os juízes devem ser nacionais dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, e que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos.

A eleição dos juízes para um mandato de seis anos – permitida uma reeleição – se dará na Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados Partes na Convenção Americana, não podendo haver dois juízes da mesma nacionalidade (artigo 52.2).

mais uma ameaça global. A criação do Conselho de Direitos Humanos, já concretizada, é um dos pontos altos da reforma em andamento. Lamenta-se a lentidão e os obstáculos impostos à reforma pelos membros permanentes do Conselho de Segurança, especialmente os Estados Unidos da América, e ausência, em qualquer dos projetos de reforma, da necessária criação de um mecanismo para o controle da legalidade dos atos do Conselho de Segurança. Ver SOARES, João Clemente Baena. *As Nações Unidas Diante das Ameaças, dos Desafios, das Mudanças*. Dossiê CEBRI – Volume I – Ano 4 – Rio de Janeiro: CEBRI, 2005

⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. III, 2003, p. 610-611.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra a figura do juiz *ad hoc*, que deverá reunir os requisitos mencionados no artigo 52 e será convocado “se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados Partes, outro Estado Parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para fazer parte da Corte na qualidade de juiz *ad hoc*” (Art.55).

A competência e as funções da Corte Interamericana são classificadas e definidas pela Convenção Americana em duas categorias: contenciosa, artigos 61, 62 e 63, e consultiva, artigo 64. Para conhecer de qualquer caso contencioso que lhe seja submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ou por um Estado Parte da Convenção Americana, a Corte só poderá exercer esta competência contra um Estado por violação dos dispositivos da Convenção Americana, se este Estado, de modo expresse, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação da Convenção Americana ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, em declaração apresentada ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, deixar claro que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção. Tal declaração deve ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazos determinados ou para casos específicos. Da mesma forma, o Estado poderá fazê-lo por meio de convenção especial. (Artigo 62.1, 2 e 3.)

O Brasil depositou a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Secretaria-Geral da OEA, em 25/09/92, e da declaração de aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana em 10/12/1998.

No exercício de sua competência contenciosa a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem prestado relevantes serviços à cidadania, à democracia e à efetividade dos direitos humanos no Continente. É importante salientar a contribuição jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a consagração definitiva e o reconhecimento da existência de normas imperativas no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Na sentença no caso *Niños de la Calle – Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, e na *Opinião Consultiva OC-18 sobre o Direito dos Trabalhadores Imigrantes Indocumentados*, para citar, à guisa de exemplo, apenas estas duas situações decididas pela Corte Interamericana, pode-se observar o reconhecimento definitivo do *jus cogens* no âmbito dos direitos humanos, fato que confirma as assertivas da melhor doutrina, segundo a qual a questão das normas cogentes não é exclusividade do direito dos tratados, conforme consagraram as duas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados (artigos 53 e 64). Em sentenças que têm como ponto central a questão da violação de normas da Convenção Americana sobre direito à vida, sobre a prática de tortura, desaparecimento forçado de pessoas, denegação de acesso à Justiça e conseqüente desrespeito ao princípio do devido processo legal, direitos da criança e do adolescente, execuções sumárias, trabalho escravo, direitos da população indígena, direito à assistência consular, enfim, violações dos princípios da igualdade, da não-discriminação e da dignidade humana são hoje consagrados pela

Corte Interamericana de Derechos Humanos, de forma incontestada, como normas imperativas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (ver parágrafos 38 a 47 del Voto en Separado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade na sentença do *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*).

– II –

No presente texto intenta-se destacar a importância da competência consultiva da Corte Interamericana de Derechos Humanos, levando em conta a originalidade e amplitude da mesma em relação aos outros tribunais internacionais. A Convención Americana sobre Derechos Humanos, em seu artículo 64, 1, dispõe o seguinte:

Os Estados miembros da Organización podrán consultar a Corte sobre a interpretación desta Convención ou de otros tratados concernientes a protección de los derechos humanos en los Estados americanos. También podrán consultarla, en lo que le compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado miembro da Organización, podrá emitir pareceres sobre la compatibilidad entre cualquier de sus leyes internas e los mencionados instrumentos internacionales.

26

Discutiendo la amplitud de su competencia en materia consultiva oriunda del dispositivo arriba, la Corte Interamericana esclarece, em sua terceira Opinión Consultiva⁸, editada em 8 de setembro de 1983, sobre *Restricciones a la Pena de Muerte*, que tal competencia, “*es única en el derecho internacional contemporáneo*”.⁹

Em outra importante Opinión, a Corte esclarece também que

[...] la amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención contrasta con lo dispuesto para otros tribunales internacionales. Así, el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, confiere competencia a la Corte Internacional de Justicia para emitir opiniones consultivas, sobre cualquier cuestión jurídica, pero restringe la posibilidad de solicitarlas a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, o, en ciertas condiciones, a otros órganos y organismos especializados de la Organización; en cambio, no autoriza para ello a los Estados Miembros. (Parágrafo 15).¹⁰

⁸ *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie A, nº 3. Opinión Consultiva OC-03/83 del 8 de Septiembre de 1983. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.html>. Acesso em: 01 fev 2015. www.oas.org

⁹ CIDH - Opinión Consultiva OC-3/83, parágrafo 43.

¹⁰ *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte. (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Solicitada por el Perú, parr. 15, pág. 4*. Disponível em:

Na Opinião Consultiva – OC-1/82, de 24 de setembro de 1982, a Corte destaca que a sua função consultiva tem por finalidade coadjuvar o cumprimento por parte dos Estados americanos de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, assim como o cumprimento das funções que são atribuídas aos distintos órgãos da OEA nessa mesma matéria. Destina-se, dessa forma, a oferecer ao solicitante – Estado membro da Organização dos Estados Americanos ou qualquer dos órgãos relacionados no atual Capítulo X da Carta da OEA – a interpretação correta de dispositivo da Convenção Americana, ou de quaisquer outros tratados versando sobre direitos humanos, bem como sobre a compatibilidade entre as leis internas de um Estado membro da OEA e os instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos no continente americano.

No sistema europeu de proteção dos direitos humanos a competência consultiva atribuída à Corte Europeia pelo artigo 1º do Protocolo II à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais não tem a amplitude da competência consultiva que a Convenção Americana confere à Corte Interamericana. Somente o Comitê de Ministros pode solicitar pareceres à Corte Europeia e, segundo o citado artigo (1.1), o pedido deve se limitar às questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção Europeia e dos seus Protocolos. Estes pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no Título I da Convenção e nos seus Protocolos Adicionais, nem sobre outras questões que, em virtude de recurso previsto na Convenção, possam ser submetidas à Comissão Europeia de Direitos Humanos, à própria Corte ou ao Comitê de Ministros (art.1.2). Vê-se, pois, que à Corte Interamericana de Direitos Humanos é facultado o pronunciamento, por solicitação dos Estados Partes e de órgãos da OEA, sobre a interpretação da Convenção Americana, bem como sobre outros tratados e convenções que versam sobre a proteção e o monitoramento dos direitos humanos. Em determinadas circunstâncias, pode a Corte Interamericana deixar apresentar sua opinião. Na Opinião Consultiva 01/82 isso está bem claro.

De las anteriores consideraciones puede concluirse, por una parte, que un primer grupo de limitaciones a la competencia consultiva de la Corte viene dado, por la circunstancia de que sólo puede conocer, dentro de esta función, sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano. Por otra parte, que un segundo grupo de limitaciones se desprende de la inadmisibilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos. Por último, la Corte ha de

considerar las circunstancias de cada caso, y si por razones determinantes concluye que no sería posible emitir la opinión solicitada sin violentar esos límites y desnaturalizar su función consultiva, se abstendrá de responderla por decisión motiva. (Parágrafo 31).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu, desde a sua entrada em vigor, mais de duas dezenas de opiniões consultivas, todas da maior relevância para a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente para o sistema interamericano de proteção. Aponte-se, por exemplo, a Opinião Consultiva OC-16/99, de 1º de outubro de 1999, “*Derecho a información sobre a Assistència Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*”, instrumento jurídico, sob todos os aspectos, da maior importância para o Direito Internacional dos Direitos Humanos e para o Direito Internacional Geral, pelo seu pioneirismo e por sua repercussão na jurisprudência internacional. Constitui o primeiro pronunciamento de um Tribunal internacional sobre o descumprimento do artigo 36 da *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, celebrada em 1993. Esta Opinião Consultiva é considerada um marco na história da Corte Interamericana e, por sua originalidade e pioneirismo, influenciou a jurisprudência internacional. A Corte Internacional de Justiça, no *Caso LaGrand*, embora omitindo a fonte, decidiu este feito com base nos enunciados da OC-16. É importante destacar que a Corte Interamericana adotou, ao formular a OC-16, uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção, afirmando que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida da atualidade. Em seu magnífico voto concordante na aprovação da OC-16/99 Cançado Trindade expõe o seguinte:

Toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. Esto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano, y, de cierto modo, también al tiempo existencial, de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo. (Parágrafo 3)¹¹

Nesse pronunciamento a Corte Interamericana esclareceu, também, que o artigo 36 da *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* reconhece, ao estrangeiro sob detenção, direitos individuais, dentre os quais o direito à informação sobre a

¹¹ O inteiro teor da OC-16/99 está no *site* http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.htmlwww.oas.org.

assistência consular.¹² A OC-16/99 repercute na questão dos direitos do imigrante indocumentado, quando afirma que os direitos de acesso à justiça e às garantias do devido processo legal devem ser asseguradas ao estrangeiro. Em seu voto, na aprovação da OC/16, o juiz Sergio García Ramírez afirmou:

Los extranjeros sometidos a procedimiento penal – en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad – deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio.

Importante também para se fixar os direitos do imigrante no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, principalmente em relação aos Estados do continente que não ratificaram a Convenção Americana, é o que explicita a *Opinião Consultiva OC-10/89 – Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no contexto do Artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 14 de julho de 1989*. A CIDH sustenta o seguinte:

Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales. (Parágrafo 45).¹³

¹² “Em seu décimo sexto Parecer, a Corte vinculou o direito à informação sobre a assistência consular às garantias do devido processo legal em evolução, e acrescentou que sua não-observância em caso imposição e execução de pena de morte acarreta um privação arbitrária do próprio direito à vida (nos termos do artigo 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do artigo 6 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, com todas a consequências jurídicas inerentes a uma violação desse gênero”. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III, p.64.

¹³ *Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989*. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.htm >. Acesso em: 01 fev 2015. www.oas.org

As opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são fontes jurisprudenciais de suma importância para evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como já foi mencionado anteriormente, na decisão do *Caso LaGrand – Alemanha versus Estados Unidos*, a Corte Internacional de Justiça inspirou-se na OC-16/99. Vale salientar que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos tem recorrido aos seus pareceres consultivos para decidir numerosos casos contenciosos no contexto da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, o que se pode comprovar consultando os parágrafos 165 e 174 da sentença exarada em 20 de janeiro de 1989 no *Caso Godínez Cruz*, centrados na *Opinião Consultiva OC-6-86, de 9/05/86* e, da mesma forma, o parágrafo 40 da sentença de 29 de janeiro de 1995 no *Caso Genie Lacayo*, reportando à *Opinião Consultiva OC-13/93 de 16 de julho de 1993*, e o parágrafo 50 da sentença de 17 de setembro de 1997 no *Caso Loayza Tamayo*, inspirado na *Opinião Consultiva 14/94, de 9 de dezembro de 1994*. Quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce sua competência consultiva nos termos do artigo 64. 1 da Convenção Americana – afirma Pedro Nikken – “ela opera como uma espécie de tribunal constitucional encarregado de interpretar a Convenção ou qualquer outro tratado de direitos humanos”.¹⁴

Em 10 de maio de 2002 o governo do México, apreensivo com situação dos 5.998.500 mexicanos que ganham a vida fora do território nacional – destes, 2.490.000 em situação ilegal –, e, principalmente, com a incompatibilidade das interpretações, das práticas e da promulgação de leis por parte de alguns Estados do continente americano com a normativa de proteção dos direitos humanos no quadro da Organização dos Estados Americanos, com fundamento no artigo 64.1 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, solicitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos um Parecer sobre os direitos trabalhistas que devem ser assegurados aos trabalhadores imigrantes ilegais. Ao lado disso, pediu também a CIDH esclarecimentos sobre a obrigação dos Estados americanos de garantir a esses trabalhadores os princípios de igualdade jurídica, não-discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, bem como a natureza que tais princípios jurídicos alcançaram no contexto do desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos e de sua codificação. Em sua petição, estima o governo do México que tais interpretações, práticas ou leis implicam em negar, entre outros, direitos laborais sobre a base de critérios discriminatórios fundados na condição migratória dos trabalhadores em situação ilegal nos países receptores, e constitui, ainda, abuso da condição de vulnerabilidade desses trabalhadores. Entre esses direitos laborais estão destacados o não pagamento de horas extras, de direitos decorrentes do tempo de serviço, salários devidos, indenizações não pagas e licenças maternidade, conformando violações inquestionáveis dos

¹⁴ Nikken, Pedro. *La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.*

instrumentos que tutelam os direitos humanos dos trabalhadores migrantes no sistema interamericano de proteção.¹⁵

A consulta mexicana foi estruturada a partir de quatro perguntas compreendendo o seguinte:

1. Pode um Estado americano, de acordo com sua legislação trabalhista, tratar de forma distinta e prejudicial os trabalhadores migrantes ilegais comparativamente aos direitos que são conferidos ao trabalhadores migrantes legais e aos trabalhadores nacionais desse Estado? É a condição de migrante ilegal que impede o gozo de tais direitos?

2. Os artigos 2º, parágrafo 1º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, II da *Declaração Americana*, 2º e 26 do *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e 1º e 24 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* devem ser interpretados no sentido de que somente em situação legal no interior de um Estado deve este respeitar e garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição os direitos e liberdades reconhecidos nas referidas disposições? Ainda à luz dessas disposições, pode-se considerar que a privação de um ou de mais direitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição de imigrante ilegal, é compatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não-discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei que lhe impõem as mencionadas disposições?

3. Considerando os artigos 2º, parágrafos 1º e 2º e 5º, parágrafo 2º, do *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos* qual seria a validade da interpretação por parte de um Estado americano no sentido de subordinar ou condicionar de qualquer forma a observância dos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à igualdade ante a lei à igual e efetiva proteção da mesma sem discriminação, à consecução de objetivos de política migratória em suas leis, independentemente da hierarquia que o direito interno atribua a tais leis, diante das obrigações internacionais derivadas do *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e de outras obrigações do direito internacional dos direitos humanos oponíveis *erga omnes*?

4. Levando em conta o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos e sua codificação, em especial por meio das disposições dos instrumentos internacionais apontados na consulta, qual a atual natureza jurídica do princípio da não-discriminação e, da mesma forma, do direito à proteção igualitária e efetiva da lei na hierarquia normativa que estabelece o direito internacional geral, e, neste contexto, podem tais dispositivos serem considerados como normas de *jus cogens*? Em caso afirmativo, quais são as consequências

¹⁵ “Las normas cuya interpretación solicitó México al Tribunal son las siguientes: los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “la OEA”); el artículo II (Derecho de igualdad ante la Ley) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “la Declaración Americana”); los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), y 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención Americana; los artículos 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante “la Declaración Universal”), y los artículos 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos”. *Opinión Consultiva 18/03, de 17 de septiembre de 2003. Serie A: Fallos y Opiniones. N° 18. Corte Interamericana de Derechos Humanos Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 2004.*

jurídicas para os Estados membros da OEA, individual ou coletivamente, no quadro da obrigação geral de respeitar e garantir, conforme o artigo 2º, parágrafo 1º do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, o cumprimento dos direitos humanos a que se referem os artigos 3, incisos (I) e 17 da *Carta da OEA*?

Atendendo ao governo mexicano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a *Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de Setembro de 2003 – Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, deixando claro que tem competência para pronunciar-se sobre as perguntas formuladas pelo Estado mexicano. No parágrafo 60 dessa Opinião Consultiva, a Corte Interamericana destaca que o inteiro teor do referido parecer se aplica aos Estados membros da OEA, que firmaram indistintamente a *Carta da Organização dos Estados Americanos*, subscreveram a *Declaração Americana e a Declaração Universal dos Direitos do Homem*, ou que hajam ratificado o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, independentemente de serem partes da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* ou de algum de seus protocolos facultativos.

Partindo de uma interpretação plenamente evolutiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana considera que os trabalhadores imigrantes em situação ilegal nos países em que trabalham possuem os mesmos direitos laborais que são conferidos aos demais trabalhadores nesse Estado. Insta todos os países que revisem ou modifiquem suas leis, políticas e procedimentos relativos à imigração, o que deve ser feito para eliminar todo elemento que possa traduzir-se em discriminação de qualquer espécie, conforme os princípios e as normas estabelecidos nos tratados internacionais em que forem partes. Reafirma, ainda, que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância dos princípios da igualdade perante a lei e da não-discriminação às suas políticas públicas, “quaisquer que seja estas, incluídas as de caráter migratório” (parágrafo 172).

O princípio fundamental da igualdade e da não-discriminação é parte do Direito Internacional Geral, sendo este aplicável a todos os Estados, independentemente de que sejam partes ou não de determinado tratado. “Na atual etapa de evolução do direito internacional, o princípio da igualdade e da não-discriminação ingressou definitivamente no domínio do *jus cogens*”.¹⁶

A CIDH deixa claro que o direito ao devido processo legal deve reconhecido no marco das garantias mínimas que devem ser asseguradas a todo imigrante, independente de sua situação legal ou ilegal no país em que trabalha. O amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma. Portanto, não é admissível que um Estado tolere a contratação de trabalhadores imigrantes ilegais por empregadores que, prevalecendo das condições de vulnerabilidade do estrangeiro, o admita em suas empresas pagando-lhe salários em valores muito abaixo dos que seriam pagos normalmente aos nacionais, e, ainda mais, negando-lhe o exercício de direitos laborais que decorrem exclusivamente da relação de trabalho. O Estado tem a obrigação de assegurar que tais direitos não sejam violados, não importando em que situação, perante as normas e as políticas migratórias do Estado, se encontre o imigrante.

¹⁶ Parágrafo 4, capítulo X, conclusões da OC-18-03.

Importante por suas consequências, a Opinião Consultiva nº 19, emitida em 28 de novembro de 2005, solicitada pela República Bolivariana da Venezuela, sobre o controle de legalidade no exercício das atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme os artigos 41 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O governo da Venezuela, contrariado com decisões da Comissão Interamericana apostas às denúncias de graves violações da Convenção Americana por parte do governo daquele Estado, solicitou o Parecer da Corte sobre o tema questionando o seguinte: 1) existe um órgão dentro do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos que disponha de competências para exercer controle de legalidade dos atos da Comissão Interamericana, ao qual pode um Estado partes da Convenção Americana recorrer em defesa da legalidade? 2) Em caso de existência de tal órgão, solicita que ele seja apontado pela Corte, bem como que sejam explicitadas suas atribuições. A Corte, por unanimidade, em sua OC-19, deixou claro que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem plena autonomia e independência no exercício do seu mandato, conforme dispõe a Convenção Americana, e que ela atua dentro do marco legal estabelecido pela mesma Convenção, nos termos dos artigos 44 a 51 e, da mesma forma, consoante o artigo 41. E conclui esclarecendo ao governo venezuelano que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício de suas funções, efetua o controle de legalidade dos atos da Comissão, no que se refere ao trâmite dos assuntos que estejam sob o conhecimento da própria Corte, conforme a competência que lhe conferem a Convenção Americana e outros instrumentos interamericanos de proteção dos direitos humanos.

Em atendimento à solicitação do governo argentino, a Corte Interamericana emitiu a Opinião Consultiva nº 20/09, em 29 de setembro de 2009, na qual esclarece, de forma definitiva, questões relativas à interpretação do artigo 55 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação à figura do juiz *ad hoc* e a questão da igualdade de armas em processos perante a Corte derivados de petição individual. Após declarar-se competente para opinar sobre a demanda argentina, a Corte, por unanimidade, decidiu que, de acordo com o artigo 55.3 da Convenção Americana, a nomeação por um Estado Parte de um juiz *ad hoc* para integrar o mesmo Tribunal quando nele não houver um juiz de sua nacionalidade, se restringe aos casos contenciosos originados de comunicações interestatais e que não é possível, de acordo com a Convenção Americana, derivar um direito similar a favor dos Estados Partes em casos originados de petições individuais.

Por último, trazemos à colação a Opinião Consultiva OC-21/2014, exarada em 19 de agosto de 2014, mediante solicitação conjunta dos seguintes Estados: República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Os governos desses países pedem o Parecer da Corte Interamericana sobre os direitos e garantias que devem ser assegurados a crianças e adolescentes no contexto da emigração latino-americana e caribenha, ou em situações de necessidade de proteção internacional. Trata-se de um instrumento da maior relevância doutrinária, extenso e inovador (108 pp.), constituindo-se em um dos marcos mais importantes da rica contribuição jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o desenvolvimento do Direito

uma problemática que suscita uma profunda preocupação em diferentes âmbitos nacionais e internacionais. [...] Estabelecido o princípio de não criminalização, ainda restam muitas questões pendentes em relação [ao] reconhecimento dos direitos humanos dos migrantes e, em particular, sobre o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos das crianças migrantes.

[...] Neste cenário, resulta fundamental que a [...] Corte Interamericana de Direitos Humanos defina com maior precisão quais são os padrões, princípios e obrigações concretas que os Estados devem cumprir em matéria de direitos humanos das pessoas migrantes, em particular no que diz respeito aos direitos dos meninos e meninas migrantes e filhos/as de migrantes.¹⁸

A demanda dos Estados solicitantes está configurada em nove itens, compreendendo amplamente toda a questão. A Corte, levando em conta quesitos específicas, desenvolveu, como já ficou destacado, uma Opinião inquestionavelmente relevante, contemplando e esclarecendo todos os pontos sobrelevados. Assim, resumidamente, damos abaixo, a *Opinião* da Corte:

[...] Os Estados se encontram obrigados a identificar as crianças estrangeiras que necessitam de proteção internacional dentro de suas jurisdições.

[...] Com o propósito de assegurar um acesso à justiça em condições de igualdade, garantir um efetivo devido processo e velar para que o interesse superior da criança tenha sido uma consideração primordial em todas as decisões adotadas, os Estados devem garantir que os processos administrativos ou judiciais nos quais se resolva sobre os direitos das crianças migrantes estejam adaptados às suas necessidades e sejam acessíveis a elas.

[...] As garantias de devido processo que, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, devem reger todo processo migratório.

[...] Os Estados não podem recorrer à privação de liberdade de crianças para garantir os fins de um processo migratório, nem tampouco podem fundamentar tal medida no descumprimento dos requisitos para ingressar e permanecer em um país, no fato de que a criança se encontre sozinha ou separada de sua família, ou na finalidade de assegurar a unidade familiar, uma vez que podem e devem dispor de alternativas menos lesivas e, ao mesmo tempo, proteger, de forma prioritária e integral, os direitos da criança.

[...] Os Estados devem elaborar e incorporar em seus respectivos ordenamentos internos um conjunto de medidas não privativas de liberdade a serem aplicadas enquanto se desenvolvem os processos migratórios, que visem, de forma prioritária, a proteção integral dos direitos da criança, com estrito respeito de seus direitos humanos e do princípio de legalidade, e as decisões que ordenem estas medidas devem ser adotadas por uma autoridade administrativa ou judicial competente em

¹⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos – *Opinião Consultiva OC-21. Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultas.cfm?Lang=es>. Acesso em: 01 fev 2015.

um procedimento que respeite determinadas garantias mínimas. [...] Os Estados têm a proibição de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechaçar na fronteira ou não admitir, ou de qualquer maneira, transferir ou remover uma criança a um Estado quando sua vida, segurança e/ou liberdade estejam em risco de violação por causa de perseguição ou ameaça à mesma, violência generalizada ou violações massivas aos direitos humanos, entre outros, assim como para um Estado onde corra o risco de ser submetida a tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou a um terceiro Estado a partir do qual possa ser enviado a outro no qual possa correr estes riscos.

[...] De acordo com o estabelecido na Convenção sobre os Direitos da Criança e outras normas de proteção dos direitos humanos, qualquer decisão sobre a devolução de uma criança ao país de origem ou a um terceiro país seguro apenas poderá basear-se nos requerimentos de seu interesse superior.

[...] Qualquer órgão administrativo ou judicial que deva decidir sobre a separação familiar por expulsão motivada pela condição migratória de um ou de ambos os progenitores deve realizar uma análise de ponderação, que contemple as circunstâncias particulares do caso concreto e garanta uma decisão individual, priorizando em cada caso o interesse superior da criança. Nas hipóteses em que a criança tem direito à nacionalidade do país do qual um ou ambos os progenitores podem ser expulsos, ou que cumpra as condições legais para residir permanentemente neste país, os Estados não podem expulsar um ou ambos os progenitores por infrações migratórias de caráter administrativo, pois se sacrificaria de forma não razoável ou desmedida o direito à vida familiar da criança.

[...] Em atenção a que as obrigações determinadas anteriormente se referem a um tema tão próprio, complexo e variável da época atual, elas devem ser entendidas como parte do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, processo no qual, conseqüentemente, este Parecer Consultivo se insere.

– III –

Concluimos estas notas sobre a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, asseverando, mais uma vez, a natureza *sui generis*, pela amplitude, dessa competência e, da mesma forma, chamando a atenção para o fato de que as *Opiniões Consultivas* emitidas pela Corte têm relevante significado no conjunto de sua contribuição jurisprudencial para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, principalmente, para a proteção dos direitos humanos no Continente Americano.

Internet como esfera pública global e o papel atual dos parlamentos no processo legislativo¹

Rubens Beçak²
João Victor Rozatti Longhi³

Resumo

A popularização das Tecnologias da Informação e Comunicação trouxe diversas transformações nas várias searas do meio social. Do mercado às instituições públicas, as significativas alterações comportamentais recentes dividem opiniões e esperanças na superação das limitações até então impostos às interações sociais sem tais tecnologias. No campo da representação política e da expressão dos valores democráticos não é diferente. Muitas visões se cindem sobre o presente e o futuro no tocante à manifestação da vontade e exercício da soberania popular. Este trabalho, primeiramente, parte de breve análise sobre o conceito de esfera pública para averiguar as possibilidades de a Internet ser considerada um verdadeiro veículo para a consecução de uma esfera pública em âmbito global. Posteriormente, defronta-se com o problema da atual estrutura da Rede, com funcionamento cada vez mais baseado em interesses privados, o que impõe desafios teóricos e práticos à consecução de um ambiente efetivamente democrático. Finalmente, utiliza-se deste breve arcabouço teórico para discutir o problema de fundo acerca do papel dos parlamentos no funcionamento da democracia contemporânea no processo legislativo.

37

Palavras-chave: Internet; direito; democracia; esfera pública; parlamento; processo legislativo.

Abstract

The popularization of the Information and Communication Technologies brought deep changes in many areas of society. From the market to the public institutions, these significant and recent behavioral modifications has been dividing opinions and hopes in the overcoming of the current limitations imposed to social interactions without these technologies. Talking about the political representation and the expression of the democratic values it is not different. It splits opinions about the present and the future in

¹ O presente trabalho foi apresentado por ocasião do IX *World Congress of Constitutional Law* em Junho de 2014, em Oslo – Noruega. Os vívidos debates havidos na ocasião nos entusiasmaram a publica-lo, em versão ligeiramente modificada, nesta Revista Interdisciplinar da Faculdade de Direito de Valença.

² Professor Associado da Universidade de São Paulo - USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (Graduação e Pós-graduação) e na Faculdade de Direito (Pós-graduação). Ex-Secretário Geral da Universidade de São Paulo - USP.

³ Doutorando em Direito do Estado na Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

regards of political will and the exercise of popular sovereignty. This work starts first on a brief analysis on the concept of public sphere to inquire the possibilities of the Internet to be considered a true vehicle for the achievement of a global public sphere. Later, it is confronted with the problem of the current structure of the Net, more and more based in private interests, what imposes theoretical and practical challenges to the achievement of a true democratic environment. Finally, all this concepts are used to face the problem about the current role of parliaments in the legislative process in the functioning of the contemporary democracy.

Keywords: Internet; law; democracy; public sphere; parliament; legislative process.

Introdução

As transformações trazidas pela popularização das tecnologias da informação e comunicação (TICs), especialmente a Internet, alteraram sensivelmente o cenário político contemporâneo. E este amplo universo de possibilidades para a concretização de valores democráticos como liberdade de expressão e de associação, dentre outros, tem levado muitos a afirmar que o atual ambiente social traz consigo grande potencial para o incremento das instituições democráticas.

Não há dúvida que a Internet pode melhorar a transparência, a responsabilidade política, entre outras questões que são basilares em um sistema efetivamente democrático. Entretanto, por outro lado, muitos questionam tais assertivas, tendência incluso crescente em parte da literatura especializada nos últimos anos, chegando alguns a afirmar que a dita “democracia digital” seria um verdadeiro mito.⁴

E em tempos de “Big Data”⁵ e as revelações de violação maciça do direito humano à privacidade em escala global, parece que a ideia de uma Internet livre está cada vez mais se tornando uma imagem no passado. O que reforça a profundidade do problema científico a ser enfrentado.

Este trabalho tem por escopo principal abordar alguns dos desafios para que a Internet seja considerada uma verdadeira esfera pública global. Para tal,

⁴ Cf. HINDMAN, Matthew. *The myth of digital democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2009. *passim*.

⁵ Nesse sentido, a entrevista de Cass Sustein, um dos signatários do relatório direcionado ao governo do Estados Unidos sugerindo reformas na política de vigilância que causou perplexidade em todo o mundo, conhecida por “big data” ou “metadata”. Cf. ROSEN, Jeffrey. THE NEW REPUBLIC - “Metadata Material Shouldn’t be Held by the Government: Interview: A key NSA reform panelist explains their recommendations. 22/12/2013. Disponível em: <http://www.newrepublic.com/article/116027/nsa-reform-report-panelist-cass-sunstein-metadata-storage>. Acesso em 26 jan. 2014. V. também o relatório na íntegra CLARKE, Richard A.; MORELL, Michael J.; STONE, Geoffrey R.; SUSTEIN, Cass R.; SWIRE, Peter. *Liberty and security in a changing world: Report and Recommendations of Report and Recommendations of The President’s Review Group on Intelligence and Communications Technologies*. -12/12/2013. Disponível em: <http://s3.documentcloud.org/documents/929267/review-group-exec-summary-and-recs.pdf>. Acesso em 26 jan. 2014.

vale-se de breve esboço doutrinário sobre o conceito de esfera pública e seus elementos. Posteriormente, confronta tais premissas com a atual estrutura da Web 2.0, revelando alguns riscos para o exercício da cidadania na atualidade.

A hipótese é a de que o papel de local de representação política por excelência, exercido ainda hoje pelo Parlamento em Estados democráticos, parece estar em cheque, fato que cada vez mais traz uma profunda questão de fundo: a sua função atual na estrutura estatal hodierna.

Breves considerações sobre o conceito de esfera pública

Muitos autores valem-se da noção de esfera ou espaço público na teoria democrática. Entretanto, a doutrina recorre amiúde à obra de Jürgen Habermas para a compreensão mais aproximada do conceito. *In verbis*:

Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões enfiadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana. Descobrimos que o mundo da vida é um reservatório para interações simples; e os sistemas de ação de saber especializados, que se formam no interior do mundo da vida, continuam vinculados a ele. Eles se ligam a funções gerais de reprodução do mundo da vida (como é o caso da religião, da escola, da família), ou a diferentes aspectos de validade do saber comunicado através da linguagem comum (como é o caso da ciência, da moral, da arte). Todavia, a esfera pública não se especializa em nenhuma destas direções; por isso, quando abrange questões politicamente relevantes, ela deixa a cargo do sistema político a elaboração especializada. A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem os conteúdos da comunicação cotidiana.⁶

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol. II. Trad. Fabio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 92. Grifos nossos.

Como se pode notar, o conceito mescla elementos negativos e positivos, porém, a análise posterior vai delimitando suas características fundamentais. Dos pontos mais marcantes está a posterior diferenciação entre “atores” e “plateia”, em um ambiente em que alguns grupos ou indivíduos exercem maior influência sobre a opinião de outros.⁷

Assim, a luta por influência acaba por revelar os liames da chamada sociedade civil, que mescla o público e o privado no arrebatamento de opiniões favoráveis às pretensões de um ou outro grupo de indivíduos. E, contemporaneamente, segundo o autor, exercem papel decisivo neste ambiente os meios de comunicação de massa, determinantes na formação da chamada opinião pública.

Finalmente, destaca-se que ainda que, no arranjo institucional do que Robert A. Dahl denomina de segunda geração da democracia⁸, cujas estruturas ainda estão fortemente presentes, a opinião pública exerce grande influência no Estado, direcionando os debates políticos para os períodos de eleição, embora não somente. Portanto, os debates no espaço público que formam a opinião pública tenderiam se refletir na composição do Parlamento, e em todas as instituições que integram sua formação (formal ou informalmente), como partidos políticos e grupos de interesses.

Por óbvio, este trabalho não tem por escopo reduzir a densa obra de Habermas e sua formulação do conceito de esfera ou espaço público a poucas linhas. Contudo, o conceito é de crucial importância para a mensuração das potencialidades e limites atuais da Internet como forma de superação do conceito de representação política e seu aparato jurídico, como eleições periódicas, voto, representação política, etc.

A Internet como esfera pública global

Postas algumas noções acerca do conceito de esfera pública na obra de Habermas, percebe-se que se trata, em linhas gerais, de uma rede de comunicações onde “atores” e “plateia” se misturam como *players* na busca por influência e, naturalmente, pelo poder político. E, desta forma, a eclosão das Tecnologias da Informação e Comunicação naturalmente provocaria também sensíveis alterações estruturais também nesta seara.

Assim, não faltaram e não faltam vozes para identificar na Internet um verdadeiro espaço público por excelência, profícuo para o debate franco e aberto de ideias, onde é possível o exercício pleno das liberdades de expressão, comunicação, informação nas perspectivas ativa e passiva.

⁷ Cf. id. p. 96.

⁸ “Apesar da extraordinária influência da Grécia clássica no desenvolvimento da democracia, as ideias e instituições democráticas modernas também foram moldadas por muitos outros fatores, dos quais três são particularmente importantes: uma tradição republicana, o desenvolvimento dos governos representativos e certas conclusões que tendem a advir de uma crença na igualdade política” DAHL, Robert. A. A democracia e seus críticos. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro; rev. de trad. Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 35.

Nesse sentido, Manuel Castells, para quem a Internet é fator determinante para a formação de uma esfera pública global, onde os espaços da Web 2.0, como blogs e redes sociais exercem papel fundamental:

Essa esfera pública global é construída em torno do sistema de meios de comunicação e da Internet, particularmente nos espaços sociais da Web 2.0, como exemplificado pelo YouTube, MySpace, Facebook, e a crescente blogosfera, que em meados de 2007 chegou a 70 milhões de blogs e dobrava em tamanho a cada seis meses (Tremayne 2007). [...] Portanto, estimular a consolidação dessa esfera pública baseada na comunicação é um mecanismo chave com o qual Estados e instituições internacionais podem se envolver com demandas e projetos da sociedade civil global. Isso pode ocorrer ao se estimular o diálogo sobre iniciativas específicas e a consolidação, de forma contínua, das contribuições deste diálogo, fortalecendo a formulação de políticas públicas no campo internacional. Aproveitar o poder da opinião pública mundial através de redes globais de mídia e da Internet é a forma mais eficaz de ampliar a participação política em uma escala global, induzindo a uma frutífera conexão sinérgica entre as instituições governamentais de base internacional em uma sociedade civil global. Este espaço de comunicação multimodal é o que constitui a nova esfera pública global.⁹

Em obra posterior, o autor afirma corroborar sua tese ao analisar como as redes sociais contribuíram para a eclosão de uma série de manifestações populares, como a marcha dos indignados na Espanha (2011-2012), a dita primavera árabe em vários países do Oriente Médio (2011-2012) e mesmo os protestos no Brasil que se iniciaram com o movimento “Passe Livre”, na cidade de São Paulo, mas se alastraram por todo o país durante a Copa das Confederações FIFA.¹⁰

⁹ “That global public sphere is built around the media communication system and Internet networks, particularly in the social spaces of the Web 2.0, as exemplified by YouTube, MySpace, Facebook, and the growing blogosphere that by mid-2007 counted 70 million blogs and was doubling in size every six months (Tremayne 2007). [...] Therefore, stimulating the consolidation of this communication-based public sphere is one key mechanism with which states and international institutions can engage with the demands and projects of the global civil society. This can take place by stimulating dialogue regarding specific initiatives and recording, on an ongoing basis, the contributions of this dialogue so that it can inform policy making in the international arena. To harness the power of the world’s public opinion through global media and Internet networks is the most effective form of broadening political participation on a global scale, by inducing a fruitful, synergistic connection between the government-based international institutions and the global civil society. This multimodal communication space is what constitutes the new global public sphere.” CASTELLS, Manuel. *The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance*. in: *Annals of American Academy*, 616, March 2008. Disponível em: <http://annenberg.usc.edu/Faculty/Communication%20and%20Journalism/-/media/78.ashx>. Acesso em: 27 jan. 2014. Tradução livre. As instituições internacionais de base internacional a que o autor se refere, posteriormente, se revelam em ONGs e mesmo a diplomacia internacional.

¹⁰ Cf. CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. *passim*.

Outros autores também revelam inegável entusiasmo com o potencial não só da Internet, mas das TICs, para a formação de um ambiente de ciberdemocracia planetária. Nesse sentido, Pierre Lévy e André Lemos, para quem: “A opinião pública (e com ela os lugares comuns, os preconceitos e os achismos de todas as sortes) torna-se cada vez mais *global*. Com os telefones celulares multifuncionais (câmera, e-mail, SMS) a capacidade de produção de informação de qualquer lugar (e por qualquer pessoa) torna a visibilidade planetária mais aguda.”¹¹

Ainda que salientem ser, por exemplo, a ausência de privacidade na sociedade contemporânea um enorme risco para a profusão destes ideais democráticos,¹² acabam por concluir que a democracia se globalizou, fazendo frente à “globalização do capital”, e se revelará em três grandes frentes: (1) a promoção de experiências democráticas locais; (2) a formação de um governo global; (3) o desenvolvimento de virtudes cívicas que englobam consumo, investimento e trabalho.¹³

No mesmo sentido Rousiley C. Maia, para quem “a Internet não pode ser tomada em si como uma esfera pública”.¹⁴ Entretanto, salienta que “a comunicação informacional, que se desdobra livremente entre indivíduos e comunidades, fora das arenas políticas formais, deve ser vista como recurso importante para uma interpretação produtiva de preocupações políticas e formulações de demandas a serem enviadas aos corpos administrativos e deliberativos do sistema político.”¹⁵

Logo, em outras palavras, a autora assevera que a Internet faz parte do espaço público, onde o debate sobre questões de interesse público ocorre, mas que interage com os órgãos deliberativos, como o Parlamento, por exemplo. Ou seja, a Internet seria parte do processo que compõe a democracia deliberativa, mas não o lócus de deliberação em si. Ao menos por ora, já que há dois planos distintos na democracia deliberativa: o processo informal de constituição da vontade na esfera pública; deliberação política regulada por procedimentos típicos de sistemas políticos específicos.¹⁶

Analisando o fenômeno, por seu turno, Siva Vaidhyanathan destaca que “a obra de Habermas influenciou esforços de reforma da mídia e – em uma extensão muito menor – a política midiática. Exaustos por tentar reconstruir a Ágora grega, nós temos que nos concentrar em tentar construir melhores cafeterias”,¹⁷

¹¹ LEMOS, André; LEVY, Pierre. *O futuro da Internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. São Paulo: Paulus, 2010. p. 158.

¹² Cf. id. p. 159.

¹³ Cf. id. pp. 164-166.

¹⁴ MAIA, Rousiley C. M. *Democracia e Internet como esfera pública virtual: aproximação das condições da deliberação*. in GOMES, Wilson; MAIA, Rosely C. M. *Comunicação e democracia. Problemas & perspectivas*. São Paulo: Paulus, 2008. p. 279.

¹⁵ Id. p. 281. Grifamos.

¹⁶ Cf. Id. p. 280. A autora nesse momento se refere à democracia deliberativa na matriz habermasiana.

¹⁷ VAIDHYANATHAN, Siva. *Googlization of Everything (and why should we worry)*. Berkeley/ Los Angeles: University of California Press, 2012. pp. 136-137. Tradução livre.

referindo-se à famosa passagem do autor que atribui às cafeterias na Europa o papel de formação da opinião pública na sociedade burguesa.

Entretanto, posteriormente, Siva tece críticas não só ao conceito de esfera pública em si, ao que atribui a pecha de restrito histórica e geograficamente,¹⁸ como à asserção de que a Internet atual pode ser comparada à “sociedade civil cosmopolita ou sua prima, esfera pública global.”¹⁹ Das razões apontadas pelo autor, sinteticamente se destacam: (1) a exclusão digital, agravada pelo fato de que embora o número de usuários de Internet esteja crescendo formalmente, o número de consumidores de Internet de alta velocidade (que dá acesso a conteúdos sofisticados como vídeos no Youtube) é restrito; (2) a falta de habilidades para participar da sociedade civil globalizada e tecnológica, o que acaba por agravar a diferença entre “atores” e “plateia”, já apontada por Habermas.

Mas a pedra de toque nas observações de Vaidhyathan diz respeito à atuação de um agente específico na Internet atual e dos riscos ao papel de lócus de discussão de questões políticas atribuído a ele: o Google. Para o autor, a aplicação do conceito de relevância nos filtros dos mecanismos de busca, o que influencia na personalização de informações que chegam ao usuário/consumidor final, influi fortemente na sua formação de opinião e, naturalmente, na estruturação de um espaço aberto de discussões políticas voltadas à formação da opinião pública.

Enquanto o Google continuar a localizar, personalizar e particularizar seus serviços e resultados, o sentido de conhecimento comum ou prioridades comuns se enfraquece. Tudo pode estar disponível para todos [...], mas uma informação essencial pode estar bem ranqueada nas buscas se realizadas em Sydney e escondidas na nona página se realizadas por São Paulo.²⁰

Quando um único provedor de aplicações de Internet é responsável por significativo tráfego de informações não é difícil afirmar que exerce grande influência sobre uma Rede que supostamente nasceu para ser descentralizada.²¹

¹⁸ Estas críticas trazidas por Siva Vaidhyathan ao conceito de esfera pública não são novidade, nem mesmo ao próprio Habermas. Afinal, o conceito de esfera pública apresentado originalmente na década de 1960, foi inteiramente reformulado pelo autor alemão, que incorporou as críticas externas na tentativa de torná-lo histórico e geral. Cf. BARROS, Ana Paula Ferrari Lemos. A importância do conceito de esfera pública de Habermas para a análise da imprensa – uma revisão do tema. *in* Universitas: Arq. e Comun. Social, Brasília, v. 5n. 1/2, p. 23-34, jan./dez. 2008. p. 30.

¹⁹ VAIDHYANATHAN, Siva. Id. p. 138. Tradução livre.

²⁰ Id. p. 139.

²¹ “Se o Google sofresse uma pane prolongada, é provável que a atividade na internet se recuperasse logo, à medida que empresas e usuários mudassem para serviços semelhantes”, diz o site [Business Insider]. ‘No entanto, é alarmante o fato de que uma única companhia tem tanta influência sobre uma indústria tão grande e importante.’ VEJA. Google tem pane de 5 minutos – e o tráfego na internet cai 40%. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/falha-no-google-causou-queda-de-40-no-trafego-da-internet-no-mundo>. Acesso em 28 jan. 2014. Grifamos.

Não obstante, como diz o próprio autor na abertura de sua obra, o problema não está no Google mas como, quanto e por que o usamos tanto.²² Tanto esta quanto outras aplicações da Internet, como Facebook e outros, que concentram número assustador de usuários e também podem exercer influência profundamente negativa na esfera pública.²³

Como se sabe, a Internet na atualidade é baseada na estrutura da dita Web 2.0. Trata-se de um *slogan*²⁴ para aludir a um conjunto de modelos de negócios dos provedores de aplicação em que o usuário produz o conteúdo e tal informação é o principal capital do empresário, criando um meio mais eficiente para o publicitário por fazer chegar o anúncio direcionado às preferências do consumidor.

Desta maneira, nesse ambiente se produz muito mais informação do que é possível consumir. Razão pela qual muitos preconizam a superação da “sociedade da informação” e surgimento da “sociedade da relevância”, em que a atenção é um bem escasso. Nesse sentido, Eli Pariser:

As empresas perceberam que o colapso da atenção se aproximava, pois as opções de informação disponíveis para cada pessoa cresciam exponencialmente. Quem quisesse lucrar teria de conseguir prender a atenção das pessoas. E num mundo em que a atenção é um recurso escasso, a melhor maneira de fazê-lo seria oferecer conteúdo que realmente atendesse aos interesses, desejos e necessidades particulares de cada pessoa. Nos corredores e centros de informática do Vale do Silício, havia uma nova palavra de ordem: relevância.²⁵

Para o Direito, em especial, a eclosão da chamada bolha dos filtros²⁶ pode afetar sensivelmente o poder de escolha do indivíduo, restringindo algo

²² VAIDHYANATHAN, Siva. *Id.* p. XIV.

²³ Por exemplo, um caso recente de exclusão de um perfil criado para divulgar protestos durante a COPA do Mundo FIFA de 2014. A justificativa apresentada pelo provedor à imprensa foi: “A assessoria de imprensa do Facebook informou que não comenta casos específicos de perfis tirados do ar e disse que todos os casos de remoção de página são motivados por violações aos termos de uso do site.” ESTADÃO. Facebook tira do ar página de divulgação de protestos contra a Copa: Página com mais de 16 mil curtidas foi deletada na terça-feira; movimentos falam em censura. 29/01/2014 Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,facebook-tira-do-ar-pagina-de-divulgacao-de-protestos-contr-a-copa,1124387,0.htm> Acesso em: 30 jan. 2014.

²⁴ Cf. O'REILLY, Tim. *What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software (09/30/2005)*. Disponível em: <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html>. Acesso em: 08 set. 2013.

²⁵ PARISER, Eli. *O filtro invisível. O que a Internet está escondendo de você*. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 27.

²⁶ “O código básico no seio da nova internet é bastante simples. A nova geração de filtro on-line examina aquilo de que aparentemente gostamos — as coisas que fazemos, ou as coisas das quais as pessoas parecidas conosco gostam — e tenta fazer extrapolações. São mecanismos de previsão que criam e refinam constantemente uma teoria sobre quem somos e sobre o que vamos fazer ou desejar a seguir. Juntos, esses mecanismos criam um universo de informações exclusivo para cada um de nós — o que passei a chamar de bolha dos filtros — que altera fundamentalmente o modo como nos deparamos com ideias e informações.” PARISER, Eli. *Id.* p. 14.

que constitui a base da ciência jurídica: a autonomia privada. Seja no direito público ou privado, no contrato ou na escolha do eleitor, a tecnologia pode limitar drasticamente o exercício da liberdade que dá base axiológica aos direitos fundamentais de primeira dimensão.

No tocante ao exercício da cidadania, Antônio Perez Luño, apoiado em Cass Sustein, afirma que é possível identificar duas perspectivas de cidadania nesse ambiente tecnológico. A primeira, a “cybercidadani@”, revela os inegáveis aspectos positivos do uso da tecnologia para acesso ao conhecimento, à informação, para o incremento da transparência, dentre outros.²⁷

Não obstante, conforme destaca Sustein, a Internet e suas regras baseadas em modelos privados de apropriação acaba por gerar um espaço aparentemente público, mas que no fundo é fruto de um simulacro, uma “republica.com”, cujo

²⁷ Convém salientar os pontos de destaque elegidos pelo *Manifiesto por el ejercicio de una ciber-ciudadanía activa, responsable y comprometida*. Dicha declaración fue elaborada por el 1er Congreso Online del Observatorio para la Ciber-Sociedad (2.002): “1º Proclamación de la libertad e igualdad del ciberespacio. Se propugna una apuesta decidida de los gobiernos y los organismos internacionales para el progresivo establecimiento de las infraestructuras y medidas necesarias que brinden a todo ser humano la posibilidad de ejercer su ciber-ciudadanía, con lo que se vaya reduciendo primero y erradicando después, la fractura digital” (punto 1). Asimismo, se auspicia la creación de un marco legal que permita la libertad de servicios en el ciberespacio sin barreras ni proteccionismos, que perjudiquen a persona o sociedad alguna (punto 2). Se defienden las ventajas derivadas de “utilizar soluciones tecnológicas de código libre en las administraciones públicas y su implantación, siempre que sea viable, en detrimento de herramientas de tipo comercial, privado o cerrado” (punto 4). Se propugna, además, una política tendente a velar por la libre y fluida difusión de la información y el conocimiento en formatos tecnológicos público, que permitan que estos recursos sean fácilmente localizables y utilizables (punto 6). 2º Fortalecimiento de la cultura cívica. Los propulsores de la ciber-ciudadanía vinculan su plena eficacia a la elaboración, y realización de programas educativos a todos los niveles, también de cultura cívica, que propicien la utilización de las TIC y que “permitan que su utilización y provecho no quede limitado a los grupos social y económicamente privilegiados” (punto 5). 3º Estrategias de tutela de la ciber-ciudadanía. Los autores del Manifiesto abogan por la implantación de organizaciones que protejan jurídicamente la ciber-ciudadanía contra las prácticas abusivas de gobiernos o empresas que afecten aspectos de fondo, forma, cualitativos o cuantitativos de sus derechos (punto 3). Se proponen también: “la denuncia de incumplimiento de los puntos contenidos en este manifiesto con especial referencia de las consecuencias sociales a las que dicho incumplimiento nos lleva. Convirtiéndonos, de facto, en una voz firme que remueva las conciencias de las personas y de las administraciones públicas” (punto 7). Por último, los signatarios de la declaración, conscientes de la facilidad de hacer pública todo tipo de información a través de la Red, se comprometen a promover la elaboración y defensa de los contenidos que puedan servir de guía, referencia o información para reforzar la ciber-ciudadanía; desde un ejercicio de responsabilidad ética, que tome en consideración las posibles consecuencias de la información publicada. Entienden quienes han formulado el manifiesto que: “ya no es posible seguir poniéndole vallas al mundo, ni fronteras, ni aduanas, ni peajes monopolísticos u oligárquicos. Porque estas vallas, fronteras, aduanas y peajes son testigos de un mundo caduco e injusto al que debemos renunciar para que la Humanidad sobreviva y porque creemos que el ciberespacio es el primer lugar donde esos obstáculos pueden ser, efectivamente, salvados” (punto 8).” *Internet y los derechos humanos*. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Internet y Derechos Humanos. Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, Universidad de Huelva (Facultad de Derecho), Huelva, No. 2, p. 101-121, 2002. p. 115.

modelo de cidadania é o da “cidadani@.com”. Em linhas gerais, tratam-se de cidadãos cuja consciência cívica é movida pelo consumo de informação, marcados pela passividade.²⁸

Ao analisar as perspectivas para a democracia na sociedade informacional, Marciele Berger Bernardes distingue duas atitudes antagônicas: otimistas e pessimistas. Dentre os primeiros, os supracitados Castells e Pierre Levy. Dentre os segundos, Lawrence Lessig²⁹, Zygmunt Bauman³⁰.³¹ Ainda que pareça superficial adotar o critério “otimista *vs.* pessimista” para categorizar as densas obras analisadas, Antonio Perez Luño também adota fator de classificação semelhante ao atribuir a Sustain o rótulo de “pessimista” quanto à democracia na Internet, visão à qual parece se alinhar.³²

Não obstante, para se debruçar sobre o problema das perspectivas para o Parlamento, e da democracia como um todo, frente às Tecnologias da Informação e Comunicação, não basta a filiação a visões genericamente divididas em “pessimistas” ou “otimistas”. Com efeito, Gustavo Zagrebelsky procura uma *via tertiis* na análise dos postulados democráticos. Trata-se da chamada democracia crítica, situada entre a atitude cética e a dogmática. Ao final, conclui o autor que a atitude do jurista frente às transformações sociais deve ser a do espírito da possibilidade, não entregue a um otimismo cego nem ao pessimismo infundado. *In verbis*:

O denominador comum da atitude dogmática e da cética encontra-se na impossibilidade diante do que pode acontecer e na capacidade de

²⁸ SUNSTEIN, Cass. Republic.com 2.0. Princeton: University Press, 2007. *apud* TREIN, Aline. Ciberdadani@ e República.com: reflexões a partir de Cass Sunstein e Perez Luño. Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, nº 9, p. 1-23, 2013. Disponível: <http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/34274>. Acesso em: 31 jan. 2014. A crítica sagaz do autor está no próprio título da obra e diz respeito ao domínio de segundo nível “.com”, o qual, segundo as regras já consagradas da ICANN sobre nomes de domínio, são reservadas a empreendimentos privados com fins empresariais.

²⁹ Nesse sentido, V. LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999. *passim*.

³⁰ V. BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 108 e ss.

³¹ A autora claramente parece estar entre os “otimistas”: “A partir disso, evidencia-se que o Estado, governo e processo de tomada de decisões foram gradualmente transformados pelas mudanças tecnológicas, uma vez que as possibilidades de uso das TICs são múltiplas, podendo inclusive facilitar/promover mudanças organizacionais a depender do seu uso. Se conservador, implica subutilização de ferramentas e simples transferência para os meios digitais das velhas estruturas; se revolucionário, pode resultar no alvor de uma sociedade mais democrática e participativa” BERNARDES, Maciele Berger. *Democracia na Sociedade Informacional: o desenvolvimento da democracia digital nos municípios brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51.

³² Cf. TREIN, Aline. *op. cit.*

não recuar até mesmo diante do irreparável. Assim, por consequência, são chamadas de democracia dogmática e de democracia cética. No espírito inexorável da necessidade, encontram-se aliados o pensamento da verdade e o da *sképsis* do poder, que é fim em si mesmo. Nesse ponto, esses pensamentos diferenciam-se radicalmente do espírito da possibilidade que está na base de um modo diferente de conceber a democracia, uma democracia que, contrastando com a dogmática e a cética, chamaremos – como já foi adiantado – de democracia crítica. [...] Nessa dúplice atitude do espírito, aberto para o otimismo, mas não fechado para o pessimismo, está o ponto de equilíbrio da democracia crítica. A aspiração ao melhor não abalada pelo temor do pior, realizaria contínuas superações do *status quo* que daria origem à frustrações sociais e, com estas, a demandas de certeza e segurança, por sua vez incompatíveis com a democracia crítica.³³

Esta é a atitude perante a questão da possibilidade de a Internet hoje ser considerada uma esfera pública global, capaz de substituir toda e qualquer forma de representação política tradicional e suas estruturas jurídicas em curto espaço de tempo. Sem abandonar a utopia de uma democracia direta, mas atenta aos riscos de tecnologias da qual a humanidade cada vez se torna mais dependente e, ao mesmo tempo, que são desenvolvidas e geridas de acordo com interesses de poucos e poderosos conglomerados empresariais.

Perspectivas para o legislativo contemporâneo: é possível superar o parlamento como elo central do processo legislativo?

A conjugação das Tecnologias da Informação e Comunicação com os postulados democráticos, conforme exposto, aumentou consideravelmente as possibilidades para a manifestação da vontade popular. Dessa forma, não faltaram (e não faltam) vozes a proclamar que o ambiente atual revela-se fértil em experiências cuja “eliminação de intermediários” também na seara política estatal. Entretanto, conforme também ressaltado, a reconhecimento das potencialidades não pode ocorrer sem a mensuração dos riscos.

Sabe-se que a substituição de intermediários é uma antiga promessa da Internet. A eclosão de um ambiente tecnológico originalmente descentralizado e tecnologicamente neutro ainda leva muitos a concluir que esta será a força motriz da democracia participativa no futuro, superando a influência negativa sobre a esfera pública em épocas anteriores exercida por *mass media*, como televisão e imprensa. Entretanto, para Eli Pariser, apoiado em Tim Wu, trata-se de uma promessa não cumprida, à medida que Internet não eliminou intermediários, mas apenas os substituiu:

³³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 131-132. *G. n.*

[...] embora a submissão aos mediadores seja um problema real, a história da desintermediação tem uma boa dose de mitologia. Seu verdadeiro efeito é tornar os novos mediadores invisíveis. “São os muitos disputando o poder com os poucos”, declarou a revista *Time* ao anunciar que “você” era a pessoa do ano. No entanto, nas palavras de Tim Wu, professor de direito e autor do livro *Master Switch*, “o crescimento das redes não eliminou os intermediários, apenas os substituiu”. E embora o poder tenha se movido na direção dos consumidores, no sentido de que temos uma quantidade exponencialmente maior de escolhas sobre a mídia que consumimos, os consumidores ainda não detêm o poder.³⁴

A questão é também posta à representação política e, naturalmente, ao seu lócus tradicional nas democracias contemporâneas: o Parlamento. Principalmente quando é possível verificar que os moldes tradicionais da representação vão se tornando cada dia mais anacrônicos, levando muitos a concluir se tratar de uma crise de representatividade política ou, simplesmente, um alto déficit democrático entre a vontade do representante e a vontade do representado.

Antes de enfrentar o complexo problema da necessidade ou não de um Parlamento na atualidade, é necessário averiguar qual a sua função no Estado contemporâneo. As funções do poder legislativo³⁵ são sintetizadas por Kildare Gonçalves Carvalho:

a) Representativa, traduzida na capacidade única do legislativo em simular o mosaico social, protegendo minorias por dar-lhes poder de voz e voto na produção das normas. A mais latente segundo o autor, a que atribui o caráter de “preliminar”, descendendo dela todas as demais;

³⁴ PARISER, Eli. op. cit. p. 58.

³⁵ Há quem sustente que Poder Legislativo não se restringe ao Parlamento. No Brasil, a análise fria da Carta Magna acaba por remeter ao Tribunal de Contas da União como um possível “órgão” do Poder Legislativo. Contudo, conclui Hamilton Fernando Castardo que: “Diante dos referidos preceitos constitucionais não se pode considerar o Tribunal de Contas no âmbito do Poder Legislativo com hierarquia e uma subordinação incompatível com sua capacidade, vocação histórica e a missão que lhe está destinada. Hodiernamente, deve ser alçada de forma desassociada hierarquicamente em relação aos Poderes constituídos, pois é um órgão independente e autônomo, tanto administrativa e como financeiramente, órgão sem interesse econômico ou político, visto que sua função, e até mesmo a razão de sua existência, é a defesa da sociedade e a garantia da aplicação das leis, conforme a vontade da Constituição.” CASTARDO, Hamilton Fernando. *Natureza jurídica do Tribunal de Contas no Ordenamento Brasileiro*. 2007. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, UNIMEP, Piracicaba. 2007. Orientador: Sergio Resende de Barros. p. 148. Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/YTAVWAIQBHIT.pdf>. Acesso em 1 fev. 2014. Portanto, as funções do Poder Legislativo traduzem as do Parlamento para todos os fins, quem também deve fiscalizar o Poder Executivo, ainda que se valendo de dados fornecidos pela estrutura institucional vigente, como o próprio Tribunal de Contas.

b) Obstrucionista, freando os ímpetos do poder Executivo, unilateral e pessoal, já que se trata de Órgão colegiado. É o que lhe atribui caráter mais conservador;

c) Mobilizadora do poder popular, promovendo a articulação entre a execução de políticas públicas e a vontade popular;

d) Informativa, divulgando fatos no intuito de diminuir a distância entre cidadãos e os representantes;

e) Educadora, alcançada por sua maior visibilidade e apelo a questões morais e éticas;

f) Eletiva, típica do parlamentarismo, onde o parlamento escolhe o primeiro ministro.³⁶

No Brasil, restringindo-se ao Congresso Nacional, é possível identificar que estão presentes a quase totalidade das funções no sistema constitucional, com ressalva da eletiva. Não obstante, tampouco faltam vozes para verificar a falta de efetividade prática em sua atuação.

Isto porque a dita crise de representatividade é algo recorrente entre a doutrina, dela decorrendo, por exemplo, entraves como: as dificuldades de exercício da iniciativa popular; a composição de uma bancada governista a obstar o exercício da função obstrutiva (e todas as outras); a formação de grupos de pressão multipartidários atuando de acordo com seus próprios interesses (bancada ruralista, “evangélica”, etc.); a pouca informação prestada pelo próprio legislativo e a maior visibilidade dada ao poder executivo; dentre tantos outros fatores que levam muitos a afirmar que o legislativo hoje está mais próximo de um problema do que uma solução para o “*gap* de representatividade”.

Portanto, muitos questionam se a solução para o problema seria o fim do Parlamento.

Robert A. Dahl, por exemplo, afirma que não. No que denomina de “Poliarquia III”, em superação às poliarquias da primeira e segunda geração da democracia,³⁷ o autor enumera algumas possibilidades (trazidas principalmente pela popularização das TICs), mas ressalva:

³⁶ Cf. CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição; direito constitucional positivo*. 15 ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. pp. 1093-1094.

³⁷ “[...] a Poliarquia III resultaria da necessidade de se estreitar o abismo crescente que separa as elites políticas do *demos*. Eu gostaria de propor vários elementos de uma possível solução. Agora é tecnicamente possível:

- garantir que a informação sobre a agenda política, apropriada no nível e na forma e apresentada como um reflexo preciso do melhor conhecimento disponível seja fácil e universalmente acessível a todos os cidadãos;
- criar oportunidades facilmente disponíveis e universalmente acessíveis para todos os cidadãos;
- influenciar os temas sobre os quais a informação acima está disponível;
- participar de um modo pertinente das discussões políticas.”

DAHL, Robert. A. *op. cit.* p. 541.

É importante ter em mente, porém, que a função dessas inovações técnicas não é simplesmente facilitar a participação, como propõem alguns defensores da democracia participativa. [...] A tecnologia em transformação necessariamente será utilizada de algum modo, para o bem ou para o mal. Ela pode ser utilizada para prejudicar os valores e o processo democrático ou para promovê-los. Sem um esforço consciente e deliberado para utilizar a nova tecnologia das comunicações em prol da democracia, ela pode ser utilizada para fins danosos à democracia.

[...] As elites políticas não poderiam explorar a tecnologia das comunicações interativas a fim de manipular o público para servir os objetivos dessas elites? Será a nova tecnologia um convite aberto às elites das políticas para que consolidem sua posição na quase guardiana que essa tecnologia oferece a esperança de impedir?³⁸

De posse dessas premissas, afirma o autor que um determinado país poderia até criar uma espécie de “conselho permanente”, um pequeno grupo de cidadãos eleitos para auxiliar a tomada de decisões políticas, o que chama de um *minipopulus*. “Os membros de um *minipopulus* poderiam ‘se reunir’ por meio das telecomunicações,” afirma. Contudo, salienta: “Vejo a instituição do *minipopulus* na Poliarquia III não como um substituto dos órgãos legislativos, mas como um complemento. Ele viria a suplementar, não substituir as instituições da Poliarquia I e da Poliarquia II.”³⁹ (g. n.) Portanto, o Parlamento subsistiria na visão de Dahl.

50

Por outro lado, outros afirmam que sua atuação no processo legislativo vai torná-lo cada vez mais interativo. Esta é a visão de Cristiano Ferri Soares de Farias, um dos idealizadores do projeto e-democracia da Câmara dos Deputados. Para ele, há dois tipos de experiências em e-democracia, as institucionais e as não institucionais. Analisando experiências interativas promovidas no âmbito do Poder Legislativo, conclui o autor que da simbiose entre os princípios clássicos da democracia representativa e os da democracia participativa, surge a interatividade digital no parlamento, cuja efetividade assim se mensura:

Para promover essa análise, o trabalho de pesquisa se norteou pela simbiose entre os princípios da democracia participativa e deliberativa e os institutos clássicos da democracia representativa. Por isso, vale saber em que medida os parlamentos participativos agregam mais legitimidade à elaboração

³⁸ Id. p. 542.

³⁹ O autor explica melhor o que seria esse “*minipopulus*” e qual seria seu papel no processo legislativo: “Suponhamos que um país democrático avançado criasse um *minipopulus* composto de mil cidadãos, talvez, selecionados ao acaso no demos inteiro. Sua tarefa seria deliberar, talvez durante um ano, a respeito de um tema e então anunciar suas escolhas. [...] Pode-se perguntar: que peso teriam os juízos de um *minipopulus*? O juízo de um *minipopulus* representaria o juízo do demos. Seu veredito seria o veredito do próprio demos se o demos conseguisse tirar vantagem do melhor conhecimento disponível para decidir que políticas teriam a maior chance de obter os fins em vista. Assim, os juízos do *minipopulus* derivariam sua autoridade e legitimidade da democracia.” Id. pp. 543-544.

legislativa, incorporam inteligência coletiva ao processo decisório e tornam mais transparente a atuação parlamentar no processo legislativo. Embora o desenvolvimento de meios de *accountability* da representação política, como a transparência da atuação parlamentar, esteja entre os valores basilares do regime democrático clássico, esses três princípios acima representariam vertentes relevantes de uma visão de democracia contemporânea com doses especiais de participação popular que contribuiriam para a redução de déficits democráticos.⁴⁰

Por último, é também possível asseverar que o Parlamento preservará e fortalecerá seu poder de fiscalização de outros poderes, mormente o Executivo. Não obstante, que seu papel de elo central no processo legislativo será paulatinamente substituído por outros mecanismos, ganhando força os não institucionais de participação e manifestação da vontade popular. E nesse aspecto, a Internet ganha grande relevância.

Considerações finais

As Tecnologias da Informação e Comunicação introduziram alterações sociais profundas e significativas. Ao passo que seu uso se alastra, parece que cada vez mais se está diante de um caminho sem volta, cujas consequências devem ser mensuradas, porém não podem ser evitadas.

Este trabalho procurou averiguar um aspecto problemático, qual seja a capacidade de o ambiente político propiciado pela maciça utilização das TICs, principalmente a Internet, vir a ser considerado um espaço público ou esfera pública em âmbito global.

Primeiramente, procurou-se trabalhar alguns aspectos estruturantes do conceito de esfera pública, sua importância para a teoria democrática e as críticas às suas premissas.

Posteriormente, foi trabalhada a problemática acerca da viabilidade de a Internet vir a ser considerada como uma ferramenta de promoção e desenvolvimento de uma esfera pública em âmbito global.

Ao final desta primeira etapa, concluiu-se que a Internet hoje não é a mesma de quando surgiu. Portanto, para que seja uma ferramenta de efetiva promoção dos postulados democráticos e naturalmente de consecução de uma esfera pública em âmbito global é necessário que se tome uma postura crítica, que supera a visão cética mas tampouco tem atitude otimista cega.

Assim, é necessário estar atento às peculiaridades da web 2.0, cuja atuação de filtros de conteúdo indica para um ambiente de informações “personalizadas” segundo as supostas preferências do usuário, desenvolvido segundo interesses de

⁴⁰ FARIA, Cristiano Ferri Soares de. *O parlamento aberto na era da internet: pode o povo colaborar com o Legislativo na elaboração das leis?* – Brasília: Câmara dos deputados, edições Câmara, 2012. p. 293. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/7867/parlamento_aberto_faria.pdf?sequence=2. Acesso em: 1 fev. 2014.

promoção de produtos e serviços e cujas consequências para a democracia podem ser significativamente negativas.

Logo, após descrever tal ambiente, foi possível enfrentar algumas perspectivas para a representação política e especialmente para o legislativo, materializado na figura do parlamento. Atendo-se ao processo legislativo, afirmou-se que não é unânime a asseveração de que a tecnologia certamente levará à consolidação da democracia direta. Ao menos em curto prazo.

Isto porque há aqueles que afirmam que mesmo com a possibilidade de manifestação direta da vontade política pela população, não será possível se prescindir da representação, que poderá se valer das tecnologias, mas nunca desaparecerá.

Por sua vez, há quem identifique já um movimento crescente de utilização destas tecnologias pelo próprio poder legislativo, para fins de promoção de um ambiente que faz do Parlamento um ambiente cada vez mais interativo e do processo legislativo algo colaborativo.

Por último, é possível identificar quem assevere que tal ambiente levará a uma paulatina perda de função do poder legislativo como protagonista do processo legislativo, restando-lhe o exercício de outras funções atípicas, o que poderá ser fortalecido pela maciça utilização das TICs.

Não há resposta pronta, mas é certo que o problema está lançado e a única certeza que resta é a de que é necessário o aprofundamento do estudo acerca das potencialidades da Internet, bem como dos desafios para sua promoção e desenvolvimento, o que passa pela imposição de limites efetivos a interesses que podem ferir de morte as esperanças de um futuro mais democrático.

Referências bibliográficas

- BARROS, Ana Paula Ferrari Lemos. *A importância do conceito de esfera pública de Habermas para a análise da imprensa - uma revisão do tema*. in Universitas: Arquit. e Comunicação Social, Brasília, v. 5n. 1/2, p. 23-34, jan./dez. 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BEÇAK, Rubens ; LONGHI, João Victor Rozatti . *Tendências da democracia participativa: a influência da Internet no perfil da representação e evento do orçamento participativo*. In: XX Congresso Nacional do CONPEDI, 2011, Vitória/ES. A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euro-Americano, 2011.
- BEÇAK, Rubens; *Democracia deliberativa e ciberdemocracia: riscos e desafios para sua implementação*. in: Anais do “XXIII Congresso Nacional do CONPEDI”, - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. (São Paulo, 13 - 16. nov. 2013d).
- BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Victor Rozatti. *A democracia participativa e sua prospecção futura – perspectiva histórica e prospecção futura: o marco civil para a regulação da Internet no Brasil*. in SIMÃO FILHO, Adalberto *et alli* (coord.) Direito da Sociedade da informação: temas jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Victor Rozatti. *Processo Legislativo Colaborativo: a participatividade pela internet no trâmite do Projeto de Lei n. 2.126/2011 (Marco Civil da Internet)*. Publicado nos anais do “XXI Congresso Nacional do CONPEDI”, realizado de 31 de outubro a 3 de novembro de 2012, em Niterói/RJ.

O'REILLY, Tim. *What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software* (09/30/2005). Disponível em: <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html>. Acesso em: 08 fev. 2014.

PARISER, Eli. *O filtro invisível. O que a Internet está escondendo de você*. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Internet y Derechos Humanos. Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento, Universidad de Huelva (Facultad de Derecho), Huelva, No. 2, p. 101-121, 2002.*

ROSEN, Jeffrey. THE NEW REPUBLIC – “*Metadata Material Shouldn't be Held by the Government: Interview: A key NSA reform panelist explains their recommendations.* 22/12/2013. Disponível em: <http://www.newrepublic.com/article/116027/nsa-reform-report-panelist-cass-sunstein-metadata-storage>. Acesso em 26 jan. 2014.

TREIN, Aline. *Ciberdadani@ e República.com: reflexões a partir de Cass Sunstein e Perez Luño*. Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, nº 9, p. 1-23, 2013. Disponível: <http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/34274>. Acesso em: 31 jan. 2014.

VAIDHYANATHAN, Siva. *Googlization of Everything (and why should we worry)*. Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 2012.

VEJA. Google tem pane de 5 minutos — e o tráfego na internet cai 40%. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/falha-no-google-causou-queda-de-40-no-trafego-da-internet-no-mundo>. Acesso em 28 jan. 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Poesia-tragédia, mimesis e filosofia

Duas leituras da poética de Aristóteles

(um breve esboço)¹

Theresa Calvet de Magalhães²

Resumo

Ao privilegiar o trabalho polissêmico de *logos* em *A Poética*, Fernando Belo acentua, na sua releitura dessa obra, a supremacia da filosofia sobre a poesia-tragédia. Contra a expulsão dos poetas da república ideal por Platão, Aristóteles reconhece-lhes um lugar ao subordinar a poesia à filosofia, a *mimesis* à definição da *ousia*. O objetivo último da *Poética* seria então o de criar as condições para uma aliança entre a tragédia e a filosofia. Em *Temps et Récit*, Ricoeur não apenas apresenta uma leitura que “temporaliza” o *mythos* trágico, mas redefine esse *mythos*, que passa a ser considerado como coextensivo da totalidade do campo narrativo. Ou seja, trata-se de uma leitura que “narrativiza” o modelo aristotélico.

Palavras-chave: Semiótica filosófica; poética da narração; história; retórica; tragédia; comédia; epopeia; polissemia de *logos*; *eidōs/ethos* (duas linhas de argumentação).

Abstract

Fernando Belo's rereading of Aristotle's *Poetics*, a philosophical semiotic exercise, aims to illustrate the epistemology of language already developed in a previous work, in 1991. Against Plato's expulsion of the poets from his ideal Republic, Aristotle subordinates poetry to philosophy, and *mimesis* to the definition of *ousia*, thereby recognizing a place for the poets. The final aim of Aristotle's *Poetics* was then to create the conditions for an alliance of tragedy and philosophy. In *Time and Narrative*, Ricoeur “temporalizes” the tragic *mythos*, but he also redefines the concept of *mythos* or narrative emplotment in Aristotle's *Poetics* making it coextensive to the whole narrative field. Paul Ricoeur's reading of the *Poetics* “narrativises” the Aristotelian model.

Keywords: philosophical semiotics; poetics of narrative; history; rhetoric; tragedy; comedy; epopeia; polysemy of *logos*; *eidōs/ethos* (two argumentation lines).

¹ A primeira versão deste texto foi apresentada no *Colóquio Internacional Mimesis e Expressão*, promovido pela linha de pesquisa *Estética e Filosofia da Arte* do Curso de Pós-Graduação em Filosofia da FAFICH-UFMG, em Belo Horizonte, a 30 de abril de 1999, e foi publicada em 2001, em *Mimesis e Expressão*. [Rodrigo Duarte e Virginia Figueiredo, orgs.] Belo Horizonte: Editora UFMG, pp. 192-295.

² *Docteur* em *Sciences Politiques et Sociales* pela UCL (*Université Catholique de Louvain*) – Bélgica; *Pós-doutorado* em Filosofia Contemporânea (*Institut Supérieur de Philosophie* – UCL); Professora aposentada da UFMG (FAFICH - Departamento de Filosofia); Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito da UNIPAC em Juiz de Fora (MG).

vivante [MV]⁸: “A tríade *poiêsis* – *mimêsis* – *catharsis* retrata de maneira exclusiva o mundo da poesia, sem confusão possível com a tríade *retórica* – *prova* – *persuasão*” (MV, p. 18; trad. port., p. 20). Em vista da autonomia que reclama para a sua leitura da *Poética*, Belo afirma que teria sido bem conveniente concordar aqui com Ricoeur e “aceitar que não há “confusão possível” entre ela e a *Retórica*”. No entanto, a *persuasão* (*pithanon*) tem um lugar importante na *Poética* (no capítulo 9), justamente, dizia ele, “num dos lugares decisivos da definição da *mimêsis*, precedendo a sequência argumentativa aonde encontraremos a teoria aristotélica da *katharsis*, certamente ligada à “composição inteligível” do *muthos* trágico, mas definida em função do público espectador” (LAN, pp. 6-7).

Em *La métaphore vivante*, ao caracterizar a função persuasiva da retórica, Ricoeur aproxima esse conceito retórico de persuasão do conceito de *eikos* (verossímil), e afirma que o grande mérito de Aristóteles foi o de construir sobre essa relação todo o edifício de uma retórica filosófica (MV, p. 17; trad. port., p. 18). Mas, se o conceito de *eikos* é um conceito central na *Retórica* (é no *eikos* que se apoia o *entimema*, ou como dizia Ricoeur, o “silogismo da retórica”), também é central na *Poética*. Ao contrário do *logos apophantikos* (“que se apoia na necessidade (*anankaion*) da *phusis* e se destina a um público restrito”), tanto o discurso público e político da retórica, como a representação trágica, “se destinam a um público largo” cujas paixões (*pathê*) e costumes (*êthê*), dizia Belo, “têm de ser tidas em conta”. Segundo ele, o paralelismo a estabelecer seria então o seguinte: “retórica – prova (entitema [sic] sobre o *eikos*) – persuasão do público – *praxis* deste; poesia trágica – *mimêsis* (*muthos* sobre a necessidade ou o *eikos*) – persuasão do público – *katharsis* das suas emoções” (LAN, p. 7).

Tratava-se para Belo, em toda esta leitura, de “procurar interpretar qualquer passo da *Poética* por outros passos da *Poética*, tanto quanto fazer se possa” (LAN, p. 13). Essa regra rígida vale para todos os conceitos que fazem parte intrínseca do labor teórico do texto: esses conceitos (os conceitos *Cn*) “recebem, em momento determinado do texto, um tratamento por definição e caracterização diferencial em relação aos outros, desenhando *constelações* (C) entre eles que é o próprio objecto do texto” (LAN, p. 17; ES, p. 171). É claro que isso não significa “interditar o recurso a outros textos aristotélicos ou à tradição pré-aristotélica” (LAN, p. 13). Ou seja, a regra rígida que Belo impôs à sua leitura da *Poética*, não vale para aqueles conceitos já tratados em outros textos do corpus aristotélico, escritos antes da *Poética*⁹, e que Aristóteles apenas cita, “sem se dar ao trabalho de retomar as respectivas definições

⁸ Ricoeur, *La métaphore vive* [MV]. Paris: Seuil, 1975. Trad. port. de Joaquim Torres Costa e Antônio M. Magalhães: *A Metáfora Viva* (Porto: Rés, 1983).

⁹ Opondo-se a Gerald F. Else (*Aristotle's Poetics: The Argument*, 1957) e a Daniel de Montmollin (*La Poétique d'Aristote: texte primitif et additions ultérieures*, 1951), Belo segue aqui Roselyne Dupont-Roc e Jean Lallot (Aristote, *La Poétique*. Texte, traduction, notes [Prefácio de Tzvetan Todorov]. Paris: Seuil, 1980). Ele quer, assim, “evitar especulações e interpretações inevitavelmente arbitrárias e tentar ler o texto que temos, como redigido certamente em mais de um momento mas obedecendo à coerência de uma mesma mão, tentando restituir, adentro dessa coerência presumida, algumas tensões como resultantes da própria teoria do texto” (LAN, p. 9).

e caracterizações: assim como *phusis, dunamis, ergon, etc.*” (LAN, p. 16). Para estes conceitos (os conceitos *Pr*), e seus *paradigmas* (P), Belo afirma que o seu conhecimento do aristotelismo o guiará mais resolutamente, “embora a restituição dos respectivos paradigmas na *Poética*”, insiste ele, “seja sempre a regra de ouro da leitura” (LAN, p. 13). Há, sem dúvida, ao seguir essa regra de leitura “um certo risco de enclausurar a *Poética* nela mesma” (LAN, p. 13). Mas esse risco é inerente à própria “semântica textual” proposta por Belo em *Epistemologia do Sentido*.¹⁰ Esse risco “será obviado ‘de facto’”, dizia ele, pela atenção dada à *polissemia* (“o recurso a outros textos corre sempre o risco de ignorar polissemias”) e pelo oferecimento de sua leitura “ao trabalho de outros especialistas de outros textos do corpus aristotélico e filosófico em geral” (LAN, p. 13).

Tendo apresentado as principais sequências dos argumentos do texto da *Poética* (LAN, pp. 25-34, e p. 341), Belo afirma que essa estrutura sequencial coloca três questões gerais de interpretação:

1) como são selecionadas as três artes poéticas (a tragédia, a comédia e a epopeia) na sequência A (que vai de 1.47a13 a 3.48b2-3)¹¹?

2) por que, após a sequência B (que vai de 4.48b4 a 6.49b22), a *tragédia* é privilegiada, levando a melhor sobre a epopeia na sequência E (que vai de 26.61b26 a 26.62b15) e a comédia nem sequer sendo tratada *ex professo*?¹²

¹⁰ Ver ES, p. 242, p. 246, e pp. 315-334. Por um lado, Belo espera que os leitores mais atentos de *Leituras de Aristóteles e de Nietzsche* e de *Epistemologia do Sentido* sejam justos e não o qualifiquem de “estruturalista” (LAN, p. 14). E seria talvez necessário retomar aqui a distinção entre o estruturalismo como modelo universal de explicação, ou uma filosofia estruturalista, e um estudo ou uma análise estrutural de determinados textos. Ricoeur aprecia muito essa última abordagem, que seria, segundo ele, não apenas “um modo de fazer justiça ao texto” mas de levar o texto “ao melhor de suas articulações internas, independentemente das intenções do autor e, portanto, de sua subjetividade”. Esse aspecto do estruturalismo não é estranho a Ricoeur: ao afirmar a *autonomia semântica do texto*, ele sempre defendeu “a ideia que este escapa a seu autor e significa por si mesmo”. É justamente essa autonomia semântica do texto que o abre “a abordagens que só levam em conta a sua objetividade, enquanto dito, escrito e, portanto, objetivado”. Ricoeur não confunde esse tipo de análise com uma filosofia estruturalista, “que, de sua prática, tira uma doutrina onde o sujeito é eliminado de sua posição de enunciador do discurso” (P. Ricoeur, *La critique et la conviction*. Entretien avec François Azouvi et Marc de Launay. Paris: Calmann-Lévy, 1995, pp. 119-120). Tanto Belo como Ricoeur são familiares da prática estrutural e têm, ao mesmo tempo, uma relação de conflito com o estruturalismo. Por outro lado, se a leitura da *Poética* apresentada por Belo tem em conta Derrida, não é derridiana: “Como P. Lacoue-Labarthe a propósito de Nietzsche, também “eu não sou Derrida” (“La dissimulation: Nietzsche, la question de l’art et la ‘littérature’” (1972), *Nietzsche aujourd’hui* 2, Paris, UGE, 1973, p. 45)” (LAN, p. 14).

¹¹ As referências são dadas por Belo, como é habitual, pelo número do capítulo respectivo e a paginação da edição Bekker, omitindo sempre os dois primeiros algarismos das páginas (14), que não mudam ao longo de todo o texto. Assim, por exemplo, a primeira linha da *Poética* é citada 1.47a8, e não 1447a8 (LAN, p. 10).

¹² As razões, não explicitadas pelo texto, que levaram não apenas “a selecionar essas três artes do leque mais vasto das artes poéticas” (a epopeia, a tragédia, a comédia, a poesia ditirâmbica,

3) por que, entre as seis partes da tragédia, a saber o *muthos*, os *éthê*, a *dianoia*, a *lexis*, a *melopoiia* e a *opsis* (6.49b22 a 6.50b20), o *muthos* e a *lexis* preenchem o essencial do tratado (e também no tratamento da epopeia)? Por que a *opsis* e a *melopoiia* nem sequer são tratadas, a primeira desconsiderada como a “menos artística” e “estranha à arte poética”? (LAN, p. 341).

A primeira e a terceira questões são respondidas por Belo, na sua releitura da *Poética*, pelo reconhecimento do privilégio do *logos-muthos* e da *mimesis*, em correlação com a primazia do *logos-ousia* (LAN, pp. 176-196). A segunda questão, escreve Belo, “é respondida através da distinção, ao longo de toda a leitura, de duas linhas de argumentação, segundo o *eidós* e segundo o *éthos*, respectivamente” (LAN, p. 341).

A primeira linha de argumentação permite não apenas dizer as três diferenças que classificam as diversas artes poéticas mas também distinguir as seis partes da tragédia; segundo Belo, é nessa linha que se joga o termo de *logos* cujo trabalho polissêmico ele tentou elucidar (LAN, pp. 178-181). A tese que Belo desenvolve, na sua releitura da *Poética*, é a de que a polissemia do termo *logos* nessa obra “realiza um trabalho, por assim dizer escondido, dissimulado, na teoria do texto; (...) esta tensão polissêmica permanece indecisa no texto grego, são as traduções que (inevitavelmente, quiçá) decidem” (LAN, p. 181).

A segunda linha de argumentação prossegue a tarefa teórica de dizer o *telos* e o *ergon* da tragédia (ver LAN, p. 74), termo que se pode incluir, na filosofia aristotélica, no paradigma de *dunamis* (LAN, p. 35, p. 38, e p. 74). O par *dunamis/ergon* possibilita a Belo mostrar a articulação entre estas duas linhas de argumentação. Segundo ele, o que articula essas duas linhas “é uma *phusis* humana, no que esta tem de indeterminação segundo a escolha (...) a cargo do poeta: deste depende a melhor ou pior realização da *dunamis* da arte poética, enquanto *technê*” (LAN, p. 197). O triplo discurso da *Poética* a partir do capítulo 6 resulta desta indeterminação: o discurso *teórico* propriamente dito, que define a tragédia no que ela é como potencialidade; o discurso *normativo*, que enuncia o que a tragédia deve ser como *ergon*, próprio e melhor, mais belo; o discurso do *historiador-testemunha* enfim, que considera o que, de fato, as tragédias são, adequadas ou não à norma que o Filósofo diz.¹³ O mais que o Filósofo pode dizer,

a flauta e a cítara) mas também a privilegiar a tragédia, são decisivas, insistia Belo, “para se perceber a filosofia do *logos* que é a da P[oética]” (LAN, p. 27).

¹³ Ver LAN, p. 197. O discurso *teórico* propriamente dito, escreve Belo, “é o que garante a ossatura sequencial da argumentação da *Poética*”; o discurso *normativo* se subordina ao discurso teórico “por vezes em ocorrências curtas, outras em capítulos mais longos (como os caps. 13 e 14)”; quanto ao discurso do *historiador-testemunha*, ele pode aparecer em qualquer momento do discurso teórico ou do discurso normativo, “interrompendo-os”, e é nesse discurso, afirma Belo, “que ocorrem as numerosas citações exemplificativas de peças poéticas concretas, mormente tragédias e epopeias, exemplos que devem confirmar a teoria e a norma, mas por vezes lhes impõem distorções” (LAN, p. 10).

em seu discurso normativo, “é a meta a atingir”, mas a importância do discurso do historiador-testemunha “diz os limites de um tal dizer normativo, impondo ao Filósofo os casos empíricos das tragédias realmente feitas” (LAN, p. 197).¹⁴

O filósofo, diferentemente do poeta (que “trabalha no *logos*, faz *logos*”), “é o homem do *logos*” e pode dizer, portanto, “a partir da *ousia* poética, quais as condições para que o poeta faça boa poesia, em polémica contra os maus poetas”; mas o filósofo deve, no entanto, “reconhecer os seus limites para dizer o que só a boa natureza ou a loucura dos poetas permite que suceda” (LAN, p. 198). O que interessa aqui a Aristóteles? Se a sua resposta é diferente da de Platão, a questão é, no entanto a mesma:

“Trata-se de uma questão propriamente “política” (...). Contra a expulsão dos poetas da República ideal por Platão, Aristóteles é mais comedido: reconhece-lhes um lugar, desde que a sua poesia efectue a *katharsis* dos espectadores – o que o Filósofo não poderá eventualmente conseguir – mas subordinando a Poesia à Filosofia, a *mimêsis* à definição da *ousia*” (LAN, p. 198).

O objetivo último da *Poética*, o seu *ergon* próprio, escreve Belo, “é criar as condições para uma aliança entre a Tragédia e a Filosofia”. E ele explicita esse *ergon* da *Poética*:

“Como quem, numa situação política pós-democrática, vê como inimigo poético número um gerado pela democracia a comédia (a única vez que o termo “democracia” aparece na *Poética* é em relação com o surgimento da comédia, em 3.48a32), por um lado, mas, por outro, considera o papel antigo da epopeia de facto ultrapassado: a tragédia seria assim o sucessor democrático daquela, a forma poética que procura manter aceso o ideal da *aretê* na passagem que este fez à forma (...) da justiça da *polis*. Por que a necessidade de uma tal aliança? Porque o filósofo, segundo a confissão de 4.48b14s, pouco tem em comum com os outros homens, mas estes têm prazer em aprender e a tragédia reune-os à volta da sua cena e pode ter efeitos sobre eles, em relação à magna questão do destino humano, que é a mira pedagógica fundamental do filósofo. (...) haverá então que meditar sobre a surpresa que a tragédia provoca no seu público e sobre as condições de ela poder operar efeitos nobres, de elevação catártica das “emoções” dum público inconstante” (LAN, pp. 199-200).

¹⁴ Assim, “se é claro que a tragédia é uma arte poética que faz a *mimêsis* de homens melhores do que nós, como conclui o capítulo 2 [da *Poética*], e que portanto Sófocles, segundo 25.60b33ss, deverá ser mais trágico do que Eurípedes, tal não impede que este último (num passo polémico, é certo, de 13.53a29s) seja dito o mais trágico de todos os poetas. Afirmiação que se dá num contexto historicamente curioso, aquele em que se decide que a melhor tragédia é a que conduz um herói da boa à má sorte, curioso no sentido em que ele parece ter decidido para a posteridade o sentido que sempre damos ao próprio termo de “tragédia” e que esse capítulo da P[*oética*] parece dar a entender não estar fixado no tempo de Aristóteles (...)” (LAN, pp. 197-198).

A tragédia não apenas merece mas *exige* que o filósofo se debruce sobre ela, que lhe defina a *ousia* – “É, portanto, a tragédia *mimêsis*: (A) de uma acção [...] nobre (ou elevada), finalizada [...] e tendo [...] extensão, (B) em *logos* aprazível [...], separadamente [...] (utilizada) cada uma [...] das espécies [...] nas partes [...], (C) por meio de fazedores de drama [...] e não através de narração [...], (D) através de [...] *eleos* e *phobos* levando a cabo [...] a purificação [...] deste tipo de emoções [...]” (*Poética* 6.49b24-27; LAN, p. 66)¹⁵ porque a poesia, trágica ou não, dizia Belo, “radica-se num solo perigoso e movediço, a que chamamos imaginário; pede que o poeta seja louco e tenha uma boa natureza, uma boa loucura em suma” (LAN, p. 200). Se a tragédia resulta ser, na *Poética*, “a *mimêsis* de uma *praxis* una e total”, explicitava Belo, “é porque uma como que analogia com a *ousia* filosófica (...) joga ao longo da análise, pré-determinando-a”. A tarefa do filósofo consistiria, portanto, em impor à tragédia “os códigos que a definem e analisam”, em “dizer-lhes as normas, avaliar as realizações concretas” (LAN, p. 200).

Mas afinal, que sabe o filósofo do destino mais do que o poeta? O filósofo, concluía Belo, “não pode mais do que admirar o poeta e confessar, em silêncio, uma como que inveja, a de não saber compor *muthous* (...) que revelam um tal poder de *psuchagôgia*, de sedução, de condução catártica das almas que as leva a saber o que não sabem sabendo” (LAN, pp. 201-202).

Na sua releitura da *Poética* (LAN, pp. 175-203), Belo não se limita a retomar a bipolarização desta obra entre o discurso filosófico e o discurso poético e a dizer que essa bipolarização constitui a própria ossatura fundamental do texto. A citação da *história* (“narrativa de acontecimentos únicos sucedidos realmente”), no início do capítulo 9, e depois no capítulo 23, vai permitir ao autor explicitar uma articulação triangular, na *Poética*, entre filosofia, poesia e história. Belo coloca cada um desses tipos de discurso no vértice de um triângulo, e mostra que cada um dos seus lados une dois vértices com algo que lhes é comum e opõe-se ao terceiro (ver LAN, p. 177). O vértice *poesia*, diferentemente do vértice filosofia e do vértice história, “joga-se no campo do possível (da *mimêsis* una) e opõe-se ao lado que se joga no *real* [grifo nosso], seja no particular das acções realmente sucedidas que a história conta, seja no real conhecido filosoficamente pela definição da *ousia*” (LAN, p. 176). Entre o *real* e o *possível*, se porá a questão “da relação mimética como desvio e a de seu retorno, como *katharsis*, ao “real” do espectador” (LAN, p. 177). Mas, como se trata de um triângulo, é previsível, observava Belo, “a contaminação recíproca destas três problemáticas e a inevitável complicação da análise” (LAN, p. 177).

Esse triângulo permitiu a Belo caracterizar a supremacia da filosofia sobre a poesia-tragédia:

¹⁵ Mas Belo afirma que a sua tradução de (B) é ininteligível: “*hêdusmenô, logô e hekastô* encontram-se no dativo, tratando-se de cada um dos “elementos” aprazíveis (condimentos, temperos) do *logos*, como “meios” em que a *mimêsis* se opera (*rhythmos, harmonia e melos*) e que são utilizados, separadamente enquanto espécies (ou “meios”) diferentes, segundo as partes da tragédia, no sentido do capítulo 12” (LAN, p. 66).

1 e *mimesis* 3 e que constituem “a montante” e “a jusante” de *mimesis* 2. *Mimesis* 2 constitui, assim, o eixo da análise de Ricoeur;

3) a refiguração da ordem pré-compreendida da ação, ou o que ele chama de *mimesis* 3. É justamente nessa capacidade da configuração narrativa “de refigurar a nossa experiência temporal confusa, informe e, ao limite, muda” que reside a *função referencial* da narração (TR1, p. 13).

O pressuposto de toda essa leitura, explicitado no primeiro volume de *Temps et Récit* (TR1: 85-129) e depois confrontado com a historiografia (TR1, pp. 137-313) e com a análise estrutural da narrativa¹⁸, é que existe uma correlação (que não é meramente acidental) entre a atividade de narrar uma história e o caráter *temporal* da experiência humana: “o tempo torna-se tempo humano na medida em que é articulado enquanto narração” e “a narração é significativa na medida em que esboça os traços da experiência temporal” ou “*quando ela torna-se uma condição da existência temporal*” (TR1, p. 17, e p. 85).

No plano puramente *formal*, Ricoeur definiu a composição da intriga como um dinamismo integrador que transforma um diverso de incidentes *em* uma história una e completa (TR2, p. 18). Toda a questão consiste, então, em saber se o paradigma que caracteriza a tragédia (a tragédia é para Aristóteles uma imitação das ações humanas, mas essa imitação, explicitava Ricoeur, passa pela criação de uma intriga que possui os traços de *composição* e de *ordem* que faltam aos dramas da vida cotidiana) pode ser aplicado ao conjunto do campo narrativo.

A tarefa de Ricoeur consistia em explicitar as implicações temporais desse modelo. No que diz respeito à atividade mimética ou *mimesis*, ao distinguir, por um lado, o momento que ele chama de “montante” (*l'amont*) da configuração narrativa (e é nesse momento da *mimesis*, ou na pré-compreensão do mundo da ação, que se enraíza a configuração narrativa) e, por outro lado, o momento que ele chama de “jusante” (*l'aval*) da configuração narrativa (o momento que marca a abertura dessa configuração), Ricoeur caracteriza a configuração narrativa como representando o momento de *mediação* entre esses dois momentos, o do enraizamento e o de abertura. Esta articulação entre os três momentos da atividade mimética torna-se o fio condutor da relação entre tempo e narração que ele vai explorar.

A tese de Ricoeur é a de que o próprio sentido da operação configurante constitutiva da composição da intriga - portanto, o próprio sentido de *mimesis* 2 - resulta de sua posição intermediária entre a *mimesis* 1 e a *mimesis* 3, uma posição de mediação que consiste em transfigurar a “montante” em “jusante” pelo seu poder de configuração. É esta tese que Ricoeur confronta, no segundo volume de *Temps et Récit*, à tese que caracterizaria, segundo ele, a *semiótica* do texto, que afirma que uma *ciência* do texto pode ser elaborada a partir da única abstração de *mimesis* 2 e que, portanto, privilegia apenas as leis internas da obra ou do texto literário, sem considerar o que ele chamou aqui de “montante” e “jusante” do texto (TR1, p. 86). A tarefa da *hermenêutica*, ao contrário, consiste em “reconstruir o conjunto das operações através das quais uma obra surge a partir do fundo opaco do viver, do agir

¹⁸ P. Ricoeur, *Temps et Récit*. Tome 2: *La configuration du temps dans le récit de fiction* [TR2]. Paris: Seuil, 1984, pp. 49-149.

e do padecer, para ser dada por um autor a um leitor que a recebe e muda, assim, o seu agir” (TR1, p. 86). Se, para a semiótica, o único conceito operatório permanece o de *texto literário*, para a hermenêutica, a problemática a ser investigada é, insistia Ricoeur, a do “processo concreto pelo qual a configuração textual é uma *mediação* entre a prefiguração do campo prático e a sua refiguração pela recepção da obra” (TR1, p. 86). O leitor ganha nesta abordagem hermenêutica um privilégio: com efeito, é ele que “assume pelo seu fazer (a ação de ler) a unidade do percurso que vai de *mimesis 1* a *mimesis 3* por meio da *mimesis 2*” (TR1, p. 86). É nessa dinâmica da configuração narrativa que se encontra a chave para o problema da relação entre tempo e narração. Tratava-se, assim, de seguir “o destino de um tempo prefigurado a um tempo refigurado pela mediação de um tempo configurado” (TR1, p. 87).

A configuração narrativa só ganha o seu sentido pleno quando é restituída ao tempo do agir e do padecer em *mimesis 3*. A *mimesis 3* marca a intersecção do mundo configurado pela narração e do mundo no qual a ação efetiva se desdobra e desdobra sua temporalidade específica. Do lado da narração histórica, a noção de *rastro*, de *vestigio* (*trace*), é “um dos instrumentos através dos quais a história “refigura” o tempo”.¹⁹ Do lado da narração de ficção, é através do ato de *leitura* que a ficção retorna ao campo prático da existência. O ato de leitura retoma e termina o ato configurante. Seria, assim, para além da leitura, na *ação efetiva*, instruída pelas obras recebidas, dizia Ricoeur, que a configuração do texto torna-se refiguração (TR3, p. 230).

Ricoeur tinha dito, em *La métaphore vivante*, que a poesia através de seu *muthos* re-descreve o mundo. Em *Temps et Récit*, é a mediação da leitura que permite explicitar o confronto entre dois mundos, o mundo fictício (imaginário) do texto e o mundo real (efetivo) do leitor. Trata-se, agora, de colocar a problemática, bastante complexa, da *referência* e da *verdade* da narração. A história fala do “real” como passado, as obras literárias falam do “irreal” como ficcional. Toda esta investigação dos entrecruzamentos da história e da ficção conduz Ricoeur ao centro do problema que ele ainda tinha chamado de *referência cruzada* no primeiro volume de *Temps et Récit* (TR1, pp. 117-124), mas que prefere chamar agora de *refiguração cruzada* para designar os efeitos conjuntos da história e da ficção no plano do agir e do padecer humano (TR3, p. 150). A refiguração do tempo pela história e pela ficção concretiza-se através dos empréstimos que cada um destes modos narrativos faz ao outro. A historiografia e a ficção literária refiguram *em comum* o tempo humano, cruzando *sobre* ele os seus modos referenciais (TR1, p. 124). Ricoeur chama de *representância* (*représentance*), ou de “*lieutenance*”, as relações entre as construções da história e o seu “vis-à-vis”, a saber, um passado abolido e ao mesmo tempo preservado em seus vestígios. Há algo que corresponde, na ficção, a essa noção de representância: os efeitos da ficção, efeitos de revelação e de transformação da vida prática, efeitos que são, essencialmente, dizia Ricoeur, efeitos de leitura (TR3, p. 149, e pp. 229-263). Ele tentou, assim, determinar, numa teoria da leitura alargada, a convergência entre a narração histórica e a narração de ficção (TR3, pp. 264-279). O terceiro volume de *Temps et Récit* consiste, pelo menos nos oito primeiros capítulos, num diálogo, ou melhor, numa conversa triangular entre a fenomenologia do tempo, a historiografia e a narração de ficção.

¹⁹ P. Ricoeur, *Temps et Récit*. Tome 3: *Le temps raconté* [TR3]. Paris: Seuil, 1985, pp. 171-183.

Fraude à execução e a súmula n.375 do STJ

Antônio Pereira Gaio Júnior¹

Resumo

Trata-se de artigo onde se enfrenta a relevante temática processual da fraude à execução e os seus importantes aspectos à luz da Súmula n.375 do Superior Tribunal de Justiça, delimitando necessários requisitos para a sua real configuração.

Palavras-chave: Fraude à execução; súmula n.375; requisitos necessários.

Abstract

This is article where it faces the relevant procedural fraud theme enforcement and its important aspects in the light of Precedent n.375 of the Superior Court of Justice, defining requirements for your actual configuration.

Keywords: Fraud enforcement; precedent n.375; necessary requirements.

Introdução

A responsabilidade patrimonial

Conforme o princípio da patrimonialidade, exceto no que toca ao devedor de alimentos a execução há de ser sempre patrimonial.²

Entende-se que o devedor garante o crédito junto aos credores por meio do seu patrimônio, respondendo, inclusive, conforme o art. 591, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições legais, pelo cumprimento das suas obrigações.

É sabido que, no âmbito do direito das obrigações, o débito (*schuld*) diferencia-se da responsabilidade patrimonial (*haftung*), estando ambos os institutos, de regra, sempre associados, isto é, quem deve responde com seu patrimônio pela dívida.

¹ Pós-Doutor em Direito – Univ. de Coimbra-Pt; Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos – Ius Gentium Conimbrigae; Doutor em Direito – UGF; Mestre em Direito – UGF; Pós-Graduado em Direito Processual – UGF; Prof. Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ; Membro da International Bar Association- IBA; Membro Efetivo do Instituto Iberoamericano de Direito Processual - IIDP; Membro Efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB Nacional; Advogado, Consultor Jurídico e Parecerista; e-mail: www.gaiojr.adv.br

² Fundamental trazer à lume neste ínterim, a Súmula Vinculante de n. 25:

“É ILÍCITA A PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL, QUALQUER QUE SEJA A MODALIDADE DO DEPÓSITO.”

Notadamente, no entanto, não compreendendo o direito como uma ciência exata, há de ter situações sob as quais débito e responsabilidade patrimonial se postam dissociadas, sendo, por isso, possível determinado cidadão dever, mas diferentemente do comum, não responder pela dívida assumida com o seu patrimônio, *v.g.* nos casos de dívida de jogo, ao qual impedido estará de ser demandado, ainda que pese a existência da dívida contraída.

Por outro lado, ocorrem igualmente momentos em que determinada pessoa se vê compelida a responder com patrimônio próprio, dívidas por ela não contraídas, portanto, que não poderiam ser a ela atribuídas.

Correto será afirmar, como já dito, que em sede de via executiva judicial, devem ser atingidos apenas e tão-somente os bens do devedor demandado, impedido-se, via de regra, de agressão a bens de eventual terceiro. Do contrário, caberá ao terceiro impetrar respectiva ação de embargos de terceiro a fim de evitar, efetivamente, que seus bens participem de medidas judiciais, inclusive aquelas relativas à expropriação ainda que indevidas.

O art. 592 do CPC relaciona hipóteses excepcionais pelas quais terceiros, ainda que não tenham figurado como partes na execução, terem seus bens atingidos e, diante de tais previsões legais, estarem impossibilitados de opor com sucesso o supracitado embargo de terceiro.

Vale ressaltar que referidos terceiros não são devedores bem como não figuram no polo passivo da execução. A despeito disso, possuem responsabilidade patrimonial diante de determinada dívida, estando seus bens sujeitos à execução.

Assim, temos que a responsabilidade patrimonial estenderá sobre os bens:

a) Do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória (art. 592, I).

Vale lembrar neste íterim que, a alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, não altera a legitimidade das partes (*ex vi* do art. 42, *caput*), de modo que a sentença, uma vez proferida entre as partes originárias da demanda, terá seus efeitos refletidos sobre o adquirente ou o cessionário da coisa (art. 42, § 3º). Deve-se ter em mente que a alienação, nesse caso, é irrelevante ou ineficaz para o processo, ainda que para as órbitas da relação jurídica material possa ser válida, possibilitando, inclusive, responsabilidades do alienante perante ao adquirente.

A Lei n. 11.382/2006 incluiu, expressamente, ao presente inciso a “obrigação reipersecutória”.

Reipersecutórias são aquelas ações pessoais em que “o autor demanda coisa que lhe pertence ou lhe é devida e não se encontra em seu patrimônio ou está em poder de terceiro”³, não se importando em qual direito material esteja debruçando a demanda.

Sejam, portanto, diretos reais ou direitos pessoais (obrigações reipersecutórias), o presente inciso impõe o seu cabimento.

³ SÁNCHEZ, A. Cabanillas. *Enciclopédia Jurídica Básica*. Vol. I Madrid: Editorial Civistas, 1995, p. 131.

Assim, mantém-se o bem vinculado ao processo e à execução, podendo o terceiro, caso queira defender seu direito, fazê-lo em sede de embargos de terceiro e não em embargos do devedor, pois que não se altera a legitimidade das partes sem a anuência da parte contrária, ou seja, aquela *persona ex adversa* do alienante do bem e, não sendo o terceiro parte, caberá a sua defesa no modelo acima referido.

b) Do sócio, nos termos da lei (art. 592, II).

Nas legislações civil e comercial encontramos hipóteses onde tipos de sociedades têm, na figura do sócio, respectiva responsabilidade solidária e subsidiária pelas dívidas da empresa (*v.g.* sociedades em nome coletivo – art. 1.039 do C.Civil; sócio comanditado, nas sociedades em comandita simples – art. 1.045 do C.Civil, etc.) Nesses termos, será plenamente possível, nas execuções ajuizadas em face de determinada empresa, ser atingidos bens de seus sócios.

Comumente, a regra é que a sociedade, como detentora de personalidade jurídica própria, responda por suas dívidas, e apenas, residualmente, responda pelos bens particulares dos sócios nos casos fixados por lei, de acordo com o art. 596. E, ainda que tal fato ocorra, poderá o sócio se resguardar, exigindo que, primeiro, sejam expropriados os bens da sociedade. Para tal benefício de ordem, tem o sócio executado o ônus de nomear os bens da sociedade, livres e desembaraçados na comarca, suficientes para pagar o débito, tudo conforme o art. 596, § 1º.

Pagando, eventualmente, a dívida da sociedade, terá o sócio direito de executar a própria sociedade nos autos do mesmo processo (art. 596, § 2º).

Serão de possível ocorrência casos em que o juiz, percebendo que o uso da empresa foi para empreender manifesta abusividade e má-fé, desconsiderar sua personalidade jurídica.

Nisso, convencendo-se o magistrado da utilização abusiva da sociedade, deve autorizar a penhora de bens dos sócios. Se eles não se conformarem, será facultado ajuizarem respectivos embargos do devedor ou de terceiro⁴, em que a questão da desconstituição da personalidade jurídica poderá ser discutida com toda amplitude.

c) Do devedor, quando em poder de terceiro (art. 592, III).

Estando os bens do devedor, ainda que em poder de terceiro, continuará ele sujeito à execução, sem que seja necessário sequer recorrer às regras da responsabilidade patrimonial.

Nesse caso, caberá, residualmente, resolver a questão acerca dos eventuais direitos que envolvem o terceiro, esse, detentor ou mesmo possuidor daqueles bens, e ainda a análise da relação jurídica deste com aquele devedor, fator de resolução a sobrepair no negócio jurídico realizado entre ambos.

⁴ Há uma variedade de decisões cujo entendimento é o de que, determinada a desconstituição da personalidade jurídica, os sócios, até então terceiros, deverão ser citados com o fito de integrar a execução. Nesse entendimento, a defesa dos sócios deveria ser feita por meio dos embargos de devedor, e não de terceiro.

Com relação à eficácia da sentença e seus efeitos em face do terceiro, deverá ser observado o que já foi motivo de análise da alínea “a” supra, relativa ao casuísmo do art. 592, I, sendo o bem entregue ao exequente para posterior ato de expropriação, facultando ao terceiro propor respectiva ação de embargos de terceiro.

d) Do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida (art. 592, IV).

Existem casos em que os bens de um cônjuge respondem pelo cumprimento da obrigação contraída pelo outro cônjuge, muito embora aquele esteja formalmente incluso no título executivo apresentado pelo credor.

Conforme disciplina o art. 3º da Lei n. 4.121/62, (tendo consonância os arts. 1.644, 1.663, § 1º, 1.664 e 1.666, todos do C.Civil):

Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.

Por outro lado, de acordo com o arts. 1.643 e 1.644 do C.Civil⁵, um cônjuge responderá pelas dívidas do outro caso elas houverem revertido em proveito do casal ou da família, independente do regime de bens. Portanto, se só o marido contraiu a dívida e se só ele está sendo executado, será possível atingir os bens ou a meação da mulher desde que a dívida tenha beneficiado a ambos.

Há, nesse sentido, uma presunção relativa de que a dívida contraída por um dos cônjuges ao outro se beneficia; por conseguinte, o cônjuge responde pela dívida do outro até provar que não foi beneficiado.

Se tal cônjuge quiser se livrar da penhora de seus bens ou a sua meação, deverá ele opor embargos de terceiro, no qual terá o ônus de demonstrar que a dívida não o favoreceu, mesmo tendo ele sido intimado da penhora, dado que não figuraria como parte na execução.⁶

O próprio art. 1.046 do CPC, em seu § 2º, dispõe que para fins de embargos de terceiro, equipara-se “a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial”. A meação do cônjuge, por isso, deve ser defendida, certamente, com específico pedido de exclusão da execução pelo manejo dos embargos de terceiro.

Por outro lado, se pretende discutir a validade ou a eficácia do título executivo, estará agindo como parte e, então, suas argumentações só poderão ser realizadas por meio dos embargos do devedor (art. 736) ou impugnação (art. 475-L), dependendo da via executiva.⁷

⁵ “Art. 1.643. Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro:

I – comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;

II – obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.

Art. 1.644. “As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam, solidariamente, ambos os cônjuges.”

⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.

⁷ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 204.

Em síntese, poderá o cônjuge do executado opor, alternativa ou cumulativamente, embargos de terceiro e do devedor ou impugnação, dependendo do que ele queira alegar. Em sendo intimado da penhora e querendo discutir validade ou a eficácia do título executivo e mesmo o débito, deverá opor embargos de devedor. Se pretender apenas livrar da constrição os seus bens, ou a sua meação, a via adequada serão os embargos de terceiro, valendo anotar que, caso o cônjuge intimado da penhora venha alegar questão pertinente à meação embargos de devedor, em lugar de embargos de terceiro, tratar-se-á de mera irregularidade formal, não acarretando prejuízo algum à parte contrária.

Do contrário, o que se não tolera é a situação bem colocada por Theodoro Jr. quando o cônjuge usa os embargos de terceiro, fora do prazo dos embargos do devedor – dependendo da via satisfativa, impugnação – para discutir o mérito da dívida do executado. Aí, sim, a preclusão da faculdade de embargar a execução inviabiliza o deslocamento da lide principal para o procedimento acessório.⁸

e) Alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução (art. 592, IV). Nesse caso, observar-se-á o item a seguir.

Fraude à execução e a incidência da súmula n.375

O art. 593 do CPC enumera as hipóteses de alienação de bens em fraude à execução nos seguintes termos:

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II – quando ao tempo da alienação ou oneração corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; e III – nos demais casos expressos em lei.

Fraudulenta é a alienação ou a oneração de bens quando sobre eles pender ação fundada em direito real.

O fato é que, conforme o art. 42, *caput*, a alienação, nesse caso, será ineficaz perante a parte contrária.⁹

A alienação de coisa ou do direito litigioso, a título particular por ato entre vivos não é vedada, no entanto, não modifica ou altera a legitimidade das partes originárias da demanda, sendo ainda ineficaz em relação ao credor.

Nesse caso, o adquirente da coisa ou bem litigioso poderá intervir no processo se o quiser, na qualidade de assistente litisconsorcial ou mesmo substituindo o alienante ou cedente, desde que consinta a parte contrária. Intervindo ou não, porém, estará o adquirente sujeito aos efeitos da sentença, conforme inteligência do art. 42, § 3º, logicamente, com as devidas exceções do art. 55, hipótese essa já analisada em nosso vol. I quando do enfrentamento à temática da “Assistência”.

Outra hipótese configuradora da fraude à execução relativa à alienação ou oneração de bens é aquela esculpida no inciso II do art. 593, isto é, quando corre contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

⁸ *Ibidem*.

⁹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p.113-114.

Nesse caso, tal como no anterior acima enfrentado, para que se configure a fraude à execução, necessário é que haja demanda em curso, ainda que seja ação de conhecimento.

Importante aqui ressaltar contínua controvérsia que existia acerca do momento inicial a partir do qual a alienação de bens seria configurada como em fraude de execução: do ajuizamento da ação (art. 263) ou seria necessária a citação.

O Superior Tribunal de Justiça foi mais além, e através da edição da Súmula n. 375, estabeleceu o seguinte entendimento:

“O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Nestes termos, ainda que ocorra a alienação do bem no curso da demanda e sobre ele pender ação fundada em direito real e / ou quando ao tempo da alienação ou oneração corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à Insolvência, não mais somente consideram-se motivos para que, indubitavelmente, reconheça-se a presença inequívoca de fraude contra credores.

Soma-se, a partir da supracitada súmula editada pelo STJ que, somente a partir do registro da penhora do bem alienado, devidamente levada ao registro do bem é que a alienação se configura fraude de execução, sendo imprescindível a ciência, pelo adquirente, de demanda fundada em direito real¹⁰ ou capaz de reduzir o alienante à insolvência. Nota-se aí, em sede de Cumprimento da Sentença, Processo de Execução ou mesmo diante de eventual concessão antecipatória de Tutela.

Na mesma toada, em sede de processo de conhecimento, a despeito de inexistência de qualquer tutela antecipatória do feito, no caso da alienação ou oneração de bens, quando sobre estes bens estiver pendente ação fundada em direito real, *ex vi* do art. 593, I, deverá o autor da ação registrar a citação válida nas margens do próprio registro do bem, p. ex. em sendo imóvel, no próprio Cartório Imobiliário, e com isso dar efetiva publicidade do ato, tornando absoluta a presunção da ciência da demanda por parte do adquirente, configurando-se presunção *juris et de jure*, e daí abrindo espaço para a comprovação de aquisição do bem por parte de adquirente de má-fé.

Por outro lado, não sendo levado a cabo o registro da citação como alhures, caberá ao autor (credor) provar que o terceiro tinha ciência da ação, prova esta, em boa parte, de difícil comprovação.

Vale ressaltar que todo entendimento do necessário registro da citação encontra importante fundamento legal na própria Lei de Registros Públicos, *ex vi* de seu art. 167, I, 21, *in verbis*:

¹⁰ Ações cuja pretensão de direito material nelas discutidas possui natureza real, tais como reivindicatória, usucapião, ações que versem sobre penhor, hipoteca, anticrese etc.

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I - o registro:

(...)

21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;

Em se tratando de alienação ou oneração de bens ao tempo em que corria demanda em face do devedor-alienante, esta capaz de reduzi-lo a insolvência, da mesma forma, haverá presunção absoluta quando o adquirente saiba da existência da ação, ou por já constar no cartório registral do bem algum registro dando conta de sua existência, ou porque o credor por outros meios provou que do ajuizamento da ação o adquirente tinha ciência.

Cabe aqui pontuar que, muito embora tendo semelhanças, fraudes contra credores e de execução, são institutos com conteúdos que não se confundem.

É a fraude contra credores instituto relacionado ao direito material, recebendo tratamento pelo C.Civil (arts. 158 a 165) como defeito do negócio jurídico. Já a fraude de execução é instituto, eminentemente, de trato processual, configurando-se em ato atentatório à dignidade da justiça do art. 600, I.

São institutos semelhantes na medida em que em ambos o devedor aliena bens, tornando-se insolvente.

Diferem-se, no entanto, pois que, na fraude contra credores, a dívida já existe, porém ainda não há ação judicial em andamento ou, ainda que haja, não ocorreu a citação válida do devedor – réu¹¹ ao passo que, na fraude de execução, o credor – autor litiga, judicialmente, em face do devedor – réu, estando este, inclusive, já citado. Ambas prejudicam diretamente os interesses do credor, todavia a fraude de execução, exclusivamente, fere também a dignidade da justiça.

As duas modalidades fraudulentas geram a ineficácia da alienação, contudo dita ineficácia só poderá ser reconhecida por meio do manejo de uma ação própria denominada “pauliana” e, desde que provada a má-fé do adquirente, quando da hipótese de fraude contra credores. Já, ocorrendo a fraude de execução, essa que advém de uma ação judicial em andamento, ante o conhecimento da ocorrência de alienação, sua ineficácia poderá ser decretada nos próprios autos, sendo desnecessário o ajuizamento da respectiva ação pauliana, presumindo-se ainda a má-fé do adquirente.¹²

¹¹ “A alienação, pelo devedor executado, de bens a terceiros antes da citação, para responder à ação que poderia reduzi-lo à insolvência, não caracteriza fraude à execução, podendo, quando muito, configurar fraude contra credores, reclamável por meio de ação pauliana”. (RP 6/314). No mesmo sentido, STJ, 4ª T., REsp. 37931-6-RJ, Rel. Min. Fontes de Alencar, v.u., *DJU* 20.02.1995, Ementas STJ 16, 296, 146; STJ, 4ª T., REsp. 55884-0-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 12.12.1994, v.u., *DJU* 20.02.1995, p. 3193 e *BolAASP* 1897/45e.

¹² A despeito da Edição da Súmula n. 375, já tinha a jurisprudência condicionado a alienação em fraude à execução, ao conhecimento real ou presumido de terceiro adquirente no que se refere à existência de ação real pendente sobre o objeto litigioso, visto o caráter obrigatório da inscrição das ações imobiliárias no Registro Público – Lei n. 6.015/73 – questão consolidada após a própria exigência da lei de que a penhora sobre bem imóvel também viesse a ter sua inscrição no registro competente – Lei n. 8.953/94.

Uma vez iniciada a execução e constatada a insolvência do devedor, cujos bens não foram encontrados, ou o foram em valor insuficiente e reconhecida pelo juiz a fraude à execução, declarará esta a ineficácia das alienações ocorridas a partir da citação do devedor, já no pretérito processo de conhecimento.

Ainda, de acordo com o inciso III do art. 593, haverá a incidência da fraude à execução quando a lei assim o determinar, sendo caso exemplificativo aquele do art. 672, § 2º.

A necessidade de reprimir com severidade a fraude de execução levou o legislador a considerá-la ato atentatório à dignidade da justiça.

São tipificadas no art. 600 as condutas consideradas atentatórias do executado que:

“I – fraudar a execução; II – se opõe, maliciosamente, à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III – resiste, injustificadamente, às ordens judiciais.”

Em seguida, de maneira expressa, prevista está pelo art. 601 a devida punição para tal conduta do executado, competindo ao magistrado a aplicação de multa de 20% do valor atualizado do débito, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, quer sejam elas de ordem material e/ou processual, atentando-se que o valor da multa será revertido em favor do credor, exigível no âmbito da própria execução.

Referências bibliográficas

- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SÁNCHEZ, A. Cabanillas. *Enciclopédia Jurídica Básica*. Vol. I Madrid: Editorial Civistas, 1995.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Assim, reconhecia-se de maneira firme que, “sem o prévio assento no registro público de imóveis relativo à demanda pendente, a alienação de imóvel litigioso não será objetivamente havida como fraudulenta.” STF, 1º T., AI 96.838 – Ag. Rg, Rel. Min. Alfredo Buzaid, ac. 20.03.1984, in, *RTJ* 111/690.

La responsabilità civile dell'internet provider in Italia: attuazione della Direttiva europea sul commercio elettronico contro tendenze della giurisprudenza

Mauro Tesaro¹

Gli artt. 12-15 della Direttiva europea sul commercio elettronico

La responsabilità civile dell'internet provider verso terzi per il materiale reso per il suo tramite reperibile in rete da un utente², trova il suo fondamentale riferimento normativo a livello europeo negli artt. 12-15 della Direttiva 2000/31/CE, comunemente denominata Direttiva sul commercio elettronico. Si tratta di una disciplina di favore per il solo provider che possiamo sinteticamente definire "passivo", cioè che si limita a compiere una attività «di ordine meramente tecnico, automatico e passivo»³. Peraltro questo provider, quando può essere considerato responsabile, tiene una condotta – a seconda dei casi, attiva od omissiva – che sembra comunque fornire un qualche apporto causale all'illecito posto in essere dall'utente⁴.

¹ Professore aggregato di diritto civile, Università degli Studi di Verona

² Che si aggiunge, ovviamente, alla responsabilità civile dell'utente verso i medesimi terzi.

³ Nel considerando n. 42 della Direttiva testualmente si afferma: «Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate». L'importanza di questo considerando per l'interpretazione della Direttiva è stata sottolineata da Corte di Giustizia dell'Unione europea, 23 marzo 2010, C-236/08, C-237/08 e C-238/08, in *www.curia.eu*, n. 113 s., con particolare riguardo a una ipotesi di hosting. Secondo un diverso orientamento, peraltro, l'attività di hosting di cui all'art. 14 della Direttiva non sarebbe necessariamente solo "passiva": v. la successiva nota n. 11.

⁴ Si tende a parlare di responsabilità del provider per fatto altrui (cfr., per esempio, MANNA, *La disciplina del commercio elettronico*, Padova, 2005, p. 230). Ma questo non significa che il provider sia chiamato a rispondere in assenza di un suo pure minimo apporto causale alla commissione dell'illecito, in quanto una simile deroga al sistema della responsabilità civile necessiterebbe di essere esplicitamente prevista, ciò che non sembra che la Direttiva abbia fatto.

La disciplina di favore è articolata in due livelli concorrenti. Il primo livello, generale, vale per qualsiasi prestatore "passivo" ed è incentrato sull'assenza di un obbligo generale di sorveglianza (art. 15). In ciò sta una scelta fondamentale, quella di delineare un modello di responsabilità soggettiva, incompatibile non solo con una responsabilità oggettiva ma anche con una responsabilità soggettiva aggravata, o per colpa presunta, del tipo di quella contemplata, per esempio, nell'art. 2050 del codice civile italiano con riguardo alle attività pericolose⁵.

Il secondo livello, speciale, è caratterizzato da vari presupposti per la responsabilità civile⁶ del provider che si aggiungono a quelli propri di ciascun sistema nazionale⁷. Questi presupposti ulteriori sono differenziati a seconda del tipo di attività concretamente svolta dal provider in ogni caso di specie, cioè «mere conduit» ovvero semplice trasporto (art. 12⁸), «caching» ovvero memorizzazione temporanea (art. 13⁹) e «hosting» ovvero memorizzazione non temporanea (art. 14¹⁰). Queste tre tipologie sono ordinate secondo una crescente intensità

⁵ Infatti, la dimostrazione di «avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno», richiesta dal citato art. 2050 per escludere la responsabilità di chi svolge una attività pericolosa, rischierebbe di coincidere, per il provider, con la dimostrazione avere predisposto un capillare sistema di sorveglianza sui materiali gestiti, in ossequio a un obbligo generale di sorveglianza. In argomento, cfr., tra i tanti, NIVARRA, voce Responsabilità del Provider, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, Aggiornamento II*, Torino, 2003, 1198; SICA, *Recepta la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corriere giuridico*, 2003, p. 1254; FACCI, *La responsabilità dei Providers*, in Rossello, Finocchiaro, Tosi (a cura di), *Commercio elettronico*, in *Trattato Bessone*, Torino, 2007, p. 239 s.; DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service Provider*, Milano, 2010, pp. 174 ss. e 230.

⁶ Non si tratta, a differenza di quanto si potrebbe a prima vista pensare, di cause di esonero da responsabilità in senso tecnico: in questo senso, v., per esempio, BRAVO, voce *Commercio elettronico*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, V, Milano, 2012, p. 309.

⁷ V. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 23 marzo 2010, C-236/08, C-237/08 e C-238/08, in www.curia.eu, n. 107, dove si afferma: «La sezione 4 della direttiva 2000/31, che comprende gli artt. 12-15, recante l'intestazione "Responsabilità dei prestatori intermediari", è diretta a limitare le ipotesi in cui, conformemente al diritto nazionale applicabile in materia, può sorgere la responsabilità dei prestatori di servizi intermediari. È pertanto nell'ambito di tale diritto nazionale che vanno ricercati i requisiti per accertare una siffatta responsabilità, fermo restando però che, ai sensi della sezione 4 di tale direttiva, talune fattispecie non possono dar luogo a una responsabilità dei prestatori di servizi intermediari» (v. anche, nello stesso senso, Corte di Giustizia dell'Unione europea, 12 luglio 2011, C-324/09, in www.curia.eu, n. 107). Su questi temi, cfr., nella dottrina italiana, tra i tanti, R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003, p. 178; DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, p. 294.

⁸ Nel cui 1° comma si precisa che l'attività di semplice trasporto è «consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione».

⁹ Nel cui 1° comma si precisa che l'attività di caching è «consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio», però anche con, da parte del prestatore di servizi della società dell'informazione, la «memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltrare ad altri destinatari a loro richiesta».

¹⁰ Nel cui 1° comma si parla del servizio di hosting come di quello «consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio».

dell'attività e corrispondentemente una crescente responsabilità, però sempre nell'ambito di un regime di favore rispetto a quello comune.

La Direttiva lascia comunque aperta la possibilità che azioni inibitorie siano esperibili anche in assenza dei presupposti di responsabilità appena accennati, come risulta dal considerando n. 45¹¹.

Non è invece sottoposto alla disciplina di favore contenuta nella Direttiva il provider "attivo"¹², comunemente denominato content provider. Tale è non solo il provider che immette in rete materiali propri¹³, ma anche il provider che eserciti un'autorità o un controllo sull'attività illecita posta in essere da un utente. Con riguardo a quest'ultimo prestatore di servizi della società dell'informazione, infatti, il comma 2 dell'art. 14 della Direttiva esclude che si applichino persino i particolari presupposti di responsabilità previsti per il provider esercente l'attività "passiva" sottoposta al regime più gravoso, quella di hosting.

Con la disciplina appena accennata, il legislatore comunitario persegue l'obiettivo fondamentale di sviluppare il commercio elettronico¹⁴. In quest'ottica, si è cercato un equilibrato bilanciamento dei confliggenti interessi¹⁵, ma emerge un evidente favor per il provider, perlomeno finché esso rimane "passivo", anche se ciò può comportare il sacrificio della opposta posizione dei titolari di diritti lesi on-line¹⁶.

¹¹ Ai sensi del quale: «le limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi previste nella presente direttiva lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie di altro tipo. Siffatte azioni inibitorie possono, in particolare, essere ordinanze di organi giurisdizionali o autorità amministrative che obbligano a porre fine a una violazione o impedirli, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima».

¹² Secondo un orientamento, peraltro, il considerando n. 42 (citato *supra*, nota n. 2) si riferirebbe solo alle attività di semplice trasporto e di caching, non anche a quella di hosting. Quest'ultima rimarrebbe sottoposta alla disciplina di favore contenuta nella Direttiva anche se non completamente "passiva", ma in parte "attiva" (almeno finché non sussista un controllo, da parte del provider, sui contenuti inseriti dagli utenti): in questo senso, v., di recente, nella dottrina italiana, BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di Hosting Provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, p. 2006 s.

¹³ Nel qual caso, il provider deve essere trattato alla pari di ogni altro autore di un illecito, non potendo il solo fatto dell'utilizzo del mezzo tecnico di internet incidere sul normale giudizio di responsabilità: cfr. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service Providers*, in *Danno e responsabilità*, 2002, p. 5.

¹⁴ Infatti, nei primi considerando della Direttiva 2000/31/CE si afferma, testualmente, che «lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione nello spazio senza frontiere interne è uno strumento essenziale per eliminare le barriere che dividono i popoli europei» (considerando n. 1), e poi anche che «lo sviluppo del commercio elettronico nella società dell'informazione offre grandi opportunità per l'occupazione nella Comunità, in particolare nelle piccole e medie imprese. Esso faciliterà la crescita delle imprese europee, nonché gli investimenti nell'innovazione ed è tale da rafforzare la competitività dell'industria europea a condizione che Internet sia accessibile a tutti» (considerando n. 2).

¹⁵ Si contrappongono, fondamentalmente, l'esigenza di non penalizzare i provider, che sono essenziali per lo sviluppo del commercio elettronico, e l'esigenza di salvaguardare i danneggiati negli illeciti commessi attraverso internet, i cui autori potrebbero essere non identificabili o insolventi: cfr., tra i tanti, BRAVO, *op. cit.*, p. 308.

¹⁶ In argomento, cfr., per esempio, DI CIOMMO, *op. cit.*, p. 293, dove si afferma che la Direttiva è finalizzata a garantire una sorta di immunità ai provider che si limitano a svolgere un ruolo tecnico di intermediazione; cfr. anche PONZANELLI, *op. cit.*, p. 9, secondo cui la Direttiva avrebbe

Le particolarità della disciplina di attuazione italiana: in generale;

In Italia, gli artt. 12-15 della Direttiva sono stati attuati con gli artt. 14-17 del decreto legislativo n. 70 del 2003. La disciplina italiana, in assoluta prevalenza, ricalca in modo (criticabilmente¹⁷) pedissequo la Direttiva, ma, in alcuni punti, presenta notevoli particolarità.

Limitandoci qui a evidenziare le particolarità, viene in rilievo, innanzi tutto, il 2° co. dell'art. 17, dove si è esercitata una facoltà di scelta che l'art. 15, comma 2¹⁸, della Direttiva aveva espressamente lasciato agli Stati Membri. Il legislatore italiano prevede, testualmente, che il provider "passivo", qualsiasi sia il tipo di attività svolta, «è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite».

Sempre con riguardo alla disciplina generale, applicabile a qualsiasi provider "passivo", fondamentale è poi il 3° co. dell'art. 17, dove si prevede, testualmente, che «il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero, se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente». Questa previsione non attua alcuna precisa disposizione della Direttiva, ma non mi sembra – anche se non manca chi ha sostenuto proprio questa tesi¹⁹ – che contrasti con il diritto dell'Unione

adottato una soluzione di equilibrio, però sostanzialmente vicina a una regola di immunità per i provider; PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003, p. 289.

¹⁷ In senso critico rispetto a questo atteggiamento del legislatore italiano, che riproduce nella disciplina nazionale formulazioni imprecise e vaghe giustificabili al livello della normativa europea (che deve poter essere recepita in ordinamenti nazionali molto diversi tra loro) ma non anche al livello dei singoli Stati Membri, v., per esempio, MANNA, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸ Ai sensi del quale: «Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati».

¹⁹ O. TROIANO, *L'impresa di content, host ed access providing*, in *AIDA*, 2007, p. 368, il quale parla di un non corretto recepimento della Direttiva che dovrebbe indurre il giudice nazionale a disapplicare, per la parte non conforme, il testo della legge italiana. Non sembra però che questa tesi abbia mai trovato seguito nella giurisprudenza italiana (nemmeno quando essa ha interpretato la disciplina nazionale in senso contrario rispetto alla sua formulazione letterale, come vedremo nel prosieguo nel testo).

Europea. La Direttiva, infatti, intendeva lasciare, sul punto, significativi margini di discrezionalità agli Stati Membri, come risulta dai suoi considerando²⁰.

Ne deriva la sussistenza, per l'Italia, a differenza di altri Stati Membri, di una clausola generale di responsabilità civile del provider "passivo" articolata in due diverse ipotesi alternative: la prima si verifica quando solo l'autorità competente, non anche direttamente il danneggiato o altri, abbia richiesto al prestatore di impedire l'accesso a determinati contenuti, e costui non abbia agito prontamente in tal senso; la seconda, invece, si verifica quando il prestatore abbia, in qualsiasi modo, avuto conoscenza del carattere illecito del contenuto di un servizio e non abbia informato l'autorità competente.

Ciò significa che, secondo il diritto italiano, il provider "passivo" non solo non ha obblighi generali di sorveglianza e di ricerca degli illeciti, ma anche, per il caso che si renda comunque conto dell'illiceità del contenuto di un servizio, è richiesto di compiere un intervento molto limitato, vale a dire non impedirne l'accesso, ma semplicemente informare l'autorità competente, alla quale spetta valutare se sia necessario, oppure non, un intervento più radicale.

Questa ricostruzione deriva, innanzi tutto, dalla formulazione letterale del citato comma 3 dell'art. 17. Essa, inoltre, si giustifica alla luce del fatto che il provider, se fosse tenuto rimuovere i contenuti sospettati di illiceità di un proprio utente senza attendere una comunicazione dell'autorità, dovrebbe fare fronte a una situazione di notevole incertezza, per lui comunque rischiosa. Al provider spetterebbe, infatti, la scelta tra il rischio di risarcire l'utente per la rimozione dei contenuti (qualora i contenuti si rivelassero poi leciti) e il rischio di risarcire i terzi danneggiati dall'utente (qualora i contenuti si rivelassero poi, al contrario, illeciti)²¹. Tanto più che, se il provider scegliesse di correre il primo rischio, e pertanto rimuovesse ogni contenuto minimamente sospettato di illiceità, svolgerebbe un ruolo censorio che potrebbe ledere persino i diritti fondamentali degli utenti, specialmente la loro libertà di manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 della Costituzione italiana²².

²⁰ V. il considerando n. 46, dove si parla del «rispetto [...] delle procedure all'uopo previste a livello nazionale» e si precisa che la direttiva «non pregiudica la possibilità per gli Stati Membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni o della disabilitazione dell'accesso alle medesime» e il considerando n. 48, secondo cui la direttiva «non pregiudica la possibilità per gli Stati Membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite».

²¹ Sul punto, cfr. MENICHIINO, *Sub art. 17 d.lg. n. 70/2003*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, coordinato da Barba e Barenghi, 3^a ed., Milano, 2012, p. 1273. La possibile illiceità della rimozione unilaterale, da parte di un provider, dei contenuti di un utente, anche quando il potere di rimozione sia stato contrattualmente previsto, è stata affermata anche in giurisprudenza: v. Trib. Catanzaro, 30 aprile 2012, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, p. 1174 (con nota di ARANGUENA), e in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, p. 2015 (con nota di DE LEO); Trib. Messina, 6 luglio 2010, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, p. 1807 (con nota di PERRI).

²² In questo senso, v. BRAVO, *op. cit.*, p. 311.

Comunque, in linea con il già ricordato considerando n. 45 della Direttiva, il decreto legislativo n. 70 del 2003 (artt. 14, comma 3, 15, comma 2 e 16, comma 3) lascia aperta la possibilità che qualsiasi provider "passivo" sia destinatario di azioni inibitorie, ordinate dell'autorità giudiziaria o amministrativa, a prescindere dalla sussistenza di una sua responsabilità civile.

(segue) con riguardo all'attività di hosting;

Un'altra peculiarità della disciplina italiana, peraltro collegata a quella appena illustrata, sussiste con specifico riguardo all'attività di hosting.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 16, è esclusa la responsabilità dell'esercente attività di hosting, a condizione che il medesimo, testualmente: «a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso». Emergono qui due importanti differenze rispetto all'art. 14, comma 1, della Direttiva 2000/31/CE²³. La previsione italiana ha, infatti, aggiunto, nella lett. b), l'inciso «su comunicazione delle autorità competenti», e ha anche eliminato la disgiuntiva "o" tra la lett. a) e la lett. b).

Il comma 1 dell'art. 16 è probabilmente la disposizione più rilevante e più controversa dell'intero decreto legislativo n. 70 del 2003. Riguardo a essa, sono state prospettate le più diverse ricostruzioni²⁴. Il significato di questa disposizione

²³ Dove si prevede testualmente: «Gli Stati Membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso».

²⁴ Secondo un orientamento dottrinale, la lett. a) del 1° co. presupporrebbe una distinzione tra l'illecito penale, di cui il provider dovrebbe rispondere solo se «effettivamente a conoscenza» dell'illiceità dell'attività o dell'informazione, e cioè solo se in dolo, e l'illecito civile, di cui il provider dovrebbe invece rispondere anche se semplicemente «al corrente» della «manifesta [...] illiceità dell'attività o dell'informazione», e cioè anche se semplicemente in colpa (cfr., tra gli altri, DRAETTA, *Internet e commercio elettronico*, 2° ed., Milano, 2005, p. 81; RICCIO, *Responsabilità civile degli Internet Providers*, in *Professioni e responsabilità civile*, a cura di Stanzone e Sica, Bologna, 2006, p. 755). Ma la lett. b) parla, testualmente, della «conoscenza di tali fatti», e sembra riferirsi a *tutti* i «fatti» di cui alla lett. a), unitariamente considerati. Per questi fatti una responsabilità civile dell'hosting provider dovrebbe pertanto sussistere solo in caso di inerzia successiva alla effettiva conoscenza, necessariamente derivante da comunicazione dell'autorità competente, dell'altrui illecito (in questo senso, v. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host Provider alla luce del d.lgs. n. 70/2003: esegesi di una disciplina "dimezzata"*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, p. 199).

a me non sembra, però, equivocabile, non solo per la sua formulazione letterale ma anche per la necessità di interpretarla in combinazione con la sopra citata disciplina generale di cui all'art. 17 del decreto legislativo n. 70 del 2003, dove, come abbiamo visto, il legislatore italiano ha compiuto una precisa scelta discrezionale²⁵.

Ciò considerato, occorre, a mio avviso, concludere che l'hosting provider, per andare esente da responsabilità, secondo il diritto italiano, deve: ricevuta una comunicazione dell'autorità²⁶, anche in assenza di percezione diretta dell'illecito, provvedere immediatamente alla rimozione o alla disabilitazione dell'accesso alle informazioni oggetto di contestazione; venuto a conoscenza per altra via, cioè per sua autonoma iniziativa o per segnalazione del danneggiato o di altri, del possibile illecito, limitarsi a informare senza indugio l'autorità²⁷.

La disciplina italiana, così ricostruita, non mi sembra contrastante con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, dove emerge, da un lato, un atteggiamento di minor favore per l'hosting provider, ma si riconoscono anche, dall'altro lato, i notevoli margini di discrezionalità lasciati ai singoli Stati

Però, secondo un diverso orientamento dottrinale (cfr., per esempio, CASSANO - CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei Providers: verso la creazione di un novello «censore telematico»*, in *I contratti*, 2004, p. 88ss.; FACCI, *op. cit.*, p. 247 s.) il provider sarebbe invece tenuto a rimuovere il contenuto sospettato di illiceità, qualunque sia il soggetto che gli invii una segnalazione in tal senso. Ma questa tesi non chiarisce come le due diverse lettere del 1° co. dell'art. 16 possano essere tra loro coordinate e contrasta con i lavori preparatori del decreto legislativo n. 70 del 2003 (nell'ambito dei quali si era ipotizzato di precisare nella legge che la comunicazione da parte dell'autorità non costituisce condizione necessaria per la disabilitazione dell'accesso alle informazioni, ma si è poi scelto di non farlo).

²⁵ Come sottolinea, per esempio, GUIDOBALDI, *You Tube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei Providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, p. 292.

²⁶ La legge non richiede necessariamente un ordine, ma si accontenta di una semplice comunicazione. Inoltre, le autorità competenti, in assenza di precisazioni legislative, possono essere le più diverse, per esempio: l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm, comunemente denominata Antitrust), la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), la Società Italiana degli Autori ed Editori (Siae). Per una simile elencazione, v., CIMINO, *Più a rischio con i servizi di messaggia pubblica*, in *Guida al diritto*, 2013, Dossier n. 5, p. 27.

Particolarmente significativa è la posizione dell'Agcom. Questa Autorità amministrativa indipendente, con «delibera n. 680/13/CONS» del 12 dicembre 2013, «Allegato A», ha adottato un regolamento (reperibile in www.agcom.it), entrato in vigore il 31 marzo 2014, per la tutela del diritto d'autore on-line attraverso una rapida procedura amministrativa (che rimane esclusa nel caso di ricorso all'autorità giudiziaria) di *notice and take down*, gestita dalla medesima Agcom e attivabile su istanza del titolare del diritto d'autore. Parte della dottrina ha però assunto una posizione critica, sostenendo che una procedura di questo tipo (cui fa riferimento anche l'art. 21, 2° co., della Direttiva come possibile oggetto di un futuro riesame: sul punto v. anche la successiva nota n. 48) non potrebbe essere disciplinata da un atto normativo privo di forza di legge, quale un semplice regolamento di una Autorità amministrativa indipendente: v. BRAVO, *op. cit.*, p. 313 s.

²⁷ Per una simile posizione, v. MANNA, *op. cit.*, po. 205 ss. e 228 s.; BRAVO, *op. cit.*, p. 311 s.

Membri. La Corte, infatti, afferma che l'hosting provider è, in linea di principio, tenuto a rimuovere le informazioni illecite inserite da suoi utenti anche su semplice segnalazione di parte²⁸, e ciò è comprensibile vista la formulazione della lett. b) dell'art. 14, n. 1, della Direttiva (differente, però, da quella della lett. b) dell'art. 16, comma 1, del decreto legislativo n. 70 del 2003, nei punti sopra indicati). Ma la medesima Corte sostiene anche che spetta, in ultima analisi, ai giudici nazionali concretizzare una nozione, quella di «operatore economico diligente», come tale tenuto ad attivarsi, i cui confini la Direttiva ha evitato di precisare²⁹.

L'atteggiamento della giurisprudenza italiana: introduzione;

La Direttiva avrebbe sicuramente consentito l'adozione di un modello di responsabilità diverso e più gravoso di quello, estremamente favorevole per i provider, risultante dalle sopra citate previsioni del decreto legislativo n. 70 del 2003³⁰.

²⁸ Tanto che taluni Autori hanno criticamente parlato di una impostazione che rischia di attribuire al provider una responsabilità oggettiva, dubitando che questa conclusione sarebbe compatibile con i principi che regolano la responsabilità civile nei vari ordinamenti (v. Rossi, *Aste on-line: sulla responsabilità del Provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia*, in *Contratto e impresa*, 2012, 73; cfr. anche DI BENEDETTO, *Il caso eBay: un esempio di regole dettate dalla prassi che integrano la legge*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, 45).

²⁹ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 12 luglio 2011, C-324/09, in *www.curia.eu*, specialmente nn. 120-122, dove si è testualmente affermato: «è sufficiente, affinché il prestatore di un servizio della società dell'informazione non possa fruire dell'esonero dalla responsabilità previsto dall'art. 14 della direttiva 2000/31, che egli sia stato al corrente di fatti o di circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità di cui trattasi e agire in conformità del n. 1, lett. b), di detto art. 14. Inoltre, affinché non siano private del loro effetto utile, le norme enunciate all'art. 14, n. 1, lett. a), della direttiva 2000/31 devono essere interpretate nel senso che riguardano qualsiasi situazione nella quale il prestatore considerato viene ad essere, in qualunque modo, al corrente di tali fatti o circostanze. Sono quindi contemplate, segnatamente, la situazione in cui il gestore di un mercato on-line scopre l'esistenza di un'attività o di un'informazione illecite a seguito di un esame effettuato di propria iniziativa, nonché la situazione in cui gli sia notificata l'esistenza di un'attività o di un'informazione siffatte. In questo caso, pur se, certamente, una notifica non può automaticamente far venire meno il beneficio dell'esonero dalla responsabilità previsto all'art. 14 della direttiva 2000/31 — stante il fatto che notifiche relative ad attività o informazioni che si asseriscono illecite possono rivelarsi insufficientemente precise e dimostrate —, resta pur sempre fatto che essa costituisce, di norma, un elemento di cui il giudice nazionale deve tener conto per valutare, alla luce delle informazioni così trasmesse al gestore, l'effettività della conoscenza da parte di quest'ultimo di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità».

³⁰ Un modello meno favorevole per il prestatore di servizi della società dell'informazione è presente, per esempio, nel diritto tedesco, dove, con particolare riguardo alla attività di hosting, il § 10 del Telemediengesetz (TMG) non richiede una comunicazione dell'autorità al fine di rendere attuale l'obbligo per il provider di attivarsi. Un modello simile a quello italiano è, invece, presente in Spagna, dove la ley n. 34 del 2012 con riguardo ai «prestadores

Nella giurisprudenza italiana, non si è ancora pronunciata la Cassazione (salvo un obiter dictum poco significativo³¹), ma sono reperibili numerose pronunce di giudici di merito, però fortemente oscillanti³². Emergono, comunque, due tendenze giurisprudenziali che vanno in una direzione esattamente opposta rispetto alla finalità della disciplina italiana, cioè in una direzione di favore soprattutto per i titolari di diritti lesi on-line.

La prima tendenza aggrava rispetto al modello legale la responsabilità dell'hosting provider, considerandolo obbligato a intervenire, per rimuovere contenuti illeciti di un destinatario del servizio o per disabilitarne l'accesso, su semplice segnalazione di parte, e non solo su comunicazione dell'autorità. La seconda tendenza riguarda, invece, le attività di più dubbia classificazione, per le quali, di frequente, si preferiscono ricostruzioni comunque dirette ad aggravare, piuttosto che attenuare, la responsabilità del provider.

Illustriamo ora entrambe queste tendenze attraverso due casi esemplificativi, tra loro molto simili, che sono stati decisi, rispettivamente, a Roma e a Milano.

(segue) la tendenza secondo cui l'hosting provider dovrebbe intervenire su semplice segnalazione di parte;

Per la prima tendenza, è paradigmatico il seguente caso. Sui siti YouTube e Google Video sono visualizzabili gratuitamente da parte degli utenti sequenze

de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos», al 1° co. dell'art. 16 testualmente prevede: «Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse» (una previsione simile a quella appena citata è poi contenuta anche nel 1° co. dell'art. 17 della medesima ley con riguardo ai «prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda»).

³¹ Cass., 5 aprile 2012, n. 5525, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 452 ss., dove, in sostanza, si accenna solo che Google, in quanto motore di ricerca, non svolge, normalmente, alcun ruolo attivo.

³² Per questo motivo quasi tutte le pronunce si concludono compensando le spese legali, dopo avere sottolineato l'incertezza della materia: v., tra le tante, Trib. Roma, 13 dicembre 2011, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, p. 468 (con nota di MERLA), dove si parla «della mancanza di un univoco orientamento giurisprudenziale»; Trib. Roma 22 marzo 2011, *ivi*, 2011, p. 541, dove si evidenziano le «oscillazioni della giurisprudenza europea»; Trib. Milano, 25 ottobre 2010, *ivi*, 2011, p. 302, dove si definisce «la questione giuridica sottesa al ricorso di complessa soluzione e priva di precedenti giurisprudenziali di legittimità».

del programma televisivo italiano "Grande Fratello". I diritti di utilizzazione e di sfruttamento economico di detto programma spettano però in esclusiva, su tutto il territorio italiano, a una società (Reti Televisive Italiane – RTI) che lamenta un danno da sviamento di clientela, in quanto gli utenti, potendo reperire il programma gratuitamente on-line, evitano di guardarlo, dietro corrispettivo, sulle sue pay tv. La citata società, in un primo momento, invia varie richieste stragiudiziali di rimozione dei contenuti illeciti, di fronte alle quali le controparti rimangono però inattive.

Si instaura pertanto un giudizio, dove, con una prima ordinanza, il Tribunale di Roma³³ condanna, in sede cautelare, YouTube e Google alla immediata rimozione dai propri server dei contenuti oggetto di contestazione e inibisce l'ulteriore prosecuzione della violazione dei relativi diritti di utilizzazione e sfruttamento economico.

I provider propongono però reclamo, che viene respinto, con conferma della precedente decisione, da una successiva ordinanza sempre del Tribunale di Roma³⁴ dove si trova affermato, testualmente, che l'hosting provider è tenuto a «rimuovere materiale illecitamente trasmesso, dopo aver avuto conoscenza dall'avente diritto a mezzo di diffide della sua presenza in rete con conseguente denunciata lesione di diritti esclusivi, e ciò senza dover attendere un apposito ordine, come pretenderebbe di fare la reclamante YouTube, da parte dell'autorità giudiziaria»³⁵.

Una simile conclusione, cioè il dovere per il prestatore di rimuovere il materiale illecitamente trasmesso da suoi utenti sulla base di semplici segnalazioni di parte³⁶, dovrebbe valere, in diritto italiano, per il content provider. Quest'ultimo, esercitando una autorità o un controllo sul destinatario del servizio (come prevede l'art. 16, comma 2, del decreto legislativo n. 70 del 2003, in attuazione dell'art. 14, comma 2, della Direttiva), è sottoposto non alla speciale disciplina di favore di cui al decreto legislativo n. 70 del 2003, ma alla comune disciplina della responsabilità civile. Nel caso di specie, non è escluso che sussistessero elementi, sia pure discutibili, per sostenere una simile classificazione di YouTube e Google. Ma il Tribunale di Roma preferisce classificarli come hosting provider e applicare pertanto il 1° comma dell'art. 16 del decreto legislativo n. 70 del 2003, interpretandolo però in modo contrastante con il suo significato che abbiamo in precedenza chiarito.

³³ Trib. Roma, 16 dicembre 2009, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 1323 ss. (con nota di SARACENO).

³⁴ Trib. Roma, 11 febbraio 2010, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, p. 275 ss. (con nota di GUIDOBALDI).

³⁵ Trib. Roma, 11 febbraio 2010, cit., p. 276 s.

³⁶ Questa conclusione apre, peraltro, il complicato problema della precisazione del livello di specificità che dovrebbe caratterizzare le segnalazioni di parte, al fine di far scattare l'obbligo, per il provider, di intervenire: in argomento, cfr. MANTELEO, *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, p. 417 s.

Una simile posizione si trova seguita anche in varie altre pronunce di merito³⁷. Peraltro non mancano pronunce di segno opposto, sotto il profilo esegetico, a mio avviso, molto più rigorose³⁸.

(segue) la tendenza ad aggravare piuttosto che attenuare la responsabilità del provider nei casi più dubbi.

La seconda tendenza giurisprudenziale è bene esemplificata dal seguente caso. Nella sezione video del portale Yahoo!, dove è consentita la condivisione di contenuti audio e video da parte degli utenti, sono gratuitamente reperibili, in associazione a messaggi pubblicitari, frammenti video di varie trasmissioni televisive i cui diritti di sfruttamento economico spettano a una società (sempre Reti Televisive Italiane – RTI), la quale utilizza i medesimi contenuti, oltre che in televisione, su proprie pagine web. La citata società diffida pertanto, innanzi tutto in via stragiudiziale, Yahoo! a rimuovere i filmati. Di fronte all'inattività della controparte, la conviene poi in giudizio sperando tutela inibitoria e risarcitoria.

³⁷ V., per esempio, Trib. Roma, 22 marzo 2011, cit., p. 532 (su cui v. anche i commenti di RICCIO, in *Danno e responsabilità*, 2011, p. 758 ss.; GIOVANELLA, in *Danno e responsabilità*, 2011, p. 847 ss.; COLANGELO, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, II, p. 901 ss.), secondo cui, testualmente, «il gestore di un motore di ricerca [...] una volta che è venuto a conoscenza del contenuto illecito di specifici siti, identificati dai cosiddetti URLs (Uniform Resource Locator) è in condizione di esercitare un controllo successivo e di impedirne la indicizzazione ed il collegamento e da quel momento sorge la legittima pretesa del titolare del diritto di proprietà intellettuale di disabilitazione del link per l'accesso ai medesimi contenuti informativi. La mancata attivazione del gestore del motore di ricerca in tal senso lo rende responsabile in concorso di una contraffazione dei diritti di proprietà intellettuale, non essendo il suo agire, nella consapevolezza dell'illecito, coperto dalla esenzione di responsabilità». V. anche Trib. Viterbo, 14 ottobre 2010, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, p. 106 s. (con nota di VIGNUDELLI), secondo cui, testualmente, «il gestore di un sito internet è responsabile di quanto scritto da terzi nei forum presenti sul proprio sito se non provvede ad eliminare i commenti lesivi segnalati dal soggetto che si ritiene diffamato. [...] egli ha l'onere — su segnalazione dell'interessato che si ritiene diffamato — di provvedere alla cancellazione delle espressioni diffamatorie».

³⁸ V., per esempio, Trib. Firenze, 25 maggio 2012, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, p. 1210 (con nota di SCANNICCHIO, e in *Corriere giuridico*, 2013, p. 505 s., con nota di SICA), dove si afferma, testualmente, che «il requisito della conoscibilità effettiva della pretesa illiceità dei contenuti on-line, necessario ai fini della valutazione di responsabilità dell'ISP, non può essere dimostrato unilateralmente dalla parte che assume la lesione, ma è necessario che un organo giurisdizionale competente ne dichiari la effettiva illiceità dei dati o ne ordini la rimozione». V. anche, sulla stessa linea di pensiero, Trib. Milano, 16 luglio 2007, in *Diritto dell'internet*, 2008, p. 134 (con commento di CUNEGATTI), dove si afferma che «è sostanzialmente non rilevante l'inoltro di diffide stragiudiziali volte a costituire doveri di intervento dell'intermediario, come si desume dalle norme del decreto legislativo n. 70 del 2003 che abilitano unicamente l'autorità giudiziaria (o amministrativa di vigilanza) a disporre la cessazione delle (altrui) violazioni da parte del prestatore, su ricorso giurisdizionale dell'avente diritto».

Il Trib. Milano³⁹ accoglie entrambe le domande, sostenendo che l'inattività della parte convenuta di fronte a una semplice diffida stragiudiziale sia un comportamento idoneo a determinarne la responsabilità, a partire dalla data di ricezione di della diffida e per i contenuti indicati nella diffida medesima.

Si tratta, in sostanza, della medesima conclusione cui era giunto il Tribunale di Roma in relazione al caso esaminato nel paragrafo precedente, ma il ragionamento del Tribunale di Milano è molto diverso. Gli artt. 16 e 17 del decreto legislativo n. 70 del 2003 sono, in questo caso, interpretati in modo conforme al loro tenore letterale, ma si ritiene che essi non possano essere applicati a Yahoo!, definito (non un vero e proprio hosting provider ma) un provider di hosting "attivo". In altre parole, secondo il Tribunale di Milano, in certi casi verrebbe in rilievo una sorta di figura intermedia tra l'hosting provider e il content provider. Si potrebbe comunque parlare di hosting, perché il provider memorizza pur sempre i contenuti degli utenti, ma si tratterebbe di un hosting "attivo", perché il ruolo svolto non sarebbe completamente passivo e neutro (soprattutto essendo presente una organizzazione dei contenuti e l'ottenimento un utile economico attraverso la pubblicità). Per questo motivo, la disciplina applicabile non dovrebbe essere quella dell'hosting provider in senso proprio, ma quella, più gravosa, del content provider, cioè la comune disciplina italiana responsabilità civile.

A me sembra, però, che la nozione di hosting "attivo" integri un ossimoro da evitare considerato come l'hosting provider dovrebbe essere, per definizione, "passivo", e proprio per questo motivo sottoposto a uno speciale regime di favore. Se vi è invece esercizio di autorità o controllo, e conseguente un ruolo "attivo", dovrebbe venire in rilievo la diversa nozione di content provider. La legge italiana non contempla figure intermedie⁴⁰.

Comunque, l'aspetto più significativo, con riguardo alla pronuncia del Tribunale di Milano, è che, di fronte a un provider esercente un'attività molto difficile da classificare, in quando in larga misura "passiva" ma almeno per taluni profili forse anche "attiva", cioè per un caso molto dubbio, si preferisce la classificazione (quella di provider di hosting «attivo» o, come si dovrebbe a mio avviso piuttosto dire, di content provider) dalla quale discende il regime di responsabilità più gravoso, rispetto all'altra (quella di hosting provider in senso proprio) che pure sarebbe potuta venire in rilievo.

Così ragionando, però, si esclude l'applicazione della disciplina più favorevole per il provider, in contrasto con l'estremo favor per il prestatore di servizi della società dell'informazione che anima la disciplina italiana. A mio avviso, si potrebbe, al contrario, anche se il punto è dibattuto⁴¹, ipotizzare una interpretazione estensiva

³⁹ Trib. Milano, 9 settembre 2011, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 835 ss. (con nota di SARACENO).

⁴⁰ Sul provider di hosting "attivo", v., in dottrina, di recente, BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di Hosting Provider*, cit., pp. 1999 e 2004, il quale parla di una figura atipica di costruzione giurisprudenziale che rischia di creare incertezza.

⁴¹ Secondo un orientamento dottrinale, infatti, le speciali limitazioni di responsabilità previste nella Direttiva e nella disciplina italiana di attuazione sarebbero invece tassative: v. SICA, *Le*

se non addirittura una applicazione analogica delle previsioni di legge espressive del medesimo favor⁴². Per questa via, nei casi più dubbi, si finirebbe per preferire la qualificazione del prestatore come hosting provider in senso proprio, piuttosto che come content provider (o hosting provider «attivo»).

Però, sia pure in quadro giurisprudenziale molto oscillante, varie altre pronunce italiane utilizzano la nozione di hosting «attivo»⁴³ o comunque adottano, più in generale, classificazioni che tendono ad aggravare piuttosto che attenuare la responsabilità del provider⁴⁴.

Conclusioni

Si può concludere che, sia pure in un quadro tutt'altro che lineare, certa giurisprudenza italiana, pur essendo chiamata ad applicare una disciplina di estremo favore per il provider, si orienta in senso opposto, cioè nel senso di una intensa tutela soprattutto dei titolari dei diritti lesi on-line. In questa materia, forse più che in altre, emerge, pertanto, un significativo divario tra schemi legali e tendenze giurisprudenziali⁴⁵.

La mia impressione è che parte della giurisprudenza italiana cerchi di trovare una strada, sia pure diversa in relazione a casi simili, e sia pure attraverso discutibili acrobazie esegetiche, per riequilibrare in via interpretativa una disciplina nazionale che è percepita (e forse davvero è) troppo sbilanciata in favore dei provider, a eccessivo discapito dei titolari dei diritti lesi on-line. Dal punto di vista della tradizionale articolazione delle fonti del diritto in un ordinamento di civil law, però, ciò desta perplessità⁴⁶.

responsabilità civili, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, a cura di Tosi, Milano, 2003, p. 281 s.

⁴² A una conclusione sostanzialmente di questo tipo si giungerebbe anche se si aderisse all'orientamento dottrinale secondo cui l'attività di hosting potrebbe continuare a giovare della disciplina di favore anche qualora sia non totalmente "passiva", ma per certi aspetti anche "attiva": v. *supra*, nota n. 11.

⁴³ V., tra le altre, Trib. Milano, 7 giugno 2011, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, p. 660.

⁴⁴ Essendo la casistica italiana non concernente il content provider in assoluta prevalenza riferita all'attività di hosting oppure, al limite, a quella di caching, piuttosto che a quella di semplice trasporto. Per riferimenti, sia consentito rinviare a TESCARO, *Sub* artt. 14, 15 e 16 d.lg. n. 70 del 2003, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, 2^a ed., Padova, 2013, p. 1336 ss.

⁴⁵ Sottolineano il ruolo creativo dei giudici, particolarmente evidente nella nostra materia, dove la giurisprudenza sembra addirittura svolgere compiti che fisiologicamente spetterebbero al legislatore, SICA e ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, pp. 377 e 385.

⁴⁶ Su questi temi, cfr., di recente, SICA e GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il «labirinto» delle responsabilità*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, p. 2715, dove si lamenta di un inaccettabile rischio del ritardo del diritto, sia perché il legislatore interviene troppo tardi o appare impotente, sia perché i giudici hanno difficoltà a comprendere certi fenomeni sia perché la dottrina appare incapace di creare sistema.

Più in generale, comunque, la complicata esperienza italiana rende evidente l'opportunità di ulteriori interventi su questa, al momento ancora incerta, materia⁴⁷. Poiché, però, si tratta di una materia per sua natura sovranazionale, per non dire globale, occorrerebbe una uniformazione completa come minimo al livello dell'Unione europea, escludendo ogni possibilità di differenziazione da parte dei singoli Stati Membri⁴⁸. La strada migliore per garantire il raggiungimento di questo obiettivo sarebbe la sostituzione degli artt. 12-15 della Direttiva 2000/31/EG con una disciplina più precisa, preferibilmente contenuta in un apposito regolamento dell'Unione europea. Ma non è questa la direzione per il momento prescelta. Tenendo conto dei suggerimenti provenienti da numerosi interessati nell'ambito di una consultazione pubblica sul commercio elettronico conclusasi il 5 novembre 2010, l'Unione europea ha infatti deciso di non modificare la Direttiva e di limitarsi ad aggiungervi un quadro europeo orizzontale per le procedure di notifica e di intervento⁴⁹.

⁴⁷ Come ha sottolineato, di recente, anche BRAVO, *op. cit.*, pp. 306 e 313 ss.

⁴⁸ L'importanza di una uniformazione sovranazionale, auspicabilmente anche oltre il livello dell'Unione europea, in questa materia, è ben nota alla dottrina italiana: v., per esempio, ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del Provider*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, p. 628 s.

⁴⁹ Nella *Comunicazione della Commissione* intitolata «Un quadro coerente per rafforzare la fiducia nel mercato unico digitale del commercio elettronico e dei servizi on-line» dell'11 gennaio 2012, COM(2011) 942 final, si riconosce, infatti, che «è dunque necessario rendere più efficaci i meccanismi di eliminazione degli abusi e delle informazioni illegali» e si sostiene che «di fronte al moltiplicarsi delle norme e della giurisprudenza negli Stati Membri, emerge la necessità di predisporre un quadro europeo orizzontale per le procedure di notifica e di intervento». Sullo stato di avanzamento dei lavori, cfr. il *Commission Staff Working Document* del 23 aprile 2013, SWD(2013) 153 final, intitolato «E-commerce Action plan 2012-2015. State of play 2013», in particolare la *main action* 12.

Do dever alimentar, da prole nova e dos direitos sexuais do alimentante

Elida Séguin¹

Resumo

O dever dos pais de proverem o sustento dos filhos, enquanto incapazes, tem repercussões jurídicas, em especial quando o pai adquire nova prole e deseja reduzir a quantia paga aos outros filhos. A discussão jurídica sobre o tema esbarra em vários pontos, tais como: os direitos sexuais dos pais, a igualdade entre os genitores e entre os irmãos e também o papel do Poder Público em executar, com sucesso, políticas públicas de planejamento familiar. Mas, muito importante é o ator social Estado Juiz que decide a questão.

Ao sentenciar, deve o magistrado ter em mente as repercussões sociais de sua sentença, posto que não está lidando apenas com papéis, mas decidindo vidas, o destino de pessoas que sofrem, que riem e cuja felicidade será influenciada pela decisão judicial.

Palavras-chave: Direito de família; dever alimentar; direitos sexuais; políticas públicas.

Abstract

The parents' duty to provide their children's maintenance while incapable, has juridical consequences, especially when the parent acquires new offspring and want to reduce the amount paid. The legal discussion on the topic touches on several points, such as the parents' sexual rights, equality between the parents and the other brothers and also the role of public power to execute successfully, public policies of family planning. But most important is the social actor state judge who decides the issue.

In sentencing the magistrate should keep in mind the social repercussions of his sentence, since it is not only dealing with paper, but lives deciding the fate of people suffering, laughing and your happiness will be impacted by the decision This article, on the pretext of discussing sexual rights of parents, discusses the social impact of judicial decisions and its domino effect.

Keywords: family law; duty food; sexual rights; public policies.

Introdução

Às vezes nos apaixonamos por um tema, outras é ele que nos procura. Este artigo é fruto da segunda hipótese. Realmente já havia publicado um artigo sobre Direitos Sexuais, sob o enfoque dos Direitos Humanos,² por entender que

¹ Advogada. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Público, Membro da Associação Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB), do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP) e do Instituto de Advogados do Brasil (IAB). Professora Adjunta da UFRJ (aposentada). Professora do Curso de Direito Ambiental da OAB-RJ. Autora de livros e artigos. Contato: elidaseguin@gmail.com.

² Direitos Sexuais como um Direito Humano. In Direito, Relações de Gênero e Orientação Sexual, Séguin, Elida (coord.), Letra da Lei, Curitiba, 2009, p. 99 a 124.

o rol das garantias que integram a lista dos Direitos Humanos aumenta com a complexidade social, desdobrando alguns itens. Muitos destes acréscimos foram agasalhados no texto constitucional, transmudados em “garantias individuais”, como o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), introduzido no ordenamento internacional pela Convenção de Estocolmo. Nossa Carta, focada no Direito de Família e sem falar em Direitos Sexuais, determina que o Planejamento Familiar é “direito de todo cidadão”. Inegavelmente, estamos diante da constitucionalização dos Direitos Humanos.³

A necessidade de revisitar o assunto despertou quando recebi o Processo número: 0001329-28.2011.8.19.0076, que tramitou perante a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, oriundo da Vara Única da Comarca de São José do Vale do Rio Preto, tendo sido relatora a desembargadora Cláudia Pires dos Santos Ferreira. Nele se discutia um pedido de modificação de cláusula alimentar, fixada em 27%, para um único filho, apesar de o alimentante ter outros três, dois deles nascidos depois do pacto alimentar que se desejava modificar. O alimentante é beneficiário da gratuidade de justiça e lavrador, cuja renda é variável, compatível com a miserabilidade apresentada.

O juiz *a quo* negou a medida liminar e julgou improcedente o pedido, por entender que o nascimento de mais dois filhos não é motivo, “ao menos em primeira análise, pela atual condição econômica descrita na inicial. O fato, portanto, demanda a produção de outras provas no curso da instrução”.

Em audiência de conciliação, instrução e julgamento, outro magistrado decidiu que “o nascimento de filhos não é bastante de modo a alterar o valor fixado anteriormente”, citando as decisões nos processos 0224349-66.2009.8.19.0001 da 10ª CC do TJRJ e 0014917-34.2010.8.19.0207 da 3ª CC do TJRJ, julgando que com isto estava jogando uma pá de cal sobre o assunto. Por entender que a decisão feria a dignidade da pessoa humana e os direitos sexuais do alimentante, foram interpostos os recursos de praxe para atender aos pressupostos de admissibilidade dos Recursos Especial e Extraordinário.

Independentemente do resultado, acho importante ser discutido, pelo mundo acadêmico, estas questões: a fixação de alimentos para um filho retira do alimentante o direito de ter nova prole? E se esta acontecer, as crianças não têm os mesmos direitos dos irmãos mais velhos? A decisão de que a prole nova não é justificativa para rever cláusulas alimentares afronta o princípio da igualdade entre os filhos ou o direito da progenitura voltou? Estas e outras perguntas me acabrunham, assim, decidi escrever para partilhar com vocês as minhas angústias.

Não pretendo esgotar o tema e nem sequer sei se minha tese será acolhida pelos Tribunais Superiores, mas, de qualquer forma, entendo que o Direito é

³ Vale conferir o artigo publicado no site http://srvapp2s.urisan.tche.br/seet/index.php/direito_e_justica/article/view/213. Ou o site <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/direitossexuais.html>.

contextualizado pelo cotidiano social e a multiplicidade de formações familiares, agora juridicamente admitidas, merece uma análise e não apenas a repetição de decisões anteriores, já que o sistema jurídico brasileiro adota o princípio do livre convencimento do magistrado.

Dos direitos sexuais

Os tabus são temas social e hipocritamente evitados, como a morte e a sexualidade humana. Decidi abordar “Cemitério” como tema de doutorado,⁴ fui classificada como exótica e objeto de brincadeiras. Ao estudar o Biodireito, esbarrei com alguns aspectos da sexualidade: o abortamento,⁵ a reprodução assistida, as cirurgias de mudança ou definição de sexo,⁶ o assédio dos que têm orientação sexual alternativa.

Muitas dessas questões, que exigem estudos transdisciplinares,⁷ precisam ter previamente solucionado o aspecto ético, com a problematização dos fundamentos e da axiologia de leis. Variados e provisórios são os valores que um grupo adota, induzindo a meditar sobre a eticidade,⁸ a temporariedade de determinadas condutas e o papel desempenhado pelos profissionais do Direito, em especial os aplicadores de justiça, como agentes de mudança.

Considera-se que a sexualidade integra o rol dos Direitos Humanos, apesar de que muitas pessoas só associam esses direitos aos presos, justificando suas ojerizas ao tema, apesar do Ministério da Saúde reconhecer, em seu sítio, que

Em âmbito internacional, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada no ano de 1948, a comunidade internacional, por meio da Organização das Nações Unidas (ONU), vem firmando uma série de Convenções Internacionais nas quais são estabelecidos estatutos comuns de cooperação mútua e mecanismos de controle que garantam um elenco de direitos considerados básicos à vida digna, os chamados direitos humanos.

⁴ Minha tese foi que a origem da propriedade privada imóvel repousa na coisa cemiterial.

⁵ *Política Pública de Assistência à Mulher: A Questão do Abortamento*. Publicado in. *Revista Direito e Política*, abril a junho de 2006, Ano III, Volume IX, p. 41 a 62.

⁶ *Menino ou Menina? Desordens do Desenvolvimento Sexual*. Publicado na *Revista de Direito e Política*, volume XII, janeiro a março 2007.

⁷ Inicialmente o conhecimento operou em termos de disciplinaridade, dando origem a métodos específicos para conhecer objetos de estudos bem definidos. Com a complexidade do objeto surgiu o enfoque multidisciplinar, onde se procura reunir os vários resultados obtidos sobre o enfoque disciplinar. Posteriormente a interdisciplinaridade transfere métodos de algumas disciplinas para outras identificando novos objetos de estudo. Finalmente a transdisciplinaridade dá um enfoque holístico ao conhecimento, que recupera suas dimensões para compreender o objeto na sua integralidade.

⁸ A eticidade é a aptidão para exercer a função ética, na percepção dos conflitos da vida psíquica e na autodeterminação diante deles in COHEN, Cláudio & SEGRE, Marco. Definição de Valores, Moral, Eticidade e Ética. *Revista Bioética*, 2(1): 19 - 24, 1994.

A Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo, em 1994, conferiu papel primordial à saúde e aos direitos sexuais e aos direitos reprodutivos, ultrapassando os objetivos puramente demográficos, focalizando-se no desenvolvimento do ser humano. A CIPD provocou transformação profunda no debate populacional ao dar prioridade às questões dos direitos humanos.

Durante o **XV Congresso Mundial de Sexologia**, ocorrido em Hong Kong (China) em 1999, a Assembleia Geral da WAS (*World Association for Sexology*) aprovou a Declaração de Direitos Sexuais com o apoio da OMS (Organização Mundial da Saúde). Tais direitos refletem uma visão da sexualidade não apenas como forma de reprodução, mas como fonte de prazer e elemento importante no desenvolvimento humano e nas relações interpessoais.

Integram os Direitos Sexuais: 1. Direito à liberdade sexual; 2. Direito à autonomia sexual, integridade sexual e à segurança do corpo sexual; 3. Direito à privacidade sexual; 4. Direito à igualdade sexual; 5. Direito ao prazer sexual; 6. Direito à expressão sexual; 7. Direito à livre associação sexual; 8. Direito às escolhas reprodutivas livres e responsáveis; 9. Direito à informação baseada no conhecimento científico; 10. Direito à educação sexual compreensiva (abrangente) e 11. Direito à saúde sexual.

A decisão de ter ou não filhos e quando integra o rol destes direitos, sob a rubrica de “escolhas reprodutivas livres e responsáveis”, fincada no livre arbítrio e no acesso à informação.

Assim, por ser hipossuficiente e ter tido um filho, está o apelante condenado a não poder mais procriar? O Estado Juiz que faz essa assertiva é acompanhado por um Estado Administrativo dotado de Políticas Públicas efetivas sobre Planejamento Familiar? É facultado à população hipossuficiente o acesso fácil a estes tratamentos?⁹ Todos sabem a resposta: não.

O Ministério da Saúde¹⁰ divulga cartilha afirmando serem os Direitos Sexuais e os Direitos Reprodutivos uma prioridade do governo, fazendo expressa menção à Constituição Federal que inclui no Título VII da Ordem Social, em seu Capítulo VII, art. 226, §7º, a responsabilidade do Estado no que se refere ao planejamento familiar. Este dispositivo assevera:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coerciva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁹http://www.minsaude.gov.cv/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=12&Itemid=79

¹⁰ http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_direitos_sexuais_reprodutivos.pdf

Ele foi regulamentado pela Lei nº 9.263/1996, que determina ser o planejamento familiar direito público subjetivo de todo cidadão. Enfatizando sua prioridade na formação da família, esta lei pune criminalmente, com pena de reclusão de dois a oito anos e multa, a quem realizar cirurgia de esterilização, de notificação compulsória, que não seja voluntária ou sem que esteja ocorrendo risco de morte ou gravame à saúde da mulher ou do concepto (art. 15), vedando que o procedimento ocorra durante “os períodos de parto ou aborto”.¹¹ A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente pode ocorrer mediante autorização judicial.

Isto é o que determina a lei. Na prática, sabe-se que os programas de Planejamento Familiar são inoperantes, sendo a gravidez entre adolescentes¹² um fato cotidiano, por diversos motivos, inclusive a falta de acesso à informação. Os malefícios da gestação precoce envolvem problemas físicos, emocionais e sociais, entre outros. Uma jovem de 14 anos, por exemplo, não está preparada para cuidar de um bebê, muito menos de uma família. Entretanto, o seu organismo já está aparelhado para prosseguir com a gestação, já que, a partir da sua menarca, a maturidade sexual já está estabelecida. A hipócrita moral popular não quer que o tema seja discutido nas escolas públicas, “cabendo aos pais esta nobre missão”, mas... como vou ensinar algo que não sei?

A Organização Mundial da Saúde afirma que 22% dos adolescentes fazem sexo aos 15 anos de idade.¹³ O Ministério da Saúde do Brasil afirma que com o aumento de ações dentro das escolas, orientação sobre métodos contraceptivos e distribuição de camisinhas em postos de saúde, o número de adolescentes grávidas no Brasil diminuiu. Entre 2005 a 2009, o número de partos de jovens com idade de 10 a 19 anos caiu 22,4%, comparado à década anterior.¹⁴

A Maternidade Escola da UFRJ, em Laranjeiras – RJ, tem um programa de atendimento a adolescentes grávidas e constata-se que as meninas que fazem o pré-natal lá demoram mais a ter o filho seguinte, pois aprendem a se cuidar. O Hospital das Clínicas de São Paulo mantém um Projeto Sexualidade. O Ministério da Saúde desenvolveu um programa de “Cadernetas de Saúde do Adolescente”, para meninos e meninas. Existem ações públicas, resta saber se são efetivas.

¹¹ O projeto de Lei 5.061/2005, que previa a possibilidade da esterilização cirúrgica durante o parto não se transformou em lei.

¹² A Organização Mundial de Saúde, com o enfoque meramente biológico, considera a adolescência como o período de dez (período onde a mulher tem a sua primeira menstruação geralmente) a vinte anos na vida de um indivíduo. A legislação de cada país específica a idade em que seus cidadãos passam a ser considerados adultos (a chamada maioridade legal). Ressalte-se ainda que este critério é influenciado por fatores culturais.

¹³ Pessoalmente, sem base científica, mas pelo período em que trabalhei em comunidade, acho que este limiar é mais precoce. Dráuzio Varella chama o que está ocorrendo de “epidemia de gravidezes na adolescência” <http://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez-na-adolescencia-2/>

¹⁴ <http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/saude-da-crianca-e-do-adolescente/gravidez-na-adolescencia>

Da evolução do conceito de família

O Pacto de San Jose da Costa Rica, cujo Brasil é signatário, em se art. 17,I, dispõe: “a família é um elemento natural e fundamental para a sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.” Ela é a base da sociedade, sua célula *mater* como primeiro agente socializador, devendo ser protegida do Estado.

A Teoria dos Sistemas Ecológicos de Bronfenbrenner, introduzida no Brasil pelo Prof. Ruy Jornadas Krebs,¹⁵ contextualiza o cotidiano, centrado no desenvolvimento das pessoas em ambientes ora receptivos ora adversos, a qualquer hipótese de mudança ou integração. Urie Bronfenbrenner ensina que o meio exerce papel preponderante na formação da personalidade humana, estabelecendo um sistema ecológico com círculos concêntricos, onde o núcleo central é denominado de microsistema, que trata das influências recíprocas nas relações familiares ou muito próximas. O segundo círculo é denominado de mesossistema, composto pelas interrelações profissionais ou apenas sociais, que também exercem influência direta na nossa formação. O terceiro círculo, o exossistema, é composto por pessoas que não temos contato direto, mas pessoas que têm contato direto com os indivíduos do mesossistema que integram o nosso mesossistema e, por tabela, nos influenciam. O quarto círculo é chamado de macrosistema, que corresponde à Aldeia Global, onde as telecomunicações invadem nossa casa, trazendo informações e notícias. Ora, a família constitui nosso microsistema e influencia grandemente no exossistema, e é em seu seio que a criança se desenvolve.

Nas constituições anteriores a de 1988, o conceito jurídico de família era muito fechado, sob os auspícios do Código Civil de 1916, que somente conferia o *status familiae* aos núcleos originados pelo casamento, considerando legítimos ou legitimados só os produtos dessa união.¹⁶ Era um modelo único, sem alternativas ou desvios, onde a felicidade pessoal dos seus integrantes era legada à forma preestabelecida e pela “respeitabilidade” das aparências, sob o império dos dogmas religiosos. A hipocrisia reinava, assim, a mulher ficava infeliz dentro de casa e seu marido tinha uma “teúda e manteúda”, certamente também infeliz, com seus filhos “bastardos” que, seguramente, sofriam *bulling* na escola. Mas, permaneciam **todos** infelizes até que a morte os separasse. Nas felizes palavras de Gustavo Tepedino:

“A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão – justificava-se em

¹⁵ KRELS, Ruy Jornadas. *Teoria dos Sistemas Ecológicos: um paradigma para o desenvolvimento infantil*. Universidade Federal de Santa Maria, 1992, *in passim*.

¹⁶ O casamento (justas núpcias) era a única forma de surgir a família legítima, legitimando os filhos comuns prenascidos ou preconcebidos. O Código Civil de 1916 dedicou cento e quarenta e nove artigos (do 180 ao 329) ao tema.

benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do Código Civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula mater da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal¹⁷.

O casamento, sob a iluminação do Código Civil de 1916, possuía matizes eminentemente econômicos, com o estabelecimento do regime de bens (art. 230), da mútua assistência (art. 231, III), e do dever de educar e manter a prole (art. 231, IV). Daí advindo o cerne do presente artigo: o dever alimentar.

Mudando os ares, a função social da família privilegia a integração social de todos os seus membros em um ambiente seguro, saudável e digno, sem descartar a modificação de situações históricas e a necessidade de adaptação/criação de axiomas¹⁸ e de novos institutos jurídicos da família, como a sua admissibilidade de uniões simultâneas,¹⁹ homoafetivas²⁰ e mistas.²¹ Cai o pano e a verdade aparece, certamente menos dolorida que a mentira e o embuste, mas talvez não tão cor de rosa.

A CF/1988, permitindo o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, abrange a família tradicional (genitores e descendentes). Seja qual for a maneira como se formou (pelo casamento, por união estável²² ou por ocasião) e as entidades familiares, ou seja, a Carta Magna reconheceu três formas de família: a decorrente do casamento civil, a união estável e a entidade familiar, composta por qualquer dos pais e seus descendentes. O Código Civil de 2002 não aborda a família monoparental,²³ que é a forma adotada por percentual significativo de

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rev. Atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁸ Na lógica tradicional, um axioma ou postulado é uma sentença ou proposição que não é provada ou demonstrada e é considerada como óbvia ou como um consenso inicial necessário para a construção ou aceitação de uma teoria ou de um dogma. Por essa razão, é aceito como verdade e serve como ponto inicial para inferência de outras verdades (dependentes da teoria).

¹⁹ As repercussões jurídicas de uniões envolvendo pessoas que ainda se encontram casadas e, nem sempre, separadas de fato.

²⁰ Atualmente já é admitido o “casamento” entre pessoas do mesmo sexo e também a adoção de crianças por esses casais.

²¹ No Recurso Extraordinário RE 669465, o relator Min. Luiz Fux reconhece a repercussão geral do tema n 526 – Possibilidade de o concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários. No ARE 656298 RG/SE – Sergipe, Rel. Min. Ayres de Brito, tema n 529, que analisa a possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, foi determinado o rateio de pensão por morte.

²² O intuito de constituir família é o requisito principal para caracterização da união estável, pois a Constituição Federal confere *status* de entidade familiar à união estável, gozando de especial tutela estatal. E é esse intuito que diferencia a união estável de outras figuras afins, como, por exemplo, um namoro prolongado ou um noivado.

²³ Família monoparental é a definida na CF, art. 226 § 4º, como sendo “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, equiparando-se aos descendentes biológicos os por adoção, jurídica ou a brasileira. Este núcleo organiza-se pela afetividade e vontade de cuidar, assumindo a guarda, sem a participação do(s) outro(s) genitor(es) que, por motivos diversos, não esta(ão) presentes(s). Essas atitudes, tão frequentes, são protegidas pelo Poder Público como família (CF, art. 227, § 6º).

brasileiros. No entanto, demonstrando seu vínculo com a realidade social, as decisões judiciais têm admitido, inclusive com repercussões previdenciárias, as famílias simultâneas, as monoparentais e as homoafetivas.

A família, antes vista sob a ótica meramente patrimonial, com o fito de reprodução, passou à condição de reduto afetivo (*affectio familiae*) de seus integrantes. Sob tal enfoque, torna-se urgente o reconhecimento do pluralismo de entidades familiares, devendo o Ordenamento Jurídico garantir-lhes respeito e proteção. Diante das diferentes matizes familiares, Gustavo Tepedino sintetiza essa nova ordem que se descortina no âmbito familiar, ao sustentar que:

“As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se todas elas de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de dar e receber amor”.²⁴

A multiplicidade das formas de família hoje existentes não permite fixar um modelo uniforme, sendo essencial compreendê-la de acordo com as necessidades sociais prementes de cada tempo, sendo possível que novas modalidades ainda surjam, como em alguns países europeus onde se “adotam” idosos sem família.

Nos dias atuais, a entidade familiar é vista como um grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade. A evolução das constituições brasileiras consigna alterações para melhor abranger as mudanças sociais, para uma concepção mais abrangente de família, respeitando as peculiaridades de cada membro e preservando a dignidade de todos.

O legislador constituinte, no *caput* do artigo 226, normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que ela é um fato natural, e o casamento uma solenidade,²⁵ adaptando, desta forma, o direito aos anseios e necessidades sociais, passando a receber proteção estatal não somente a família oriunda do casamento, bem como qualquer outra manifestação afetiva, como a união estável heterossexual ou homoafetiva, a família monoparental e grupos, sem laços sanguíneos, que convivem como família.

Impossível deixar de consignar o papel desempenhado pela Lei nº 11.340, de 07.08.2006, conhecida como Lei Maria da Penha, por ter estabelecido mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. Hodiernamente, tem-se a aplicação desta lei a violência entre irmãos ou quando a vítima é o homem. No entanto, inovou no inciso II, parágrafo único do art. 5º, ao redefinir família e estender a proteção a qualquer gênero:

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 64.

²⁵ A Lei nº 1.110, de 23.05.1950, regula o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso, apesar do Brasil ser um país laico.

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (...)

Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Este dispositivo infraconstitucional facilitou que a magistratura pudesse aplicar o conceito moderno sobre família, principalmente nas uniões homoafetivas. Causou espanto quando a lei foi aplicada tendo como vítima um homem, mas agora já é algo aceito.²⁶

O pluralismo das entidades familiares é uma realidade sem possibilidade de retrocesso, cabendo ao Estado as reconhecer e tornar efetiva a proteção. A multiplicidade das formas de família não permite fixar um modelo uniforme, sendo essencial compreendê-la de acordo com as necessidades sociais prementes de cada tempo. Trata-se da busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais, culturais ou religiosos.

O pluralismo das entidades familiares, por conseguinte, tende ao reconhecimento e efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, sendo oportuno ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto. Trata-se da busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais.

Registro que a legislação previdenciária foi pioneira em reconhecer o novo conceito de família, pois acolheu as uniões de fato e os filhos daí advindos, dispensando-lhes a necessária proteção previdenciária para que sobrevivessem com um mínimo de dignidade.

Da política nacional de planejamento familiar

No nível internacional, o planejamento familiar ganha destaque nas Conferências de População (Cairo, 1994) e da Mulher (Bijin, 1995) que introduziram o conceito de saúde reprodutiva, envolvendo o homem e a mulher.

Historicamente, a questão nasceu marcada por “um sentimento natalista agregado à ideia do aperfeiçoamento e da melhoria da raça brasileira” (Fonseca Sobrinho, 1991). No período colonial, a forte influência da Igreja, que integrava o Estado, reduziu a mulher à condição de parideira, posto entender que a sexualidade somente deveria servir à procriação. Lamentavelmente, elas tinham os filhos, mas, em geral, não conseguiam criá-los, ceifados pela morte prematura em um país onde as pestes proliferavam.

²⁶ Na minha atividade de Defensora Pública conheci muitos homens que apanhavam de suas mulheres. Eles se envergonhavam da própria fragilidade e, em geral, não queriam que o fato fosse divulgado, fugindo da denúncia.

Naquela ocasião, a mortalidade feminina atingiu patamares alarmantes,²⁷ dentro de uma sociedade androcêntrica. Este índice era tão elevado que se encontram referências, datadas de 1798, a preocupação dos médicos devido à falta de higiene e da vida extremamente sedentária da mulher. Gilberto Freyre, na obra *Casa Grande e Senzala*, aponta a gradativa substituição do confessor pelo **médico da família** como importante fator do declínio da mortalidade feminina.

Com o advento da República os maridos perdem seu nefando direito de corrigir suas esposas, entenda-se: espancá-las.²⁸ A criação do salário-família, do auxílio-natalidade e o desenvolvimento pós-guerra são vistos por alguns como uma tendência pró-natalista do Presidente Getúlio Vargas.

O inglês Thomas Robert Malthus (14.02.1766 – 23.12.1834) é citado nas discussões sobre aumento de “população”. Filho de proprietário de terras, Malthus se tornou pastor anglicano em 1797. Em 1798, publicou “Ensaio sobre o princípio da População”, no início da revolução industrial, quando houve grande crescimento da população. Ele afirmava que o crescimento da população é uma força imutável da natureza para a qual a única solução era a abstinência sexual.²⁹

Em 1952, na cidade de Londres, Margaret Sanger, visando o controle demográfico, criou o *International Planned Parenthood Federation* (IPPF), com apoio financeiro de instituições interessadas em planejamento familiar. Nos anos sessenta, o IPPF financiou entidades que realizaram o planejamento familiar no Brasil.³⁰

O Ministério da Saúde, com o objetivo de demonstrar que prioriza a saúde feminina, mas que reconhece a influência de aspectos regionais, elaborou o documento *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher – Princípios e Diretrizes*, “em parceria com diversos setores da sociedade, em especial com o movimento de mulheres, o movimento negro e o de trabalhadoras

²⁷ O índice alarmante de mortalidade infantil fez com que surgisse o culto ao “anjo”, que era a idealização de crianças mortas, que recebiam o nome de “anjos”, eram levadas em caixão aberto, sepultadas em local especial do cemitério ou das igrejas, e seus óbitos registrados em livros especiais. A mortalidade feminina gerou o costume do sepultamento das moças solteiras vestidas de noiva, prática que remonta às Vestais. Tanto as virgens quanto os anjos tinham lugar separado nos cemitérios, como ainda pode ser visto no cemitério da Igreja de Santo Antonio, no Centro do Rio de Janeiro. SÁ, Elida Lucia Batista. *Cemitério*, tese de doutoramento apresentada em 1988 à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, mimeografada.

²⁸ Nas Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil de 1603 a 1916, a mulher necessitava de permanente tutela pela sua “fraqueza de entendimento (Livro 4, Título 61, § 9º e Título 107). O marido podia castigar (Livro V, Títulos 36 e 95) sua companheira, ou matar a mulher, acusada de adultério (Livro 5, Título 38). O Decreto n.º 181 de 24.01.1890 atenuou o domínio patriarcal, que permanece de forma mais amena, retirando o direito de imposição de castigos corpóreos à esposa e filhos.

²⁹ É bastante conhecida a frase de que a “população cresce em progressão geométrica, enquanto a produção de alimentos cresce em progressão aritmética”.

³⁰ COSTA, Ana Maria. *Planejamento Familiar no Brasil*. in http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/416/379

rurais, sociedades científicas, pesquisadores e estudiosos da área, organizações não-governamentais, gestores do SUS e agências de cooperação internacional”.³¹

Há alguns anos, assisti uma defesa de monografia, na UFRJ, cujo tema era “O Papel das Novelas da TV Globo no Planejamento Familiar”. Quando vi o título preparei-me para presenciar uma reprovação. Qual não foi a minha surpresa quando a mestrand, com brilhantismo, demonstrou que, em todas as novelas da emissora, o núcleo familiar tem reduzido número de filhos, três, no máximo, e que subliminarmente isto influenciou as populações carentes que passam a recitar a máxima: “quero ter um filho só para poder dar o melhor para ele”.

O planejamento familiar foi assegurado pela Constituição Federal e também pela Lei nº 9.263, de 1996, como um conjunto de ações que auxiliam as pessoas que pretendem ter filhos e também quem prefere adiar o crescimento da família. Trata-se de um direito público subjetivo de grande relevância pessoal e coletiva, pois

“Conclui que, esta, em seu início, atendeu a interesses controlistas internacionais e hoje, o planejamento familiar, embora oficialmente reconhecido como direito de cidadania, ainda reflete interesses contraditórios das instâncias políticas, econômicas e ideológicas de poder.” (Rev. Esc. Enf. USP, v.34, n.1, p. 26-36, mar. 2000), posto que “o planejamento familiar, embora representando um passo decisivo em direção à construção da cidadania feminina, na prática, reflete interesses contraditórios que se confrontam numa luta entre as instâncias políticas, econômicas e ideológicas de poder.”³²

Lamentavelmente, as políticas públicas brasileiras pecam por sua ineficiência. Concluo este tópico afirmando que o Planejamento Familiar no Brasil ainda é uma utopia para as camadas menos favorecidas da população.

Da dignidade da pessoa humana

Para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana é tão importante que o disciplinou em seu art. 1º, que determina: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos...”. O homem deve ser respeitado em sua dignidade, em seu valor de fim e não de meio, pois a “dignidade da pessoa humana, que como consecutório, impõe a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e sua realização existencial”.³³ Nossa Carta Magna elevou a tutela e promoção da pessoa humana a um valor máximo do nosso ordenamento, estatuinto que a dignidade do homem é inviolável (art. 1º), sendo mola propulsora da intangibilidade da vida humana, daí defluindo,

³¹ [Http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2007/politica_mulher.pdf](http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2007/politica_mulher.pdf)

³² <http://www.revistas.usp.br/reeusp/article/viewFile/41133/44679>

³³ FÁRIA, Cristiano Chaves. *Direito Civil. Teoria Geral*. 2. ed. Lumen Juris, 2004, Rio de Janeiro, p. 96.

na forma de consectários naturais: o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; admissão da existência de pressupostos materiais mínimos para que se possa viver,³⁴ e respeito pelas condições fundamentais e liberdade e igualdade.

O Tribunal Constitucional de Portugal afirmou que “a ideia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórica-culturalmente” (Acórdão 90-105-2, de 29.03.1990, rel. Bravo Serra). O cerne da questão é: como concretizar esta dignidade? Ela, como a moral, é instantânea, ou seja, é o aqui e agora, variando no tempo, no espaço e é fortemente influenciada pela cultura. Assim, no período colonial uma mulher que ficava em casa, suportava que seu marido tivesse outra família e filhos,³⁵ não tinha a sua dignidade maculada, pelo contrário ela era a vítima, a mártir sofredora, exemplo a ser seguido pelas demais mulheres, que merecia todo o respeito social. Hoje, a hipótese já geraria uma ação de danos morais.

Luiz Roberto Barroso, discorrendo sobre a abrangência e falta de limites definidos do conceito de Dignidade da Pessoa Humana, ensina que:

“dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime. Tal fato, todavia, não minimiza – antes agrava – as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica. Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade. Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados sem disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech*, negação do holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial *post mortem*, cirurgia de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a auto-incriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa”³⁶

O Tribunal Constitucional da Espanha determinou que “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 leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”. Ou seja, não definiu limites.

³⁴ Daí surgindo o direito ao trabalho mínimo, o direito à moradia entre outros.

³⁵ Ao escrever este artigo, lembrei de minha vó materna, Dona Raimunda, que, dentro de casa, no Aquiqui (PA) e no início do século XX, criou vários filhos do marido sem os distingui-los de suas próprias filhas, que aprenderam, pelo tratamento isonômico, a amar seus irmãos.

³⁶ http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_exto-base_11dez2010.pdf

Para que estas fronteiras sejam estabelecidas é essencial conjugar o princípio da dignidade da pessoa humana com outros também agasalhados na Carta Magna, e ainda com normas infraconstitucionais, contextualizando-o *hic et nunca*, aqui e agora.

Em sede de direito de família, o princípio da dignidade da pessoa humana é conjugado com o da solidariedade (CF, art. 3º, I c/c art. 40, caput), e ainda, malgrado a letra da lei infraconstitucional, no tratamento isonômico dos iguais (CF, art. 5º, caput). A **dignidade a ser preservada** não é só a do alimentado, mas também a do alimentante e a de outras pessoas que dele dependem economicamente, como os outros filhos.

Dentro da Ordem Social, a proteção à família tem como objetivo o bem-estar e a justiça social (CF, art. 226 e 227). Seja protegendo o idoso, em caso de impossibilidade de exercício da atividade laboral, seja protegendo os filhos menores.

Da igualdade entre os filhos

Acredita-se que Clístenes, considerado o pai da democracia ateniense, por volta de 508 a.C., teria utilizado o princípio da **igualdade** e da **isonomia**. É sempre mencionado que na Carta de João sem Terra (John Lackland),³⁷ assinada para resguardar os direitos dos Lordes, em 1215, enquanto o Rei Ricardo Coração de Leão não voltava das cruzadas, também havia menção a este princípio. A extensão das garantias aos que não eram nobres ocorreu com a Declaração do Cidadão, de 1789, que coroou a Revolução Francesa, com ideais de igualdade, fraternidade e liberdade.

As constituições de vários países trazem afirmativa similar: “todos são iguais perante a lei” independentemente da riqueza ou do prestígio. Os conceitos de Direitos Humanos pressupõem uma paridade: todos são titulares de direitos oponíveis até ao Estado. A igualdade, uma das bandeiras da Revolução Francesa, está vinculada aos ideais de Justiça, porém é relativizada pela impossibilidade de haver igualdade entre desiguais. Tratar igualmente desiguais seria cometer uma profunda injustiça. O ordenamento jurídico e a doutrina tentam enfrentar a questão, alertando Rawls que “não há leis públicas uniformes que se apliquem igualmente a todas as pessoas, mas sim uma rede de acordos privados”.³⁸

No ordenamento jurídico brasileiro, a igualdade está agasalhada na CF como liberdade individual (art. 5º) e como obrigação de tratamento no serviço público (*caput* do art. 37). Mas, o simples fato de ter sede constitucional não garante a efetividade do comando. Vale lembrar que a igualdade, ao lado da liberdade, é um dos princípios orientadores da democracia moderna.³⁹

³⁷ Dessa carta também o princípio de que só um lord podia julgar outro lord.

³⁸ RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene A. Paternot, Martins fontes, São Paulo, p.12

³⁹ A igualdade para ser justa precisa ser relativa e real. Um exemplo da aplicação destorcida deste princípio ocorreu no término da Guerra Civil nos EEUU. Os Estados do Norte emendaram a constituição para determinar que nenhum estado poderia negar a ninguém “a igualdade perante a lei”. Mas tarde, os Estados sulistas praticaram a segregação racial. No caso Plessy vs

Existe diferença entre isonomia e isegoria. A primeira é a igualdade de direitos e a segunda consiste na igualdade do direito de manifestação, ambas assegurando aos membros de um grupo a igualdade na elaboração e na aplicação das normas.

O Código de Bustamante, aprovado pelo Decreto nº 18.871, de 13.08.1929, que promulgou a Convenção de Havana, determina que são de ordem pública internacional o direito do filho receber alimentos (art. 59) e as disposições que estabelecem “o dever de prestar alimentos, seu montante, redução e aumento, a oportunidade em que são devidos e a forma do seu pagamento, assim como as que proíbem renunciar e ceder esse direito” (art. 68). Ou seja, internacionalmente, o Brasil reconheceu o dever alimentar, ainda num período em que estabelecia sérias distinções entre os filhos.⁴⁰

A Constituição Federal de 1988, marco divisor no Direito de Família, constitucionalizou o tema e agasalhou os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade de todos perante a lei, que trouxeram inúmeros avanços à sociedade, sobretudo no que tange ao direito de filiação. Essa constitucionalização foi revolucionária, invadindo um terreno tradicionalmente tratado como “segredo de família”, sem intervenção pública, mesmo quando os “castigos” eram severos.

A filiação passou a ser um direito fundamental, não mais uma obra do acaso de se ter nascido de pais casados ou da benesse do genitor, que reconhecia o filho havido fora do casamento. Assim, todos os filhos passam a ser juridicamente iguais, independentemente do vínculo biológico⁴¹ ou do estado dos genitores. A igualdade entre os filhos gera repercussões no dever alimentar.

A decisão, de que a prole nova não justifica a mudança de possibilidade do alimentante por redução em sua disponibilidade financeira, fere o princípio da igualdade entre os filhos. Em sentido contrário a decisão do TJRJ sobre a desimportância da prole nova para a fixação do percentual do dever alimentar, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 15.09.2011, no acórdão nº 7004416723, da 8ª Câmara Cível, decidiu:

.... quando se trata de alimentante abonado, o advento de novo filho provavelmente não repercutirá em sua capacidade contributiva. Porém,

Ferguson, o réu alegou perante a Corte que a segregação violentava a cláusula da igualdade perante a lei. A Corte rejeitou, afirmando que as exigências daquela cláusula estariam atendidas se os Estados oferecessem serviços separados, porém iguais e que a segregação não tornava esses serviços desiguais.

⁴⁰ Pelo Código Civil de 1916 os filhos adotivos herdavam apenas a metade do que cabia aos filhos legítimos supervenientes a adoção (art.1.605, §2º), mas equiparava os legitimados aos legítimos.

⁴¹ Hodiernamente, a força dos vínculos afetivos se sobrepõe aos biológicos. O STF reconheceu Repercussão Geral em tema que discute a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. A questão chegou à corte por meio de processo em que foi pedida a anulação do registro de nascimento feito pelos avós paternos, como se eles fossem os pais, e o reconhecimento da paternidade do pai biológico. ARE 692.186.

diversa será a situação quando o prestador, pessoa de poucas posses, encontra-se já em seu limite máximo tolerável de disponibilidade financeira. É o caso aqui, visto que o alimentante é funcionário público estadual, com salário líquido (bruto menos os descontos obrigatórios do IPERGS) de menos de dois mil reais. Diante desta realidade, o nascimento de outro filho inegavelmente repercutirá em sua possibilidade de prosseguir...

O TJRS ainda ensina que, por força do princípio da igualdade entre os filhos, é recomendável a equivalência na fixação do quantum alimentar, para que não haja desproporção na pensão alimentícia devida aos filhos.⁴²

Os paradigmas positivados no artigo 3º da CF/1988 pressupõem um mundo de iguais, fraterno e livre, onde a Justiça prevaleça sempre em prol dos Direitos Humanos e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Não pode ser considerada **livre** uma sociedade que nega os Direitos Sexuais, escondendo para baixo do tapete a falta de políticas públicas de planejamento familiar, de educação e de acesso à informação. Não pode ser considerada **justa** uma sociedade que restabelece a progenitura, determinando que não se constitua nova prole e tirando os direitos dos filhos não primogênitos ou daqueles que suas mães não tenham se socorrido primeiro do Poder Judiciário. Não pode ser considerada **solidária** uma sociedade que fixa um dever alimentar que condena o alimentante à fome e a prisão, que não se importa com os demais filhos, enfim, que semeia a discórdia, a fome e a miséria.

Da igualdade entre os genitores

Por muitos anos, a mulher lutou duramente por igualdade. O exercício de funções estratégicas, e não mais apenas papéis coadjuvantes, trouxeram vantagens e desvantagens, como compatibilizar a vida profissional com a vida doméstica, a malfadada “dupla jornada” feminina. Como ponto contrário, tem-se o aumento de pedidos de pensionamento de ex-maridos, que passam a ser um terror na vida de mulheres bem sucedidas financeiramente. Reclamam as mulheres que os homens vivem a “Síndrome de Cinderelo”, ficando no aguardo de uma princesa encantada que os tirem do borralho.

A evolução legislativa e as mudanças sociais transformaram o homem, que até então foi a “cabeça do casal”⁴³ com prerrogativas de chefe de família, num parceiro que divide com a esposa o conjunto de poderes-deveres – o poder familiar, com as questões essenciais sendo decididas, com a mulher na codireção da sociedade conjugal.

⁴² Apelação Cível nº 70045460995, 7ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Jorge Dall’Agnol, julgado em 27.04.2012.

⁴³ Sempre que ouvia esta expressão ficava imaginando que a mulher devia ser o “rabo”, balançando ao sabor das decisões masculinas.

A igualdade de direitos entre gêneros, adotada pela Constituição Federal, não permite mais considerar o homem como único provedor e mantenedor dos filhos, relegando para a mulher apenas o papel de vítima indefesa que aciona a Justiça para reconstituir a ordem natural das coisas. Lamentavelmente, esta concepção machista tem fundamentado as decisões judiciais. A mulher busca seus direitos, mas parece desconhecer que com os **direitos** vêm também os **deveres**.

O art. 1.568 do Código Civil assegura este dever ao enfatizar que “os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial” O pagamento da pensão alimentícia é uma obrigação do cônjuge que não detém a guarda e um direito dos filhos.

Dentro da igualdade de direitos tem-se a mulher sendo condenada, com base na Lei Maria da Penha, por maltratar seu companheiro, e até a pagar indenização por traição.⁴⁴ No presente caso, tem-se dois enfoques: a igualdade entre o alimentante e a representante legal do alimentado para proverem o sustento da criança; e a igualdade entre os diversos filhos do alimentante.

A discriminação jurídica, que tenta condenar os filhos não primogênitos a não terem proteção alimentar, não pode ser admitida pelos Tribunais Superiores, posto que são atentatórias ao verdadeiro direito de igualdade.

A sociedade constituída em Estado tem a missão de reconhecer, atribuir e assegurar a cada um de seus membros, mediante a autoridade, as respectivas condições numericamente desiguais, mas através dessa desigualdade alcançar a igualdade essencial que deve constituir-se levando em conta a aptidão, a virtude ou a função de cada um. Essa é a igualdade moral, que há de ser estabelecida mediante a justiça distributiva e a justiça legal, ou seja, mediante um comportamento do Estado com respeito aos indivíduos e destes com respeito ao Estado. Este é o símbolo da justiça: a espada da Justiça que equilibra os pratos da balança.

O TJRJ criticou duramente o alimentante do Processo número: 0001329-28.2011.8.19.0076, já mencionado, por constituir nova prole já havendo filhos de outros relacionamentos, tendo a decisão hostilizada negado seu direito sexual, desconsiderando a omissão estatal em promover políticas de planejamento familiar, e dando um tratamento desigual aos outros filhos que ficarão sem nada receber. Esta é uma discriminação que o Supremo Tribunal Federal não pode referendar. Por ser hipossuficiente não tem ele o direito assegurado à reprodução?

⁴⁴ Decisão da Juíza Patrícia Bitencourt Moreira, da 2ª Vara de Nanuque, com decisão confirmada pelo Des. Gutemberg da Mora e Silva, da 10ª Câmara Cível do TJMG. Outra mulher foi condenada, em 31.05.2012, pelo juiz Mauro Nicolau Junior, da 48ª Vara Cível do TJRJ, a pagar indenização como ressarcimento de pensão alimentícia paga a uma criança da qual ele não era o pai biológico. A ação foi movida contra o verdadeiro pai do menor, por entender que teve seu patrimônio lesado por este.

A repercussão social das decisões judiciais

No Estado-Juiz, a discussão sobre **direitos sexuais** até agora se limitou a definição⁴⁵ e a redefinição sexual.⁴⁶ O direito de procriar só frequentou o mundo jurídico sob o enfoque da obrigação, ou não, dos Planos de Saúde⁴⁷ e do SUS custearem o tratamento de reprodução assistida. O direito humano de decidir *se e quando* ter filhos é questão quase **inédita** nos tribunais, como se depreende da decisão que se hostilizou no Processo nº0001329-28.2011.8.19.0076. Esta omissão não significa ter o assunto menor proeminência no cenário nacional ou carecer de importância, posto a simultaneidade de famílias atingir o Brasil inteiro,⁴⁸ daí advindo a relevância de sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

No momento, a sociedade **rediscute seus conceitos básicos**, de forma geral, incluindo **família e gênero**. A igualdade entre filhos e entre gêneros ganharam foros constitucionais. A **Publicização** do Direito de Família não tem mais possibilidade de retroceder ao âmbito privado, excluindo a intervenção do Estado nas suas decisões, cabendo ao Ordenamento Jurídico garantir respeito e proteção, em especial às crianças, adolescentes e idosos. Diante das diferentes matizes familiares, os filhos havidos ou adotados merecem a proteção de forma igualitária, com a dignidade de cada ente da família preservada.

Acompanhando o símbolo da Justiça: a balança, deve ocorrer um equilíbrio entre vários direitos que disputam a prevalência, tais como o direito alimentar de todos os menores envolvidos, de idosos e também há que se atentar para que

⁴⁵ Publiquei também o artigo Menino ou Menina. Desordens do Desenvolvimento Sexual, na Revista de Direito e Política, vol. XII, Janeiro a março 2007, ano IV. A definição sexual está ligada a uma indefinição, que para ser corrigida cirurgicamente necessita que se considere várias definições sexuais, tais como: gonática, social, genética, anatômica, hormonal, legal, psíquica social e de criação. Intersexo é a indefinição do sexo tanto pela análise da genitália quanto pelo exame genético e hormonal. Os “estados intersexuais” referem-se, de forma geral, a corpos de crianças nascidas com a genitália externa e/ou interna nem claramente feminina, nem claramente masculina. De acordo com a literatura médica, podem ser divididos em quatro principais grupos: pseudo-hermafroditismo feminino (o bebê possui ovário, o sexo cromossômico é 46 XX, a genitália interna é feminina, mas a genitália externa é “ambígua”); pseudo-hermafroditismo masculino; disgenesia gonadal mista, hermafroditismo verdadeiro. Este último é bem mais raro do que assegura nosso imaginário.

⁴⁶ Na redefinição, a pessoa tem sua sexualidade gonática, genética e anatômica definida, mas a social lhe incomoda, aspirando sua alteração. O tema frequentou os tribunais no pleito de alteração de nome e de identidade, após o sucesso da cirurgia que atualmente não oferece grandes riscos. A jurisprudência já está pacificada com a alteração civil do nome e do sexo nos assentamentos de identificação.

⁴⁷ A Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, exclui a cobertura de “inseminação Artificial” no inciso III, do art. 10.

⁴⁸ No Recurso Extraordinário RE 669465, relator Min. Luiz Fux reconhece a repercussão geral do tema nº 526 - Possibilidade de o concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários. No o ARE 656298 RG / SE – SERGIPE, relator Min. Aires Britto, tema nº 529, que analisa a possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o conseqüente rateio de pensão por morte.

o mantenedor também tenha preservado o seu mínimo existencial, essencial a dignidade da pessoa humana.

Na discussão sobre o papel das decisões jurídicas no cotidiano nacional ganham destaques os pronunciamentos da Ministra Eliana Calmon, em seu discurso de abertura do III Curso de Iniciação Funcional de Magistrados da ENFAM, em 08.04.2013, ao afirmar que “juiz fazedor de processo é coisa do passado”, impondo-se que o **magistrado atue politicamente** e participe da administração da JUSTIÇA, sendo conseqüente em suas decisões⁴⁹ que repercutem socialmente em todo o território nacional. Na abertura da V edição do Curso de Iniciação Funcional para Magistrados da ENFAM, em 24.06.2013, a Ministra reiterou seu posicionamento quando acrescentou que os **juizes** precisam assumir seu **papel de ente social** e devem iniciar a mudança imediatamente, concluindo que “hoje a sociedade não faz um bom juízo dos magistrados. Temos que resgatar a credibilidade do Judiciário e não temos tempo a perder”. Fico na dúvida sobre a credibilidade de uma decisão judicial que repete sentenças anteriores sem analisar que a sociedade mudou.

A Ministra afirmou que a atividade do juiz é de extrema importância para o destino das pessoas, sendo necessário convencer a população do comprometimento da magistratura nacional com a Justiça.⁵⁰

Estas palavras ganham novo significado quando pensamos em temas de grande relevância, mas que por puritanismos as pessoas preferem não enfrentar, como discutir os Direitos Sexuais do cidadão.

Este artigo quer discutir se **é jurídica a vedação judicial ao hipossuficiente de ter outros filhos, quando já suporta o encargo de alimentar filhos pré-nascidos?**

Conclusões

A Constituição Federal/1988 revolucionou a sociedade brasileira, fazendo cair o véu de séculos de hipocrisia e preconceito. Previu a igualdade entre gêneros e ampliou o conceito de família protegendo, sem preconceitos, todas as formas que ela pode assumir. A igualdade acarreta direitos e deveres, assim, se a mulher lutou pelos seus direitos agora deve enfrentar o peso de seus deveres, partilhando o dever alimentar dos filhos com o homem.

A dignidade está vinculada a aspectos culturais, por isto é instantânea e se altera com as mudanças sociais, variando no tempo e no espaço. A igualdade de ser constantemente reanalisada para que seja justa.

Os direitos Sexuais integram os Direitos Humanos e são objeto de preocupação do Direito Internacional, cabendo ao Estado Juiz densificá-lo através de suas decisões.

⁴⁹ www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109167

⁵⁰ http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=110169&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco

As Políticas Públicas e Ações Governamentais relativas ao Planejamento Familiar são direitos públicos subjetivos e forma preventiva de paz social e de assegurar assistência à família.

A coerção das decisões judiciais deve desempenhar seu papel de pacificação social, fazendo justiça e não apenas aplicando a lei de forma surda as mudanças da comunidade onde ela é imposta.

A prole nova por si só justifica a revisão das cláusulas alimentares dos filhos prenascidos, cabendo a mulher o ônus de provar que a situação financeira do alimente não comporta a manutenção dos alimentos fixados, mantendo o equilíbrio entre a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante.

Não deve o Estado Juiz manter determinações humanamente impossíveis de serem cumpridas. Decidir o percentual alimentar quando o alimentante ganha salário mínimo e tem vários filhos é uma verdadeira “**Escolha de Sofia**”: é dividir miséria. Mas, por ter tido um filho, o alimentante não pode ser tolhido de seus Direitos Sexuais, reconhecidos internacionalmente nem os demais filhos ficarem sem nada.

Referências bibliográficas

- COHEN, Cláudio & SEGRE, Marco. *Definição de Valores, Moral, Eticidade e Ética*. Revista Bioética, 2(1): 19 - 24, 1994.
- COSTA, Ana Maria. *Planejamento Familiar no Brasil* in http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/416/379
- FARIA, Cristiano Chaves. *Direito Civil. Teoria Geral*, 2. ed. Lumen Juris, 2004, Rio de Janeiro.
- FONSECA SOBRINHO, Délcio da. *Estado e população: uma história do planejamento familiar no Brasil*. Rio de Janeiro: CEDEPLAR/Rosa dos Tempos, 1991.
- KRELS, Ruy Jornadas. *Teoria dos Sistemas Ecológicos: um paradigma para o desenvolvimento infantil*. Universidade Federal de Santa Maria, 1992.
- SÁ, Elida Lucia Batista. *Cemitério*. Tese de doutoramento apresentada em 1988 à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, mimeografada.
- SÉGUIN, Elida. *Direitos Sexuais como um Direito Humano*. In Direito, Relações de Gênero e Orientação Sexual, Séguin, Elida (coord.), Letra da Lei, Curitiba, 2009, p. 99 a 124.
- Política Pública de Assistência à Mulher: A Questão do Abortamento*. Publicado in. Revista Direito e Política, abril a junho de 2006, Ano III, Volume IX, p. 41 a 62.
- Menino ou Menina? Desordens do Desenvolvimento Sexual*. Publicado na Revista de Direito e Política, volume XII, janeiro a março 2007.
- RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene A. Paternot, Martins fontes, São Paulo
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rev. Atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Pensando as bases do novo constitucionalismo: uma análise da persistência da estrutura binária moderna e da necessidade de sua superação pelo novo constitucionalismo latino-americano

Carolina Spyer Vieira Assad¹
José Luiz Quadros de Magalhães²

Resumo

Esse artigo realizou o estudo da lógica de exclusão “nós” *versus* “eles”, presente desde o início da modernidade até os dias atuais. Trabalhou seu conceito, bem como especificou qual é o sujeito principal que atua em sua manobra. O objetivo foi procurar desocultar a presença da estrutura de segregação do grupo “nós” frente ao grupo “eles”, percebendo-a como uma ideologia que se utiliza massivamente de diversos instrumentos para se fazer atuante. O estudo investigou a relação entre a lógica binária e a história do Brasil, atrelando-a, ainda, a “situações-absurdos” que demonstram, com uma perversa nitidez, a persistência dessa dura dicotomia nos dias atuais. Seu objetivo foi explicitar como a presença da exclusão que parte de um modelo idealizado é violenta e restringe concretamente a manifestação plural e dialógica, moldando seres que reproduzem um modelo de dominação, de maneira a perpetuar inúmeras desigualdades. Ao fazê-lo, o artigo almejou propiciar e instigar uma análise crítica da realidade, considerando que, a partir do conhecimento de suas falhas, seja possível criar novas perspectivas.

Palavras-chave: Lógica “nós” *versus* “eles”; ideologia; desocultamento.

Abstract

This article has made a study of the logic of exclusion “us” *versus* “them”, present from modernity to nowadays. It worked the concept of that logic, as well as specified which the main actor on its operation is. The objective of this research was to uncover the presence of a huge structure of segregation established between the group “us” and the group “them”, perceiving it as an ideology that uses massively many different instruments to make itself active. The study has investigated the relation between the binary logic

¹ Pesquisadora PUC Minas.

² Professor PUC Minas, UFMG.

and the history of Brazil, linking it also to “absurd situations” that demonstrates, with a perverse clarity, the persistence of this hard dichotomy in modern-days. The goal was to explain how the presence of exclusion that starts on an idealized model is violent and also how it restricts a plural and dialogical manifestation, shaping human being that end on reproducing a model of domination, and, as they do it, they perpetuate many inequalities. Thus, the research tried to provide and instigate a critical analysis of the reality, considering that starting from the acknowledgment of its faults it is possible to create new perspectives.

Keywords: Logic “us” *versus* “them”; ideology; uncover.

Introdução

Para podermos modificar a realidade precisamos compreendê-la, ou nas palavras de Eduardo Galeano: “*A primeira condição para modificar a realidade consiste em conhecê-la.*” (GALEANO, 1994).

Em diversos textos publicados em diferentes meios (revistas especializadas, magazines, internet e livros), discutimos o novo constitucionalismo latino-americano, especialmente as Constituições do Equador e Bolívia que fundam o novo conceito de Estado Plurinacional.

Para compreendermos o novo constitucionalismo e a ruptura que este movimento pode significar com a modernidade, o estado e o direito modernos uniformizadores, precisamos conceituar a modernidade. Entender alguns elementos modernos que marcam estes 500 anos de construção da hegemonia de parte da Europa (o ocidente inventado) sobre boa parte do mundo. A modernidade pode ser entendida como uma realidade de poder e um projeto de poder, responsáveis pela construção do estado moderno, da economia moderna e do direito moderno, a partir de uma data simbólica que nos delimita o espaço temporal desta realidade: 1492.

Porque 1492? Vamos pensando a modernidade na companhia de Enrique Dussel.³

Em 1492 temos três eventos (acontecimentos)⁴ importantes:

a) A invasão da “América”⁵ pelos “europeus”⁶, marcando o início da construção da hegemonia europeia que marca a modernidade. Invadiram

³ DUSSEL, Enrique. “1492: el encobrimiento del otro – hacia el origen del mito de la modernidade. La Paz, Bolivia, Editora Plural, 1994.

⁴ Sobre a necessidade de um “acontecimento” (um evento) para que as pessoas mais do que compreendam, percebam (sintam) o real encoberto: ler BADIOU, Alain. São Paulo, Editora Boitempo, São Paulo, 2009.

⁵ Nome dado pelo invasor.

⁶ Entendendo que o que se convencionou como “Europa” também representa a visão dos grupos sociais e étnicos que se tornaram hegemônicos.

também o “resto” do mundo: África⁷, Ásia⁸ e Oceania⁹. Está aí a origem da lógica binária subalterna do nós versus eles. Nós os civilizados, nós os bons, nós os europeus versus eles, os bárbaros, selvagens, muçulmanos, inferiorizados (o projeto moderno é um projeto narcisista)

b) A expulsão do “outro” diferente (o muçulmano) do que se constituirá como Espanha. A queda do Reino de Granada. Este momento histórico marca um dos movimentos da modernidade: a expulsão dos mais diferentes (judeus e muçulmanos) a uniformização dos menos diferentes (os povos que habitavam a península ibérica antes da chegada dos “outros diferentes”). A uniformização pela subalternização violenta de catalães, valencianos, bascos, galegos e outros que se transformam na nova nacionalidade inventada: espanhóis.

⁷ Apenas como exemplo da expansão “europeia” com a invasão e colonização do mundo podemos lembrar o caso de Angola: “Na foz do Rio Congo, em 1482, ocorreu o primeiro contato com o português Diogo Cão. A relação de Portugal com o reino do Kongo evoluiu principalmente a partir de 1506, quando o comércio de escravos teve um grande impulso, tendo em vista que os portugueses precisavam de mão de obra barata para as grandes plantações de cana-de-açúcar, que estavam estabelecendo no Brasil. Em 1568, o reino do Kongo foi atacado por Jaga e, para defender-se, pediu o auxílio de Portugal, que enviou o governador de São Tomé no comando de uma força armada para expulsar os invasores. Depois de lutar de 1571 a 1573, o governador ocupou o reino do Kongo e conquistou as terras mais ao sul, que era território do Mbundu, fundando a colônia de Angola”. (VISENTINI, Paulo Fagundes. *As revoluções Africanas – Angola, Moçambique e Etiópia*. São Paulo: Unesp. 2012). Importante lembrar que a Etiópia foi o único “país” a não ser transformado em colônia de um Estado europeu. Mesmo assim, claro, não escapou das políticas coloniais e das práticas neocolônias. Foi invadida pela Itália pouco antes da segunda guerra mundial, mas o domínio direto italiano durou pouco. Entretanto perdeu parte de seu território como consequência das políticas coloniais: o caso da Eritreia. A **Conferência de Berlim** foi realizada entre 19 de Novembro de 1884 e 26 de fevereiro de 1885. Esta Conferência “organizou” a ocupação da África pelas potências coloniais. As divisões políticas dos “novos estados nacionais” não respeitou, propositalmente, é claro, nem a história, nem as relações étnicas e mesmo familiares dos povos do continente. O congresso foi proposto por Portugal e organizado pelo Chanceler Otto von Bismarck, da Alemanha, assim como participaram ainda a Grã-Bretanha, França, Espanha, Itália, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Estados Unidos, Suécia, Áustria-Hungria, Império Otomano. O Império Alemão, país anfitrião, não possuía colônias na África, mas tinha esse desejo e viu-o satisfeito, passando a administrar o “Sudoeste Africano” (atual Namíbia) e o Tanganica; os Estados Unidos possuíam uma colônia na África, a Libéria, só que muito tarde, mas eram uma potência em ascensão e tinham passado recentemente por uma guerra civil (1861-1865) relacionada com a abolição da escravatura naquele país; a Grã-Bretanha tinha-a abolido no seu império em 1834; a Turquia também não possuía colônias na África, mas era o centro do Império Otomano, com interesses no norte da África e o restante dos países europeus que não foram “contemplados” na partilha da África, também eram potências comerciais ou industriais, com interesses indiretos na África.

⁸ O processo de ocupação e exploração do continente asiático por parte das potências europeias ocorreu, principalmente, no século XIX. No entanto, esse processo não aconteceu de maneira igual, variando de região para região. Até o século XIX os asiáticos quase não mantinham contato com os povos europeus, salvo os viajantes comerciantes.

⁹ A Oceania foi o último continente ocupado pelos europeus. O território que hoje conhecemos como Austrália foi ocupado desde cerca de 40 mil anos atrás por povos que foram chamados pelo invasor de **aborígenes**. A Oceania, assim como a América, contava já há muito tempo com a existência de suas civilizações locais, logo, não era uma terra virgem para o “descobrimento”.

c) Ainda em 1492 temos a primeira gramática normativa: o castelhano. Está aí o aperfeiçoamento do controle do pensamento. Da limitação da compreensão do mundo pelos seus signos e significantes e pela hegemonia na determinação dos significados.

Temos então alguns *movimentos* importantes para entender o que estamos chamando de modernidade: a invasão da “América” começando a construção da hegemonia militar, econômica e cultural europeia que se estenderá por boa parte do planeta; **a expulsão do mais diferente** (o muçulmano e o judeu) da Península Ibérica e a **uniformização dos considerados menos diferentes** (bascos, galegos, catalães, valencianos). Importante lembrar que neste momento ocorre o início do processo de formação do estado e do direito modernos.

Quais são, portanto, os eixos ou pontos que caracterizam a modernidade? Compreender isto é fundamental para entendermos como estamos mergulhados nos instrumentos e dispositivos modernos de exclusão, dominação e uniformização.

Este artigo pretende discutir um dos eixos essenciais da modernidade que não só gera violência como a justifica: a lógica binária subalterna do “nós” (padrão ideal) *versus* “eles” (diferentes inferiorizados) que sustenta o paradigma uniformizador e excludente do Estado Moderno.

Para isto vamos estudar o conceito e a forma de implementação dessa lógica, dos instrumentos utilizados para afirmá-la, da sua manifestação no Brasil e, finalmente, da análise de “situações-absurdo” que evidenciam a presença dessa dicotomia no real que vivemos no Brasil.

O paradigma moderno de Estado, originado na Europa do final do século XV como resultado da aliança entre nobreza, burguesia e clero, teve como estrutura basilar a negação da diversidade. Instigou-se a exclusão e afirmou-se a padronização, de forma a permitir que se firmasse uma identidade nacional, imprescindível para a fundação do Estado Nacional – este, criado como resposta dos grupos dominantes da sociedade aos problemas de insegurança da época, inserida no contexto de efervescência da Guerra dos Cem Anos e de eclosão de inúmeros conflitos urbanos e rurais.

Era o Estado Nacional que faria acalmarem-se os ânimos das agitações daquele período, controlando os grupos dominados de maneira a restaurar a paz pretendida por nobres e burgueses: a criação de uma identidade nacional era, portanto, de suma importância por se constituir como elemento fundamental para o sucesso do projeto de constituição do Estado Nacional.

Não haveria país sem que se mantivesse a integridade do território nacional e, portanto, não haveria país sem que houvesse um sentimento de pertença daqueles que o habitassem: por isso a importância da identidade nacional. Para criar esse sentimento de nação, firmou-se, através de uma série de instrumentos (a exemplo da religião oficial, da implementação da língua oficial e de toda uma simbologia com a criação de heróis nacionais, bandeiras e hinos nacionais), um padrão de homem que, estando dentro do grupo “nacional”, se sentiria como

um semelhante incluído, reconhecera seu território e afirmaria sua superioridade inventada em cima da inferioridade do “não-nacional”. Dessa forma, o Estado se fez soberano contando com o elemento territorial e com um povo nacional que, mesmo que eventualmente não se encaixasse totalmente no padrão ideal criado, devia aspirar fazê-lo.

Tal como na formação dos Estados Europeus, também o Brasil reproduziu a lógica de exclusão quando se formou como Estado-Nação: elaborou-se no Brasil, artificialmente, um sentimento de nacionalidade através da instituição de um brasileiro-padrão, de forma que o país foi criado pela elite e para a elite (“nós”), mantendo completamente à margem os povos originários, mulatos, negros, pobres e todos que não se encaixam no padrão (“eles”). Assim foi feito e assim se manteve – ainda hoje continuamos a ser um país excludente que gira em torno da elite.

Vários são os fatos que ilustram e comprovam a manutenção desse abismo entre detentores de poder (“nós”) e excluídos do poder (“eles”) no país; de maneira introdutória, destaca-se o dado colhido pelo IBGE, Pnad/2009, exposto no sítio eletrônico da UNICEF: consta que a taxa de mortalidade infantil para a população indígena é de 41,9 por mil nascidos vivos, enquanto a taxa nacional foi em torno de 19 por mil por nascidos vivos. Note-se: O direito à vida, tido como absoluto quando referente ao grupo “nós”, é facilmente relativizado quando para o grupo “eles”.

Atualmente, portanto, permanece presente essa mesma estrutura de uniformização de um padrão posto como superior em detrimento da alteridade – que é aqui colocada em uma massa única do “eles”. Essa lógica continua atuando como instrumento em prol da manutenção do poder daqueles que o detêm, agora para sustentar o capitalismo neoliberal. Tal fato nos leva a afirmar que continuamos vivendo a modernidade, em um quadro de exclusão social desastroso. Nesse sentido, reitera Magalhães (2012, p. 24-25):

A construção da identidade nacional (fundamental para o Estado nacional e logo para o capitalismo em todas as suas formas) necessita do estranhamento do outro, da exclusão do não nacional, da exclusão e do rebaixamento do diferente. A construção da nacionalidade é um projeto narcisista. Este dispositivo de estranhamento, de exclusão, de autoafirmação pelo rebaixamento do outro, está presente em todos nós, fruto da modernidade agora naturalizada.

O que se vê é que a sociedade consente e reafirma a exclusão. Um complexo aparato ideológico atua diariamente para que se uniformize, apontando qual é o melhor corpo para se ter, qual é o modelo de família ideal, o melhor produto para se consumir, o grupo ao qual se deve pertencer, a relação sexual que se deve ter, a pessoa que se deve ser. Assim, restringe-se a possibilidade real de manifestações plurais e dialógicas, aniquilando-se, por meio de inúmeros dispositivos, o direito à diversidade.

A Lógica “Nós” *Versus* “Eles”

O que é a lógica binária “nós” *versus* “eles”?

A lógica “nós” *versus* “eles”, tem origem na modernidade, com a construção do Estado Nacional, atuando como sustentáculo de uma ideologia excludente que cria e instiga um sentimento de superioridade de um grupo padronizado frente a outro que não se encaixa nos elementos-padrão: a superioridade do grupo “nós” é alimentada pela subalternização do grupo “eles”.

Por constituir uma lógica que nasce do projeto de criação do Estado Nacional, elaborado pelas classes dominantes para que pudessem se manter como dominantes diante da insegurança das guerras, o padrão ideal é articulado por essas classes a partir de suas próprias características. Isso porque, na função de operacionalizar o estabelecimento dessa lógica que é violenta em sua natureza (pois implica na inferiorização radical do “outro”), as classes dominantes definem o padrão de forma a se auto-admirar e se auto-valorizar, tomando com exclusividade suas características como ideais, de forma a se salvaguardar da violência que decorre da exclusão do outro diferente. Assim, realizam a proposta da lógica moderna respondendo unicamente aos seus interesses e preservando a si o desfrute das benesses e dos privilégios do grupo-padrão - posto no lugar de “melhor” e, como tal, merecedor de adorações. Desta feita, as características atribuídas ao grupo “nós” são aquelas pertencentes aos que detinham (e continuam detendo) poder: homens, brancos, ricos, proprietários, ditos bons e civilizados, ou, em outros espaços, os que reafirmam e preservam este padrão.

Ressalta-se que esse modelo de homem é importante mais como fomentador de um sentimento de pertença do que como uma realidade que tocava a todos os nacionais; em fato, poucos eram os que estariam dentro desse padrão, mas o essencial era que se almejasse chegar a esse modelo, de maneira a se formar uma unidade que circundasse esse núcleo elementar padronizado.

Importante destacar que estamos considerando que o grupo “eles” engloba todos aqueles que não estão perfeitamente encaixados no modelo ideal “nós”. Dessa forma, dentro do conjunto “eles” estão aqueles que são menos diferentes e também os mais diferentes. Os primeiros devem sempre existir para justificar a superioridade do “nós” – cumprindo, dessa forma, uma importante função; já os últimos, que não têm nem mesmo essa utilidade, serão colocados totalmente à margem.

A lógica moderna, aplica à diversos contextos, adequando-se de maneira a definir como ideal sempre o que é de característica dos detentores de poder. Pode-se notá-la tanto no âmbito nacional, quanto no internacional e no regional. Como se trata de uma lógica reafirmada diariamente, e constantemente, por meio de inúmeros instrumentos, é possível vê-la com clareza nas relações humanas, nos valores, na apropriação dos discursos, nas leis, no domínio do espaço urbano, na linguagem, na relação com a natureza; enfim, é possível vê-la em múltiplos espaços e âmbitos de relações, já que ela está impregnada na vida de todos nós.

Há de se atentar que a lógica “nós” *versus* “eles” permite a propagação de um discurso no qual o outro inferiorizado (subalternizado) é posto como uma grande ameaça – ameaça essa que será deslocada ao longo do tempo, de acordo com o contexto e a conveniência (atualmente, por exemplo, a ameaça estaria focalizada na segurança pessoal). Dessa forma, coloca-se o outro como razão de uma insegurança que é inerente à vida em comum, pois fruto das perturbações trazidas pelas pulsões humanas de agressão e de autodestruição (FREUD, 2010). “Eles” constituem a ameaça, são “eles” que trazem à realidade um perigo constante; portanto, a “eles” é possível instituir qualquer tipo de medida que se faça necessária: o tratamento desumano, o encarceramento, a internação e a morte, por exemplo. O mais desastroso é que, ao insuflar a ameaça para localizá-la no grupo “eles”, estimula-se a exclusão, coisifica-se o outro excluído, nega-se o diálogo plural e alimenta-se, assim, a revolta do excluído e a violência; com mais violência, reforça-se o direcionamento da ameaça e reinicia-se a cadeia com maior intensidade. O que se forma, portanto, é um ciclo vicioso que, ao propor a diminuição das ameaças, faz, em verdade, aumentar a insegurança.

É justamente nesse sentido que escreve Zygmunt Bauman:

Indivíduos e grupos ou categorias de pessoas têm negada sua subjetividade humana e são reclassificados pura e simplesmente como objetos. [...] Tornam-se entidades cuja única relevância (o único aspecto levado em consideração quando se planeja o tratamento que irão receber) para os responsáveis pelas “medidas de segurança” em favor daqueles cuja própria segurança é considerada ou declarada sob ameaça é a ameaça que eles já constituem, podem constituir ou ser acusados (com plausibilidade) de constituir. A negação da subjetividade desqualifica os alvos selecionados como parceiros potenciais ao diálogo; qualquer coisa que possam dizer, assim como o que teriam dito se lhes dessem voz, é *a priori* declarado imaterial, se é que se chega a ouvi-los. (BAUMAN, 2011, p. 78).

Toda essa construção é possível porque o outro inferiorizado é colocado em um lugar distante e oculto - que o grupo “nós” obviamente desconhece, já que se encontra em um lugar tido como muito superior. Em cima desse desconhecido, muito pode se criar e se admitir como verdadeiro. É através dessa criação em torno do outro inferiorizado que se legitimou e que se legitima, ainda hoje, a atuação estatal segregatória e, como tal, mantenedora do poder àqueles que o têm. Toda uma atmosfera de necessidade de controle do “eles” torna legítima a implantação dos mais variados mecanismos de exclusão, permitindo, segundo Bauman, a manipulação das atitudes públicas de acordo com interesse dos detentores de poder/capital, em um jogo político excludente. Ainda de acordo com o sociólogo:

Como nós (as “pessoas comuns” ocupadas em nossos pequenos afazeres cotidianos) só sabemos por meio indireto desses perigos terríveis, porém

distantes, é possível, muito fácil, na verdade, manipular nossas atitudes públicas; é fácil menosprezar ou silenciar os perigos que não prometem ganhos políticos ou financeiros, enquanto outros são altamente inflados ou até inventados, mais adequados que são à exploração política ou comercialmente lucrativa. (BAUMAN, 2011, p. 76).

O que se tem, portanto, é que a lógica “nós” *versus* “eles” atua com um largo aparato ideológico, de forma a se fazer passar como algo natural, cujos efeitos devem ser tidos por normais, acabando por dilacerar, no Brasil, qualquer possibilidade de que os direitos saiam do âmbito da teoria e alcancem de fato nossa realidade - fazendo-os valer, na prática, somente para o grupo “nós”, restando o grupo “eles” marginalizado e, como se viu, até mesmo coisificado. Ao se excluir o outro, ignorando-se o direito à diversidade e caminhando-se em sentido diametralmente oposto à sua concretização, todos os demais direitos tornam-se efetivos apenas para o grupo padronizado. Não é surpresa, nesse sentido, que nossa sociedade dicotomizada – em que alguns têm direitos e outros nem tanto – produza reiteradamente situações de ódio ao diferente, que tornam evidente a exclusão articulada pela lógica moderna.

A definição do padrão ideal

Dissemos que o modelo ideal que sustenta a separação do grupo “nós” diante do “eles” foi delimitado por quem se encontra no poder moderno: homens brancos e proprietários.

A classe (classes) que detém poder de interferir no pensamento dos sujeitos e na moral social; que detém, ainda, o poder repressivo; e, finalmente, que possui o domínio das riquezas, a se dizer, da propriedade privada; é a classe que possui meios eficazes de controle social e, fazendo uso deste controle, é a classe que domina as estruturas da sociedade, formando a chamada classe dominante.

No momento da criação do Estado Moderno Europeu, os poderes que viabilizam uma dominação social sólida estavam fragmentados, tal que o poder de interferência no pensamento e na moral estava tomado pela Igreja (clero), enquanto o poder repressivo estava nas mãos da aristocracia (nobreza), e as riquezas, por sua vez, começavam a ser coordenadas de maneira significativa pelos comerciantes (burgueses). Precisamente por isso que se fez necessária a aliança dessas classes para que, juntas, se fizessem fortes e impositivas na realização de seu projeto dominador que tinham em comum. Eram elas, nesse sentido, as classes dominantes.

Após a formação do Estado Nacional, pode-se passar a falar que classe dominante é aquela que “detém o poder estatal (abertamente ou, na maioria das vezes, mediante alianças entre classes ou frações de classes) e, portanto, tem a seu dispor o Aparelho (Repressivo) de Estado”. (ALTHUSSER in ZIZEK, 2007, p. 116). Afinal, aquele que detém o poder estatal coincide justamente com aquele

que tem poder de construção ideológica, de reprimir e de concentrar as riquezas. Perceba: foram os detentores desses poderes que criaram o Estado, de maneira a concentrá-los em torno do ente estatal.

Depois da criação do Estado Moderno, houve, entre clero, nobreza e burguesia, uma tensão de domínio do poder. A união estabelecida havia sido conveniente, porém, alcançada a “ordem” que almejavam, travou-se uma disputa pela evidência e predominância no poder.

Inicialmente, o destaque do poder era guardado à aristocracia feudal, já que a burguesia era uma classe ainda em ascensão e o clero tinha seu poder diminuído com a emergência dos valores capitalistas.

A partir do século XVII, com o início das revoluções burguesas, o poder estatal acabou por deslocar-se da aristocracia feudal para a burguesia capitalista-comercial. Aliás, era exatamente esse o verdadeiro fim de tais revoluções.¹⁰

O mesmo deslocamento se pode perceber da análise da classe dominante brasileira. Na segunda metade do século XVIII, o quadro social do país apontava para o declínio da nobreza em crise (até então preeminente), e, paralelamente, para ascensão da burguesia, que crescia e dominava as esferas econômicas e sociais - até posteriormente se fazer capaz de tomar para si também o poder político.

Atualmente, portanto, pode-se falar que tanto na Europa quanto no Brasil, a classe eminentemente dominante é a burguesia capitalista. Em linguagem mais acessível, são os grandes empresários.

Assim, para efeito da definição do padrão-ideal, pouco representou o movimento que se deu na posse do poder estatal. As características-base do grupo “nós” foram construídas originalmente em torno tanto da nobreza quanto da burguesia europeia (tal afirmação é válida também para o padrão brasileiro, posto que esse derivou do europeu). O que se pode falar é que os valores capitalistas, com a eminência da burguesia, passaram a integrar cada vez mais o modelo idealizado, incorporando-se, nele, mais elementos que instigam o consumo, o individualismo, o egoísmo e a competição.

Finalmente, observa-se que a classe dominante continua dirigindo o padrão tido como modelo de “bom homem”, tirando daí a justificativa e a manutenção de sua detenção do poder. Afinal, é a classe dominante que conta com o poder necessário para manipular com facilidade os fatores determinantes e reforçadores do modelo padrão.

Ideologia, dispositivos e aparelhos ideológicos de estado

Uma conclusão sintética possível até aqui, é que a implementação da dicotomia excludente serve à reprodução das relações de dominação e atua de forma a integrar à (falta de) consciência da sociedade a naturalização do

¹⁰ Sobre esse assunto, consultar: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Ed. Ridendo Castigat Mores, 1999. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/manifestocomunista.pdf>> Acesso em 05/05/2014.

pensamento binário. Partindo desse ponto, passaremos a explorar como, para tornar viável a manutenção do poder, a lógica em estudo se faz naturalizada.

Primeiramente, é fundamental perceber que a lógica “nós” *versus* “eles” é uma ideologia a partir do momento que atua na distorção da realidade, encobrindo-a e manipulando-a conforme convir. A ideologia funciona de maneira a produzir contingências que são externalizadas aparentemente como ausente de sentidos, ocultando a intenção ou a necessidade ali presentes, transformando-a em mera manifestação espontânea e fazendo-a passar despercebida – é tomando esse sentido de ideologia que dizemos que a lógica “nós” *versus* “eles” é um aparato ideológico; afinal, a segregação de um ser complexo como é o humano em classificações dicotômicas universalizadas pressupõe necessariamente a distorção da realidade que, em fato, é repleta de componentes múltiplos e inclassificáveis. Segundo Marilena Chauí:

A sistematicidade e a coerência ideológicas nascem de uma determinação muito precisa: o discurso ideológico é aquele que pretende coincidir com as coisas, anular a diferença entre o pensar, o dizer e o ser e, destarte, engendrar uma lógica da identificação que unifique pensamento, linguagem e realidade para, através dessa lógica, obter a identificação de todos os sujeitos sociais com uma imagem particular universalizada, isto é, a imagem da classe dominante. Universalizando o particular pelo apagamento das diferenças e contradições, a ideologia ganha coerência e força porque é um discurso lacunar que não pode ser preenchido. Em outras palavras, a coerência ideológica não é obtida malgrado as lacunas, mas, pelo contrário, graças a elas. Porque jamais poderá dizer tudo até o fim, a ideologia é aquele discurso no qual os termos ausentes garantem a suposta veracidade daquilo que está explicitamente afirmado. (CHAUÍ, 2006, p. 15/16).

Para se incorporar ideias, moldar sentidos e instigar comportamentos, unificando o pensamento, linguagem e realidade de maneira a normalizar a violência da exclusão, utiliza-se de um poderoso aparato formado pelos dispositivos e pelos aparelhos ideológicos de estado (AIEs).

Ressalta-se que os dispositivos que nos referimos partem do conceito de Giorgio Agambem, que afirma que os dispositivos são “qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes.” (AGAMBEM, 2012, p. 40-41). Em um conceito mais nuclear, o professor afirma que “o termo dispositivo nomeia aquilo em que e por meio do qual se realiza uma pura atividade de governo sem nenhum fundamento no ser.” (AGAMBEM, 2012, p. 38).

Dos dizeres do filósofo italiano extrai-se que os dispositivos são mecanismos que atuam dentro de uma estratégia de manipulação das relações de força, de

forma a interferir nas mesmas de maneira racional, orientando-as para uma dada direção e condicionando o saber em um processo de subjetivação. Isso quer dizer que há uma intenção por trás dos dispositivos, há um jogo de forças orientado por aqueles que detêm o poder.

Em consonância com o conceito de dispositivos, Louis Althusser trabalha os Aparelhos Ideológicos de Estado (AIE), destrinchando uma mesma vertente de raciocínio, porém focando, de maneira mais atrelada à luta de classes, nas Instituições que fazem os dispositivos tomarem corpo. Segundo ele, o Aparelho de Estado – assim chamado pelos clássicos marxistas – que se define como força de execução e intervenção repressoras, faz uso, para além do aparelho repressivo do Estado (que funcionam pela violência), dos AIEs (que funcionam pela ideologia). São os AIEs que atuam na reprodução das relações de produção e exploração, submetendo os indivíduos a doses diárias de elementos que os farão manter a subordinação do explorado diante do explorador, fazendo com que tenham uma relação imaginária com suas reais condições de existência.

Vejamos: ambos os filósofos trabalham os instrumentos ideologizadores, no entanto, enquanto o primeiro trabalha o mecanismo ideologizador, o segundo trabalha as Instituições ideologizadoras – ambos explorando-os como elementos que promovem uma percepção ilusória da realidade.

Interessante observar a notação que faz Giorgio Agambem, ao elucidar que na raiz dos elementos de distorção está “um desejo demasiadamente humano de felicidade, e a captura e a subjetivação deste desejo, numa esfera separada, constituem potência específica do dispositivo”. (AGAMBEM, 2012, p. 44). É esse desejo humano que acolhe a distorção da realidade, feita por um mecanismo articulado através de Instituições também articuladas.

Ultrapassados os conceitos estruturantes do aparato ideológico, proporemos agora uma análise de dois aparelhos ideológicos de estado (AIEs), separados aqui como referências, tomadas de maneira exemplificativa, que reiteram a lógica “nós” versus “eles”.

Iniciaremos com o sistema jurídico, citado por Louis Althusser como AIE jurídico, e seguiremos com as escolas.

Sistema jurídico

As normas jurídicas, elemento fundamental do sistema jurídico, são criadas em busca de garantir a ordem e a paz social. Em sua elaboração, as normas carregam vivências, posicionamentos e interesses daqueles que as criam; afinal, é impensável se supor que seres subjetivos e interpretativos seriam capazes de produzir uma escrita e um sistema que não carregasse significados previamente adquiridos e direcionados. A própria escolha das palavras a serem utilizadas em uma norma já carregam um sentido. Aliás, o próprio fim a ser alcançado de ordem e paz social é um fim deveras abstrato, que será delimitado a depender do posicionamento político do legislador. É nesse ponto que se encontra espaço

para se atuar intencionalmente de maneira a criar determinados comportamentos através da escrita e do conteúdo normativo: a intenção daquele que elabora a lei necessariamente será nela incorporada.

Apesar disso, cria-se no entorno das normas e de sua aplicação uma ilusão de neutralidade, como se um ente sagrado as tivessem criado e como se também um ente sagrado as aplicasse. A partir desse aparato neutralizado, o sistema jurídico atua estabelecendo o que é direito, bem como o que é certo e o que é errado. Logo se vê que esse paralelismo traçado já induz a classificações binárias, que, elaboradas pela classe dominante - pois são elas que possuem meios para participar da elaboração normativa - trarão a classificação o grupo “nós” como modelo do certo e o grupo “eles” como modelo do errado.

Quando o sujeito acredita na Justiça – e, logo, no que é direito e no que é certo ou errado – passa a incorporar as ideias dessa crença, e, mediante o dispositivo “conceitual” absolutamente ideológico, passa a ter certo comportamento como consequência natural. Assim, começa a julgar e a tomar determinadas atitudes, enquadrando-as acriticamente ora de um lado da balança da justiça, ora de outro, como se não houvesse possibilidades ou leituras diversas. Sendo a Justiça fruto das intenções da classe dominante, os sujeitos reproduzem o que é certo e o que é errado de acordo com os interesses daqueles que dominam.

O direito penal, ao lançar mão do sistema prisional, traz ao mundo, de maneira escandalosa, a lógica binária: propõe a desconstrução do homem tido como “mau”, transformando-o em um novo homem, agora sim supostamente mais adequado à vivência social proposta pelas classes dominantes. Para tanto, retira a liberdade de ir e vir do outro inferiorizado durante longos anos de encarceramento em condições subumanas, e o submete, de maneira calculada, às técnicas de governo. Trata-se de uma adstração regida unilateralmente pela classe detentora de poder, que, não por coincidência, atinge quase que exclusivamente o grupo “eles”, posto que o perfil majoritário da população carcerária é de jovens, negros e pobres. Sobre esse tema, em uma leitura conjugada de dois textos publicados em 2009 pelo professor Virgílio de Mattos, extrai-se:

O criminoso não teria aderido ao Contrato Social, por isso deveria ser punido, vai dizer a Escola Clássica da Criminologia. Mas que contrato é esse? Onde foi que assinamos? [...] As liberdades burguesas das revoluções [...] de final do século XVIII não seriam pactuadas apenas entre os proprietários? Sobram os pobres e miseráveis de sempre nos cárceres que, dizem desde então, nascem para modernizar e humanizar a ideia de punir. A lei é sempre feita pela classe dominante de uma certa época e coordenada geográfica. É bom que não nos esqueçamos disso e que não deixemos de agregar ao conceito analítico do crime - a conduta humana típica, antijurídica e culpável – que quem faz a lei ou quem dita o que é ou não crime, é a elite dominante politicamente de uma certa época, de um certo local. (DE MATTOS, 2009)

E ainda:

“A vida é louca, o bagulho é doido, a chapa é quente e o processo é lento...” como dizem os presos, velhos alvos, ainda que todos sejam muito jovens, alcançados pela barbárie do aprisionamento total em tempos de crudelíssimas apostas no encarceramento em massa para as massas de sem nada, até esperança; os jovens pobres, negros, moradores dos morros vilas e favelas, sem educação formal e acolhida, a não ser o pau puro da repressão penal que é uma acolhida que ninguém gostaria de ter, por mais masoquista que seja. (DE MATTOS, 2009).

O sistema prisional é um instrumento tão presente e explorado no Brasil que, segundo pesquisa do Centro Internacional de Estudos Penitenciários (ICPS) da Universidade de Essex, do Reino Unido, nosso país conta com a quarta maior população carcerária do mundo; ademais, enquanto o total de presos cresceu em torno de 30% nos últimos 15 anos em todo o mundo, no Brasil essa taxa representou o escandaloso índice de 221,2%. Ainda segundo números colhidos pelo Centro, alcançamos aqui um nível de 171,9% de ocupação de suas prisões, em um déficit de cerca de 230 mil vagas, que retratam um sistema que opera muito acima de seus limites estruturais.

Diante desses dados, da análise do encarceramento no Brasil extrai-se uma perversidade cruel, criada pelas classes dominantes, direcionada ao grupo “eles” e utilizada massivamente como se prender fosse equivalente a jogar restos insignificantes de lixo em uma gaiola apertada.

Para além da análise no âmbito do direito penal, visando tornar ainda mais evidente que o Sistema Jurídico funciona como instrumento ideologizador da classe dominante, observaremos como a palavra liberdade é usada como fundamentação econômica e, ainda, como o direito de propriedade é consagrado como direito fundamental universalizado como se fosse direito natural.

A palavra liberdade é fundamento que sustenta o neoliberalismo econômico, sendo justificativa primordial para restrição da intervenção estatal em prol da fluidez de atuação da chamada mão invisível do mercado - tudo isso partindo de um falso pressuposto de que, acima de tudo, deve ser livre a concorrência. Mas como se falar em concorrência livre se enquanto uns são bons, aceitos e detentores do poder e da riqueza, outros são ruins, excluídos, insignificantes na marcha do poder e não possuem nem mesmo bens materiais para suprirem suas próprias necessidades básicas? Não há livre-concorrência se a condição inicial entre os concorrentes é completamente díspare. Não há, portanto, liberdade de concorrência enquanto há desigualdade econômica estrutural. Nesses termos, o direito à livre-concorrência é um engodo que reforça o acúmulo de riquezas ao permitir que ela se dê de maneira ilimitada ou muito pouco limitada. Assim, a consagração do direito à liberdade, tomado no âmbito econômico, acaba atuando de maneira a reforçar a lógica binária moderna, possibilitando que o grupo “nós”

seja cada vez mais rico, de maneira a ignorar a pobreza do grupo “eles”, como se a razão de sua carência fosse resultado simplesmente de falta de esforço na disputa concorrencial.

Sobre a propriedade, é bem evidente o porquê de se tratar de um direito definido como direito fundamental. À medida que a propriedade é monopolizada pelos detentores de poder, ela deve ser protegida para se manter nas mãos de quem as tem. Ademais, a propriedade é organizada espacialmente de maneira a concentrar a riqueza em certos locais privilegiados de aglomeração do grupo “nós”, deixando na periferia o grupo “eles”.¹¹ Essas grandes propriedades devem ser garantidas ao grupo superiorizado, e o direito é instrumento para fazê-lo.

Muito se questionou e ainda se questiona sobre o direito absoluto à propriedade, afinal, é notável que parte da população não tem nem mesmo onde dormir enquanto uma outra parte tem ao seu dispor propriedades suficientes para dormir cada semana em um quarto diferente. Com o crescimento populacional, essa desigualdade fica cada vez mais evidente.

Diante desse contexto, inseriu-se no sistema normativo a necessidade de cumprimento da função social como elemento essencial da propriedade. Nossa atual Constituição o faz em seus artigos 5º, incisos XXII, XXIII; art. 170, III; e art. 182, de maneira a atrelar o direito à propriedade à dignidade da pessoa humana (art. 1, III), à solidariedade social (art. 3º), à busca de erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais (art. 3º, III), bem como à promoção do bem de todos (art. 3º, IV). Dessa articulada rede de direitos decorre que não se pode sequer ser considerado proprietário ou possuidor aquele que não impõe ao seu imóvel alguma destinação.¹²

Ocorre que, na prática, esses direitos são meras reações aparentes para maquiagem a estrutura excludente. Se diz haver o requisito de função social da propriedade, mas não se dá efetividade a essa previsão. A inexigência da função social no âmbito possessório é exemplo disso, como podemos ver na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ARTIGO 927, DO CPC. PREENCHIMENTO. IMPERATIVIDADE DA CONCESSÃO DA LIMINAR REINTEGRATÓRIA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE A SER ANALISADA EM SEDE DE PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO E NÃO EM DEMANDA POSSESSÓRIA. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. PERDA DO OBJETO.

¹¹ No tocante à estrutura urbana, é possível explorar maiores informações no artigo escrito por Ermínia Maricato: MARICATO, Ermínia. *É a questão urbana, estúpido!* In: *Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

¹² Mais sobre o tema em: STANLEY ROCHA SOUZA. *Estudos avançados da posse e Direitos Reais*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2011.

Preenchidos os requisitos listados no art. 927 do CPC, a concessão da liminar de reintegração de posse é medida impositiva.

Tendo havido declaração de interesse público para desapropriação, posteriormente revogada, mas que impediu a alienação do imóvel ou realização de construção ali, é de se concluir que o agravante está exercendo a posse sobre o lote vago tanto quanto lhe é possível, notadamente constatando-se que tem feito pagamento de IPTU, construiu muro e calçada, emprega vigia, paga conta de telefone no local.

O cumprimento da função social da propriedade não deve ser analisado em sede de ação possessória, mas no procedimento expropriatório, consoante jurisprudência majoritária,

Concedida a medida liminar de reintegração de posse, resta prejudicado o pedido de realização da audiência de justificação. (Agravado de Instrumento Cv 1.0079.13.017161-8/003, Relator(a): Des.(a) Amorim Siqueira, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/03/2014, publicação da súmula em 17/03/2014) (grifos nossos)

Também:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PROTEÇÃO JURÍDICA AUTÔNOMA – INDEPENDÊNCIA EM RELAÇÃO À PROPRIEDADE – DESCUMPRIMENTO DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – INAPTIDÃO PARA AFASTAR A TUTELA POSSESSÓRIA. A posse é objeto de proteção jurídica autônoma, independente do direito de propriedade, de forma que eventual descumprimento da função social da propriedade ou de outra restrição a este direito é irrelevante para os fins da tutela possessória. (Agravado de Instrumento Cv 1.0024.10.170706-5/001, Relator(a): Des. (a) Pedro Bernardes, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/11/2011, publicação da súmula em 16/11/2011) (grifos nossos)

E finalmente:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ARTIGO 927, DO CPC. COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. DESNECESSIDADE. O cumprimento da função social da propriedade não deve ser analisado em sede de ação possessória, já que a Constituição Federal estabelece a forma adequada, qual seja, a desapropriação. A reforma agrária é um problema político-social que deve ser solucionado pelo governo, não competindo ao julgador de uma ação possessória a solução dessa questão. Provados os requisitos do artigo 927 do CPC, a reintegração de posse é medida que se impõe. (Recurso nº 2.0000.00.477227-8/000(1), Relator Pedro Bernardes, Data da publicação 01/08/2006). (grifos nossos)

Da análise dos julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, chama-nos atenção o fato de o sistema legal permitir o deferimento de liminar possessória, a favor daquele que alega ser possuidor, sem que este indique a presença dos elementos *periculum in mora* (perigo na demora) e *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito). Basta que o autor comprove a posse, a turbação ou esbulho praticado pelo réu, a data da turbação ou esbulho e a continuação da posse (na ação de manutenção) ou sua perda (na ação de reintegração) para que a liminar seja concedida; tudo nos ditames dos artigos 927 e 928 do Código de Processo Civil. Com essa previsão legal, permite-se que, por exemplo, caso um imóvel abandonado há longos anos venha eventualmente a ser ocupado por pessoas que não têm moradia, o direito de posse daquele tido como “possuidor”, que abandonou o bem, seja sobreposto, liminarmente, ao direito à moradia e à dignidade dos ocupantes que não têm onde dormir; ou seja, antes mesmo que se conclua a instrução processual e sem que haja qualquer perigo na demora do trâmite do processo, se expulsará aqueles desprovidos de moradia em prol da defesa da posse de um “possuidor” que abandonou o imóvel. A posse e a propriedade, nesses termos, são tratadas de maneira ilógica como entidades intangíveis.

O que se vê é que o direito é todo operacionalizado de forma a realizar e implementar a ideologia do “nós” *versus* “eles”. Nos âmbitos aqui trabalhados, se percebe o direito atuando na normalização das classificações do “bom” e do “mau” através do direito penal; na normalização do sistema econômico neoliberal capitalista através de uma supremacia inventada em torno da palavra liberdade; e na normalização da concentração de bens pela intocabilidade do direito de propriedade. Em todos os casos, a exclusão binária se faz presente e rigorosamente reproduzida.

As escolas

O segundo instrumento a ser analisado é a escola. De acordo com Louis Althusser, atualmente esse é o principal Aparelho Ideológico de estado:

Ela pega crianças de todas as classes desde a tenra idade escolar e, durante anos – os anos em que a criança está mais “vulnerável”, espremida entre o Aparelho de Estado familiar e o Aparelho de Estado escolar -, martela em sua cabeça, quer utilize métodos novos ou antigos, uma certa quantidade de “saberes” embrulhados pela ideologia dominante (francês, aritmética, história natural, ciências, literatura), ou simplesmente a ideologia dominante em estado puro (ética, orientação cívica, filosofia). (ALTHUSSER in ŽIŽEK, 2007, p. 122).

A escola é um AIE de destaque, segundo Althusser, pois é o único que tem audiência obrigatória da totalidade das crianças, durante 5 ou 6 dias semanais, por oito horas diárias. É um aparelho que atua com intensidade, reproduzindo

os saberes de maneira selecionada conforme interessar à classe dominante – que organizará e unificará as grades de ensino. São esses saberes selecionados que propiciarão a reprodução das relações de produção, que é de explorados e exploradores, ou seja, de “nós” *versus* “eles”. Sobre esse aspecto, analisa o professor de filosofia:

Naturalmente, os mecanismos que produzem esse resultado, vital para o regime capitalista, são encobertos e ocultados por uma ideologia da escola, universalmente dominante por ser uma das formas essenciais da ideologia burguesa dominante: uma ideologia que representa a escola como um ambiente neutro, desprovido de ideologia (por ser... laico), onde os professores, respeitadores da “consciência” e da “liberdade” das crianças que lhe são entregues (em completa confiança) pelos “pais” (também eles livres, isto é, proprietários de seus filhos), abrem para elas o caminho da liberdade, da moral e da responsabilidade de adultos, através de seu próprio exemplo, do saber, da literatura e de suas virtudes “libertadoras”. (ALTHUSSER in ŽIŽEK, 2007, p. 122).

Uma esfera de naturalidade que encobre a escola a permite atuar nos moldes que já atuou a Igreja: como um lugar de frequência indispensável, utilidade inquestionável e que traz apenas benefícios aos seus frequentadores. (ALTHUSSER, 2007). Não se questiona a qualidade do ensino. Não se questiona o que pretende esse ensino.

É possível analisarmos diversas situações recentes que nos demonstram com limpidez como a escola é instituição que de fato reproduz a lógica de exclusão, moldando seus alunos, doutrinando-os e uniformizando-os. Tomaremos uma dessas situações como exemplo.

No final de 2013, a escola particular chamada Colégio Cidade Jardim Cumbica, localizada em Guarulhos na grande São Paulo, mandou um recado para a mãe de um aluno de 8 anos que tinha cabelo *black power* pedindo-a que a criança utilizasse um corte de cabelo mais adequado. De acordo com a reportagem “Colégio em Guarulhos pede que aluno corte cabelo crespo”, publicada em 05/12/2013, no *site* G1, a diretora da escola falou com a mãe do aluno que o cabelo de seu filho era crespo, cheio e inadequado. Após esse episódio, chegou o momento da rematrícula dos alunos e mantendo a mãe o corte de cabelo de seu filho, a família se deparou com a informação de que não haviam mais vagas na instituição para o menino.

O cabelo *black power* foi classificado como componente inconveniente e inadmissível que, não se submetendo aos mandos uniformizadores, foi excluído. Afastou-se o aluno por usar um corte de cabelo típico do negro, que está no grupo “eles”. O caráter repressivo e moralizante, de definição do que e de quem é adequado ou inadequado é a própria reprodução da lógica excludente.

A história do Brasil e a lógica “nós” *versus* “eles”

Compreendida a lógica binária como ideologia que utiliza de diversos instrumentos para distorcer a realidade e alcançar o objetivo de manutenção do *status quo* e da exclusão do outro inferiorizado, estudaremos a repercussão dessa ideologia na história do Brasil.

A história brasileira é em geral lida como ausente de guerras civis, tal que somos tidos como um país pacífico que não contou com grandes turbulências históricas. Diante da afirmação de que vivemos no máximo certas agitações, e nunca guerra civil em si, o professor e historiador Leandro Karnal, em sua palestra “O ódio no Brasil”, afirma:

“Ora, se guerra civil é a guerra entre pessoas do mesmo país contra o mesmo país, vivemos sistematicamente episódios de guerra civil - inclusive disfarçadas ou eminentes [...]. Vivemos com frequência a guerra civil; e há quem diga que, em vários sentidos, a periferia das grandes cidades é de fato uma guerra civil em curso.” (KARNAL, 2014).

O que ocorre, como bem expõe o historiador no desenrolar de sua exposição, é que evita-se a denominação da violência em nosso país, criam-se nomes poéticos e utilizam-se expressões eufemísticas para lhe fazer referência.

124

Isso é viável pois as torturas e os conflitos são afastados para a esfera do outro desconhecido, do “eles”. Como o sujeito atingido é tido como inferior, é possível amenizar as violências por ele sofridas; muitas vezes, é possível até mesmo justificá-las. Dessa forma, constrói-se uma falsa ideia de paz e, assim, atenua-se nosso horror estrutural, de maneira a se ocultar a realidade.

Ao contrário do que preconiza a história tradicional Brasileira, portanto, os reflexos da constante presença da lógica “nós” *versus* “eles” no país causaram guerras civis reiteradamente, tivemos sim a violência como elemento largamente presente em nossa história. Iremos pincelar, de maneira elucidativa, alguns fatos ocorridos no país que evidenciam e reforçam a afirmação da lógica de exclusão que se faz extremamente odiosa e violenta.

O Brasil colonial escravocrata: Zumbi dos Palmares

Iniciaremos nosso recorte histórico pelo Brasil colonial, marcado pela implementação do regime escravocrata, pois a escravidão é exemplo em que o negro (“eles”) é colocado nitidamente como um diferente coisificado. Na lógica da exclusão, o negro era aquele muito diferente que, por não servir nem mesmo como parâmetro de comparação para afirmação da superioridade do “nós”, é totalmente marginalizado, tornando-se mero objeto de propriedade e de exploração.

Ressalta-se que os “menos diferentes” dentro do grupo “eles” também eram tomados pela lógica de exclusão escravocrata; os crioulos desprezavam os africanos

e os mulatos sentiam-se superiorizados por terem sangue branco. Tal qual se demonstrou na exposição do conceito da lógica binária moderna, criou-se aí um grupo de diferentes que orbitavam em torno do núcleo-padrão de homem branco.

Importante fazer um sintético retrato da vida de um escravo: na economia escravista, o escravo agrário morria de fome ainda que rodeado de riquezas geradas por seu próprio trabalho, afinal não compensava para seu proprietário gastar dinheiro com a cultura de gêneros alimentícios para nutri-lo; morava em uma senzala completamente infecta; trabalhava sem limite de tempo e, geralmente, aos trinta anos já contava com condições físicas extremamente deterioradas; era a compulsão do terror que o fazia trabalhar, movido por castigos reiterados. Esse quadro constitui uma pequena amostra do resultado da exclusão cruel e feroz que, por mais horrível que fosse, era aceita e tida como normal: “as sensitivas sinhás, que nas novelas de Machado de Assis choravam por uma cachorrinha doente, eram capazes de assistir com a mais perfeita impassibilidade ao açoite ou à mutilação de um escravo” (FREITAS, 1978, p. 33). Foi justamente a aceitação social da violência extrema que era direcionada aos negros que permitiu que a escravidão acompanhasse a história brasileira por quase três séculos e meio.

Nesse contexto, a resistência negra se fazia principalmente por meio de infanticídio, suicídio, indolência, fugas e revoltas – essas últimas, destaca-se, foram elemento presente em todo o período escravocrata do país. Diante das revoltas, a repressão violenta era tida como solução para garantia da civilidade, ao passo que, simultaneamente – também pela civilidade – mantinha-se uma atmosfera de que o sistema escravista brasileiro era marcado por um caráter pacifista.

O antropólogo Nina Rodrigues veio a retratar as revoltas escravas como fenômenos de criminalidade e de regressão tribal, sua “tese fez fortuna tanto mais rápida quanto que legitimava a repressão às revoltas escravas e conferia aos amos um papel historicamente progressista” (FREITAS, 1978, p. 11). Aqui, vê-se como o negro é reduzido a uma ameaça criminoso, tirando-se daí a justificativa para violentá-lo – fora construído, dessa maneira, o ciclo vicioso sustentado no direcionamento da ameaça ao excluído, tal qual supramencionado.

Optamos por destacar a revolta de Palmares por ter sido a de maior envergadura, afinal “no decurso de quase um século os escravos da então capitania de Pernambuco resistiram às investidas das expedições continuamente enviadas por uma das maiores potencias coloniais do mundo” (FREITAS, 1978, p. 12).

Zumbi de Palmares, grande representante da resistência negra, lutou pela liberdade de culto e religião. Era ele o general palmarino: articulava e sustentava uma fervorosa contestação ao sistema escravista. Formou a mais veemente ameaça à ordem dura e injusta em que a paz era criada em cima da exclusão e da exploração negra.

Justamente por tentar romper a ordem sustentada pela lógica moderna “nós” *versus* “eles” que, em 1695 – tendo seu esconderijo revelado por um mulato torturado que recebeu a promessa de liberdade e vida em troca da entrega de Zumbi – foi encontrado e “seus olhos foram arrancados, sua mão direita foi

cortada e seu pênis foi decepado e enfiado em sua própria boca. Já a cabeça foi salgada e levada para Recife, onde apodreceu em praça pública” (LOPES, 2007).

Pois bem. É exatamente a nitidez atroz com a qual se apreende o ódio profundo que se tinha contra a rebelião escrava que buscamos expor. Não se trata de uma situação que seja possível atenuar a um nível pacífico: o risco de que os negros levantassem a ordem mantenedora do poder nas mãos de quem o detinha levou às mais absurdas manifestações de violência que, por sua vez, eram não só aceitas como aplaudidas.

Independência do Brasil, desigualdade e exclusão

07 de setembro de 1822: é nessa data que tornamo-nos independentes do Império Português e, assim, iniciamos oficialmente nossa história como país autônomo.

A independência do Brasil foi conduzida e controlada pela Aristocracia Agrária, em torno de Dom Pedro. Veja-se:

Em razão das peculiaridades do nosso processo de independência, a luta por sua conquista consistiu numa acirrada disputa pelo poder entre brasileiros e portugueses dentro do Brasil. Essa luta deixou na obscuridade diferenças sociais que existiam entre os próprios brasileiros e também as semelhanças entre os brasileiros e portugueses de grande fortuna, que tinham em comum interesses enraizados no Brasil.

No Brasil de 1822, os brancos constituíam um terço da população. Negros e mulatos formava a maioria, e 30% deles eram escravos. O que existia em comum entre essa massa empobrecida e escravizada e os proprietários escravistas, geralmente brancos? (KOSHIBA e MANZI FRAYZE PEREIRA, 2004, p. 279).

A pergunta proposta por Luiz Koshiba e Denise Manzi Frayze Pereira sobre o que haveria de semelhante entre classes de condições tão antagônicas nos remete à ideia de que, efetivamente, em termos econômicos, sociais e políticos, havia muito pouco em comum entre a massa empobrecida e os proprietários escravistas. O que existia era uma circunstância que os colocava próximos, em um mesmo território, vivendo em uma relação de explorador e explorado.

Nesse contexto de extrema desigualdade social, a independência se fez como um processo “de cima para baixo”, de participação popular inexpressiva, com o qual a aristocracia visou obter maior estabilidade, segurança e controle. Buscou-se a garantia da “ordem” econômica, social e política e assegurou-se a unidade territorial como origem de uma nação forte. D. Pedro personificou a unidade da nação e a legitimidade da representação política, em uma estrutura unitária e centralizada; como instrumento de reforço, montou-se um modelo de nação irrigado por símbolos, heróis e estórias, cercado pelo conservadorismo católico

e patriarcal, que copiava a cultura, arte, ideia de civilidade e de civilização da Europa, em um modelo ideal que distanciava-se largamente da realidade brasileira. (Informação verbal)¹³

A Constituição de 1824 refletiu nitidamente a substância do fenômeno da Independência do Brasil: foi uma constituição outorgada, de caráter censitário, marcada por um profundo unitarismo (o poder central nomeava Presidentes de Províncias).

Logo se percebe a reprodução da lógica de exclusão: a independência nada mais foi do que uma artimanha que interessava aos detentores de poder, que para abarcar a massa empobrecida (já que dela necessita para explorar e produzir) buscou sustentar um sentimento de nação através da padronização. Não interessava o que queriam os mulatos, índios e negros – a escravidão permanecia imposta; agora os colonos seriam brasileiros e, como tais, deveriam seguir justamente aquilo que queriam os brancos, aristocratas e civilizados.

Interessante observar que o dia 07 de setembro constitui, ainda em 2014, um feriado nacional comemorado por grandes desfiles patrióticos – ou seja, até hoje persiste a preocupação na manutenção do sentimento de nação, insuflada pelo patriotismo. Segundo a iniciativa do Grito dos Excluídos¹⁴, organizado há quase duas décadas, o dia 07 de setembro reflete um patriotismo passivo que persiste ignorando que relações economicamente solidárias e justiça social são elementos imprescindíveis para uma verdadeira independência. Em essência, cultiva-se o sentimento de nação, mas não se busca, ainda hoje, ser uma nação de e para todas e todos.

Proclamação da República

A Proclamação da República é mais um exemplo de articulação das classes dominantes que deixou totalmente à margem o grupo dos diferentes inferiorizados, reproduzindo a lógica da independência do Brasil. Observe:

“Os movimentos aparentemente reformadores, no Brasil, partiram quase sempre de cima pra baixo: foram de inspiração intelectual, se assim se pode dizer, tanto quanto sentimental. Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política vieram quase de surpresa; a grande massa do povo recebeu-as com displicência,

¹³ Aula de História ministrada no curso “Casa de História”, em 2007.

¹⁴ O Grito dos Excluídos é uma manifestação popular carregada de simbolismo, é um espaço de animação e profecia, sempre aberto e plural de pessoas, grupos, entidades, igrejas e movimentos sociais comprometidos com as causas dos excluídos. (...) Como indica a própria expressão, constitui-se numa mobilização com três sentidos: Denunciar o modelo político e econômico que, ao mesmo tempo, concentra riqueza e renda e condena milhões de pessoas à exclusão social; tornar público, nas ruas e praças, o rosto desfigurado dos grupos excluídos, vítimas do desemprego, da miséria e da fome; propor caminhos alternativos ao modelo econômico neoliberal, de forma a desenvolver uma política de inclusão social, com a participação ampla de todos os cidadãos.

ou hostilidade. [...] Os campeões das novas ideias esqueceram-se, com frequência, de que as formas de vida nem sempre são expressões do arbítrio pessoal, não se “fazem” ou “desfazem” por decreto.” (HOLANDA, 2013, p. 160/161).

Destacamos esse acontecimento simplesmente para demonstrar a reiteração da marginalização do povo, confirmando como nossos fatos históricos refletem cristalinamente a lógica moderna “nós” *versus* “eles”. Deixamos, com propósito reflexivo, a célebre frase escrita, à época, na carta de Aristides Lobo, referente ao dia 15 de novembro de 1889 (data da Proclamação da República):

“Por ora a cor do governo é puramente militar e deverá ser assim. O fato foi deles, deles só, porque a colaboração de elemento civil foi quase nula. O povo assistiu àquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava.” (LOBO apud HOLANDA, 2013, p. 161).

A Guerra de Canudos

O surgimento do povoado de Canudos foi acontecimento que estremeceu os sertões da Bahia durante o período da República recém-instaurada, como resultado do inconformismo dos camponeses que, diante da união republicana da burguesia com os latifundiários, não viram qualquer efetivação de reforma agrária, percebendo-se ainda na situação de explorados. Como já explicitado, aos camponeses a República pouco representou. Veja-se:

A abolição não representava a revolução agrária [...]. Os latifundiários sobreviveram. Os camponeses, reduzidos à servidão pelas novas leis, continuaram explorados, sem esperança de melhoria. Que representava a república para eles? O novo regime apenas servira à burguesia industrial e às classes médias da cidade. Não havia nada que os camponeses pudessem considerar seriamente como feito em seu benefício. (MONIZ, 1978, p. 65).

Frente a esse contexto, Antônio Conselheiro fundou a comunidade de Belo Monte, independentemente de autoridades eclesiásticas e civis, acabando por transformar uma velha fazenda abandonada em uma das cidades mais povoadas da Bahia, conhecida como Canudos. Segundo preceituava, nesse novo povoado todos eram iguais; lá abrigava-se todos aqueles que não tinham onde morar: “pequenos proprietários ameaçados pelos grandes, artesãos, vaqueiros, emigrantes, ex-escravos e numerosos camponeses inconformados com a pobreza e o desamparo”. (MONIZ, 1978, p. 41).

A nova organização de cidade fazia vigorar um sistema de vida bastante diferente daquele das cidades tradicionais: não havia autoridades policiais, não havia julgamento da mulher que optasse por ficar solteira, nem distinção de filhos ditos legítimos ou bastardos. A igualdade era valor estrutural.

Logo se observa que a proposta que Canudos incorporava representava uma distorção da lógica dicotômica moderna: a mulher solteira e o filho “não-legítimo”, na lógica excludente, não poderiam jamais ser equiparados às mulheres casadas e aos filhos legítimos, que constituíam o modelo de família ideal.

Por consequência de tal distorção – que revertia inclusive a sistemática da exploração, pois incompatível com a igualdade - não tardou para que os latifundiários se interessassem em minar essa novidade que aparecia captando muitos adeptos. Em Canudos, via-se uma ameaça ao sistema produtivo que colocava em risco a propriedade territorial. Não haveria como manter a produção sem que houvesse camponeses suficientes a serem explorados para produzirem riquezas em prol dos latifundiários.

A luta contra Antônio Conselheiro se fazia necessária pois era a luta contra tentativa de estabelecer no campo uma sociedade comunitária. (MONIZ, 1978). Era, pois, a luta pela manutenção da exclusão e, mais uma vez, pela manutenção do poder por aqueles que o detinham.

Três expedições do exército brasileiro foram realizadas sem que se obtivesse sucesso na destituição do poder civil em Canudos. Muitos militares lutavam acreditando que estavam em uma luta de defesa da República em face de um povoado tido como Monarquista, travando uma luta ardente e emocional por um sistema de governo que, em análise otimista, representava pouco mais que mero oportunismo das classes dominantes. Evidentemente que o que se queria aniquilar, reitera-se, era a ameaça que se construía à lógica “nós” *versus* “eles”.

Na quarta expedição, quando já não se suportava a vergonha das derrotas anteriores, direcionou-se em torno de 30 batalhões de infantaria (o que representava cerca de seis mil homens, equipados com dezoito canhões) para cercarem a cidade que chegou a ser a segunda maior da Bahia. A guerra fora travada até que, em 22 de setembro de 1937, morreu Antônio Conselheiro. Completaram-se mais de três meses até que a chamada “expedição final” derrotasse praticamente todos os trinta e cinco mil moradores da cidade. O extermínio aconteceu sem que houvesse distinção de idade. Cinco mil e duzentas casas foram contadas no local, entre as destruídas e as que ainda se mantinham levantadas, lá se encontrando, ainda, seiscentos e quarenta e sete corpos sem sepultamento. Em nome da civilização e contra a chamada barbárie sertaneja, a título exemplar e simbólico, ateou-se fogo em tudo que restava de Canudos. Localizado o corpo de Conselheiro, cortou-se-lhe a cabeça, enviando-a para que fosse feito um estudo frenológico na Faculdade de Medicina na Bahia, em busca de localizar a loucura e a criminalidade na forma de seu crânio. (MONIZ, 1978). Posteriormente, a memória da violência de Canudos foi enterrada ao se fazer uma represa para cobrir o lugar em 1969.

A conclusão que se tira da Guerra de Canudos é consoante com toda a vertente sociológica ora trabalhada. Em busca de manter a homogeneidade da lógica moderna, fez-se de tudo que necessário fosse: a lógica diferente que se construía foi destruída; o povo diferente foi brutalmente dizimado; a legitimação de tais atos foi sustentada pelo discurso de defesa da República; no plano simbólico,

reafirmou-se a manutenção da lógica moderna pela punição exemplar; a certeza na inferioridade do diferente foi traduzida em ciência, buscando-se comprová-la por estudos “sérios”; e, finalmente, escondeu-se a brutal violência causada ao grupo “eles”, tampando-se com água todo o sofrimento de um povo (e assim o Brasil continuou “sem guerras civis”).

A Guerra do Contestado

A Guerra do Contestado, tal qual Canudos, foi uma revolta camponesa de reação à exclusão econômica, social e política decorrente da existência dos grandes latifúndios e do coronelismo. Também ao Contestado foi atribuída uma imagem anti-Republicana.

Eclodindo no Sul do Brasil entre o período do ano de 1912 até 1916, o Contestado foi um conflito armado que surgiu no contexto da construção de uma ferrovia que iria do Rio Grande do Sul até São Paulo. A construção dessa ferrovia é retrato nítido de uma República na qual se atuava em sintonia com os interesses das classes dominantes, já que se optava por investir em negócios que eram rentáveis à burguesia e aos grandes latifundiários, e nunca na melhoria das condições de vida da massa empobrecida.

Diante da implementação dessa obra que, por si só, materializava a própria evidência da contradição entre a busca de progresso e o aumento da desigualdade social, desatou-se “a fúria especulativa por terra, ervais e madeira, com mando e jurisdição divididos entre “coronéis”, “políticos” e negociantes”. (MARCELLINO, 2004, p. 16). Junto à expulsão violenta dos sertanejos que não tinham como permanecer nas terras valorizadas, desencadeou-se uma sequência de conflitos.

Os camponeses da região contestada, completamente privados de direitos humanos de sobrevivência e sem espaço social, recorreram às armas para promoverem a justiça preconizada por uma doutrina sócio-política primitiva que a eles fazia sentido. Estavam, assim, abalando a lógica dicotômica mantida pelos detentores de poder. Note-se:

“É claro que a ideologia burguesa foi abalada pelos caboclos: o cristianismo que lhes deu unidade era fraternal, igualitário [...], enfim, humano, e se aproximava de uma fraternidade proletária; não era o mesmo “cristianismo” dos governadores, dos latifundiários, dos coronéis, dos amansadores de escravos [...]” (MARCELLINO, 2004, p. 111).

Em face da ameaça à lógica estruturante moderna, mais uma vez se deu a repressão violenta. No Contestado, utilizou-se de aviação para bombardear território e gente brasileira: novamente milhares de camponeses foram mortos, inúmeras casas foram destruídas e utilizou-se de prisioneiros para se exibir o exemplo do que ocorre com aquele que ameaça à ordem dicotomizada.

Pois bem. Os eventos históricos aqui trazidos são ilustrativos e representam o resultado de uma lógica que se fez preservada, a qualquer custo, para manter a exclusão do outro inferiorizado. Poderíamos discorrer sobre inúmeros outros fatos de evidente violência que ocorreram em nosso país: cabanagem, sabinada, revolução de 30, a Ditadura; enfim, trata-se de uma lista extensa, cuja elaboração e análise não iremos suprir no presente trabalho.

Esta luta, esta resistência contra a opressão do “nós” sobre o “eles”, subalternizado, continua até os dias de hoje. Os altíssimos dados de violência hoje, marcam a guerra civil permanente que ainda vivemos e morremos. Não romperemos com esta violência enquanto não enxergarmos os eixos que sustentam a modernidade e que viabilizaram e mantém até hoje a economia capitalista. Sem desconstruir estes eixos e superar esta modernidade opressiva, não terá fim a violência. No século XX tentou-se superar o capitalismo, mas sem superar as estruturas modernas que viabilizaram esta economia. Vivemos hoje o crescimento de alternativas que ignoram, profanam, negam ou desmontam a lógica moderna excludente. O novo constitucionalismo democrático latino-americano, expresso em vários dispositivos das Constituições da Bolívia e do Equador representa esta possível ruptura com os elementos modernos de opressão violenta e de sua justificativa, incluindo a superação do dispositivo binário subalterno do “nós versus eles”.

Conclusão

Constatou-se, pela presente pesquisa, que de fato a lógica “nós” *versus* “eles” é um aparato ideológico muito articulado, que opera desde a modernidade, tendo estado fortemente presente na história brasileira e continuando a atuar nos dias de hoje.

O estudo nos mostra como a classe dominante tem o monopólio da política, da cultura, da jurisdição e da economia, controlando a sociedade e o inconsciente social de acordo com seus interesses. Dessa maneira, define o que e quem seria “bom” e o que e quem seria “ruim”.

Chama atenção como o medo do ser humano diante das inseguranças inerentes à vida social e como a captação e subjetivação do desejo humano de felicidade, somados, abrem espaço para a atuação dos dispositivos e dos aparelhos ideológicos de estado, culminando por permitir a banalização do outro inferiorizado, que passa a ser responsabilizado por tal insegurança – o que acaba por justificar a situação de exclusão em que ele se encontra.

Portanto, a sociedade acolhe a atuação dos instrumentos ideologizadores, e um forte elemento que gera essa acolhida é o medo e a busca de segurança. Faz-se necessário entender que as perturbações trazidas pelas pulsões de agressão e de autodestruição são inerentes ao ser humano, tocando a todos. Em uma leitura restrita aos limites da lógica trabalhada, tem-se: o ódio, as perturbações e as inseguranças tocam ao grupo “nós” e ao grupo “eles”. A incerteza da vida em

grupo supera qualquer possibilidade de direcionamento a um grupo responsável: é impossível dicotomizar a violência; é impossível dicotomizar o ser humano.

Nesses termos, reforça-se que não há de se criar aparatos violentos que, baseados na culpabilização de um grupo posto como inimigo, finjam instaurar certa segurança e, em verdade, tragam apenas a segurança da classe dominante de se manter no poder.

É preciso tratarmos da insegurança da vida em sociedade sem que isso implique em exclusão, sem ceifar o direito à diversidade, sem insuflar mais violência, sem coisificar o outro e responsabilizá-lo, cegamente, pelas incertezas do porvir.

Paralelamente ao trato da insegurança, notou-se, pelo trabalhado, que também a alteridade deve ser tratada de maneira atenta. Isso porque a pesquisa colocou em pauta como a dificuldade do humano de lidar com a diferença é explorada e reforçada, de maneira segregatória, como elemento estrutural do Estado e da sociedade.

Diante da alteridade, a lógica binária atua demarcando as diferenças e classificando-as como melhores ou piores, sendo a exclusão e a exploração do diferente inferiorizado elementos estruturais dessa lógica. É essa a estrutura que deve ser desconstruída para que se instigue a manifestação plural, com a garantia do direito à diversidade. Não se trata de reverter a lógica existente em sentido inverso; não se trata, por exemplo, de culpabilizar o rico ou de colocar o branco como inimigo. Trata-se de superar essa lógica desconstituindo-a por total, ultrapassando a dicotomia que coloca o outro como ser inferior.

Nesse sentido, nota-se que as dificuldades de lidar com as diferenças existem e devem ser tratadas no sentido de trabalhar as diferenças como manifestações que necessariamente irão coexistir e, portanto, devem coexistir de maneira respeitosa e ausente de privilégios.

O que se conclui, finalmente, é que a partir do conhecimento da presença da lógica “nós” versus “eles” podemos desconstruir a estrutura binária que é totalmente descabida para nós - seres humanos plurais, múltiplos, complexos e históricos -, e construir, socialmente e de maneira conjunta, um novo caminho social.

Referências bibliográficas

- AGAMBEM, Giorgio. *O que é o Contemporâneo? E outros ensaios*. Tradução Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó, SC: Argos, 2009.
- AGAMBEM, Giorgio. *Profanações*. Tradução de Selvino José Assman. São Paulo: Boitempo, 2007.
- ALTHUSSER. *Ideologia e aparelhos ideológicos de estado (notas para uma investigação)* in ZIZEK, Slavoj (org.). *Um Mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.
- BRASIL. *Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

- CHAUÍ, Marilena. *O discurso competente; Crítica e ideologia* In CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. São Paulo: Cortez, 2006.
- FREITAS, Décio. *A Guerra dos Palmares*. 2. ed. 1978.
- FREUD, Sigmund. *O Mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Cap. 1, p. 15-122.
- GALEANO, Eduardo. *“Las Venas Abiertas de América Latina”*. Madrid: Siglo XXI. 2006.
- GINGZBURG, Carlo. *Olhos de madeira: nove reflexões sobre a distância*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. Cap. 1, p. 15-41.
- GOMBATA, Marsílea. *Em 15 anos, Brasil prendeu 7 vezes mais que a média*. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/populacao-carceraria-brasileira-cresceu-7-vezes-mais-que-a-media-mundial-nos-ultimos-15-anos-5518.html>>. Acesso em: 17 mar. 2014.
- G1 SÃO PAULO. Colégio em Guarulhos pede que aluno corte cabelo crespo. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/12/colégio-em-guarulhos-obriga-menino-cortar-o-cabelo-crespo.html>. Acesso em: 17 mar. 2014.
- KARNAL, Leandro. *O ódio no Brasil*. You Tube, 24 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=w3VK3pnjUS4#t=2712>> Acesso em: 17 mar. 2014.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *O Estado Plurinacional e o Direito Internacional Moderno*. Curitiba: Juruá, 2012.
- MARICATO, Ermínia. *É a questão urbana, estúpido!* In: *Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. 1 ed. São Paulo:Boitempo: Carta Maior, 2013.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Ed. Ridendo Castigat Mores, 1999. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/manifestocomunista.pdf>> Acesso em 05/05/2014.
- MATTOS, Virgílio de. *Perdeu playboy, perdeu*. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/24371/perdeu-playboy-perdeu>>. Acesso em: 02 mai. 2014.
- MATTOS, Virgílio de. *Sistema Penal e Direitos Humanos? Esta é uma Contradição em Termos*. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/24538/sistema-penal-e-direitos-humanos-esta-e-uma-contradicao-em-terminos>>. Acesso em: 02 mai. 2014.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Ai. 1.0079.13.017161-8/003, Rel. Des. Amorim Siqueira, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/03/2014, publicação da súmula em 17/03/2014. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=769E4879C3E27740C38A48E2537A7216.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.13.017161-8%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 02 mai. 2014.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Ai. 1.0024.10.170706-5/001, Rel.Des. Pedro Bernardes, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/11/2011, publicação da súmula em 16/11/2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0024.10.170706-5/001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&C>>. Acesso em: 02 mai. 2014.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Recurso nº 2.0000.00.477227-8/000(1), Rel. Pedro Bernardes, Data da publicação 01/08/2006. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.477227-8%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 02 mai. 2014.
- MONIZ, EDMUNDO. *A Guerra Social de Canudos*. Civilização Brasileira S.A. Coleção Retratos do Brasil, 1978.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT

para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos. Elaboração Helenice Rêgo dos Santos Cunha. 9. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. SECRETARIA DO GRITO DOS EXCLUÍDOS. História. Disponível em: <<http://www.gritodosexcluidos.org/historia/#3>>. Acesso em: 09 mar. 2014.

STANLEY ROCHA SOUZA. *Estudos avançados da posse e Direitos Reais*. 1 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2011.

UNICEF. BEMFAM, UNICEF E SESAI juntos para diminuir a mortalidade infantil indígena. 2013. Disponível em <http://www.unicef.org/brazil/pt/media_25245.htm> Acesso em: 8 mar. 2014.

WASELFSZ, Juliano Jacobo. *Mapa da violência 2012: a cor dos homicídios no Brasil*. 1. ed. Brasília, 2012. Disponível em <http://www.mapadviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_cor.pdf>

WALMOR MARCELLINO. *A Guerra Camponesa do Contestado*. Curitiba: Quem de Direito, 2005.

O constitucionalismo do porvir e a sociedade aberta de intérpretes constitucionais

Cleyson de Moraes Mello¹
Thiago Moreira²

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar, em uma breve exposição, a teoria hermenêutica propagada pelo constitucionalista alemão Peter Häberle, qual seja a tese sobre a sociedade aberta de intérpretes constitucionais e sua contribuição para a ciência jurídica, notadamente, na seara constitucional e em sua interpretação. Dar-se-á ênfase à sua influência na compreensão do que denominamos Estado Democrático de Direito, bem como será estudada a participação e a legitimidade social para a manutenção e o progresso de uma efetiva e eficaz interpretação constitucional dando maior legitimidade às decisões jurisdicionais e, ainda, estudaremos as formas através das quais os intérpretes constitucionais, neste contexto entendidos como uma sociedade aberta de intérpretes, avançam na busca de dar efetividade aos valores constitucionais.

Palavras-chave: Direito constitucional; Peter Häberle; sociedade aberta de intérpretes constitucionais; Estado Democrático de Direito.

Abstract

This paper aims to demonstrate in brief exposure to hermeneutical theory propagated by Peter Häberle, german constitutionalist, author of the theory of the open society of constitutional interpreters, and its contribution to legal science, notably with respect to constitutional interpretation. Will be given emphasis to its influence on the understanding of what we call the democratic rule of law, will be studied the participation and the social legitimacy for the maintenance and advancement of effective and efficient constitutional interpretation giving greater legitimacy to judicial decisions, and, also, study the ways in which constitutional interpreters, in this context understood as an open society of interpreters, promote the advance in the quest to provide effectiveness of constitutional values.

Keywords: Constitutional law; Peter Häberle; open society constitutional interpreter; Democratic State.

¹ Doutor em Direito pela UGF-RJ; Mestre em Direito pela UNESA; Professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito (Pós-Graduação e Graduação) UNESA, FAA-FDV, UNISUAM e UNIPAC (Juiz de Fora-MG); Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB; Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Porto Alegre – RS. Membro da Academia Valenciana de Letras. Vice-Presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença-RJ. Autor e coordenador de diversas obras jurídicas. E-mail: profcleysonmello@hotmail.com

² Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/MG, Juiz de Fora. Ex-estagiário Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais junto à 5ª Promotoria de Justiça, Comarca de Juiz de Fora.

Introdução

“A constituição é um envelope”.

Com base nesta frase do estadista francês Charles de Gaulle, o professor Eros Roberto Grau³ nos traz uma ilação que não pode passar despercebida, qual seja a de que a constituição deve sempre ser interpretada de acordo com a realidade social, sendo que o conteúdo deste envelope seria fruto do dinamismo social, mais especificamente, o que está contido dentro dele surge *no* e *do* dinamismo da vida político-social.

Tal afirmativa encontra amparo em nossa realidade, já que a participação popular na gestão de seu próprio destino nunca foi tão efetiva quanto se vislumbra atualmente.

Podemos ver à plena luz do dia diversos setores sociais que outrora separados pela estratificação de nossa ordem social, agora como se fossem um, aliam-se na busca por ideais que transcendem as diversidades e fatores discriminatórios, buscando e clamando por justiça social, o fim da corrupção na Administração Pública, efetivação de direitos legalmente garantidos, porém não tutelados devidamente e a plenos pulmões manifestando e exercitando a democracia.

A sociedade civil é um grande agente de transformações sociais que podem até mesmo alterar a formulação do próprio Estado. Nas palavras de Liszt Vieira⁴ não se trata apenas de pressionar o Estado para a reivindicação de direitos, mas de modernizar e transformar a própria sociedade civil, “com alteração das estruturas tradicionais de dominação, exclusão e desigualdade que, fora do aparelho de Estado, se encontram enraizadas nas instituições, normas, valores e identidades coletivas, baseadas em preconceitos de raça, classe, e gênero, configurando o que Foucault denominou de ‘micropoderes’”.

O direito constitucional não fica alheio a este clamor e busca, por meio de sua renovação, alcançar meios que possibilitem a efetividade dos mandamentos constitucionais e é neste íterim que surge o que denominamos de constitucionalismo com um arcabouço teórico instrumentos que possibilitem a participação popular nas decisões de grande repercussão e que influenciaram exponencialmente em seu destino.

Dentre as teorias que regem o chamado constitucionalismo do porvir destaca-se a teoria do jurista alemão Peter Häberle por meio de sua obra *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição* que provoca a revisitação do conceito de interpretação constitucional com o estabelecimento de um rol mais amplo daqueles que participam do processo interpretativo.

³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. GRAU, Eros Roberto, Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 281.

⁴ VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na era da globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

Dentre as formas de fomentar a participação democrática na interpretação constitucional destacaremos ao final a instituição das audiências públicas em um caso paradigmático perante o STF, no caso que tratou da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 que impugnava alguns artigos da Lei de Biossegurança 11.105/2005, notadamente os que tratavam da pesquisa com células-tronco embrionárias, o que inaugurou o instituto da audiência pública em nosso ordenamento jurídico.

Por qualquer ângulo que se possa olhar, necessária se faz a inserção de instrumentos que outorguem à sociedade uma voz que se faça ouvir.

O constitucionalismo do porvir

O constitucionalismo, seja ele entendido em seu sentido amplo (relacionado ao fato de que todo o Estado possui uma constituição independentemente de época ou regime político), seja entendido em seu sentido estrito (como uma técnica jurídica de tutela das liberdades, surgido no final século XVIII), sofreu evolução que não pode passar despercebida aos nossos olhos.

Vários fenômenos políticos geraram movimentos constitucionalistas que, segundo Uadi Lammêgo Bulos⁵ pode ser dividida em seis etapas, quais sejam a do constitucionalismo *primitivo*; do constitucionalismo *antigo*; do constitucionalismo *medieval*; do constitucionalismo *moderno*; do constitucionalismo *contemporâneo* e, por fim, do constitucionalismo *do porvir*.

E é exatamente nesta sexta etapa do constitucionalismo, do porvir, que se encontra o cerne de nossa argumentação.

Segundo Uadi Bulos o constitucionalismo do futuro irá proporcionar o aperfeiçoamento de um conjunto de ideias avaliadas ao longo do tempo, sendo pautado “na esperança de dias melhores, numa etapa vindoura da evolução humana”⁶.

Sensata é a ponderação de Uadi Bulos⁷ ao aduzir que o constitucionalismo do porvir deve ser erigido na busca de um equilíbrio que possa ser encontrado entre as concepções hauridas do constitucionalismo moderno e os excessos do constitucionalismo contemporâneo. Trata-se, portanto, de uma convergência entre os pontos essenciais das etapas do constitucionalismo moderno e contemporâneo.

O século XXI despontou com uma mudança substancial no pensamento constitucional através de uma visão integradora da Constituição, agregando todos os ramos de nosso ordenamento jurídico (pelo que se fala em constitucionalização do direito, da força normativa da constituição e da participação popular na interpretação constitucional com trataremos adiante sobre a sociedade aberta de intérpretes), superando a dicotomia entre direito natural e direito positivo e a racionalidade comunicativa para além da compreensão da relação sujeito-objeto e

⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12.

⁶ *Ibid.*, p. 26.

⁷ *Ibid.*

ingressa na interação sujeito-sujeito, propiciando uma maior gama de manifestações da razão contribuindo para uma filosofia discursiva pautada na comunicabilidade.

Em instigante tese sobre o constitucionalismo *Del por-venir* o jurista argentino Roberto José Dromi⁸ traça seis valores que são considerados fundamentais nas constituições que estejam em consonância com o porvir, quais sejam as que se referem à *veracidade, solidariedade, continuidade, integracionalidade, universalidade e participatividade*.

Por *veracidade* podemos entender que as constituições na mais poderão conter promessas que são inviáveis ou impossíveis de serem cumpridas, nem mesmo legitimando mentiras. Ao invés de tentarem ocultar a real é crítica situação de uma sociedade, a constituição irá zelar para uma correta ponderação “entre o que realmente se *necessita, se requer e se pode* constitucionalizar”⁹, primando pela transparência, ética e sinceridade.

A *solidariedade* se pautará na busca pela justiça social e pelo tratamento igualitário entre os povos, principalmente pela concretização da dignidade da pessoa humana, eliminando as discriminações que são prejudiciais, ou seja, as que não geram e promove um equilíbrio, a igualdade.

Pelo valor da *continuidade* as transformações constitucionais ocorreram com a cautela necessária que permita que os alicerces constitucionais permaneçam, sem que seu sentido original se perca em face de eventuais mudanças. Pode se dizer que tal valor é corolário do princípio da vedação ao retrocesso.

Em relação à *integracionalidade*, esta irá proporcionar a integração entre o plano interno e externo de um Estado para fins de um desenvolvimento satisfatório. Trata-se de um modelo a ser seguido no plano do Direito Internacional Público e Privado para instituição de órgãos supranacionais para elaboração de tratados que promovam integração entre seus membros.

No que tange à *universalidade* o constitucionalismo do porvir deverá primar pela universalização dos direitos fundamentais internacionais, combatendo qualquer atitude contrária ao respeito à dignidade humana.

Por fim, concernente à *participatividade*, o modelo constitucional do futuro irá promover uma gestão estatal participativa, não só em face do aspecto técnico e econômico da administração pública, mas até mesmo no que tange à gestão da jurisdição estatal e da interpretação das leis e das normas constitucionais, que não deve ser embasada na absoluta discricionariedade dos julgados (ainda que fundamentados na legislação processual e material aplicável).

Neste valor inerente à *participatividade* do povo a ser estabelecida no constitucionalismo vindouro é que encontramos uma forma idônea de promover não só a maior participação popular na vida pública, mas também inserir o povo como um legitimado a interpretar a constituição que os rege.

E deste ponto em especial iniciamos um sucinto comentário sobre a teoria da abertura da hermenêutica constitucional defendida por Peter Häberle.

⁸ DROMI, Roberto José *apud* *Ibid.*, p. 26-27.

⁹ *Ibid.*, p. 26.

A sociedade aberta de intérpretes constitucionais

Häberle em estudo pioneiro¹⁰ publicado em 1975¹¹ analisa o atual panorama da interpretação constitucional que trata de duas questões essenciais sobre os objetivos e as tarefas de tal interpretação, bem como sobre os métodos ou regras neste processo.

Entretanto, uma questão relativa a um terceiro questionamento ou problema tem sido deixada de lado na visão do aludido jurista, sendo esta a que se relaciona aos participantes da interpretação constitucional.

A base de sua tese se encontra na possibilidade de ampliar o rol dos participantes na interpretação constitucional que ainda hoje é restrita a um seletivo grupo que compõe a chamada *sociedade fechada de intérpretes* (que muitas vezes, como no caso de uma relação jurídica processual, é restrito às partes, ao julgador, ao *parquet*, etc.).

Passa-se à necessidade de estender a interpretação constitucional ao maior número de intérpretes em um catálogo formado por todos os que estão vinculados no processo de interpretação, ou seja, todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não se podendo falar em rol taxativo (*numerus clausus*).

Como bem aponta Häberle a “interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada”¹², pelo que os critérios a serem aplicados deverão ser ampliados.

Existe uma relação de proporcionalidade entre os critérios de interpretação constitucional e o pluralismo social, já que quanto mais pluralista for uma sociedade mais abertos serão os critérios de interpretação constitucional.

Mas como saber com base neste critério de pluralismo social quem são os legitimados nesta sociedade aberta de intérpretes?

Häberle nos traz uma resposta ao afirmar que todo aquele que vive sob a regulação de uma norma e que vive neste contexto “é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico”¹³.

Para o autor alemão uma teoria constitucional que se concebe como ciência experimental deve levar em conta diversos fatores e a diversidade dos grupos sociais de forma concreta, a realidade na qual vivem e suas necessidades.

¹⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹¹ Em um contexto social diverso do atual, onde imperava a polarização mundial em capitalismo e socialismo. No Brasil, a liberdade de expressão e participação popular era suprimida pela ditadura.

¹² *Ibid.*, p. 13.

¹³ *Ibid.*, p. 15.

Existe um catálogo sistemático¹⁴ de participantes da interpretação apresentado por Häberle que compreende com as devidas adaptações: (1) as funções estatais (os órgãos com poder decisório, Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, especialmente na (pré) formulação do interesse público; (2) os participantes do processo de decisão que não são necessariamente órgãos estatais como: as partes propriamente ditas (autor e réu, requerente e requerido, etc.), aqueles que ingressarem como terceiros interessados, os peritos e pareceristas; e, por fim, (3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como estimuladores neles compreendidos a mídia (televisão, rádio e imprensa em geral) que junto com as associações igrejas, escolas e etc., não obstante não fazerem parte do processo em uma compreensão estrita tem sua relevância no processo argumentativo e hermenêutico.

“A interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático”¹⁵. Em outras palavras, a interpretação não é alvo de um monopólio do Estado. Todos são partes relevantes no processo democrático de interpretação constitucional “o cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos”¹⁶.

Segundo o referido autor “até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo” o que não retira a significância das instituições jurídicas que exercem a jurisdição estatal, “a interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou em longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade”¹⁷.

O próprio Häberle aponta uma provável objeção a qual está sujeita sua tese que se refere à possibilidade da dissolução da interpretação constitucional em um sem número de intérpretes e interpretações¹⁸.

Para amainar tal objeção Häberle argumenta que em um primeiro momento devemos observar que a questão da legitimação somente toma maior vulto quando falamos daqueles que não estão formalmente vinculados à Constituição, ou seja, aqueles que não atuam por meio de um procedimento pré-estabelecido (constitucionalmente), mas sob a incidência do efeito sancionador da norma para os quais, resta uma vinculação limitada, o que restringe sua legitimação.

Entretanto, ao entendermos a interpretação constitucional como um processo aberto e idôneo a promover a conformação da interpretação à realidade pluralista na qual vivemos, veremos que a ampliação do rol de intérpretes é uma necessidade, já que a norma não é uma “decisão prévia, simples e acabada”¹⁹ e

¹⁴ *Ibid.*, p. 20-23

¹⁵ *Ibid.*, p. 23.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 24.

¹⁸ *Ibid.*, p. 29.

¹⁹ *Ibid.*, p. 30.

necessita de adequação às alterações sociais. Entender a norma como tal seria transformar o intérprete em um mero servo da norma.

Outro argumento trazido pelo jurista alemão é que todo intérprete é orientado em seu juízo de ponderação pela teoria e pela práxis, sendo que esta última não é essencialmente estabelecida, moldada, pelos intérpretes oficiais da Constituição. De fato, existem fatores externos à interpretação constitucional dada pelos intérpretes oficiais que amoldam a realidade (fator essencial na formação da práxis), tais como os fatos e fenômenos sociais.

Nesta esteira, os intérpretes judiciais não podem ser alheios às alterações e à realidade social que lhe rodeia. Ainda que não se deixem levar pela opinião pública “seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos” como uma violação de sua independência ao julgarem.

As influências que os fatos e fenômenos sociais provocam na práxis formam uma espécie de legitimação que evitam o livre arbítrio do julgador/intérprete.

A democracia participativa na seara jurisdicional, por meio de uma sociedade aberta de intérpretes constitucionais, é ferramenta essencial para que não ocorram decisões arbitrárias (sem qualquer adequação à realidade social) que impedem o crescimento sadio de uma sociedade plural.

Para Peter Häberle, é inconcebível uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo, mas “subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação”²⁰.

Na lição de Häberle²¹ “o processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos ‘intérpretes da Constituição da sociedade aberta’”. Uma sociedade somente é aberta e livre na medida em que amplia o rol dos intérpretes de sua Constituição, de forma que todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.

Esta participação mais ativa do cidadão e das potências públicas em razão da amplificação do rol de intérpretes constitucionais provoca a relativização da interpretação jurídica. Tal relativização se deve ao fato de que ao interpretar a norma constitucional o julgador não o faz de forma isolada, tendo em vista a pluralidade tanto de participantes, quanto das formas de participação.

Peter Häberle entende que a esfera pública pluralista desenvolve força normatizadora, sendo que, posteriormente, “a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública”²².

A tese de Häberle fomentou uma mudança de paradigmas no que tange à hermenêutica constitucional, à formação de Estados constitucionais e na formação de uma jurisdição constitucional democrática no constitucionalismo ocidental.

Não é outra a importância e a influência dos argumentos de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro como se verá adiante.

²⁰ *Ibid.*, p. 14.

²¹ *Ibid.*, p. 42.

²² *Ibid.*, p. 41.

A inserção e manifestação da sociedade aberta no ordenamento jurídico brasileiro

A abertura da legitimidade na seara da interpretação constitucional aos diversos componentes de uma sociedade pluralista influenciou sobremaneira o pensamento da hermenêutica constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda é incipiente, porém mostra mudanças relevantes.

Uma demonstração de tais mudanças são as inovações trazidas pelas leis que tratam sobre o controle de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, quais sejam as leis 9.868/99, 9.882/99 e 12.063/09, referentes respectivamente ao processo e julgamento, a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Dentre as inovações trazidas pelas referidas leis destacamos a figura do *amicus curiae* e a permissão legal para a realização de audiências públicas²³, esta última, objeto de maior destaque neste trabalho.

A complexidade de nossa sociedade, a pluralidade de ideias e ideais, sejam eles políticos, religiosos ou sociais, tornam cada vez mais difícil a tarefa do julgador, que se vê diante de decisões que demandam conhecimentos e ponderações que vão além da simples técnica jurídica. São os chamados *hard cases* (casos difíceis) na lição de Ronald Dworkin, que ocorrem com muito mais razão nas questões que tratam de normas constitucionais.

No processo decisório destes chamados *hard cases* se faz necessária a adoção de práticas que endossem as decisões proferidas. A permissão para realização das audiências públicas se tornou meio idôneo para tanto.

²³ A título de exemplo desta abertura procedimental destacamos:

Lei 9.868/99:

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

[...]

Lei 9.882/99:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

[...]

Não obstante a autorização para a instauração de audiências públicas perante o STF desde o ano de 1999, a primeira audiência pública foi realizada somente no ano de 2007 para subsidiar a decisão a ser proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.510 de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, que tinha como finalidade a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º e seus respectivos parágrafos²⁴ da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança).

Dada a magnitude do bem jurídico tratado nesta ADI, a vida e as questões relativas ao momento no qual a mesma tem seu início, o relator de tal ação designou audiência pública para que o STF se munisse de todo o arcabouço técnico sobre a questão com a finalidade de tornar mais legítima possível a decisão proferida pelo Excelso Tribunal tendo em vista a participação efetiva da sociedade civil.

Na ocasião o Ministro Carlos Ayres Britto concedeu entrevista destacando que “democracia é isso. É tirar o povo da plateia e colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito. É fazer do mero espectador um ator ou um autor do seu próprio destino”²⁵.

Nesta esteira o Ministro Gilmar Mendes²⁶ asseverou:

Por isso é chegada a hora de uma *viragem radical* para que a interpretação constitucional – que a todos interessa e a todos diz respeito – seja levada a cabo *pela e para* a sociedade aberta e não apenas pelos operadores oficiais da Constituição, ainda que, a seu ver, a última palavra deva continuar institucionalmente com os órgãos da jurisdição constitucional.

A abertura procedimental no controle de constitucionalidade é fruto de uma necessidade de nossa sociedade. Um clamor atendido para fins de coibir ações arbitrárias e sem legitimidade perante a sociedade civil. A aproximação do povo no procedimento decisório é um caminho a ser constantemente trilhado.

²⁴ “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizadas nos respectivos procedimentos, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data de publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

²⁵ Site Oficial do Supremo Tribunal Federal - STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69682>>. Acesso em 02/11/2013.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32.

Conclusão

O constitucionalismo hodierno está em processo de convergência para o que a doutrina constitucional denomina de constitucionalismo do porvir que, dentre outras características, apresenta a participatividade da sociedade civil na vida pública, o que engloba o processo decisório no âmbito do controle de constitucionalidade.

Peter Häberle sensível à necessidade de mudanças de paradigmas propõe a abertura procedimental no controle de constitucionalidade com a ampliação do rol de intérpretes da Constituição, que até então era tarefa de uma sociedade fechada de intérpretes, os chamados intérpretes oficiais.

Neste diapasão, a legitimidade para interpretar a Constituição é de todo aquele que vive a norma constitucional, pelo que não se deve mais falar em monopólio estatal nesta seara, reduzindo a legitimidade somente para os órgãos oficiais e às partes no processo.

Estamos em meio a sociedades cada vez mais plurais e dotadas de relações jurídicas e sociais cada vez mais complexas. A participação social nas decisões que versam sobre a Constituição sob a qual vivem atualmente é mais do que um simples ato, na verdade, é um meio de dar legitimidade às decisões proferidas. Quanto mais a sociedade civil participar do processo decisório, mais esta decisão tende a ter suas bases de fundamentação mais legítimas. Entretanto, neste processo interpretativo, a última palavra deverá pertencer ao órgão oficial, que em nosso ordenamento se refere ao Supremo Tribunal Federal - STF.

144

As audiências públicas promovidas no âmbito do STF são um caminho de promoção da participação social nas decisões judiciais, uma expressão do que é verdadeiramente um Estado Democrático de Direito.

As decisões que versam sobre questões constitucionais de grande complexidade, por exemplo, aquelas que se refiram ao direito à vida ou à liberdade, não podem ser tomadas a portas fechadas.

Esta é a verdadeira feição de uma democracia, a legitimação do povo para participar ativamente da regência do Estado no qual vivem, seja no campo político ou jurídico, dando-lhe voz e vez.

Referências bibliográficas

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. GRAU, Eros Roberto, Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na era da globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

Construindo elementos de efetivação da democracia deliberativa numa nação de pessoas constitucionais

Carina Barbosa Gouvêa¹

Alfredo Canellas Guilherme da Silva²

Resumo

A efetivação de direitos fundamentais se associa diretamente ao nível de democracia conquistado por uma nação de pessoas constitucionais livres. Nessa premissa, quanto mais intensa a participação democrática mais comprometidas as decisões estatais com os interesses da sociedade. Assim, apresenta-se o modelo de uma democracia deliberativa construído, duplamente, pela clássica representação popular e pela ampliação da participação do povo na tomada de decisões políticas. Neste momento hodierno apresenta-se claramente a oportunidade para o progresso democrático, pois em todo o mundo a cidadania desconfia das instituições e almeja exercer a própria soberania que titulariza. Não se menospreza a complexa colisão de ideias reinantes nas comunidades pluralistas, tal desafio incentiva a busca dialética de novas soluções e contribui, circularmente, para a efetivação democrática dos direitos fundamentais. A ausência de dados factuais preveniu a realização de pesquisa empírica, por conta disto optou-se pela exame teórico do tema segundo análise das referências indicadas ao final.

Palavras-chave: democracia deliberativa; direito constitucional; representação popular; soberania.

Abstract

The enforcement of fundamental rights should be directly associated to the level of democracy achieved by constitutional nation of free people. On this premise, as more intense more democratic participation on state decisions with the interests of society. Thus, we present a deliberative democracy profile built at the same time by classic popular representation and by the expansion of people's participation in political decision-making. Nowadays it shows clearly opportunity for democratic progress. Worldwide citizenship distrust of institutions and aims to exercise sovereignty itself. It do not belittle the complex collision of ideas prevailing in pluralistic communities, the challenge encourages dialectical search for new solutions and contributes for the realization of democratic rights. The lack of informations prevented conducting empirical research, because of this it has taken a theoretical analysis according references listed at the end.

Keywords: deliberative democracy; constitutional law; popular representation; sovereignty

¹ Doutoranda em Direito da Universidade Estácio de Sá – Orientanda da Professora Doutora Vanice Lírio do Valle. Membro do GP Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional – UNESA; E-mail: <carinagouvea25@gmail.com>.

² Professor da Graduação em Direito Constitucional na Universidade Estácio de Sá (RJ); Mestre em Direito pela UGF. Membro do GP Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional Coordenado pela Professora Doutora Vanice Lírio do Valle – UNESA; E-mail: <professoralfredo@canellas.com.br>.

Introdução

Pretende-se neste artigo identificar os elementos concretizadores da efetivação dos direitos fundamentais, enunciando-se um modelo capaz de realizá-los no seio de uma comunidade de pessoas constitucionais pluralistas, livres e participantes.

O recorte metodológico seguido compõe-se da análise das referências indicadas ao final, devidamente contextualizadas com o tempo presente, no qual a crise da representação popular contribui para o progresso da democracia deliberativa. Vale ressaltar a atualidade do tema, pois no mundo da vida, em todos os continentes e particularmente no Brasil, o povo deseja deliberar soberanamente.

Parte-se do pressuposto de evidente falta de parâmetros estáveis para a atuação dos responsáveis pela efetivação da Constituição, em outras palavras, os direitos fundamentais carecem de base que sirva de modelo universal para os aplicadores de seus comandos.

Por seu turno, na democracia afigura-se imprescindível o desenho das balizas que diferenciam as pessoas que compõem o Estado organizado e responsáveis pelo atendimento do bem comum, d'aquelas pessoas constitucionais dotadas de direito e reconhecidamente destinatárias das ações estatais. Porquanto, exige-se no atual passo histórico um dialogar a subjetividade para além do olhar estatal que inclua o indivíduo e o *Outro*, tal inovadora visão constitui amparo para repensar a construção do próprio modelo democrático ao remeter o sujeito para o *Outro*, capacitando o reconhecimento no individual o pluralismo de uma sociedade envolvida em movimentos emancipatórios e, simultaneamente, aspirante à construção de um novo perfil de democracia.

Nesta esteira surge a democracia deliberativa aberta à participação das pessoas constitucionais, envolvente e unificadora da sociedade e, ao mesmo tempo, estabilizadora ao tolerar a pluralidade de concepções, características de uma cultura democrática livre, apesar dos incomensuráveis conflitos da vida vivida em comunidade.

Portanto, a coesão da sociedade, bem como a fidelidade das pessoas-cidadãs a suas instituições comuns não estão baseadas no fato de todos aderirem à mesma concepção de bem, mas de aceitarem publicamente e democraticamente uma concepção política da justiça.

Pessoas constitucionais, cidadãos e subjetividade

Constituir o Estado, no sentido moderno do termo, de comunidade independente, organizada em modelos jurídico-políticos é o meio de organização soberana de um povo em bases territoriais (NASCIMENTO, 2011, p.1). Nas palavras de Nascimento, o corpo político nacional surge porque cada unidade nacional tende a exprimir o desejo de autodeterminação.

As causas que motivam a vontade soberana de uma comunidade consistem de fatores históricos e culturais, mesmo religiosos ou outros que, naturalmente, se

voltam à laicidade. Qualquer que seja, os Estados contemporâneos devem seguir o imperativo da tolerância e garantia da paz nas relações internas mediante o emprego da força qualificada ou soberania, e externamente mediante o respeito à relação de igualdade ou independência.

A denominação de Estado de Direito se caracteriza pela igualdade formal e material diante do instrumento normativo e do mundo fático, respectivamente. Neste passo, a lei é interpretada em conformidade com as normas do direito justo, configurado no interesse de cada um ser tratado com igual consideração e respeito dedicado aos demais membros da comunidade, tanto sob o viés dos direitos individuais quanto dos sociais.

Ampliando-se o objeto de análise, pode-se constatar que no ambiente de um Estado de Direito que se quer democrático a questão fundamental consiste na definição de povo e na identificação do *Outro* que o constitui. Nesta esteira, constrói-se pela distinção o caráter de “povo pro ativo” ou legitimante das ações do estado, bem como o de “povo destinatário” de direitos. De tal modo a distinção, não basta à Constituição declarar os direitos individuais e sociais do “povo” sem legitimar a sua atuação. Portanto, o modo de perceber a definição da palavra “*populo*” não se resume ao fator político meramente formal, seu bloco e pedra fundamental se apoia na teoria da soberania popular e lugar comum justificador da atuação do Estado e, igualmente, no reconhecimento do “ser” humano em uma sociedade, enquanto ente destinatário de dignidade com igualdade.

Afirma-se, neste plano, que o povo não pode permanecer circunscrito à uma metáfora, para melhor elucidação precisa-se reunir o fator teleológico elementar do estado, o bem comum, com a práxis efetiva da participação política legitimante. Resumidamente, ao reducionismo da soberania popular deve ser somado à titularidade de direitos fundamentais, negando-se ao povo o status de objeto de dominação política.

Opondo-se às teorias tradicionais da democracia, assegura-se que o povo não é homogêneo politicamente, nem sujeito próximo do círculo de tomada das decisões políticas pelos seus representantes. Entende-se, atualmente, que o desenvolvimento da técnica permite que essas teorias sofram modificações substanciais para aumentar a participação do próprio povo na escolha dos destinos do Estado. Assim, ocorrerá incremento da legitimação popular no processo político, evitando-se a degradação do povo em mero objeto de dominação.

A possível solução para nortear o problema da legitimação induz o deslocamento do processo democrático em direção a uma nova meta consistente na democracia deliberativa, pois nas insurgências legítimas de reivindicações populares³, o conceito de povo se amplia ao se tornar uma multiplicidade de grupos sociais consciente de seus interesses, introduzindo-os no processo político e forçando a inclusão de suas demandas nos olhares dos gestores públicos.

³ Nota: por todas as “Jornadas de Junho de 2013 no Brasil onde milhões de pessoas, principalmente jovens, questionaram o nível de qualidade do serviço público e pleitearam mudanças nas práticas políticas.

Deste modo, a ampliação do exercício da soberania popular pelos seus titulares configura o ponto de junção entre a constituição e o próprio desenvolvimento democrático, ou seja, a modificação do mundo real ocorre pela efetivação de preceitos instituídos diretamente pela voz da cidadania.

Neste sentido, nominar nos dias atuais um governo com a fórmula simples de “governo do povo” conota verdadeiro retrocesso à Carta Constitucional ao impor dificuldade ao progresso democrático que visa alcançar o governo pelo povo, mesmo que renovável de maneira permanente como se pretende na democracia. Assim, a palavra povo que englobará efetivamente todas as pessoas constitucionais significará “NÓS SOMOS LEGÍTIMOS”! (MULLER, 2011, p.33-43).

Deste modo deve ser porque a pessoa consubstancia o verdadeiro valor-fonte das ordens constitucionais antropocêntricas, isto porque do ser humano emergem todos os valores fundantes da dignidade.

Na ótica dos direitos fundamentais, deve-se sublinhar que se assentam em níveis adequados para controle das leis sob os ângulos ético, moral e jurídico. Conquanto a importância dos direitos individuais, os direitos sociais exigem atenção doutrinária e prática. Assim, nas palavras de quem a questão da *alteridade* recebeu grande vigor, Emmanuel Lévinas entende que constituem como princípios latentes da lei, intrinsecamente ligado, cuja voz, soará as vezes alta, às vezes abafada, mas sempre a escuta da realidade e necessidade social que pode ser ouvida através da história, desde as primeiras manifestações da consciência, desde o surgimento da sociedade (LEVINAS apud BARRETO, 2010, p. 10).

Portanto, os direitos fundamentais são direitos que independem de qualquer consentimento normativo, expressando a alteridade e o absoluto de cada pessoa, ou seja, o caráter não permutável, incomparável e único. Trazendo a percepção como um caráter absoluto e único do ser humano que vai se projetar para além da múltipla individualidade constitutiva não estando, desta forma, à disposição da vontade humana.

Para Lévinas deve-se considerar uma dimensão do *Outro* distinta do si, pois precisa-se pensar o *Outro* a partir do outro e não de si. Desta forma nasce o sujeito responsável para com os demais. Nesta percepção, o Estado Democrático de Direito encontra guarida na medida em que se submete às normas alteritárias. Desta feita, não basta um documento invocar o povo apenas na sua dimensão política como titulares de direitos de nacionalidade e eleitorais passivos e/ou ativos, apenas, mas necessariamente precisar o *Outro* como elemento da equação normativa.

Na democracia participativa de cunho deliberativo o povo, conjunto do Eu e Outros, deixa de ser sujeito objeto da dominação e se torna órgão de poder legitimado a atuar em diversas esferas políticas, e.g., na esfera da iniciativa popular, referendo, plebiscito, recall, audiências públicas, conselhos, fóruns populares, etc. Como se observa, na democracia deliberativa há que se ter em conta a possível fragmentação da tomada de decisão (*decisional dispersal*) (ZURN, 2007, p. 395), evitando-se que a definição das questões sociais se concentrem sob a vontade de um único Poder formal-institucional.

A ideia fundamental deste modelo democrático determina o tipo de convívio de um povo pelo próprio povo, neste sentido não se pode impedir a realização de procedimentos representativos, mas, conjuntamente, devem se somar os processos plebiscitários ou modelos avançados de consulta popular. Dispõe-se com apoio em Muller que o ponto de partida é o grau zero (MULLER, 2011, p.46-53) e o primeiro passo inicia o percurso de progressão democrática.

No caso brasileiro, a Carta de 1988 pelos seus objetivos fundamentais denota a conduta de atuação das pessoas constitucionais e do próprio Estado. O cumprimento desta normas implica na concretização das aspirações democráticas e dos valores constitucionais reconhecidos, conduzindo o Estado-Nação ao bem-estar social. Aponta-se, ainda na Carta de 1988, o vínculo ao pragmatismo da cidadania real e não retórica, externando-se um compromisso com o princípio democrático na sua dupla dimensão: representativa e, principalmente, participativa⁴, como almeja-se demonstrar neste artigo através do modelo de democracia participativa.

Não se deve olvidar que os destinatários das decisões de Poder - as pessoas constitucionais, merecem o reconhecimento dos governantes no que diz respeito tanto à democracia, quanto aos efeitos dos atos de boa vontade, fundamento legitimador na duração temporal de uma ordem política cujo núcleo constitucional seja preservado e respeitado também pela atuação do Estado (MULLER, 2011, p. 54-56).

A lógica defendida impõe deveres ao povo, ou seja, além de titular originário do poder, possui obrigações que derivam do exercício dos poderes de cidadania, logo a maturidade democrática haverá de conduzir cada vez mais o detentor original do poder ao centro da formulação das escolhas políticas pelo uso dos múltiplos mecanismos de ampliação do universo de agentes aptos a participar nas decisões políticas, isto porque os deveres fundamentais são decorrência dos direitos (ESTEVEZ ARAÚJO, 2013, p. 19), ou seja, o direito de um supõe o dever de outro. O conteúdo de um direito corresponde ao dever de satisfazê-lo.

Por tudo que se apresenta, pode-se registrar que no Texto Fundamental há a convivência de normas de regulação social – afinal, o Estado é de Direito – mas também de garantias à cidadania e, principalmente, voltadas à emancipação por força da opção em favor do modelo democrático. Cumpre compreender a relação complexa entre subjetividade, cidadania e emancipação, essenciais para a promoção e consolidação do bem-estar social.

Os fundamentos do Texto Magno brasileiro, na era do constitucionalismo pós-moderno, assim definidos por Dallari, pautam-se na “orientação humanística, que busca o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais de todos os seres humanos, considerando o ser humano, concomitantemente, tanto em sua dimensão individual quanto social” (DALLARI, 2010, p. 313). O humanismo é “entendido como conjunto de princípios que se unificam pelo culto ou reverência

⁴ É de Canotilho a lição de que a democracia participativa compreende “[...] a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle político nas divergências de opiniões, produzir inputs democráticos”. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 286.

a esse sujeito universal que é a humanidade inteira” – no texto constitucional brasileiro é afirmada também por Britto que o compromisso com a dignidade da pessoa, embora decerto albergue a perspectiva individual, nem por isso se pode ter por preferente ou mesmo excludente da visão do coletivo e, ainda, dos “deveres e responsabilidades dos indivíduos para com o próprio Estado e a sociedade civil” (BRITTO, 2007, p. 19 e 23).

Assim sendo, os compromissos finalísticos da Carta brasileira de Outubro exigem interpretação dotada de efetividade a partir do reconhecimento de uma realidade social que considera o povo como sujeito ativo inserido em uma sociedade política que pratica e respeita os direitos fundamentais. Deve-se ter em conta as implicações que surgem em uma sociedade que reconhece a diversidade dos indivíduos e de suas múltiplas expectativas que culminam distintas compreensões e um quadro jurídico-político bastante complexo.

Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão as pessoas constitucionais não passam de uma simples metáfora, tão ideologicamente abstrata quanto destinatárias de direitos estatais de baixa efetividade.

Neste caminhar, a ideia de responsabilidade encorpa um conceito inafastável para a compreensão das mudanças nas sociedades modernas, na medida em que seu estudo compreende o exame das regras e instituições que estabelecem e organizam a distribuição de responsabilidade entre o Estado e a sociedade, bem como entre os cidadãos (NASCIMENTO, 2011, p. 18).

Assim, cabe aos indivíduos responsabilizarem-se uns com os outros⁵, mesmo em face das disputas travadas entre si, tendo em conta os princípios fundamentais de organização e convivência social. Percebe-se as condições de possibilidade de concretização do direito através do pensamento reflexivo no sentido de que há impossibilidade de ser construído um direito fundamental à felicidade absoluta, completa e permanente. Nas palavras de Nascimento esta visão distorcida leva à multiplicação das ocorrências de vitimização, tornando mais agudo o problema da delimitação das responsabilidades (NASCIMENTO, 2011, p. 19).

Desta forma, para a caracterização do “eu” necessariamente precisa-se do “Outro” para formar “a consciência de si”, estendendo-se ao âmbito da cooperação e responsabilidade. Nesta linha, Nascimento contextualiza que preservar a consciência obriga a dar atenção à diferença e para aqueles que estão inseridos nas limitações do afim-próximo-semelhante (NASCIMENTO, 2011, p. 22). Esta fronteira edifica no lugar social à perspectiva para além do “eu” que estará em conflito do “Outro” e também seu “semelhante”. A subjetividade que estará visível na “máscara” chamada “pessoa” tem consciência de si e do outro, é no cotidiano real que o outro aparece, como sublinhado por Sartre “eu não poderia ser objeto para um objeto, é necessária uma conversão radical do outro que o faça escapar da *objetidade*” (SARTRE, 2013, p. 326-331).

⁵ Caracterizado o *Eu* e o *Outro*, segue-se que “o Outro não é somente aquele que vejo, mas aquele que me vê”, SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada. Ensaio de ontologia fenomenológica*. Trad. Paulo Perdighão. 22. ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2013, p. 297.

As normas que trarão efetividade e instituirão parâmetros para a atuação, seja do Estado, seja da sociedade, devem ser construídas democraticamente, num processo participativo e inclusivo. Assim, as transformações do Estado contemporâneo aumentam a exigência ativista e, desta forma, acentuam a responsabilidade dos indivíduos como pessoas éticas, comprometidas com uma tradição coletiva e pertencentes a uma ou várias comunidades que se diferenciam entre si, ampliando as fronteiras da percepção coletiva (NASCIMENTO, 2011, p. 20).

Para que seja viável a mudança do curso da história⁶ deve-se considerar a visão de Habermas, *in verbis*:

A renovação das tradições depende cada vez mais da disposição crítica de inovação dos indivíduos, resultando para a cultura um estudo de revisão contínuo de tradições mutáveis e tornados reflexivos (...) para a personalidade um estado de estabilização contínua e autoconduzida de uma identidade do eu altamente abstrata. (HABERMAS apud NASCIMENTO, 2011, p.21.)

Por seu turno, os elementos que constituem a regulação social existem para estabelecer parâmetros de conduta de atuação do Estado e da própria sociedade. Santos acredita que o projeto da modernidade deve estar pautado no equilíbrio entre regulação e emancipação (SANTOS, 2010, p. 235-236), pois as pessoas constitucionais poderão participar ativamente da vida política, perseguindo interesses da sociedade civil, dentro de uma igualdade formal e substantiva.

O excesso de intervenção social através de uma regulação produzida unilateralmente pelo Estado, por meio do exercício de um poder disciplinar, pode traduzir, de fato, a domesticação dos indivíduos,⁷ reduzindo o potencial político de participação das pessoas constitucionais. Como elemento neutralizador desse risco, busca-se alcançar o equilíbrio na regulação pela via da quebra do exclusivismo estatal no seu desenvolvimento, por meio da emancipação, que é verdadeira tradutora das necessidades e realidades sociais.⁸

O que se almeja, efetivamente, é compatibilizar a subjetividade coletiva do Estado com aquela das pessoas constitucionais autônomas e livres por meio do clássico conceito-ficção do contrato social. Atualmente, as pessoas constitucionais devem ter

⁶ Apesar de Habermas e Souza Santos virem de tradições diferentes, possuem em comum o projeto baseado na “emancipação” o que torna possível o diálogo entre os autores.

⁷ Cabe destacar que o tema que trata da sujeição dos indivíduos e dos corpos, tendo como resultado “uma espécie de animalização do homem posta em prática através das mais sofisticadas práticas políticas”, foi explorado por Foucault e desenvolvido por Agamben. AGAMBEN, Giorgio. *Homem Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 1 ed. Minas Gerais: UFMG, 2001, p. 11.

⁸ Em verdade, a própria apropriação do direito pelo poder político organizado materializado no Estado – numa pretensão de descaracterizá-lo como um *constructo* social – se constitui em si uma distorção, na lição de Grossi, que já advertia que o lugar de gênese do direito, entendido na sua expressão mais ampla, é o corpo social. GROSSI, Paolo. *La primera lección de Derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2006.

em conta a prática social como meio que resultará: em uma cumplicidade de direitos e deveres e na garantia da efetivação dos direitos fundamentais (LEAL, 2008, p. 50-69).

Essa cumplicidade, por sua vez, há de ser entendida não só como reconhecimento de deveres específicos de agora, como no amparo pela família e no desenvolvimento das relações de solidariedade, conquanto estas sejam compreendidas mediante o diálogo intersubjetivo travado pelos cidadãos.

Cabe ao indivíduo, conforme Lévinas, reencontrar o indivíduo enquanto sujeito a sua comunidade, assim a consciência de responsabilidade é característica de uma pessoa constitucional dotada de autonomia, surgindo a necessidade de uma ideia orientadora da responsabilidade ética da ação, no sentido de estabelecer o cuidado no agir pela ideia do outro envolvido, conduzindo-se à superação das diferenças e uma reaproximação do indivíduo com a sua comunidade, apresentando-se esta última como elemento constitutivo da própria ideia de subjetividade, pois a experiência da subjetividade também sucinta uma experiência da coletividade (LÉVINAS apud FREITAS, 2009, p. 51-53).

Desse ensinamento percebe-se que não há servidão nem anulação de liberdade no exigir da pessoa o compromisso para com os seus semelhantes. Desse modo, a pessoa constitucional, no papel de pessoa deliberativa, preserva sua capacidade geral de se posicionar de modo autocrítico no contexto prático em que os cidadãos estão inseridos e no qual toda pessoa é deliberativa e constitucional.

Assim sendo, não resta outra alternativa para a democracia que aquela deliberativa, pois observa-se que a vontade geral, ou seja, dos vários segmentos sociais, tem que ser construída com a participação efetiva e responsável das pessoas constitucionais, autônomas e solidárias. O contrato social não pode ser visto como uma obrigação política vertical do Estado v. Cidadão, mas sim horizontalmente - igualdade formal e substantiva emancipatória daqueles que estão inseridos no Estado, seja pessoa constitucional, cidadão ou o próprio Estado. Nesta esteira Santos conjectura que a superação da tensão ocorrida no âmbito da subjetividade e cidadania deverá ocorrer no âmbito da emancipação e não da regulação (SANTOS, 2010, p. 247.).

Pensar a soberania pela efetivação dos direitos fundamentais

A conquista histórica dos direitos fundamentais, hoje decantada nos livros de doutrina e nas decisões judiciais, não se constitui tarefa que se possa reputar concretizada em definitivo. A própria afirmação da supremacia constitucional se apresenta como desafio a ser incorporado ao imaginário sócio-político;⁹ também o compromisso axiológico desse mesmo Texto Fundante – e, portanto, a

⁹ A afirmação doutrinária desse caráter subordinante da constituição encontrou enunciação no Brasil inicial na obra pioneira de BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Registre-se que essa mesma missão – de sustentação teórica do caráter vinculante do conjunto de proposições normativas do texto constitucional – foi enfrentado por juristas portugueses por ocasião da promulgação do Texto Fundamental de 1976, como nos dá notícia COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4.

funcionalização do poder dele decorrente que passa a se revestir, através do direito, de um caráter promocional (BOBBIO, 2007, p. 15) – que estava a envolver um primeiro momento de afirmação pura e simples de sua efetividade de molde a que esse atributo se pudesse adicionar à prática do poder político organizado e ser apropriado como conquista histórica pela sociedade.

Vinte e cinco anos de viver e aplicar a Constituição de 1988 permitem, a essa altura, uma sofisticação de pensamento que possibilita uma reanálise do tema da efetividade (eficácia social) de direitos que estão em constante mutação, de molde a que se possa sustentar um compromisso real com a sua afirmação como resposta do poder a uma aspiração da coletividade a um padrão mínimo de convívio social.

É de se ter em conta que mesmo os tradicionais direitos fundamentais de primeira dimensão, associados à garantia da liberdade civil e política, já com longo percurso histórico de maturação, hoje recebem reconfiguração de seu alcance e sentido por força de fenômenos contemporâneos abrangentes como a globalização econômica, a sociedade do conhecimento e de informação, a aceleração tecnológica e outras tantas causas de modificam a vida real. Assim, atualizar o conteúdo de cada qual dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões, tudo sob a perspectiva de sua máxima efetividade, ainda hoje é o desafio maior – em face de sua simples enunciação.

Na hipótese do Constitucionalismo brasileiro no qual se perfazem nos dias atuais mais de sete dezenas de emendas ao texto constitucional, consubstanciando-se alterações estruturais e procedimentais, vive-se permanente reformismo que precisa ser percebido “como parte normal da política” desde que “visto como um projeto coletivo da realização cada vez mais ampla de um sistema” de direitos básicos (HABERMAS, 2004, p. 26).

Este desafio passa pela dificuldade na definição de critérios que estabeleçam o âmbito de efetividade dos direitos fundamentais, considerando-se que a sua aceitação requer para a implementação considerações complexas associadas às características de dinamicidade e mutabilidade históricas. Porquanto, pensar a constituição a partir de uma (re)formulação que seja útil à democracia e ao processo de efetivação substancial dos direitos fundamentais configura tarefa obrigacional aos agentes estatais e aos cidadãos, sendo o ponto de partida marcado como aquele que empresta conteúdo móvel, mesmo na definição do mínimo essencial exigido pela Carta de direitos.

Sublinha-se que a democracia e seu mecanismo de legitimação possui estreita relação com o modelo socioeconômico, principalmente que se constrói no conteúdo de repartir os ônus de realização da igualdade e da solidariedade (NASCIMENTO, 2005, p. 421). A dignidade postulada e a igualdade conformam o eixo estruturante e fundante da carta democrática e determinam a realização de escolhas pela coletividade. Decorre deste complexo status coletivo-político o atualíssimo lema iluminista gravado pela Revolução Francesa: igual (*égalité*), livre (*liberté*) e solidária (*fraternité*). Neste sentido, entende-se a liberdade como imperativa do sujeito influir no próprio destino, participando das decisões que o afetem. Nas palavras de Nascimento, igualdade é a coordenação das liberdades com a partilha dos meios de

realização pessoal e de promover a vida. Solidariedade exprime a corresponsabilidade pelo destino de todos com a partilha dos ônus da convivência.

Este ponto de vista almeja atribuir: uma leitura capaz de assegurar a autonomia dos indivíduos; servir de alternativa de regime democrático melhor que aqueles que se limitam ao reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais, apenas; e a promover a autonomia de pessoas constitucionais, inclusive permitir que interfiram nos assuntos que afetam à coletividade. Perfaz-se o objetivo dos deveres fundamentais que unificados ao direito integram uma gramática na perspectiva não individualista, mas *solidarista* (ESTEVEZ ARAÚJO, 2013, p. 12).

Para que tal desiderato se torne realidade, o olhar necessariamente precisa estar centrado no contexto propositivo de elementos de participação política coletiva, bem como na “formulação de uma doutrina constitucional adequada e com a nossa realidade”.¹⁰

Neste sentido, a proposta estará centrada em um projeto humanista que induza a emancipação e garanta a possibilidade da realização autônoma das potencialidades e aspirações de cada ser humano que, ao assumir o papel propulsor e integrador de realizações efetivas, demarcam as garantias fundamentais.

No aspecto da validade democrática, o Estado de Direito pode se legitimar nas palavras de Muller por duas formas: em primeiro lugar procurando dotar a minoria dos cidadãos ativos, não importa quão mediata ou imediatamente, de competências de decisão e de sancionamento claramente definidos e, em segundo lugar, ao lado deste fator de ordem procedimental, pelo adequado tratamento dispensado às pessoas constitucionais (MULLER, 2011, p.67). Desta forma, a implementação deverá ser cuidadosamente inserida ao contexto de uma pluralidade de pessoas titulares da soberania.

Nascimento abre caminho para a abertura dialógica das teorias substancialistas e procedimentais (NASCIMENTO, 2005, p. 426), obviamente que sem abdicar da defesa da centralidade da questão democrática se opõe aqueles que associam a visão substancial com a efetividade e a visão procedimental ou democrático-deliberativa com a “inefetividade”. Efetividade, no sentido de eficácia social, supõe um exame empírico de como a constituição concreta se realiza no mundo prático. Assim, afasta-se do debate a discussão acerca do conteúdo do compromisso constitucional, ou seja, do projeto de sociedade que este instrumento normativo pretende realizar, seja implicitamente ou explicitamente como sustentam os substancialistas ou, de outra margem, se conforma garantia de uma moldura capaz de liberar as forças sociais para a construção e implementação do conteúdo e do projeto que foram legitimados, no viés procedimental.

¹⁰ A realidade construída à luz da constitucionalidade brasileira é formalista e autoritária. O contexto atual é reativo, analítico e compromissório, porque pretende incidir sobre uma realidade marcada pelas fragilidades das instituições republicanas e ainda por um alto grau de heterogeneidade que forma o pluralismo brasileiro. ESTEVEZ ARAÚJO, José A. *El libro de los deberes*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 425.

Os movimentos emancipatórios

Os movimentos sociais emancipatórios são aqueles que emergem da fragmentação da sociedade, podendo ser enxergados em mobilizações de toda ordem havidas no seu seio; lutas por reivindicações traduzidas em ações coletivas que denunciam a vontade popular. Constituem-se, assim, em instâncias organizativas conscientes que no campo da prática social vão externar novas formas de cidadania e democracia.

No âmbito da autonomia e da liberdade, os movimentos forjam conquistas sociais que refletem a vontade comum, fazendo com que as obrigações a todos impostas ora sejam contrapostas ao sujeito Estado, ora sejam compartilhadas com o mesmo, trazendo reciprocidade e simetria no campo da implementação das políticas públicas que repercutirão as reais necessidades sociais.

Uma democracia precisa, necessariamente, de formas mais autônomas de participação política. Neste sentido, as pessoas constitucionais enquanto atores informais e formais pouco a pouco, pelas atividades diretamente políticas ou pelos engajamentos sociais, constroem o edifício democrático, singularizando cada sociedade política. Na dinamicidade do processo político-democrático surgem novos movimentos sociais que contribuem preponderantemente para o advento de ondas emancipatórias, trazendo significação às lutas democráticas de participação que substituem, tendencialmente, a clássica representação popular.

Desta forma, o princípio da comunidade libera novas energias que traduzem a horizontalização da relação com o Estado, acarretando solidariedade e participação concreta da vontade geral. Paralelamente, vislumbra-se o crescimento da cidadania coletiva enquanto segmento de universalização e concretização dos direitos fundamentais. Vê-se, portanto, o nascimento da democracia contemporânea, no qual o homem não mais aparece como objeto, mas como sujeito do poder político (AGAMBEN, 2001, p.16).

Assim sendo, a repolitização do povo se mostra como percurso essencial no campo da prática social ao visar o exercício de novas formas de cidadania e efetividade dos direitos. Sabe-se que politizar é implementar mudanças na consciência coletiva com o objetivo de suscitar a luta democrática na arena argumentativa da cidadania e das pessoas constitucionais, inclusive no ambiente das instituições não governamentais, tais como associações de classe, de grupos, igrejas, e sindicatos.

Os diferentes tipos facilitam a multiplicação do debate e visam atrelar e diferenciar lutas democráticas variadas, fomentando novos exercícios de democracia e de distintas formas de participação, com a reciprocidade e simetria entre direitos e deveres a todos impostas (SANTOS, 2010, p. 270-275).

Construindo o conteúdo da democracia deliberativa

O Estado regido democraticamente assume a tarefa de agir em nome da pessoa constitucional e da “sociedade contra as vicissitudes do destino” (NASCIMENTO, 2011, p.7), nesta lógica, o cidadão e a sociedade titularizam expectativa legítima no sentido de que o Estado deve ofertar prestações concretas que garantam a qualidade de vida, tanto no presente quanto para o futuro. Vivencia-se a era do capitalismo mundial voltado para o Estado Social, democrático-provedor e repartidor de bens e *disponibilizador* de serviços sociais.

Parece claro que essas prestações estatais devam ser dependentes da política, ou seja, condicionadas às opções do povo, pois decorrerem da vontade coletiva formada na esfera pública, mas não estatal. As disposições normativas estabelecidas através de múltiplas relações político-dialógicas envolvem decisões sobre prioridades sociais. Neste tom, afasta-se aquelas atividades por vezes canalizadas para espaços públicos de participação popular na gestão do Estado que, por vezes, agem na informalidade e sem transparência e, como afirma Nascimento, “ampliando a margem para a corrupção” (NASCIMENTO, 2011, p.7).

Assim, a inserção do pluralismo de ideias, político ou cultural, não significa negar a existência do Estado, nem renunciar ao objetivo do equilíbrio. Neste sentido, Nascimento traz a ideia de formular uma teoria constitucional que legitime e reconheça a existência de grupos de interesses diversos, integrados na concepção do fenômeno político e com nexos que interligam indivíduos ao Estado, sem implicar no desaparecimento ou desestruturação entre Estado e Sociedade que seguem influenciando um no outro, reciprocamente. Um Estado no qual as pessoas individualmente são parte. Nesta concepção, o todo será construído por pessoas constitucionais dotadas de legitimidade à percepção de conteúdo a uma Constituição democrática, trata-se de “organizar o Estado de modo que ele possa representar uma garantia contra o abuso do próprio poder e, simultaneamente, uma cautela contra as forças sociais divergentes” (NASCIMENTO, 2011, p.18).

Para o avanço do processo democrático é necessário assegurar liberdade, vista por Nascimento como a manifestação num contexto de um Estado e de uma pluralidade que refletem grupos de interesses que não raros contrapõem-se aos interesses materializados na Constituição. Constrói-se uma ampliação do auditório e do repertório de visões trazidas do mundo da vida para o espaço público de argumentação e deliberação. A ideia de constituição no sentido de se adequar a realidade programática ao seu núcleo estruturante visa desempenhar um papel harmônico entre o mundo da vida pluralista, heterogênea e o Estado.

Neste sentido, a política deve estar presente nas teorias que balizam o Estado e o direito constitucional, pois voltadas, fundamentalmente, para a estruturação de uma sociedade do ponto de vista das teorias de decisão, do poder e da disciplina de suas linhas de atuação, incluindo os limites éticos da ação das pessoas constitucionais que emprestam vontade ao Estado.

Partindo desta conjectura que atine à teoria da vontade, registra-se que a concepção habermasiana¹¹ consagra pré-requisitos para que os cidadãos associados entre si regularizem a convivência de modo democrático, exercendo, desta forma, influência política capaz de basilar a vida desta sociedade comum. O primeiro elemento estará ligado à própria sobrevivência do Estado, cujo objeto é existir como um aparelho político competente para atuar na implementação de decisões que alcançam toda a coletividade, como políticas de gestão públicas, de modo a perpetrar e alcançar as minorias, dando margem a prioritária e efetiva redução de desigualdades sociais. O segundo elemento, a definição do caráter autorreferencial do sujeito coletivo legitimador, a fim de que se lhe possa exigir obediência, posto que, na lição da sociologia weberiana, “as ordens sociais somente podem obter durabilidade enquanto ordens legítimas.”¹²

Como se nota, não se parte do princípio reducionista de restrição de liberdade ou de submissão absoluta, mas sim do olhar para além da subjetividade individual, que será garantidor de um modelo construído a partir da vontade do sujeito individual às regras coletivas igualmente aponta para a legitimidade das decisões políticas.

A participação de cidadãos, o que parece melhor definido como pessoas constitucionais, depende da relação político-jurídica com o Estado e do grau de liberdade alcançado pela sociedade que, quando mobilizada, atua nos processos deliberativos de formação de opinião visando o bem estar comum e exercendo o controle social. A presença de um contexto econômico e social no qual uma administração democraticamente programada possa produzir serviços direcionados aos legítimos anseios populares, contribui para a satisfação do corpo social, conduzindo à edificação de um Estado territorial, nacional e social, onde sua administração efetiva, toma forma de Estado Constitucional Democrático assegurado da autogestão cidadã (NASCIMENTO, 2011, p.12).

Neste sentido, para o alcance do estágio deliberativo de legitimação deve-se eliminar os obstáculos à ampliação do regime democrático o que poderá ocorrer pela comunicação em um espaço público aberto à sociedade que, segundo o magistério de Habermas, *in verbis*:

A legitimação se origina no jogo conjunto de processos institucionalizados de deliberação, de decisão e de formação informal da opinião através dos meios de comunicação de massa nas arenas de comunicação pública (HABERMAS, apud NASCIMENTO, 2011, p. 14).

¹¹ Pré-requisitos da visão de Habermas para que os cidadãos associados possam regular a convivência de modo democrático, extraídas do texto de Rogério Nascimento, a qual demarca a importância do cenário para a construção de um pluralismo político partindo da ideia da subjetividade individual. NASCIMENTO, Rogério Bento do. *Repensando o conceito de responsabilidade nos marcos de um constitucionalismo democrático deliberativo*. Texto cedido pelo autor, 2011, p.12.

¹² Importante explicar que a “validade de uma ordem deve significar mais do que uma simples regularidade determinada pelo costume ou pelos interesses envolvidos por um agir social”, uma vez que o “costume” se apoia numa familiaridade rude, quase mecânica, ao passo que o “agir ordenado legitimamente” exige orientação consciente por um acordo suposto como legítimo”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 96.

Porquanto as relações construídas na arena pública tenham em conta o pluralismo de interesses representados, contribuirão para a formação de uma sociedade verdadeiramente emancipada, responsável e promotora dos direitos e garantias, bem como determinará e controlará a atuação pública, a incluir-se aí a própria ação do poder judiciário (SAMPAIO, 2010, p. 273).

No mesmo sentido, a teoria da emancipação, apresentada por Santos, revaloriza o princípio da comunidade, da sociedade-providência (cidadãos e pessoas constitucionais), não dispensando as obrigações impostas ao Estado pela Carta Constitucional, mas abrindo campo a uma participação responsável daqueles inseridos no território, sabendo que a soberania e ações do Estado não são absolutas, mas sim relativas e populares (SANTOS, 2010, p. 256).

Não se deve menosprezar que as reivindicações sociais refletem o compromisso de luta, comprometimento e de sobrevivência da democracia¹³. As mobilizações conjeturam ainda um elevado grau da consciência coletiva, social e política que pautam a organização social, formando assim uma unidade na crise coletiva, demonstrando ainda a construção do sujeito coletivo na formação da cultura solidária e no sentido de justiça. Neste ponto as lições de Radbruch soam proeminentemente importantes, pois para este a modificação da consciência é a única capaz de melhorar a vida (RADBRUCH, 2004, p. 58).

Ademais, Leal aponta que nos fundamentos redefinitórios do Direito Fundamental, o que se busca é uma constituição racional que expresse a vontade nitidamente reconhecida, na medida em que a formação organizada da sociedade, geradora de decisões responsáveis no marco dos órgãos estatais, mantém-se permeável diante dos valores, temas e argumentos que eclodem na comunicação política de seu entorno que, como tal e em seu conjunto, não pode ser somente institucional.¹⁴ Daí, são reconhecidos outros atores políticos que trazem significativas expressões da vontade popular, como as organizações não governamentais, associações civis, movimentos sociais não institucionalizados, voluntariados, todos aptos para contribuir na alteração da realidade social, pois titulares de direitos à participação no processo de deliberação, bem como na definição de soluções dentre múltiplas opções.

Por tudo, necessita-se, de fato, de um novo modelo de atuação social, consubstanciado na prática democrática que reflita a interlocução comunicativa, fundada na ética discursiva. Só assim se logrará estabelecer a justificação das normas de conduta da vida dos cidadãos e do Estado a partir do acordo racional daqueles que estão sujeitos a elas. O interesse pelo bem comum funda-se no sentido de

¹³ Para Dworkin “democracy is government according to the will of majority expressed in reasonably frequent elections with nearly full suffrage after political debate with free speech and a free press.” DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Massachusetts: Harvard University Press, 2011, p. 348.

¹⁴ LEAL, Rogério Gesta. *Fundamentos redefinitórios do direito fundamental de participação política no Brasil: movimentos sociais e administração pública*. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). *Temas sobre Direitos Humanos: em homenagem ao Professor Vicente de Paulo Barreto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.180.

exigir que cada participante leve em consideração as necessidades, interesses de todos os demais e lhe conceda o peso igual aos seus próprios.¹⁵

Nessa linha da chamada *guinada linguística (pragmático-formal)*, Habermas aposta que o patrocínio da intercompreensão das pessoas se concebe pelo agir comunicativo na forma de uma ação entre sujeitos falantes e consoante uma prática performativa¹⁶. Isto porque sua Teoria do Agir Comunicativo marca uma posição dialógica distinta do monismo solipsista que não ultrapassava o limite de um sujeito solitário. Em outras palavras, a razão comunicativa habermasiana se ancora na linguagem que opera a multiplicidade através de sujeitos participantes: locutor (falantes) e auditor (ouvintes).

Como visto, a posição defendida por Habermas demanda que seja deixado de lado “o paradigma da consciência e entendamos que a racionalidade não depende diretamente do sujeito, mas da intersubjetividade” (SAVIDAN, 2004, p. VIII).

No que concerne especificamente aos direitos sociais, Barreto entende que se tratam de normas garantidoras do *status positivus libertatis*, compreendendo assim o terreno das exigências, postulações e pretensões, com que o indivíduo através da coletividade dirige-se ao poder público e recebe prestações igualitárias (BARRETO, 2010, p. 211). Daí se insere nesta percepção que esta igualdade não é meramente formal, mas substancialmente material, representando a superação da igualdade jurídica, meramente formal, do liberalismo.

A teoria do direito na contemporaneidade procura uma real efetivação para um sistema de regras invadido por revoluções sociais, políticas, econômicas, culturais (BARRETO, 2010, p. 5). Alinhando-se à corrente de Unger, a lei pode ser compreendida como produto de afirmação das relações sociais e mais do que dominar também consiste de um produto social (UNGER, 2010, p. 5).

Por tudo, o lugar do direito reconhecidamente democrático deverá ser construído à luz da equidade, através de um sistema equitativo de cooperação, de pessoas livres e iguais, consubstanciado na vontade comum das pessoas que fixarão o contrato social. Assim, a análise da teoria da justiça como equidade (RAWLS, 2002, p. 201-241) tem em vista que as sociedades contemporâneas são multiculturais e devem permitir a convivência de cultura ou grupos muito diversos. A base moral comum deverá ser pautada para que a confiança na justiça seja construída e mantida.¹⁷ Rawls trabalha na concepção da justiça política que

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 44. ed. atual e ampla. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 196.

¹⁶ Para Habermas, trata-se da “atitude que leva a sério o sentido de validade deontológica das normas e não objetivá-las como fatos sociais ou como simples ocorrência para o mundo”. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 127.

¹⁷ Segundo o magistério de Habermas os enunciados morais “nos dizem o que fazer”. HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo : Martins Fontes, 2004, p. 63.

afasta a concepção metafísica porque a pretensão não será a de alcançar uma verdade universal, nem sofrerá influências de doutrinas religiosas e filosóficas, sendo talhada na estrutura básica da democracia moderna. Ainda, segundo Rawls, esta estrutura observará a criação do contrato social equitativo e o conteúdo da justiça será delimitado pelos princípios que forem adotados pelos indivíduos. As principais instituições econômicas, sociais e políticas se constituirão de um sistema unificado de cooperação. Desta forma, valida-se a diversidade de cultura e pluralidade de concepções para a construção de uma democracia.

Para não haver conflito nesta pluralidade, a vontade geral deve ser moldada através do consenso, no qual se inclui as doutrinas filosóficas e religiosas contrapostas. O consenso por justaposição habilita a formação de uma sociedade mais ou menos justa. Importa esclarecer que a justificativa para a construção de uma teoria da justiça equitativa decorre da necessidade de unificação das questões fundamentais de controvérsias políticas que acarretam divisões e exclusões no seio da própria comunidade.

Desta forma, a construção social deverá estar pautada em guias que deverão observar os princípios da justiça na estrutura básica do contrato social, dos valores de liberdade e igualdade; a participação social pautada no sistema de cooperação equitativa e de vantagem mútua, onde cada pessoa desfruta de direito igual num sistema adequado e de direitos básicos compatível com o de todos. Sendo assim, Rawls define a sociedade como uma constituição de um sistema de cooperação equitativa entre pessoas livres e iguais.

O conceito jurídico de cidadania está entrelaçado, pois pertence a uma comunidade que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres, não estando mais ligada à cidade ou ao Estado Nacional, pois se afirma também no espaço nacional e no cosmopolita (BARRETO, 2010, p. 126).

Conclusão

A questão fundamental da democracia se caracteriza pela sua necessária e constante adaptação à realidade, onde o espaço de liberdade se amplia progressivamente e se constroem novos olhares que atribuem os qualificativos de responsabilidade às pessoas constitucionais ativas, legitimantes, destinatárias e participantes.

O objetivo preponderante da democracia deliberativa se resume na importância de ser realizado o *status* de igualdade formal e material entre todos, segundo a mesma qualidade de seres humanos – *dignidade*, e não o recurso retórico de declarar direitos fundamentais sem a consequente vontade política de efetivação.

A ideia de cooperação social se guia por regras publicamente conhecidas e procedimentos de cooperação social que acolhem e consideram a ampliação dos direitos políticos de participação deliberativa, bem como de superação das desigualdades.

A ideia de reciprocidade e mutualidade desempenha papel de acordo com as regras e procedimentos instituídos democraticamente e mediante um agir comunicativo aberto e democrático. O objetivo central é estabelecer na estrutura

básica os direitos e princípios que dirigem as instituições de justiça em um contexto social sempre adverso e dinâmico, percebendo-se que as vantagens de cada um sejam equitativamente adquiridas e distribuídas de uma geração para outra.

Assim, a participação popular contribuirá para a unidade e estabilidade da sociedade, tolerando-se a pluralidade de concepções que são características de uma cultura democrática livre, mas composta por interesse e bens conflitantes entre si. Logo, a unidade da sociedade, bem como a fidelidade das pessoas-cidadãos a suas instituições comuns não estão baseadas no fato de todos aderirem a mesma concepção de bem, mas de aceitarem publicamente uma concepção política da justiça apta a reger a estrutura social básica, tal objetivo pode ser alcançado pelo diálogo democrático.

Desta forma, a visão de uma democracia deliberativa se firma em um processo concreto composto por elementos de integração capaz de atribuir substância aos direitos fundamentais enquanto condições da democracia, bem como pela ampliação das fronteiras de participação política capazes de concretizar o conteúdo finalístico de uma Carta preocupada com a realização social.

Por tudo, identificam-se como elementos concretizadores da efetivação dos direitos fundamentais os direitos à participação em um regime de constante ampliação democrática, segundo o qual as pessoas constitucionais deliberam e decidem o destino da sociedade política. Enuncia-se este modelo para uma comunidade pluralista de pessoas livres e participantes, aptas à construção da Democracia Deliberativa que pugna pela mudança do paradigma democrático clássico para o participativo, perfazendo-se intensa inclusão do povo no processo político-decisional.

Referências bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. *Homem Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 1. ed. Minas Gerais: UFMG, 2001.
- BARRETO, Vicente De Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. São Paulo: Manole, 2007, p. 15. Traduzido de *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria Del diritto*.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 44. ed. atual e ampla. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Massachusetts: Harvard University Press, 2011.
- ESTEVEZ ARAÚJO, José A. *El libro de los deberes*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

- GROSSI, Paolo. *La primera lección de Derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2006.
- HABERMAS, 2003, p. 207 apud NASCIMENTO, Rogério. *Repensando o conceito de responsabilidade nos marcos de um constitucionalismo democrático deliberativo*. Texto cedido pelo autor, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo : Martins Fontes, 2004.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- LEAL, Rogério Gesta. *A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional*. Revista de direito sanitário, 9(1): 50-69, mar.-jun., 2008.
- _____. *Fundamentos redefinitórios do direito fundamental de participação política no Brasil: movimentos sociais e administração pública*. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). *Temas sobre Direitos Humanos: em homenagem ao Professor Vicente de Paulo Barreto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Humanismo do outro homem*. In: FREITAS, Tiago Batista. *Análise ético-constitucional da utilização de embriões humanos em experimentos científicos*. 2009, p. 51-53. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.
- LEVINAS, E. *Outside the Subject*. Trad. Smith, Michael B. London: the Athole Press, 1993, p.116-125. In: BARRETO, Vicente De Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2010.
- MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NASCIMENTO, Rogério. *Repensando o conceito de responsabilidade nos marcos de um constitucionalismo democrático deliberativo*. Texto cedido pelo autor, 2011.
- _____. *Contribuindo para uma doutrina constitucional adequada: dialogando com a teoria da constituição dirigente*. Juris Poiesis, Rio de Janeiro, ano 08, n.8, p.421, jul. 2005.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Marins Fontes, 2004.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- SANTOS, Boaventura Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada. Ensaio de ontologia fenomenológica*. Trad. Paulo Perdígão. 22 ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2013.
- SAVIDAN, Patrick. Prefácio. In: HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. (Org. Patrick Savidan). Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- UNGER, Roberto Magabeira. *O Direito na Sociedade Moderna*. In: BARRETO, Vicente De Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2010.
- ZURN, Christopher F. *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*. New York: Cambridge University Press, 2007.

Lei da Ficha Limpa e a conjuntura brasileira

Rogério Medeiros Garcia de Lima¹

Dedico este artigo, com amizade e profunda admiração, ao inclito Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. Sua Excelência, então presidente do Tribunal Superior Eleitoral, foi responsável pela implantação, em 1996, das urnas eletrônicas. No aspecto formal, ou seja, segurança na captação do sufrágio, a inovadora tecnologia operou histórica revolução no sistema eleitoral brasileiro. A “Lei da Ficha Limpa”, versada neste artigo, revoluciona nosso sistema eleitoral no aspecto substancial, ao propiciar o afastamento temporário da vida pública de candidatos incompatibilizados com o princípio constitucional da moralidade administrativa.

Resumo

Este artigo aborda a importância da denominada “Lei da Ficha Limpa” no contexto histórico e político do Brasil. O texto legal exige, em sua interpretação e aplicação, sintonia com as expectativas contemporâneas da sociedade brasileira e o princípio constitucional da moralidade administrativa.

Palavras-chave: Ética; política; “Lei da Ficha Limpa”; interpretação; aplicação.

Abstract

This article approaches the importance of so-called “Lei da Ficha Limpa” in the historical and political context of Brazil. The legal text requires, in its interpretation and enforcement, consistent with the expectations of contemporary Brazilian society and the constitutional principle of administrative morality.

Keywords: Ethics; politics; “Lei da Ficha Limpa”; interpretation; law Enforcement.

Introdução

Este artigo analisa a importância da denominada “Lei da Ficha Limpa” no contexto histórico e político do Brasil.

Inicialmente, abordaremos os primórdios da atividade política em nosso País pela figura célebre do Visconde do Uruguai.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes-TJMG. Este ensaio integra o livro *Direito Eleitoral: Leituras Complementares*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, organizadores Patrícia Henriques Ribeiro, Mônica Aragão M. F. Costa e Arthur Magno e Silva Guerra, 2014, pp. 357-373).

Falaremos da corrupção na conjuntura política brasileira. Sucessivos escândalos noticiados podem conduzir à generalizada impressão de que todos os políticos e homens públicos são corruptos. Essa ilação, contudo, não é justa e nem verdadeira. A história brasileira sempre registrou a atuação de líderes dedicados, probos e patriotas, a exemplo dos saudosos Milton Soares Campos e Tancredo de Almeida Neves.

Refletiremos sobre ética e política na Antiguidade Clássica, com o pensamento de Aristóteles, e no mundo contemporâneo, mediante transcrição de eloquente reflexão do inesquecível jurista, filósofo e político André Franco Montoro.

Demonstraremos como a Constituição Federal de 1988 previu a inelegibilidade decorrente de atos de improbidade administrativa praticados por candidatos a cargos eletivos.

No nível infraconstitucional, mencionaremos a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (Lei de Inelegibilidade), posteriormente alterada pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (**Lei da Ficha Limpa**).

Trataremos dos princípios e a hermenêutica contemporânea. Será enfatizado o princípio da moralidade administrativa, com fulcro no qual se editou a Lei da Ficha Limpa.

Para concluir, exaltaremos a importância de, no exercício da jurisdição eleitoral, os magistrados prestigiarem os princípios e regras constitucionais, bem como a legislação infraconstitucional. Sem olvidar o clamor social por probidade na Administração Pública.

Aplicar escorretamente as normas de inelegibilidade – especialmente a decorrente de improbidade administrativa – é mais que um imperativo ético: é um dever de cidadania.

Visconde do Uruguai e a política

Nos primórdios da atividade política no Brasil, ao tempo do Império, Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, ocupou relevantes cargos em ministérios e no Poder Legislativo. Sobre ele, registrou o historiador José Murilo de Carvalho (2002:19):

Paulino era também inteligente, mas introvertido, avesso a conflitos, um estudioso por natureza. Dele disse Cotegipe que ‘era capaz de valsar sobre uma mesa repleta de cristais, sem tocar numa peça’.

O Visconde do Uruguai era filho de um médico brasileiro, mineiro de Paracatu. O pai cursou Medicina em Paris e se casou com uma francesa. Por isso, o jovem Paulino foi cedo para a França, onde estudou. Muitos anos depois escreveria, no *Ensaio sobre o direito administrativo*, que experimentou uma “revolução de ideias” (CARVALHO, 2002:27-28):

“O que tive ocasião de observar e estudar (na viagem à Europa) produziu uma grande revolução nas minhas ideias e modo de encarar as coisas’. A afirmação está no preâmbulo do ‘Ensaio’. Quando em Paris, Uruguai fez questão que o filho também passasse uma temporada na Europa, pois as viagens ‘dão uma grande sacudidela ao espírito, alargam a sua esfera, e habilitam para depois melhor ver estudar as coisas’. (...)

“Uruguai afirma (...) que o que mais o impressionou na França e na Inglaterra não foram os monumentos, a riqueza, o poder material. Foi o bom funcionamento da administração. Nesses dois países, tudo se movia com ordem e regularidade, a população tinha confiança na justiça civil, criminal e administrativa. Na França, especula, o bom funcionamento da administração talvez fosse responsável pelo fato de a população suportar as restrições à liberdade política. O parágrafo imediatamente anterior à referência à revolução diz: ‘convenci-me ainda de que se a liberdade política é essencial para a felicidade de uma nação, boas instituições administrativas apropriadas às suas circunstâncias e convenientemente desenvolvidas não o são menos. Aquela sem estas não pode produzir bons resultados”.

Com sua experiência na vida pública brasileira de então, o Visconde do Uruguai apontou algumas mazelas (CARVALHO, 2002:44):

“Muitos dos males apontados por Uruguai relativos à política nacional, como a distância entre governo e povo, a burocracia absolutista e inefcaz, a mania de esperar tudo do Estado, o sufocamento dos municípios, a inadequada distribuição de responsabilidade entre municípios, províncias e governo central, o empreguismo, o empenho, o clientelismo, o patronato, o predomínio dos interesses pessoais e de facções, a falta de espírito público, a falta de garantia dos direitos individuais, continuam na ordem do dia, posto que atenuados”.

A corrupção no contexto histórico e político brasileiro

Ao longo da sua história como jovem nação, o Brasil registra inúmeros episódios de corrupção nos campos da política e da administração pública. A chaga da improbidade espraia-se pelas diversas unidades federativas e esferas de poder.

Atualmente, em pleno vigor da democracia e do amplo acesso às informações divulgadas pela imprensa e a internet, os brasileiros se indignam com escândalos repetidamente noticiados.

Em junho de 2013, o povo foi às ruas protestar massivamente. A arguta analista política Dora Kramer observou (*Em defesa da honra, O Estado de S. Paulo*, 19.06.2013):

“O professor Luiz Werneck Vianna foi preciso no artigo ‘O movimento da hora presente’. (...) Disse que é hora de a política se fazer presente removendo

práticas e instituições que levaram a atividade à degradação, deixando a sociedade brasileira prisioneira do ‘anacronismo destes novos coronéis da vida republicana’; em seguida alertou para o risco de ‘intervenções desastradas dos atuais governantes’ levarem a juventude a se afastar dos valores da democracia. O exercício da política é valor democrático. (...)

“As ruas começaram a falar sobre aumento nas tarifas e os péssimos serviços dos transportes públicos, mas seguem falando de muito mais: de corrupção, de descaso, de desmandos, de desonra, de desvios de conduta. Na economia, o poder público (...) abusou da sorte e agora chega para todos a dolorosa conta da farra de gastos.

“Na política os Poderes abusaram do despudor, os valores foram dissolvidos. As pessoas não querem apenas de volta a estabilidade na economia. Elas desejam também recuperar o respeito perdido, a dignidade aviltada pela vulgarização dos modos e a celebração da esperteza”.

Milton Campos e Tancredo Neves, exemplos de políticos probos

Os sucessivos escândalos propalados podem conduzir à generalizada impressão de que todos os políticos e homens públicos do País são corruptos.

Todavia, a ilação não é justa e nem verdadeira. No Brasil, sempre atuaram homens públicos dedicados, probos e patriotas.

Só para ilustrar, menciono dois notáveis políticos brasileiros, oriundos de Minas Gerais: os saudosos Milton Soares Campos e Tancredo de Almeida Neves.

Milton Campos pregava que “governar é resistir”. O estadista, deveras, tem de resistir a todas as pressões e tentações que o poder político suscita.

Sebastião Nery, atento coletor de casos do folclore político brasileiro, narrou (*Minas como era*, 2014):

Logo após a posse do governador Milton Campos, em Minas, em março de 1947, o ex-presidente Arthur Bernardes pediu ao novo governador uma audiência para aquela mesma tarde, a fim de tratar de assunto inadiável. Realizou-se o encontro, por mais de meia hora.

De um lado, o ex-presidente da República, com a auréola de austeridade e energia que o cercava. Duro, inflexível, com a experiência de quase meio século de militância política. E a consciência de que fora tudo. De outro lado, bem mais jovem, o advogado opositorista que, a certa altura da vida, escrevera cáustico artigo sobre o seu confrontante – “O Imperador Divino”. Ameno no convívio, discreto no relacionamento, mas a mesma postura e a mesma segurança no diálogo.

Bernardes invoca os termos de compromissos partidários e pede para ele mesmo indicar, como presidente do PR, os nomes de dois representantes de seu partido para o secretariado. Milton reage. Recusa. Os compromissos – que são da UDN e não pessoalmente dele – serão mantidos. Duas pastas estão reservadas para

conflito com um grupo, segundo sua unidade e seu poder, segundo a capacidade de seus membros de cooperarem para fins comuns. E que melhor cooperação poderia haver do que aquela em que cada qual estivesse fazendo aquilo que melhor sabe fazer? Este é o objetivo da organização que toda sociedade deve perseguir, para que tenha vida” (DURANT, 2000:61-62).

Aristóteles subordinava a ética à política (REALE, 1994:405). Compreendia o homem, segundo a tradição grega dominante, unicamente como cidadão. Punha a cidade completamente acima da família e do homem individual: o indivíduo existia em função da cidade e não a cidade em função do indivíduo. Escrevia o filósofo estagirita:

“Se, de fato, idêntico é o bem para o indivíduo e para a cidade, parece mais importante e mais perfeito escolher e defender o bem da cidade; é certo que o bem é desejável mesmo quando diz respeito só a uma pessoa, porém é mais belo e mais divino quando se refere a um povo e às cidades”.

Ética e política no mundo contemporâneo

A questão ética é alvo de aprofundados debates no mundo contemporâneo. Aqui me permito – em contrariedade aos preceitos acadêmicos – transcrever longo trecho de texto lapidar do saudoso jurista, filósofo e político André Franco Montoro (1997:13-14):

“Na segunda metade do século 20, é impressionante o volume de publicações sobre ética, em todas as partes do mundo e em todos os setores do conhecimento. As publicações, estudos, pesquisas e debates sobre o tema estendem-se a todas as áreas da atividade humana. Ética na política, no direito, na indústria, no comércio, na administração, na justiça, nos negócios, no esporte, na ciência, na economia, na comunicação. As obras sobre ética, em seus múltiplos aspectos, enchem as estantes das bibliotecas e das livrarias. ‘Ética para Amador’ é o título do estudo de Fernando Savater, que se tornou best-seller dos livros vendidos na Espanha, com sete edições num só ano, em 1991. E a parte da Filosofia mais estudada neste final de século é a Axiologia, a Filosofia dos ‘Valores’.

“Paralelamente a essa intensa produção no campo da ciência, da arte e da filosofia, multiplicam-se em toda parte movimentos populares ou associativos, reivindicando ética na vida pública, na vida social e no comportamento pessoal. Movimentos semelhantes à famosa ‘campanha das mão limpas’, na Itália, vêm ocorrendo em quase todas as Nações. No Brasil, esses movimentos provocaram processos inéditos em nossa história, que culminaram com a punição de altos funcionários, a cassação de mandatos de parlamentares e do próprio Presidente da República.

“Esses fatos revelam – no campo da produção intelectual e do comportamento social – um incontestável retorno às exigências de ética.

*“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”* (grifei os acréscimos).

Somente dezesseis anos passados, a partir de um projeto de iniciativa popular, o Congresso Nacional editou a Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 para alterar a Lei Complementar nº 64.

Resumidamente, a modificação fundamental é a imposição da inelegibilidade temporária ao candidato condenado, em decisão transitada em julgado ou **proferida por órgão colegiado do Poder Judiciário**, pela prática de determinados crimes, infrações eleitorais – inclusive abuso de poder – e improbidade administrativa. Em outras palavras, para o candidato ser considerado inelegível, não mais se exige, como antes, o trânsito em julgado das decisões que lhe impuseram as sanções já referidas.

O Supremo Tribunal Federal e a Lei da Ficha Limpa

A constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010 **foi corroborada pelo Supremo Tribunal Federal:**

“AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. 1. A elegibilidade é a adequação do

indivíduo ao regime jurídico-constitucional e legal complementar - do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula rebus sic stantibus) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito). 2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. 5. O direito político passivo (ius honorum) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, in casu, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político. 6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido munus publico. 7. O exercício do ius honorum (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares. 8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas. 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida progressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 10. O abuso de direito à renúncia é gerador de

inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 55, § 4º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé. 11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (ius honorum), mas também ao direito de voto (ius suffragii). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. 12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado. 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. 14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral)” (Supremo Tribunal Federal, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29-DF, min. Luiz Fux, DJe 29.06.2012).

Os princípios e a hermenêutica contemporânea

Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello (1975:4), o direito não é senão o conjunto de regras, que se impõem, coercitivamente, na vida social, para disciplinar situações e comportamentos humanos. A ciência do direito não é a ciência do conhecimento destas várias regras, não é, na verdade, a simples inteligência da totalidade das regras, mas é a compreensão da lógica que preside o relacionamento entre elas. Podemos, por isso mesmo, dizer que alguém é cientista do direito, conhecendo apenas um dado. Quem conhece o direito brasileiro não conhece, necessariamente, o direito hindu e será um **cientista do direito**, não porque ele saiba o conteúdo das regras jurídicas existentes

*“São normas que ordenam que algo, relativamente às possibilidades físicas e às jurídicas, seja realizado em medida tão alta quanto possível. Princípios são, segundo isso, **mandamentos de otimização**, que são caracterizados pelo fato de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades físicas, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado essencialmente por princípios em sentido contrário. Em colisões de princípios, por exemplo, na entre o direito individual à fruição da natureza e o bem coletivo da proteção ambiental, não se trata disto, de despedir um de ambos os princípios, mas disto, de **otimizar ambos os princípios no sistema**. Isso é um **problema de produção de coerência**. A solução do problema pode dar bom resultado somente pela **fixação de relações de primazia**, mais ou menos concretas, definitivas, condicionadas, assim como pela **determinação de primazias**” (grifei).*

O sistema jurídico, em geral, é controlado e aplicado como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios, de normas e de valores jurídicos, cuja função é dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição (FREITAS, 1997:49).

Surge nova materialidade constitucional e alcança o patamar supremo da Constituição. Ao mesmo passo, insere-se na órbita principal, com superioridade normativa, no que toca aos demais preceitos da Constituição. Em caso de conflito constitucional, o princípio é superior à regra. O princípio se aplica, a regra não. Os juristas do positivismo sempre foram contundentes no menosprezo e aversão aos princípios. As correntes antipositivistas, deste fim de século, fundaram uma Nova Hermenêutica. Retiraram os princípios – dantes designados simplesmente princípios gerais de Direito – da esfera menor dos Códigos, onde jaziam como a mais frágil, subsidiária e insignificante das peças hermenêuticas do sistema, para a região mais elevada e aberta das Constituições, cujo espaço oxigenado entraram a ocupar até se fixarem com aquela densidade normativa que os converteu em senhores supremos da juridicidade constitucional. De tal sorte que, por derradeiro, os princípios governam a Constituição e a governam nos termos absolutos que a legitimidade impõe (BONAVIDES, 1998:22-29).

Segundo Canotilho, hoje a subordinação à lei e ao Direito, por parte dos juízes reclama, de forma incontornável, a *“princípioalização” da jurisprudência*. O Direito do Estado de Direito do Século XIX e da primeira metade do Século XX é o *Direito das regras dos códigos*. O Direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito *leva a sério os princípios*, é um *Direito de princípios*. O tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na *metódica de concretização do Direito* e, por conseguinte, na atividade jurisdicional dos juízes (Revista de Processo, 98/83-84). A existência de regras e princípios permite a descodificação, em termos de um *“constitucionalismo adequado”* (Alexy), de *estrutura sistêmica*. Isto é, possibilita a compreensão da Constituição como *sistema aberto*

de regras e princípios. Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – ***legalismo*** – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um ***“sistema de segurança”***, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como constitucional, que é necessariamente aberto (CANOTILHO, 1993:168-169).

O juiz - escrevia o então ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do Superior Tribunal de Justiça - está subordinado aos princípios democráticos. Sua atividade, se não pode ser discricionária, também não será neutra (Revista dos Tribunais, 751:35-50):

“O juiz responde perante a sociedade pelo exercício da sua função, que é, como as demais funções do Estado, meio de realização dos valores fundamentais por ela consagrados. No Estado democrático, o juiz assume o compromisso de exercer o poder estatal de acordo com os princípios orientadores do ordenamento jurídico que o investiu no cargo e de onde lhe advém a força da decisão. Do descumprimento desse dever podem derivar duas espécies de responsabilidade, a responsabilidade jurídica, com possibilidade de perda do cargo se infringir o princípio constitucional, como está previsto na Constituição da República Federal da Alemanha, e a responsabilidade social, que é de ordem ética. (...) A atividade do juiz, (...) de descoberta do direito, não é neutra, mas também não é discricionária, devendo ser adotada em função das regras e princípios, implícitos e explícitos adotados pelo sistema, de tal sorte que a decisão, ainda que inovadora, mantenha coerência com o ordenamento jurídico vigente, que não perde por isso a sua identidade. O sistema jurídico de um Estado democrático permite liberdade decisória, nas condições acima referidas, e espera do juiz, a quem garante independência institucional e funcional, a utilização dessa liberdade para a realização dos seus valores e por isso é que ele tem responsabilidade social”.

O Superior Tribunal de Justiça assumiu posição vanguardista, ao decidir:

“A norma de sobre-direito magistralmente recomenda ao Juiz, na linha da lógica razoável, que, ‘na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’. Em outras palavras, é de repudiar-se a aplicação meramente formal de normas quando elas não guardam sintonia com a realidade” (Recurso Especial nº 64.124-RJ, min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça-MG, Diário do Judiciário-MG, 16.05.1997).

“O jurista, salientava Pontes de Miranda em escólio ao Código de 1939 XII/23, ‘há de interpretar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro’. Para

cada causa nova o juiz deve aplicar a lei, ensina Ripert (Les Forces Créatives du Droit, p. 392), considerando que ela é uma norma atual, muito embora saiba que ela muitas vezes tem longo passado; 'deve levar em conta o estado de coisas existentes no momento em que ela deve ser aplicada', pois somente assim assegura o progresso do Direito, um progresso razoável para uma evolução lenta" (trecho do voto do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator do Recurso Especial nº 196-RS, *in* Revista dos Tribunais, vol. 651, janeiro de 1990, pp. 170-173).

O princípio da moralidade administrativa

Releva enfatizar o princípio da moralidade administrativa, com fulcro no qual se editou a Lei da Ficha Limpa.

Hely Lopes Meirelles (1985:82) considerava *"o povo titular do direito subjetivo ao governo honesto"*.

O artigo 2º, parágrafo único, da Lei Federal nº 9.784/99, determina que, nos processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, serão observados, entre outros, os critérios de:

"(...) IV - atuação segundo padrões éticos, de probidade e boa-fé".

Também estabelece o § 2º do artigo 13 da Constituição do Estado de Minas Gerais (1989):

"A moralidade e a razoabilidade dos atos do Poder Público serão apuradas, para efeito de controle e invalidação, em face dos dados objetivos de cada caso".

Para Caio Tácito (Revista de Direito Administrativo, 218/1-10), a moralidade integra a legitimidade do exercício da competência administrativa (Hauriou). Pressupõe o exame dos motivos do ato administrativo, em conexão com o vínculo legal à finalidade. O administrador não pode colocar seus poderes a serviço de interesses pessoais exclusivos e de conceitos que discrepam de valores morais respeitáveis.

Odete Medauar (1993:93) afirma que o princípio da moralidade imbrica-se com o da impessoalidade. Um dos aspectos da imoralidade diz respeito ao uso de poderes administrativos com o fim de propiciar favorecimentos a si e a outrem, situação que envolve a impessoalidade como um dos fatores da imoralidade. Segundo a autora, é princípio de difícil tradução verbal, porque é impossível enquadrar em um dos dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desviantes das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Caracterizado sob perfil das regras de conduta extraídas da disciplina da Administração, tem em vista o fim do interesse público, a boa administração, a boa-fé e a lealdade da Administração. O princípio deve ser observado não apenas pelo administrador,

mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública (v. g., no procedimento licitatório não pode haver conluio entre licitantes).

Conceituou Di Pietro (2003:79):

“Sempre que, em matéria administrativa, se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado, que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa”.

De maneira semelhante, definia Lúcia Valle Figueiredo (1995:49):

“O princípio da moralidade vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração, que, em determinado ordenamento jurídico, são considerados os ‘standards’ comportamentais que a sociedade deseja e espera”.

Conclusão

Preponderantemente no exercício da jurisdição eleitoral, os magistrados devem estar atentos à observância dos princípios e regras constitucionais, bem como da legislação infraconstitucional. Devem também considerar o clamor social por probidade na Administração Pública (GARCIA DE LIMA, 2011).

Ao aplicar a Lei de Inelegibilidade (Lei Complementar nº 64, de 1990), alterada pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135, de 2010), os juízes eleitorais devem notar que o mau candidato é o mandatário corrupto em gestação. Afastá-lo das eleições para cargos políticos é - mais que um imperativo ético - um dever de cidadania.

Concluo com a sempre oportuna assertiva de Alceu Amoroso Lima (1974, introdução):

“Onde falha a justiça e as leis não enquadram nem a autoridade, nem a liberdade, o resultado é o domínio dos fortes sobre os fracos e a opressão dos ricos contra os pobres”.

Referências bibliográficas

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Política e Social dos Juízes nas Democracias Modernas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 751, maio de 1998, pp. 35-50.
- ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência*. São Paulo: Revista de Direito Privado, nº 25, jan-mar/2006, pp. 297-310.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Teoria Geral do Direito, in Interpretação no Direito Tributário*, Celso Antônio Bandeira de Mello et al. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 3-11.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UnB, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 8ª ed., 1996.

- BONAVIDES, Paulo. *Reflexões - Política e Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª ed., 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A "Principialização" da Jurisprudência Através da Constituição*. São Paulo: Revista de Processo, volume 98, abril-junho de 2000, p. 83-89.
- _____. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 6ª ed., 1993.
- CARVALHO, José Murilo (organizador). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 15ª ed., 2003.
- DURANT, Will. *A História da Filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 18ª ed., 1990.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FREITAS, Juez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. *Ética e eficiência nos serviços notariais e de registro*. Belo Horizonte: *Autêntica - Revista dos Notários e Registradores*, nº 2, dezembro de 2003, pp. 20-26.
- _____. *Justiça Eleitoral e Prevenção da Improbidade Administrativa*, in *Tópicos Especiais de Direito Público e Privado – Direito, Democracia e Cidadania*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, coord. Gustavo Costa Nassif e Jean Carlos Fernandes, 2011, pp. 371-392.
- KRAMER, Dora. *Em defesa da honra*, jornal *O Estado de S. Paulo*, edição de 19.06.2013, seção *Política*.
- LIMA, Alceu Amoroso. *Os Direitos do Homem e o Homem sem Direitos*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1974.
- MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Editora RT, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ação Popular*. São Paulo: Editora RT, 10ª ed., 1985.
- MONTORO, André Franco. *Retorno à Ética na Virada do Século*, in MARCÍLIO, Maria Luiza e RAMOS, Ernesto Lopes. *Ética na Virada do Século – Busca do Sentido da Vida*. São Paulo: Editora LTr, 1997, pp. 13-26.
- NERY, Sebastião. *Minas como era*, disponível em <http://sebastiaonery.com.br/visualizar.jsp?id=1857>, acesso em 02.07.2014.
- Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2ª ed., 1986.
- REALE, Giovanni. *História da Filosofia Antiga*. São Paulo: Edições Loyola, trad. Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine, 1994.
- SILVA, Vera Alice Cardoso da e DELGADO, Lucília de Almeida Neves. *Tancredo Neves: A Trajetória de um Liberal*. Petrópolis: Vozes, 1985.
- TÁCITO, Caio. *Moralidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, nº 218, outubro-dezembro de 1999, pp. 1-10.

As práticas institucionais do poder judiciário brasileiro: da Primeira República à Constituição Federal de 1934

Alexandre Motta Tinoco¹

Resumo

Este trabalho busca demonstrar como o Poder Judiciário brasileiro foi estruturado após a proclamação da República, destacando que, durante todo o período da Velha República, mesmo com a constitucionalização de garantias institucionais, jamais foi possível concebê-lo como um poder imune às interferências políticas, sobretudo aquelas provenientes das oligarquias locais. Em consequência, demonstra que, nesse período, as práticas institucionais dos tribunais não foram capazes de interagir com o sistema político de forma independente, indicando uma dependência política incompatível com a forma republicana de governo.

Palavras-chave: Poder Judiciário; práticas institucionais; primeira República.

Abstract

This work aims to demonstrate how the Brazilian Judiciary was structured after the proclamation of the Republic, noting that, throughout the period of the Old Republic, even with the constitutionalization of institutional guarantees, never been possible to conceive it as a power immune to political interference especially those from the local oligarchs. Consequently, it demonstrates that, in this period, the institutional practices of the courts were not able to interact with the political system independently, indicating an incompatible political dependence with the republican form of government.

Keywords: Judiciary; institutional practices; first Republic.

Introdução

O movimento que instituiu a forma republicana de governo no Brasil, ocorrido em 15 de novembro de 1889, ainda que dotado de aspirações legítimas, a exemplo do reconhecimento de autonomia aos governos regionais, não observou a participação de amplas camadas da sociedade brasileira, caracterizando um movimento de tropas situadas no Rio de Janeiro, ao qual o povo brasileiro apenas assistiu.

Em verdade, ainda que as aspirações republicana e federalista tenham produzido uma substancial efervescência política durante o período imperial, somente após 1870,

¹ Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro PUC-Rio (1999) e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (1995).

novamente toma força o movimento, como resultado da concorrência de diversos fatores, entre os quais, a imensa força política adquirida pelo Exército Brasileiro, após a malsinada guerra do Paraguai. Em consequência, com a proclamação da República, não houve maiores resistências à instalação do governo provisório, sob a presidência do Marechal Deodoro da Fonseca, sendo o Decreto nº. 1, de 15 de novembro de 1889, a primeira afirmação normativa republicana.

O referido Decreto, em verdade, traduziu uma velha aspiração brasileira: a adoção do federalismo. Sob a influência de Ruy Barbosa, o Decreto nº. 1 instituiu, provisoriamente, as novas formas de governo e de Estado, alçando as Províncias à categoria de Estados-Membros da Federação, autorizando-os à oportuna elaboração de Constituições próprias, em reconhecimento à sua autonomia político-administrativa.

O governo provisório tratou de nomear uma comissão especial para elaborar o anteprojeto da Constituição Federal, denominada “Comissão dos Cinco”, justamente por ser composta por apenas cinco juristas. Dentre os integrantes da comissão que elaborou o anteprojeto apresentado à Assembleia Constituinte, mais uma vez, Ruy Barbosa era o jurista de maior destaque.

Apesar de ocupar o cargo de Ministro da Fazenda nas primeiras horas da República, o “Águia de Haia” foi coautor da Constituição, juntamente com Prudente de Morais. A profunda admiração de Ruy Barbosa pelo federalismo norte-americano explica, em grande medida, a consagração de um modelo institucional bastante semelhante àquele adotado pelos Estados Unidos da América.

Durante os debates da Assembleia Constituinte chegou-se mesmo a aventar a possibilidade de dotar nossos estados-membros de competência legislativa em matéria de direito substantivo, marca essencial do federalismo ianque, hipótese logo descartada, muito em razão do da nossa realidade sociocultural² e do processo de formação da federação brasileira, profundamente diferentes dos padrões apresentados pelas ex-colônias inglesas na América do Norte, na fundação dos Estados Unidos da América.

As primeiras tintas do poder judiciário republicano

Como assinala Lenine Nequete, “estavam determinadas as raízes do federalismo que a Constituição de 1891 consagraria, e que tanto haveria de influir, desde os primeiros atos do Governo Provisório, para a configuração do

² Como acentuava o Senador José Higino, em discurso proferido no Senado, na sessão de 5 de janeiro de 1891, “Somos um povo completamente unificado; a mesma raça, a mesma história, os mesmos costumes, o mesmo direito, a mesma língua. O nosso direito é tão antigo quanto este corpo social; cresceu e desenvolveu-se com ele; é a nossa *commom law*; é um patrimônio nacional. Malbaratá-lo, fragmentá-lo, entregando às assembleias legislativas dos Estados a faculdade de legislar sobre matérias jurídicas, seria não somente um crime de lesa-patriotismo, senão também um gravíssimo erro político...” João Barbalho, Constituição Federal Brasileira - Comentários, 1902, p. 128 apud NEQUETE, L. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973. p. 12.

Poder Judiciário da República – com a criação do Supremo Tribunal Federal nos moldes da Suprema Corte norte-americana (Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890) e a competência conferida aos Estados para organizarem a sua justiça e legislarem sobre matéria processual.”³

Ademais, a Constituição Provisória da República, isto é, o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, tratou de organizar o Poder Judiciário a partir de duas esferas de competência: a Justiça Federal e a Justiça Estadual. Contudo, como salienta Maria Tereza Sadek, “a dualidade da justiça, expressa no convívio dos órgãos da Justiça Federal ao lado dos órgãos da Justiça dos Estados, foi objeto de acirrados debates, ainda durante os trabalhos da primeira Constituinte republicana e no decorrer de todo o período.”⁴

A Carta Constitucional de 1891 manteve a coexistência de duas estruturas judiciárias, através de uma técnica de repartição de competências muito empregada no federalismo contemporâneo: a técnica das competências remanescentes. Portanto, as competências da justiça federal restaram expressamente determinadas pela Constituição da República, enquanto ao Poder Judiciário estadual restaram as competências não vedadas, ou seja, as matérias remanescentes.⁵

Por outro lado, se a ordem constitucional republicana comportou plenamente o sistema de competências residuais, algo que pareceu bastante oportuno diante da realidade que norteou nossa estruturação federativa, não há argumentos para sua omissão em estender expressamente à magistratura estadual as garantias constitucionais reconhecidas à magistratura federal. Em verdade, tal discriminação não chegou a ser uma surpresa, à medida que o próprio Decreto nº 848/90, em seu art. 2º⁶, somente mencionou os juizes federais como destinatários das garantias constitucionais à vitaliciedade, à irredutibilidade de seus vencimentos e à inamovibilidade.

³ NEQUETE, L. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973. pp. 10,11

⁴ SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da Justiça*. São Paulo: Idesp/Editora Sumaré; Rio de Janeiro: Fundação Ford; Nova York: Fundação Mellon, 1995 - (Série Justiça). p. 10.

⁵ Aos Juizes ou Tribunais Federais reconheceu-se expressamente a competência para processar e julgar as ações cujas matérias encontravam-se previstas pelo Art. 60, letras “a” a “i”, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, restando, por conseguinte, aos Juizes e Tribunais Estaduais, tratar de matérias alheias àquelas reservadas aos órgãos da Justiça Federal.

⁶ Sobre as garantias da magistratura a Constituição de 1891 preceituava expressamente o seguinte: “Art. 57. Os juizes federaes são vitalicios e perderão o cargo unicamente por sentença judicial.

Par. 1º. Os seus vencimentos serão determinados por lei e não poderão ser diminuidos.”

Os juizes estaduais foram olimpicamente desprezados pelos constituintes, sob o aspecto das garantias constitucionais à vitaliciedade, à irredutibilidade de seus vencimentos e à inamovibilidade, esta expressamente garantida aos juizes federais pelo art. 2º do Decreto nº 848/90.

Merece destaque, no entanto, que a exposição de motivos que acompanhou o Decreto nº 848⁷ aparentemente endereçou o tema na direção do acolhimento de uma magistratura republicana independente, algo essencial às próprias aspirações do movimento de 1889, a exemplo do exercício do controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público, função comum às magistraturas estadual e federal.⁸

A partir dessa concepção, através de uma interpretação sistemática da Constituição, coube à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirmar que as garantias expressamente destinadas aos juízes federais deveriam ser estendidas aos juízes estaduais. Inobstante isso, não foram raros os episódios em que as oligarquias políticas dos Estados, muitas vezes contrariadas por decisões de juízes locais, recorreram à tentativa de intimidação da magistratura.

Sem dúvida, essa questão se reveste de maior relevo, porque a Primeira República evidenciou um dos mais conturbados períodos da história política brasileira. Os municípios eram dominados por coronéis e seus bandos armados, que intercediam, não raro, pela força, em favor de candidatos fiéis aos seus propósitos. A influência dos coronéis era proporcional à sua capacidade de arregimentar votos, o que lhes possibilitava pressionar politicamente os poderes estadual e federal, a fim de obter favores, o que incluía a coação dirigida aos juízes locais.

⁷ “A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica, O poder de interpretar as leis, disse, o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se “elas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa. É a vontade absoluta das assembleias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se não houvesse as doutrinas do arbítrio soberano do poder executivo. A função do liberalismo no passado [...] foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época atual é opor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos. Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao poder judiciário, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.”

⁸ É interessante ressaltar que a Constituição do Império sofreu marcada influência da doutrina constitucional francesa, por outro lado, a Constituição da República de 1891, como já afirmamos, fora bastante influenciada pela doutrina constitucional norte-americana e pela própria jurisprudência de sua Suprema Corte dos Estados Unidos, que desde 1803 afirmara pelo seu *Chief Justice* John Marshall, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, que a todos os órgãos do Poder Judiciário compete a defesa da Constituição, o que restou conhecido como o controle difuso de constitucionalidade. O próprio **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**, enfatizava, em seu preâmbulo, que: “*O poder de interpretar as leis envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, e neste caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito...*” Esta responsabilidade do Poder Judiciário restou ainda mais clara com o vigência da **lei nº 221/1894**, que em seu art. 13, par. 10, enfatizava: “*os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com a lei ou com a Constituição.*”

É o que revela Andrei Koerner, ao afirmar que “há consenso a respeito do controle oligárquico do Poder Judiciário nos estados durante a Primeira República, posto que a inexistência de garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos dos juizes estaduais era parte do compromisso político coronelista”.⁹

Ratificando esse ponto de vista, Lenine Nequete relata o episódio que envolveu o juiz de direito de Rio Grande, Alcides de Mendonça Lima, e o então presidente do Estado, Dr. Júlio Prates de Castilhos¹⁰. Sem dúvida, o caso transcende à mera crônica, revelando os percalços de um modelo de magistratura que não se ocupou de prover igualmente os juizes das prerrogativas essenciais ao exercício de suas funções.

Além disso, ainda que amparadas por prerrogativas consagradas no plano constitucional, na Primeira República, a realidade política e institucional do próprio Poder Judiciário federal foi profundamente influenciada pelo coronelismo e pela Política dos Governadores. Algo politicamente estratégico, primeiramente pelas atribuições constitucionais dos juizes federais para julgar os conflitos entre a União e os Estados e, logo adiante, pelo que representava a fidelidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal, sobre quem recaía a competência para determinar a intervenção Federal nos Estados nos quais os governadores, não raro inimigos políticos das oligarquias locais, deixassem de cumprir quaisquer leis ou sentenças federais.¹¹

Notemos que a nomeação de juizes federais, atrelada aos interesses das oligarquias políticas estaduais, somente era possível em virtude das peculiaridades do sistema. O processo de nomeação abria um campo de negociação entre as oligarquias estaduais, o Presidente da República e os ministros do STF, à medida que as escolhas do Presidente da República eram feitas a partir de uma lista tríplice elaborada pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo Andrei Koerner, “o processo de nomeação era basicamente o seguinte: aberta a vaga, o presidente da República comunicava ao presidente do STF, que publicava edital nos principais jornais do País. O prazo para as inscrições era de trinta dias, a partir dos quais era nomeada uma comissão de três ministros

⁹ KOERNER, Andrei. *O Poder Judiciário no sistema político da primeira República*. Revista USP, São Paulo, No. 21, p. 59, , mar/mai 1994.

¹⁰ NEQUETE, L. Ob. cit., p. 20: “no dia 28 de março de 1896, ao abrir a sessão do Tribunal do Júri da comarca de Rio Grande, anunciou o Dr. Alcides de Mendonça Lima, seu Presidente, que deixaria de aplicar - por entendê-la contrária às Constituições federal e estadual - a lei nº 10, de 16 de dezembro de 1895, na parte referente a recusas de jurados e ao voto a descoberto, mandando observar em tais pontos a lei antiga. Veiculada a notícia na Reforma, logo no dia seguinte interpelou o autocrata presidente do Estado, Dr. Júlio Prates de Castilhos, ao juiz de direito, sobre a veracidade do fato, e, colhendo a lacônica e incisiva resposta afirmativa, ofendido nos seus brios, ordenou ao Desembargador Procurador Geral que promovesse sem perda de tempo a responsabilidade penal do juiz “faltoso”. E a denúncia veio logo, datada de 1º de abril (...).”

¹¹ O. art. 6º, em seu parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1891, preceituava o seguinte: “O Governo Federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: parágrafo 4º - Para assegurar a execução das leis e sentenças federaes.”

para examinar os documentos e classificar os candidatos. A classificação era votada secretamente no STF e seu presidente encaminhava a lista com os nomes dos três candidatos mais votados para o presidente da República, que nomearia um deles.”¹²

Ocorre, contudo, que o veto da oligarquia dominante no âmbito do Estado era suficiente para evitar a nomeação de um juiz seccional ou, se por qualquer motivo, o nome que tinha o aval da oligarquia não constasse da lista, através de um ardiloso procedimento, o presidente da República removia algum dos juizes federais em atuação para a vaga existente, ocasionando a anulação da lista de classificação e a abertura de inscrições para a nova vaga.

De outra parte, a nomeação de juizes seccionais era estratégica, pois, em razão das garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade que dispunham, mesmo com a derrubada da oligarquia que influenciara a sua escolha, permaneciam no cargo e funcionavam como aliados políticos, podendo, inclusive, funcionar como um meio de requisitar ao Supremo Tribunal Federal a intervenção federal em seu estado, em caso de alguma decisão não cumprida pelo governo.

Decorre daí a grande importância para as oligarquias a influência que tinham no processo de nomeação dos ministros do STF, que não somente determinavam a lista tríplice de candidatos ao cargo de juiz federal, enviada ao presidente da República, como também, em razão dos pedidos formulados por estes, podiam determinar a intervenção federal nos estados em que seus aliados políticos tivessem perdido o poder.

Portanto, não podemos olvidar que a Primeira República reservou ao Poder Judiciário um papel político de subserviência aos interesses oligárquicos, deixando de lado a sua condição de fiador dos direitos e das garantias constitucionais afinadas com o republicanismo. É o que podemos depreender das palavras de Castro Nunes, ao afirmar que “nos primeiros tempos da República o Supremo Tribunal não tinha a consciência de seu papel no regime.”¹³ Sua opinião parece proceder, à medida que alguns de seus membros, mesmo trazendo do Império uma bagagem intelectual vasta e brilhante, não pareciam dimensionar adequadamente as novas instituições que estavam sendo construídas.

Opinião semelhante empenhou João Mangabeira, ao afirmar que “o órgão que, desde 1892 até 1937, mais faltou à República não foi o Congresso, foi o Supremo Tribunal Federal”. E, mesmo ressaltando seus dias de resistência, completa argumentando que “o órgão que a Constituição criara para sua guarda suprema, e destinado a conter, ao mesmo tempo os excessos do Congresso e as violências do governo, a deixava desamparada nos dias de risco ou de terror, quando, exatamente, mais necessitada estava ela da lealdade, da fidelidade, e da coragem de seus defensores.”¹⁴

¹² KOERNER, Andrei. Ob. Cit., p. 63.

¹³ NUNES, Castro. *Poder Judiciário*, ed. 1943, p. 168, **apud** BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968. p. 59.

¹⁴ Estas considerações de João Mangabeira sobre o papel político do Supremo Tribunal Federal no período entre 1892 e 1937 foram extraídas de seu livro “Ruy, o Estadista da República”, São Paulo, Livraria Martins, 1946, **apud** BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968. p. 69.

O Supremo Tribunal Federal e a doutrina brasileira do *Habeas Corpus*

Após grande contribuição doutrinária de Ruy Barbosa e as primeiras aposentadorias dos ministros oriundos do Supremo Tribunal de Justiça do Império, os tempos difíceis trazidos pela política oligárquica dos coronéis, finalmente, cedeu espaço para que o Supremo Tribunal Federal caminhasse na direção do seu período áureo, com a construção jurisprudencial do que passou a ser chamado “doutrina brasileira do *Habeas Corpus*”¹⁵, que ampliou de modo inédito os direitos defensáveis por intermédio desse remédio constitucional.

À época, como não dispúnhamos dos *writs* consagrados no sistema jurídico norte-americano, a solução encontrada pelo Supremo Tribunal para a proteção de todos os direitos individuais e políticos assinalados na Constituição de 1891, Federal, a par de resistências internas e externas, foi atribuir ao *Habeas Corpus* amplitude jamais encontrada em qualquer outro sistema constitucional.

Assim, estendeu-se sua efetividade para além da garantia da liberdade de locomoção, aplicando-o também ao exercício de funções políticas, de imunidades parlamentares, chegando-se mesmo a reconhecê-lo como instrumento jurídico a ser utilizado quando violado direito certo, líquido e incontestável, papel destinado ao mandato de segurança, a partir da Constituição Federal de 1934.

É certo, contudo, que, entre 1910 e 1926, não foram raros os percalços enfrentados dentro e fora da Corte, em razão do alargamento das finalidades do *Habeas Corpus* como remédio constitucional. Como relata Lêda Boechat Rodrigues, “para o ministro Pedro Lessa, o *Habeas Corpus* somente protegia o direito de locomoção. Numa interpretação muito forçada, através do que chamou a liberdade-fim, atrelou ao direito de locomoção vários outros direitos.”¹⁶

E continua, para ressaltar que coube ao Ministro Eneas Galvão, nos quatro anos que permaneceu no Tribunal, entre 1912 e 1916, ano de sua morte, defender com maior veemência a ampliação do objeto do *Habeas Corpus*. Vejamos alguns trechos do voto do Ministro Eneas Galvão no julgamento do *Habeas Corpus* 3697 (1915):

“Acho que não há erro na ampliação do *Habeas Corpus*. Se o conceito do *Habeas Corpus* evoluiu por esse modo é porque as necessidades da nossa organização social e política o exigiram, como resultado de repetidos ataques à liberdade individual, determinando, assinalando função maior, mais lata, ao instituto do *Habeas Corpus*. No nosso meio político, os repetidos ataques à liberdade individual impuseram a necessidade de alargar a concepção do *Habeas Corpus*, o exercício deste meio judicial.

¹⁵ A Constituição Federal de 1891 dispunha em Art. 72, par. 22: “Dar-se-ha *Habeas Corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.”

¹⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, TOMO III, 1991. p. 33.

...O Tribunal está cumprindo a sua missão tutelar dos “direitos, está evoluindo com as necessidades da Justiça; se há excesso, é o excesso que leva ao caminho da defesa das liberdades constitucionais.”¹⁷

Mas, apesar do heroísmo exegético de alguns ministros, também era possível identificar contradições entre decisões proferidas em sede de *Habeas Corpus* diferentes por um mesmo ministro. Lembremos, pois, que ainda estamos a tratar da Primeira República e, assim, os conflitos entre oligarquias rivais podiam gerar, no interior do próprio Supremo, posições jurídicas profundamente contraditórias entre os ministros ao julgarem um ou outro pedido, o que deve ser explicado pelo compromisso político com uma ou outra facção.¹⁸

O poder judiciário como coadjuvante no ocaso do sistema político da República Velha

A República Velha (1889-1930) trouxe, entre outros vícios, pelo menos um que, interessando de perto às instituições judiciárias, de alguma forma contribuiu para apressar-lhe o fim: a negação da verdade eleitoral. O Coronelismo e o voto de cabresto negaram lisura aos pleitos políticos, o que decorria não apenas da flagrante violação ao sigilo do voto, da intimidação do eleitorado, mas também do distanciamento do Poder Judiciário das instâncias decisórias do processo eleitoral.

186

Ainda que, a partir de 1916, com as Leis nº 3139 e 3208, os Estados tenham sido dotados de competência para fiscalizar o alistamento eleitoral, com maior participação das autoridades judiciárias na realização dos pleitos, de nada adiantava aos juízes estaduais receberem competências de tal natureza, se não dispusessem, como não dispunham, de mínimas garantias para desempenharem suas funções sem a pressão dos coronéis.

A insuficiência de um sistema legal e de um aparato judiciário capazes de garantir eleições transparentes, praticamente aniquilou qualquer oposição às oligarquias locais. Por isso, Segundo Raymundo Faoro, “a segurança legal à oposição não permitiu que ela se manifestasse, tolhida pelo domínio das situações locais, desamparadas dos instrumentos para afrontar o governo, não apenas na sua pressão violenta, mas no contexto social e econômico. Raros os Estados onde, nas Assembleias, se faziam representar os oposicionistas, como singular era o aspecto, na Câmara Federal, dos solitários contestadores do governo. No Senado

¹⁷ Idem, pp. 33, 34.

¹⁸ Cinco julgamentos de pedidos de HC, entre 1908 e 1911, foram analisados por Andrei Koerner com a finalidade de demonstrar que não havia ainda uma doutrina brasileira do *Habeas Corpus*, o que, como vimos, ganha força dentro do STF somente após 1912. Até então havia simplesmente o exercício do clientelismo político que acostumou-se o STF a consagrar em suas decisões, com a finalidade de atender às oligarquias estaduais. Notamos que dos dezesseis ministros analisados nestas decisões de HC entre 1908 e 1911, nenhum deles manteve em seus votos posturas lineares, fosse para sempre negá-los, fosse para sempre concedê-los. Ver quadro comparativo em Andrei Koerner. Ob. cit., p. 65.

Federal, sem o beneplácito do grupo dominante naquela casa, ninguém ocuparia as suas cadeiras venerandas. As vozes isoladas enfeitavam plenários monótonos, no gorjeio inocente das patativas entre os gaviões.”¹⁹

Em tal contexto, podemos dizer que a Reforma Constitucional de 3 de setembro de 1926, muito embora tenha nascido como uma tentativa de salvar o sistema político da primeira República, não enfrentou os pontos cruciais de sua degradação, deixando intacto o compromisso coronelista.

Em verdade, o que sucedeu foi uma tentativa frustrada de enfraquecer as oligarquias políticas locais, através do reconhecimento expresso das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos à magistratura estadual, sem que, contudo, a base de sustentação destas forças políticas predominantes nos municípios e nos Estados sofressem quaisquer abalos.²⁰

Em verdade, por ocasião da Reforma Constitucional de 1926, perdera-se uma boa oportunidade para ensaiar a solução de um sistema político corrompido desde a sua origem. Ao contrário, a reforma tratou de subtrair à alçada dos órgãos judiciais a autoridade de intervir questões políticas sensíveis. É o que podemos depreender da redação do parágrafo 5º do artigo 60, da Constituição Federal de 1891, conferida pela Reforma Constitucional de 1926²¹. Era claro o retrocesso, à medida que restou inviabilizada a possibilidade, aberta com a fundação do pacto republicano, de judicialização das questões políticas, tornando o Poder Judiciário inapto a desempenhar parte de sua tarefa institucional mais relevante, o controle constitucional dos demais poderes.

Com relação ao novo conceito do *Habeas Corpus*, a Reforma de 1926 afligiu o que fora a mais prodigiosa contribuição do Supremo Tribunal Federal às garantias constitucionais reconhecidas pela Carta de 1891: a doutrina brasileira do *Habeas Corpus*. A redução de sua aplicabilidade à liberdade de locomoção soou como um desafio à criatividade jurisprudencial da Corte e uma restrição inaceitável às liberdades individuais.

Portanto, analisando o contexto histórico no qual a Primeira República se desenvolveu, observamos que o sistema político por ela adotado revelou extrema capacidade de autopreservação. A articulação entre a oligarquia fundiária e a

¹⁹ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder - Formação do Patronato Político Brasileiro*. São Paulo: Editora Globo, 10. ed., Volume 2, 1995, p. 628.

²⁰ A Emenda Constitucional de 1926 encarregou-se de inserir na Constituição Federal de 1891, em seu Art. 6º, II, “i”, o seguinte:

“Art. 6º. O Governo Federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: II) para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes princípios constitucionais: i) a inamovibilidade e vitaliciedade dos magistrados e a irredutibilidade dos seus vencimentos;”

²¹ “Art. 60. Par. 5º. Nenhum recurso judicial é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sitio, e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sitio, não poderão os tribunais conhecer dos actos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo pelo Poder Executivo.”

oligarquia política, que permitiu uma ampla manipulação do processo eleitoral por quase quatro décadas, assegurou a perpetuação do sistema. Assim, a Reforma de 1926 não poderia ter êxito em sua pretensão de demolir a estrutura de poder montada a partir do compromisso político coronelista, justamente porque conferiu a uma justiça togada e sem independência política o papel de combater as fraudes eleitorais.

Entretanto, na exata medida em que o país se expandia economicamente e, com isso, aumentava a população urbana, ampliava-se também o descontentamento da sociedade brasileira em relação ao corrompido sistema político, manifestamente estruturado para a manutenção das relações promíscuas entre as oligarquias políticas e econômicas.

Nesse contexto, do seio da nova classe média urbana dos anos vinte, notadamente da juventude militar, marginalizada do poder, surgem movimentos insurrecionais que vieram estender-se por boa parte da década, notadamente aquele que ficou conhecido como movimento tenentista²², que teve dois focos principais: o Rio Grande do Sul, em 1923, e São Paulo, em 1924. O encontro das duas tropas, em 1925, fez nascer a Coluna Prestes, liderada por Luís Carlos Prestes, que logo deixaria as forças armadas para compor as fileiras do movimento comunista brasileiro²³.

Durante dois anos, a célebre Coluna Prestes percorreu boa parte do território brasileiro combatendo as forças legalistas, sobre as quais obteve diversas vitórias, buscando sublevar as populações do interior contra o presidente Artur Bernardes e as oligarquias fundiárias, que tanto influenciavam as malsinadas práticas políticas da primeira República. Contudo, sem conseguir a derrubada de Artur Bernardes, em 1926, ao fim de seu mandato, a Coluna ingressou em território boliviano e, finalmente, foi dissolvida.

Desde a instauração da famosa política do café-com-leite, com a qual, através de suas oligarquias produtoras, os Estados de São Paulo e Minas Gerais passaram a dominar o cenário político nacional, através do revezamento de presidentes, nenhum movimento político ou militar fora suficiente para demolir o corrupto, clientelista e violento sistema político da primeira república.

Em verdade, somente após a quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929, com a diminuição das importações da produção brasileira pelos Estados Unidos, a política do café-com-leite sofreu abalos. Isto porque, para garantir a continuidade da prática de proteção ao café, que tanto poder econômico conferiu aos produtores de São Paulo, Washington Luís rompeu o pacto com os mineiros e, ao contrário

²² SAES, Décio A. M. Classe Média e Política no Brasil 1930-1964. In: Boris Fausto (Org.). *História Geral da Civilização Brasileira*. São Paulo: Difel, 1981, Vol. III - O Brasil Republicano, p. 449:506.

²³ Sob o ponto de vista ideológico, o movimento tenentista pode ser caracterizado como conservador, pois, muito embora buscasse transformações no sistema político, no sentido de “purificá-lo”, face aos descalabros promovidos pelo coronelismo, não visava questionar o próprio sistema econômico que o sustentava. Nota-se, com isso, que as reformas pretendidas pelo movimento tenentista, sob este aspecto, representavam os anseios de uma parcela da sociedade brasileira, notadamente da classe média urbana, insatisfeita que estava com sua impotência para determinar os rumos políticos do país.

Nota-se que o Decreto nº 19.398/30, com relação ao Poder Judiciário, tratou de pulverizar qualquer possibilidade de judicialização das intrincadas questões políticas que àquela ocasião envolviam o processo de consolidação do governo revolucionário. O Poder Executivo retirou-lhe a maior de suas conquistas após a proclamação da República, sua função política mais relevante: o controle da constitucionalidade dos atos dos demais poderes. Note-se que, mesmo subsistindo a vigência da Constituição Federal de 1891, com a Reforma de 1926, as normas que lhe garantiriam o exercício de tal mister foram revogadas por decreto.

Não parariam as ingerências do Governo Provisório, que desconhecendo quaisquer limitações impostas pelo princípio da harmonia e independência entre os poderes, através do Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reduziu de quinze para onze os membros do Supremo Tribunal Federal²⁸. Ademais, sob o argumento de agilizar os trabalhos do Tribunal, dividiu-o em duas turmas de cinco juízes, assim como ordenou que os relatórios, as discussões e os votos fossem taquigrafados.

Sob este aspecto, considera Oscar Vilhena Vieira que “no período Vargas, do padrão de relacionamento que variou na primeira República, entre o conflito e a submissão do Supremo em relação ao governo, prevaleceu a submissão. O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do governo provisório instaurado em 1930, foi manifestado alguns dias após a tomada do poder por Getúlio Vargas, pelo seu Presidente Godofredo Xavier da Cunha, ao transmitir ao Presidente da República os melhores votos para o governo de fato, que se instalara.”²⁹

Curiosa e ironicamente, por força do Decreto nº 19.711, de 18 de fevereiro de 1931, considerando que imperiosas razões de ordem pública reclamavam o afastamento de Ministros do Supremo Tribunal Federal que se haviam incompatibilizado com as funções por motivo de moléstia, idade avançada, ou outros de natureza relevante, declarou aposentado o mesmo Ministro Godofredo Xavier da Cunha, seu presidente, além de Edmundo Muniz Barreto, Antonio Carvalho Pires e Albuquerque, Pedro Afonso Mibielli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca.

E assim, afirma Lenine Nequete, “o Governo Provisório, até a promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934, foi legislando sem peias - acertada e desacertadamente, ora impondo soberanamente seu arbítrio (que o panorama internacional, sombreado de ditaduras, facilitava), ora procurando conter, com medidas prudentes, as pressões e as resistências democráticas (que dia a dia, internamente se avolumavam).”³⁰

Desse modo, até a promulgação da Constituição Federal de 1934, no que tange ao Poder Judiciário, o Governo Provisório editou uma série de decretos.

²⁸ A Constituição de 1891, sob o aspecto da composição do Supremo Tribunal Federal, previa o seguinte: “Art. 56. O Supremo Tribunal Federal compor-se-há de quinze juizes, nomeados na forma do art. 48, n. 12, dentre cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.”

²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. *Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência Política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 75.

³⁰ NEQUETE, L. Ob. cit., p. 68.

As inovações trazidas pela Constituição Federal de 1934

À época dos trabalhos da Assembleia Constituinte, o tema da reforma do Poder Judiciário foi abordado com vigor, notadamente em razão de sua reconhecida morosidade. Contudo, sob o aspecto da organização dos nossos tribunais, não foram significativas as modificações implementadas pela Constituição Federal de 1934. Em verdade, manteve-se a base da estrutura do Poder Judiciário que veio de 1891, exceção feita à consagração constitucional das Justiças Militar e Eleitoral, que passaram a gozar do *status* de órgãos do Poder Judiciário.

A regulamentação constitucional da Justiça Militar ratificou o foro especial de julgamento dos militares e aos que lhes fossem assemelhados nos delitos militares, tal como anteriormente preceituaram o Código Penal da Armada e o Código Processual Criminal Militar, porém, de maneira inédita, estendeu sua competência ao julgamento de civis que atentassem contra a segurança externa do país ou contra as instituições militares.³⁸

A jurisdição militar foi conferida ao Supremo Tribunal Militar e aos Tribunais e juízes inferiores, sendo que estes haveriam de ser regulamentados por lei. Não obstante, como ressalta Lenine Nequete, “de acordo com o Código da Justiça Militar (Decreto de 26 de fevereiro de 1926, modificado pelo de 14 de julho de 1934), ao Supremo Tribunal Militar se acrescentavam, apenas, os Conselhos de Justiça, integrados por um auditor e quatro juízes militares, nas respectivas regiões ou auditorias. Esses Conselhos processavam e julgavam os crimes capitulados na legislação penal militar, excetuados os da competência privativa do Supremo Tribunal Militar.”³⁹

Quanto às garantias dispensadas à magistratura civil, também aos juízes militares se asseguravam a vitaliciedade, a irredutibilidade dos vencimentos e a inamovibilidade, sendo esta última inaplicável na hipótese de convocação para o acompanhamento das forças em que tivessem de servir os juízes militares.⁴⁰

Sob o aspecto da Justiça Eleitoral, vale lembrar que sua instituição fazia parte de um compromisso político do movimento revolucionário de 1930, que objetivava dizimar as fraudes eleitorais que minaram o sistema político da primeira República, sendo assim, instituiu o governo Getúlio Vargas o Código Eleitoral, através do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, e com ele a própria Justiça Eleitoral, a qual, a exemplo da Justiça Militar, somente viria a compor a estrutura do Poder Judiciário com a promulgação da Carta Constitucional de 1934.

³⁸ A Constituição Federal de 1934, em seu artigo 84, preceituava o seguinte:

“Art. 84. Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial no delictos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares.”

³⁹ NEQUETE, L. Ob. cit., p. 77.

⁴⁰ A Constituição Federal de 1934, em seu artigo 87, preceituava o seguinte:

“Art. 87. A inamovibilidade assegurada aos juizes militares não exclue a obrigação de acompanharem as forças junto às quaes tenham de servir.”

Mesmo mantendo as bases de organização do Poder Judiciário da Constituição de 1891, a efêmera Constituição de 1934 não deixou de trazer inovações de relevância indubitável quanto ao Poder Judiciário estadual, algumas delas presentes ainda hoje em nosso sistema constitucional e aplicáveis, inclusive, ao Poder Judiciário federal.

Inicialmente, ao ratificar a consagração da dualidade da justiça, herdada da Constituição de 1891, a Constituição Federal de 1934 houve também de tomar algumas providências, no sentido de buscar impedir a repetição do fenômeno da instrumentalização política dos tribunais pelas oligarquias estaduais ocorrido na primeira República.

Nesse sentido, ao contrário do que ocorrera na Constituição que a precedeu, a justiça estadual foi bastante contemplada, pois, com a criação da carreira da magistratura, que tornou obrigatória a prestação de concurso público para os que nela desejassem ingressar⁴¹, passaram a ser disciplinados pelo ordenamento constitucional o seu sistema de promoções⁴² e a atribuição exclusiva aos tribunais da prerrogativa de propor alterações no número de juízes e em sua organização interna.⁴³

Além da originalidade de introduzir em nossa história a seleção da magistratura de primeira instância mediante concurso, outro grande legado deixou-nos a Constituição Federal de 1934: o critério de ingresso lateral da magistratura nos órgãos superiores, conhecido como o quinto constitucional dos Tribunais estaduais⁴⁴.

O Poder Judiciário federal, no entanto, não sofreu profundas modificações com a nova Carta, mantendo-se, à luz do texto de 1891, o critério de seleção de seus membros através de escolha pessoal do Presidente da República, após o envio pelo Supremo Tribunal Federal, então Corte Suprema, de uma lista com cinco cidadãos, escolhidos no interior do tribunal através de escrutínio secreto⁴⁵.

⁴¹ O artigo 104, “a”, da Constituição de 1934 preceituava o seguinte:

“Art. 104. Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciarias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 64 e 72 da Constituição, menos quanto à requisição de força federal, e ainda os princípios seguintes:

a) investidura, nos primeiros graus, mediante concurso, organizado pela Corte de Apelação, fazendo-se a classificação, sempre que possível, em lista triplíce;”

⁴² A alínea “b” do artigo 104 da Constituição de 1934 preceituava o seguinte:

“b) a investidura, nos graus superiores, mediante acesso por antigüidade de classe e por merecimento, ressalvado o disposto no parágrafo 6º;”

⁴³ As alíneas “c” e “d” do artigo 104 da Constituição de 1934 preceituava o seguinte:

“c) inalterabilidade da divisão e organização judiciarias, dentro de cinco annos da data da lei que a estabelecer, salvo proposta motivada da Corte de Appelação;

d) inalterabilidade do numero de juizes da Corte de Appelação, a não ser por proposta da mesma Corte;”

⁴⁴ O parágrafo 6º do artigo 104 da Constituição de 1934 preceituava o seguinte:

“Na composição dos tribunales superiores, serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do numero total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do ministerio Publico, de notorio merecimento e reputação illibada, escolhidos de lista triplíce, organizada na forma do parágrafo 3º;”

⁴⁵ Sobre as nomeações de juízes federais a Constituição Federal de 1934 preceituava o seguinte:

“Art. 80. Os juizes federaes serão nomeados dentre brasileiros natos de reconhecido saber juridico e reputação illibada, alistados eleitores, e que não tenham menos de 30, nem mais de 60 annos de idade, dispensado este limite aos que forem magistrados.

Foram ratificadas, em grande parte, as competências e o procedimento de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, então chamado Corte Suprema, que permaneciam a ser nomeados pelo Presidente da República com a aprovação do Senado Federal, tal qual o rol de garantias da magistratura federal, que eram a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos.

Convém lembrar, porém, como o faz Gilmar Ferreira Mendes⁴⁶, que não fora a ausência de proposta o fator determinante para as coisas permanecerem como sempre na cúpula do Poder Judiciário brasileiro, vez que no próprio processo constituinte “foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional, inspirada no modelo austríaco. Na fundamentação da proposta referia-se diretamente ao *Referat* de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional.”

E prossegue Gilmar Ferreira Mendes ressaltando que “segundo o projeto, a Corte Constitucional seria composta por nove membros escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal (2), pelo Parlamento Nacional (2), pelo Presidente da República (2) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (3), devendo eleger, igualmente, nove suplentes.”⁴⁷

O referido projeto, apresentado à Assembleia Constituinte pelo Deputado Federal Nilo Alvarenga, em 20 de dezembro de 1933, buscava confiar à Corte Constitucional o monopólio da censura das leis federais e estaduais, com o que deveriam os juízes e Tribunais, em caso de inconstitucionalidade de uma lei, suspender os processos a eles afetos e remeter a questão à Corte. Em favor de sua rejeição pesou a tradição, pois, desde o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, adotamos o que chamamos de controle difuso ou incidental.

Desse modo, a judicialização das questões políticas restava ainda bastante limitada, à medida que o sistema de controle de constitucionalidade consagrado previa que as decisões do Supremo tribunal Federal não eram dotadas de eficácia *erga omnes*. Por tal razão, ao negar a consagração de um sistema de controle concentrado⁴⁸ e abstrato das normas em face da Constituição, a Constituição Federal de 1934 outorgou ao Senado Federal o poder de suspender a aplicação

Parágrafo único. A nomeação será feita pelo Presidente da República dentre cinco cidadãos, com os requisitos acima exigidos, e indicados, na forma da lei, e por escrutínio secreto, pela Corte Suprema.”

⁴⁶ Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 27.

⁴⁷ Idem, p. 27.

⁴⁸ Ressalte-se que a Carta Constitucional de 1934 trouxe pela primeira vez a possibilidade de se controlar diretamente a constitucionalidade das leis por via de ação direta. Ao Procurador Geral da República foi atribuída a competência para arguir, junto ao Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de lei estadual que contrariasse princípios constitucionais inscritos em seu art. 7º, *a a b*, o que poderia ensejar a intervenção federal. Não obstante, ainda não era possível falar na existência de um controle de constitucionalidade sobre a lei em tese, nos moldes do que instituiu a EC nº 16/65, com a previsão constitucional da Representação de Inconstitucionalidade.

Referências bibliográficas

- APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 1998.
- Associação dos Magistrados Brasileiros, AMB (organização); *Justiça: promessa e realidade. O acesso à justiça em países ibero-americanos*. Tradução: Carola Andréa Saavedra Hurtado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996;
- CAMPANHOLE, Hilton Lobo, CAMPANHOLE, Adriano. *Constituição do Brasil/compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998;
- JAGUARIBE, Helio. *Crise na República: 100 anos depois, primeiro ou quarto mundo?* Rio de Janeiro: Biblioteca Estácio de Sá: Thex Ed., 1993;
- Justiça & Democracia. Revista de informação e debates, nº 3. São Paulo: Ateliê Editorial, 1997;
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998;
- NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973;
- Revista USP. Dossiê Judiciário. março/abril/maio 94, número 21;
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Volume I. Defesa das liberdades civis (1891 - 1898). 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991;
- _____. *História do Supremo Tribunal Federal*. Volume II. Defesa do federalismo (1899 - 1910). 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991;
- _____. *História do Supremo Tribunal Federal*. Volume III. Doutrina brasileira do habeas-corpus (1910 - 1926). 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991;
- SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da Justiça*. São Paulo: Idesp/Editora Sumaré; Rio de Janeiro: Fundação Ford; Nova York: Fundação Mellon, 1995 - (Série Justiça).
- SAES, Décio A. M. *Classe Média e Política no Brasil 1930-1964*. In: Boris Fausto (Org.). *História Geral da Civilização Brasileira*, Vol. III - O Brasil Republicano. São Paulo: Difel, 1981;
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994;
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995;

Homem e pessoa na antiguidade clássica

Neimar Roberto de Souza e Silva¹

Resumo

O Direito, sendo um produto cultural, é dinâmico e está sujeito às vicissitudes e ao condicionamento de sua própria historicidade. Assim, relevantes conceitos jurídicos não podem ser interpretados fora de seu contexto histórico. Curiosamente, verifica-se certa escassez de pesquisas preocupadas em explorar historicamente os conceitos de *homem* e de *pessoa humana*, que têm sua origem na antiguidade, especialmente a greco-romana. O presente artigo objetiva encetar uma breve exploração, valendo-se de algumas autorizadas fontes bibliográficas.

Palavras-chave: Homem; pessoa humana; antiguidade clássica.

Abstract

Being a cultural product, the law is dynamic and it is subjected to the vicissitudes and conditioning of its own historicity. Thus relevant legal concepts cannot be interpreted out of its historical context. Curiously, some sort of researches are verified, concerned about exploring the concepts of men and the human person, historically, which have their origin in ancient times, especially the Greco-Roman antiquity. This article aims to launch a brief exploration, taking advantage of some authorized bibliographical sources.

Keywords: Men; human person; classical antiquity.

Introdução

O Direito é um fenômeno maravilhosamente complexo. Os quase 100 bilhões de seres humanos que viveram sob o sol nos deixaram vestígios e estruturas de, aproximadamente, 10 mil sistemas de direito². Entre estes, encontra-se o nosso, variante do sistema romano-germânico, onde os conceitos de *homem* e, especialmente, *pessoa* sempre foram dotados de extrema relevância.

Não obstante a reconhecida importância do tema proposto, percebe-se uma paradoxal escassez de prospecções científicas que visem à elucidação da construção histórica daqueles conceitos, como se eles se mantivessem inalterados ou fossem universalmente pacíficos³.

O presente trabalho objetiva tratar da aceção de homem e pessoa na antiguidade greco-romana, sem, contudo, pretender esgotar o tema. Busca-se

¹ Advogado civilista e mestrando em Direito pela Universidade Antônio Carlos – UNIPAC. E-mail: prof.neimar@hotmail.com

² ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito: Antropologia jurídica da modernidade*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 223.

³ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade. Ou como alguém se torna o que quisier*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 27.

aqui, na verdade, uma singela contribuição ao que já fora produzido, a partir do método de pesquisa bibliográfica, onde o deslinde do objeto dar-se-á, por recomendação de Matta-Machado⁴, por meio de uma investigação histórico-filosófica do Direito.

Homem e pessoa na antiguidade clássica

Como sustenta o jusfilósofo Neil MacCormick, o homem é um usuário de normas⁵. Neste comportamento, possivelmente encontramos uma constante capaz de igualar o homem “primitivo” ao contemporâneo. Fora isto, não há que se negar o caráter dinâmico do Direito.

Se encararmos o Direito como uma prática de (auto) controle social, por meio de normas relativamente heterônomas, dotadas de coercibilidade e instrumentalizadas por uma autoridade reconhecida, podemos afirmar que ele vai além do que entendemos por história, remontando-se aos primeiros agrupamentos humanos. Apesar de sua vetustez, é somente a partir da chamada antiguidade clássica que noção de homem e o conceito jurídico de pessoa começam a ser delineados.

Considerações acerca da etimologia de *homem e pessoa*

A palavra *homem* evoluiu do latim *homo, hominís*⁶, que, por sua vez vem de *humus* (terra). Curiosamente, esta relação *homem – terra* é frequente em grande parte das línguas da família indo-europeia, e, possivelmente, o étimo guarde relação com a antiga crença que diferencia o homem, ser terreno, dos deuses, seres celestiais. Veja que na tradição judaico-cristã o homem é feito do pó da terra, e se chama adão (אָדָם, em hebraico), que, entre outras coisas, significa “feito da terra” (Gn 2: 7)⁷. Na mitologia grega, Prometeu fez o homem à semelhança dos deuses, destemperando um pouco de terra com água⁸.

O vocábulo *pessoa* vem do latim *persona*, cujo significado original seria máscara, e, mais tarde pessoa. *Persona* deriva de *personare* (Lat.), justaposição de *per* (por, através de) e *sonare* (soar, de som, *sonus*), ou seja, “soar através de”, o que reforça a ideia de máscara, usada nas apresentações teatrais para a identificação da *personagem* e a amplificação da voz dos atores, haja vista sua concavidade servir de caixa de ressonância⁹.

⁴ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. “Conceito Analógico de Pessoa aplicado à Personalidade Jurídica”. In: *Revista da Faculdade de Direito* [UFMG], Belo Horizonte, a. VI, out., 1954, p. 56.

⁵ MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law. An essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.20.

⁶ CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005, p. 414.

⁷ BÍBLIA. Português. Bíblia de Referência Thompson: Antigo e Novo Testamento. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Editora Vida, 1996, p. 2.

⁸ MÉNARD, René. *Mitologia Greco-Romana*. Trad. Aldo Della Nina. São Paulo: Opus, 1991. 2 vol. p. 149.

⁹ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade*, p. 28 - 29.

Para outros, o étimo de *peessoa* está no etrusco *persu*, que também significava máscara, ator. Esta palavra, por sua vez, teria correlação com o grego *prósopon* (πρόσωπον), em razão da cultura teatral grega levada à península itálica. Entretanto, há aqueles que desconfiavam da assimilação de *prósopon* pelos itálicos em razão da grande diferença fonética entre os termos¹⁰.

Por fim, vale trazer aqui o raciocínio de Francisco Amaral, que, a nosso ver, captou a essência da definição etimológica de pessoa:

Pessoa vem de *persona*, significando, na antiguidade clássica, a máscara (larva histrionalis) com que os atores participavam dos espetáculos teatrais e religiosos, para tornarem mais forte a sua voz. A palavra passou a ser usada como sinônimo de personagem. E como na vida real os indivíduos desempenham papéis, à semelhança dos atores no palco, o termo passou a significar o ser humano nas suas relações sociais e jurídicas¹¹.

A noção de *homem* na Grécia antiga

Antes do despertar filosófico, os gregos se contentavam com a explicação mitológica da origem do homem a partir da lavra do titã Prometeu, que, além de materialmente tê-lo criado, deu-lhe o fogo (*logos*, λόγος), subtraído de Zeus¹².

Os filósofos pré-socráticos se preocuparam precipuamente com a constituição da natureza, *physis* (Φύσις), e com a explicação de um elemento primordial, princípio pelo qual as coisas são o que são, a *arché* (ἀρχή).

Com os sofistas e a *tese do homem-medida*¹³, a discussão filosófica passa a se centrar no homem. Na mesma via, mas em sentido oposto, insurgem-se Sócrates e seus discípulos, entre os quais Platão, que condenavam o relativismo sofístico e a sua prática “mercenária” da educação.

Sócrates, que representa a transição do enfoque ontológico para o deontológico (melhor dizendo, ético) na filosofia, exalta a virtude (*areté*, ἀρετή) e a conduta virtuosa, que poderia ser objeto de aprendizagem. Para ele, o homem quando pratica o mal assim o faz por ignorância.

Platão, recebedor do legado socrático, considera como causa da ignorância a vida sem reflexão, com adesão acrítica da mente aos apelos do mundo sensível. Com ele se retoma a questão metafísica da realidade, onde, para além das aparências desta, existe outro mundo, chamado suprassensível, onde as ideias constituem-se na verdadeira realidade das coisas. Nele, além do homem em si, existe a *ideia de homem*, universal, imutável eterna, verdadeira. O homem possui natureza dual, constituída de corpo e alma. Cabe à razão domar as forças conflitantes nascidas desta interação, e, por meio da reflexão filosófica, o conhecimento, compreendido aqui como reminiscência, deve surgir como um mapa a conduzir a alma à “planície da verdade”, onde, finalmente, aquela não mais necessitará encarnar para a purgação de suas faltas.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 206.

¹² MÉNARD, René. Op. cit. p. 148 - 154.

¹³ Segundo Protágoras de Abdera, o homem é a medida de todas as coisas. Assim, não há que se falar em uma verdade universal, eterna e imutável, que transcenda ao próprio homem.

Aristóteles, embora discípulo de Platão, deste se distancia na medida em que compreende que o conhecimento é fruto da interação da observação e experiência (sensível) com a razão. No Estagirita, a dimensão política do homem é exaltada: o homem é um *animal político* (Πολιτική ζώων), ou seja, a dimensão do humano está intimamente ligada à cidade (*pólis*, πόλις). Neste sentido, vale citar Jean-Pierre Vernant:

Para o grego, o homem não se separa do cidadão; a *phrónesis*, a reflexão, é o privilégio de homens livres que exercem correlativamente sua razão e seus direitos cívicos. Assim, ao fornecer aos cidadãos o quadro no qual concebiam suas relações recíprocas, o pensamento político orientou e estabeleceu simultaneamente os processos de seu espírito nos outros domínios¹⁴.

Mais tarde, com as conquistas de Alexandre, o Grande, a *helenização* do mundo antigo acaba pondo em cheque a ideia de *pólis* e, conseqüentemente, a do homem político, cuja dignidade decorre de seu status de homem livre e cidadão. Ora, se num primeiro momento o envolvimento na *pólis* era o que conferia dignidade ao homem grego, num segundo, com a expansão da cultura grega e o surgimento de uma estrutura imperial, os horizontes humanos também se expandiram. Neste período, o estoicismo contribuiu para difusão do conceito de universalidade do ser humano, acabando com a antiga oposição entre gregos e bárbaros. Assim, todo homem possuía uma natural igualdade, independentemente de onde fosse ou de sua condição social.

No tocante ao mundo jurídico, muito embora os gregos possuíssem meios de tutela de direitos relacionados à personalidade, como era o caso da *hybris* (ὕβρις), não lhes coube, historicamente, o desenvolvimento jurídico do conceito de pessoa e personalidade, mas sim aos romanos.

A pessoa (natural) em Roma

Num primeiro momento, o termo *persona* se equivalia a *homo*. Podia ser dirigida tanto para homens livres quanto para os que não possuíam capacidade de direito, como escravos, por exemplo¹⁵. Posteriormente é a palavra que tomou o sentido de atributo do homem, capacidade genérica de ser titular de direitos e deveres. A pessoa é o ente dotado de personalidade.

A personalidade se inicia com o nascimento com vida, quando o ocorre a total separação do recém-nascido de sua mãe. O nascituro, embora em casos especiais pudesse ser favorecido pelo direito, não era *personae*, mas considerado parte da mulher¹⁶. O rebento, ainda, deveria ser viável¹⁷ e possuir forma humana, ou seja, não ser um monstro. Pelo antigo *Ius Civile*, conforme a Tábua Quarta, da Lex Duodecim Tabularum, era permitido ao pai matar o filho disforme, mediante

¹⁴ VERNANT, Jean-Pierre. *As Origens do Pensamento Grego*. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. 18. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2009, p. 142.

¹⁵ NOBREGA, Vandick Londres da. *História e Sistema do Direito Privado Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 128.

¹⁶ O que explica a comum prática abortiva ou contraceptiva da mulher romana, que, por entender se tratar de direito ao próprio corpo, não via imoralidade no abortamento.

¹⁷ Possuir maturidade fetal, que, pelos conhecimentos da época, se dava a partir do sétimo mês de gestação. O feto deveria ser capaz de manter-se vivo.

o julgamento de cinco vizinhos¹⁸. Vale dizer que era direito do *paterfamilias*, antes da difusão da nova moral estoica, enjeitar o filho recém-nascido. Muito interessante o ensinamento de Paul Veyne:

Em Roma um cidadão não ‘tem’ um filho: ele o ‘toma’, levanta (tollere); o pai exerce a prerrogativa, tão logo nasce a criança, de levantá-lo do chão, onde a parteira a depositou, para tomá-la nos braços e assim manifestar que a reconhece e se recusa a enjeitá-la. [...]

A criança que o pai não levantar será exposta diante da casa ou num monturo público; quem quiser que a recolha¹⁹.

A personalidade também estava condicionada a fatores relacionados à cidadania, à liberdade e a posição familiar do indivíduo. Os teóricos dos sécs. XVI a XVIII consagraram o termo *status*, para designar tais fatores. Seriam, pois: *status libertatis*; *status civitatis* e *status familiae*.

Do Status Libertatis

O *status libertatis* relacionava-se ao fato de o indivíduo ser livre ou não. Para Gaius, aí estava a *summa divisio* da sociedade romana, que via na liberdade (*libertas*) o mais fundamental bem de um cidadão²⁰. Sendo livre de nascimento, o cidadão era chamado de *ingenuus* (ingênuo). Pelo direito de ingenuidade o cidadão podia exercer o *ius honorarium*, ou seja, ser um magistrado e ter sua condição de ingenuidade reconhecida por rescrito imperial, que lhe conferia o direito de usar um anel de ouro (*ius annulorum aureorum*) como ostentação de *status*.

O escravo (*servus*), embora reconhecido como homem (*homo, hominis*), juridicamente era considerado uma coisa (*res*), passível de apropriação²¹. Não era *persona*²². Um homem livre poderia ser reduzido à escravidão. A isto se dava o nome de *capitis deminutio máxima*, que se operava por diversas formas, quais sejam: a) com a *deserção* (do soldado); b) pelo *insensus* (negligência por não se inscrever nos registros do recenseamento²³; c) pela *insolvência*; d) pela condenação a trabalhos forçados (*ad metalla*) ou às feras do circo (*ad bestas*); e) pela *prisão em flagrante*; f) pelo fato de uma *mulher livre manter relações com um escravo alheio*, caso este em que se tornava escrava do dono de seu concubino; g) pela *ingratidão do escravo liberto*, que pratica ofensas, por exemplo, a seu ex-dono; e h) pela *fraude* cometida pelo homem livre que se faz vender como escravo para mais tarde repartir o produto da venda com seu cúmplice²⁴.

¹⁸ LIMA, J. B. de Souza. *As Mais antigas Normas de Direito*. Valença: Editora Valença, 1980, p. 52.

¹⁹ VEYNE, Paul. “*O Império Romano*”. In: VEYNE, Paul (org.). *História da Vida Privada, 1: do império romano ao ano mil*. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 21.

²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 66.

²¹ O vínculo de propriedade entre o dono (*dominus*) e o escravo (*servus*) era chamado de *dominica potestas*. Sendo considerado *coisa*, o proprietário exercia o mais absoluto domínio sobre o escravo. É fato que, com o passar do tempo e a moralidade estoica, seguida da cristã, o *dominium* do senhor foi sendo cada vez mais relativizado.

²² Pelo direito romano o filho de uma escrava nascia escravo, independentemente de sua condição paterna.

²³ O recenseamento ocorria de 5 em 5 anos em Roma.

²⁴ *Ibidem*, p. 67

Também há casos em que o escravo adquiria o status de homem livre. Tornava-se um liberto (*libertus*) em relação ao dominus e libertino (*libertinus*), em relação às demais pessoas. O ato jurídico de alforria denominava-se manumissão (*manumissio*). A manumissão podia ser solene ou simples (não-solene). Dava-se a forma solene: a) *pelo censo*, quando o dominus o registrava o escravo no recenseamento; b) *pelo testamento*, quando o dominus alforria seu servo por meio de declaração de última vontade ou determina que seu herdeiro assim o faça²⁵; c) *pela vindicta*, quando o senhor, seu escravo e um terceiro (*adsertor libertatis*) comparecem perante um magistrado e o terceiro, ao tocar o escravo com uma varinha (*vindicta, festuca*), o declara liberto e o senhor fica calado (não contesta)²⁶. Esta era a forma mais comum de *manumissio*. A manumissão simples, ou não solene, podia ser: 1) *inter amicus*, quando sem recorrer a um processo judicial o senhor alforriava o escravo na presença de amigos; 2) *post mensam*, a declarada depois da ceia; e 3) *per epistolam*, quando por carta dirigida ao servo, comunicando-o sobre sua nova condição²⁷.

No tempo de Augusto, quando as manumissões tornaram-se mais frequentes, surgiram leis que restringiram a faculdade de manumitir. A *Lex Fufia Caninia* (ano 2 a.C.) restringiu a 100 o número de escravos libertos por testamento, visando evitar prejuízos a herdeiros. Também, obrigou que os escravos fossem nominalmente libertos na via testamentária. A *Lex Aelia Sentia* (ano 4 d.C.) estabeleceu que o senhor deveria ter a idade mínima de 20 anos para alforriar, e o escravo, 30 anos para ser liberto. Ainda, considerava nula as manumissões feitas em fraude contra credores. Cinco séculos após, em Justiniano, a *Lex Fufia Caninia* foi ab-rogada e a *Aelia Sentia* derogada no dispositivo que estabelecia idade mínima para o liberto²⁸.

Os libertos podiam ser classificados em três categorias, a saber: 1) os *libertos cidadãos*, que embora solenemente manumitidos por um cidadão romano, não possuíam o *ius honorarium*, e, por isto, não podiam ascender à magistratura, nem servir nas legiões romanas; 2) os *libertos latinos*, que eram os escravos alforriados pelos latinos, que não gozavam dos direitos de cidadão romano; e 3) os *libertos peregrinos deditícios*, que eram os escravos alforriados de peregrinos. No período justiniano havia apenas os libertos cidadãos²⁹.

Havia, em Roma, alguns indivíduos que se encontravam em uma situação intermediária entre a liberdade e o estado servil. Eram os seguintes: a) o *addictus*, devedor insolúvel, entregue *manus iniectio* ao credor, ou o larápio entregue a vítima, que podiam ser vendidos além do rio Tíbere (*trans Tiberim*); b) o *nexus*, que era um indivíduo (normalmente o devedor de uma obrigação) que se vinculava a outro (um credor, por exemplo), por meio de uma solenidade jurídica denominada *nexum*. O *nexus* se equivalia ao *addictus*, pois poderia ser punido com a perda da liberdade caso não adimplisse a obrigação assumida; c) o *redemptus*, que eram cidadãos romanos capturados pelo inimigo e resgatados posteriormente. Enquanto não pagassem o

²⁵ Nesse caso, o herdeiro que liberta o escravo em cumprimento de disposição testamentária é considerado patrono do liberto.

²⁶ De acordo com Michèle Ducos, há narrativas de autores mais tardios que era praxe o senhor dar uma bofetada no escravo antes da homologação da declaração do *adsertor* pelo pretor.

²⁷ DUCOS, Michèle. *Roma e o Direito*. Trad. Silvia Sarzana e Mário Pugliesi Netto. São Paulo: Madras, 2007, p. 55 - 57.

²⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*, p. 69 - 70.

²⁹ NOBREGA, Vandick Londres da. *História e Sistema do Direito Privado Romano*, p. 157.

preço do resgate ao *redemptor*, não adquiriam a plena liberdade; d) o *auctoratus*, que se alugavam para a prestação de serviços a donos de circos ou espetáculos; e) as pessoas *in mancipio*, alienadas pelo paterfamilias que, embora não mais sob a *patria potestas* (poder familiar do chefe da família), estavam *in mancipio*: não eram escravos, não perdiam a qualidade de cidadãos, mas eram semilivres, como, por exemplo, o filho que comete delito e é abandonado pelo *paterfamilias* à vítima (abandono noxal). A situação daquele *in mancipio* era individual, não se estendendo a seus familiares (mulher e filhos). Diferia-se do escravo, pois este, quando era posto em liberdade, tornava-se um liberto. Já a pessoa *in mancipio* podia voltar ao estado de ingenuidade; e f) o colono, que se assemelhava a um escravo rural, mas estava muito mais ligado à propriedade rústica que ao dominus. Podia ter propriedade e casar-se legitimamente, coisas vedadas aos escravos. Porém, eram ligados à terra, não podendo abandoná-la. Se a propriedade era alienada, seguiam com ela. Do colonato surgiu a classe social dos servos da gleba, do período feudal, após a queda do Império Romano do Ocidente. Uma pessoa se torna colono normalmente *por nascimento* (filho de colono, colono é); mas também poderia tornar-se *por convenção*; *por Iniciativa do Estado*; *por prescrição* (cultivando uma gleba por mais de 30 anos, ininterruptamente); ou *por denúncia* (aplicava-se aos mendigos. O denunciante os tornava colonos de sua propriedade). Havia dois casos onde o colono deixava de ser colono: 1) quando ele conseguia comprar a propriedade rural; e 2) no caso de ser elevado ao episcopado³⁰.

Status Civitatis

O *status civitatis* dizia a respeito à cidadania do indivíduo. Os habitantes de Roma podiam ser divididos em três grupos: cidadãos romanos; latinos e peregrinos.

O cidadão romano (*civis*) é aquele que possui o direito de cidade (*civitas, urbs*). Possui situação privilegiada, em comparação com latinos e peregrinos³¹. Na esfera privada, tem direito ao comércio (*ius commercii*), ao casamento válido (*ius connubii*), aos *tria nomina*³² e à justiça³³. No campo do direito público, direito de votar (*ius suffragii*), de exercer cargos honoríficos, como a magistratura (*ius honorarium*) e de servir nas legiões³⁴. As fontes da cidadania se dão pelo nascimento ou por fatos posteriores a este. Por nascimento, em regra, todo filho de cidadã romana é romano, independentemente da situação paterna³⁵. Por fatos posteriores ao nascimento, alguém poderia adquirir a cidadania pelas seguintes circunstâncias: a) por transferência de domicílio em Roma, como no caso dos *latini veteres*; b) por força da Lei³⁶; c) por prestação do serviço militar; d) por denúncia³⁷; e) por concessão graciosa³⁸.

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. p. 71 - 72.

³¹ Não obstante a obrigação de pagar impostos ser dos cidadãos.

³² Era uma prerrogativa do cidadão identificar-se por prenome, nome e sobrenome (*praenomen, gentilicium, cognomen*), por exemplo, Marcus Tullius Cicero.

³³ Poderia se valer tanto do *ius gentium* quanto do *ius civile*, em juízo.

³⁴ Neste caso, um direito exclusivo dos homens adultos de cidadania romana.

³⁵ Com a *Lex Minicia* (aprox. 90 d.C.), passou-se a levar em conta a situação paterna no momento da concepção.

³⁶ O Edito de Caracala (212, d.C.), por exemplo, que estendeu o direito de cidade a todos os habitantes do império, com exceção aos peregrinos deditícios.

³⁷ A *Lex Atilia Repetundarum* (123, a.C.) concedia a cidadania romana aos peregrinos que denunciassem e obtivessem a condenação de magistrados corruptos.

³⁸ *Ibidem*, p. 74.

Com a *capitis deminutio media*, o cidadão passava à condição de não cidadão. Acontecia quando este perdia o seu *status libertatis*; ou tornava-se membro de cidade estrangeira; ou sofria alguma condenação, como o banimento, por exemplo³⁹.

Os latinos não eram considerados romanos, mas também não eram estrangeiros. Dividem-se em três categorias: *veteres*; *colonarii* e *juniani*. Os *veteres* (velhos), antigos habitantes do Lácio e habitantes das colônias fundadas pela Liga Latina, tinham os mesmos direitos dos cidadãos romanos no campo privado. Mas, no campo do direito público, não podiam ser eleitos (embora tivessem o *ius suffragii*), nem servir nas legiões. Os *colonarii*, que a princípio eram os habitantes das colônias, tinham o *ius commercii* e o direito de invocar a *legis actio* (justiça). Ainda, tinham o *ius suffragii*, mas não o *ius honorarium*. Os *Juniani* eram regidos pela *Lex Junia Norbana* (19 d.C.), que não concedia o direito de cidade aos irregularmente manumitidos na forma solene. Como ensina Cretella Júnior, os *juniani* tinham uma situação curiosa: embora libertos pelo direito pretoriano, ainda era considerados escravos pelo direito civil (*ius civile*)⁴⁰.

Os peregrinos são os estrangeiros que possuem alguns direitos reconhecidos. Podiam ser *ordinários* ou *deditícios*. Os *ordinários* eram os originários das cidades aliadas aos romanos. Eles tinham o direito de conservar seus usos e costumes. Os *deditícios* viam das cidades que bravamente resistiram aos romanos, mas acabaram fazendo aliança ao final. Tinham como faculdade o *ius commercii*, e não foram beneficiados com o edito de Caracala (212, d.C.), sendo somente admitidos como *cives* no séc. VI, com Justiniano⁴¹.

Status Familiae

O *status familiae* relacionava-se com a posição do indivíduo no âmbito familiar. Na família romana, o membro ou era *sui iuris*, independente (como é o caso do *paterfamilias*), ou *alieni iuris*, dependente (e subordinado à *potestas* do *paterfamilias*, como a *materfamilias* e o *filiusfamilias*). Destarte, todo cidadão por ser *filiusfamilias* ou *paterfamilias* seria, respectivamente, *homo alieni iuris* ou *homo sui iuris*. Obviamente, este último gozava de maior capacidade de direito e status social⁴².

Assim, a família era patriarcal e exclusivista, ou seja, o indivíduo somente podia pertencer a uma família, a paterna. Compreendia um conjunto de pessoas e bens que, por vínculo jurídico de parentesco (*patria potestas*) estavam submetidos à autoridade permanente de um chefe (*caput*), o *paterfamilias*⁴³.

É certo que o direito de família em Roma evoluiu consideravelmente, se a compararmos desde o direito antigo até o período justiano. Esta evolução se deu, principalmente, nos seguintes sentidos: 1) uma gradativa diminuição do poder absoluto do *paterfamilias*; 2) uma crescente interferência do Estado nos assuntos

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem, p.75.

⁴¹ Ibidem.

⁴² NOBREGA, Vandick Londres da. Opus cit., p. 167 - 168.

⁴³ Ibidem.

domésticos, com as regulamentações das relações familiares; 3) a superação da exclusividade do parentesco por agnação⁴⁴ (pela linha paterna) pela gradativa aceitação da coexistência do parentesco por cognação (linha materna)⁴⁵.

No direito antigo, o *paterfamilias*, que não necessariamente era um ancião (pois podia, em tese, ser uma criança), tinha absolutos poderes sobre os seus dependentes⁴⁶. Exercia, na casa (*domus*), o *dominium* (sobre as coisas) e a *potestas* (sobre as pessoas). Era o sacerdote da religião doméstica⁴⁷ e o magistrado do lar⁴⁸. Tinha poder de vida e morte sobre os seus dependentes (*ius vitae necisque*), e era o único que podia dispor do patrimônio da família livremente, inclusive por disposição testamentária.

Na *domus*, estão submetidos à *patria potestas*: 1) os filhos (*filiusfamilias*), nascidos do casamento legítimo, seus descendentes e esposas casadas *cum manu*⁴⁹. As filhas se desligam do poder paterno assim que se casam *cum manu*, e se submetem ao chefe da família do esposo. Se se casarem *sine manu*, ainda ficam ligadas a seu *paterfamilias*; 2) a materfamilias, casada *cum manu*, que tinha situação análoga à de filha (*loco filiae*); 3) netos, bisnetos, netas e bisnetas solteira, descendentes de *alieni iuris* do *paterfamilias*. Também netas e bisnetas casadas *sine manu*; 4) os escravos e as pessoas *in mancipio*⁵⁰.

O *filiusfamilias* como cidadão, tinha todos os direitos públicos e/ou privados que já falamos. Mas, no tocante à aquisição da propriedade, tudo o que adquiria passava ao domínio do *paterfamilias*, inclusive a administração dos bens dotais de sua esposa, em razão do casamento (*justae nuptiae*). Os filhos ilegítimos (fora do casamento), não entravam na família, e, por conseguinte, não estavam sujeito à *patria potestas* do pai biológico.

Em regra a *patria potestas* se extingue com a morte do pater. Com a morte deste, cada *filiusfamilias* passava a ser *sui iuris* e *paterfamilias* de sua própria família. Mas, também, havia outros casos que excluía a necessidade da morte para o fim da *potestas*. São eles: a) a emancipação do *filiusfamilias*; b) a elevação do *filius* a certas dignidades (funções honoríficas, como a de cônsul ou prefeito, incompatíveis com o status de *alieni iuris*, por exemplo); c) em relação aos descendentes do sexo feminino, o casamento *cum manu*; d) No direito antigo, as *Vestais* e os *Flâmines de Júpiter* não ficavam ligados à *patria potestas*; e) o filho vendido pelo *paterfamilias*, que passava à condição de *in mancipi* do adquirente; f) A *capitis deminutio maxima* do *pater* (perda da condição de homem livre); g)

⁴⁴ A agnação (*agnatio*) era o parentesco civil, e somente podiam herdar os parentes *agnatos*. O fundamento da agnação está na identidade de *potestas*, diferentemente do parentesco por cognação, que se fundamentava na consanguinidade.

⁴⁵ *Ibidem*, p.169.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 102.

⁴⁸ NOBREGA, Vandick Londres da. *Opus cit.*, p. 169.

⁴⁹ O casamento (*matrimonium, justae nuptiae*) podia ser *cum manu* ou *sine manu*. No primeiro caso, a esposa se desligava de sua família de origem. No segundo, ainda ficava sob o poder de seu pai (*pater*).

⁵⁰ CRETELA JÚNIOR, *Op. cit.*, p. 77 - 78.

a *capitis deminutio media* do *pater* (perda da condição de cidadão, tornando-se peregrino); h) a condenação do *pater* pelo abandono dos filhos (depois que tal prática passou a ser proibida) e por entregar uma filha à prostituição⁵¹.

À mudança do *status familiae* dá-se o nome de *capitis deminutio mínima*. Neste caso ela pode ser para melhor, quando o *alieni iuris* se torna *sui iuris*, como ocorre, por exemplo com a independência do filho em razão do falecimento do *paterfamilias*. Pode ser para o mesmo nível de dependência, quando o *alieni iuris* em uma família se torna *alieni iuris* em outra, caso da filha que se casa *cum manu*. Por fim, para pior, quando o *sui iuris* se torna *alieni iuris*, quando um *paterfamilias* é adotado por outro, por exemplo⁵².

Outras causas restritivas da capacidade

Em Roma havia, além das já mencionadas, outras causas restritivas da capacidade, quais sejam: a menoridade; a loucura e a demência; a prodigalidade; a condição da mulher, em razão do gênero; e os casos de diminuição da honra⁵³.

Menor era todo aquele com idade inferior a 25 anos completos. Eram classificados em *impúberes* e *púberes*. De acordo com os *proculianos*⁵⁴, puberdade começava aos 12 anos para as meninas, e aos quatorze anos para os meninos. Os menores *púberes* gozavam de capacidade de fato, podendo se casar, testar, e realizar negócios jurídicos (obviamente, conforme seu status)⁵⁵. Os *impúberes* eram considerados *infantes*, quando até sete anos de idade, ou *infantia maiores*, quando tinha mais de sete anos. No primeiro caso, eram absolutamente incapazes. No segundo, relativamente, podendo exercer alguns atos sob tutela (*autorictas tutoris*)⁵⁶.

Os loucos (*furiosi*) e os dementes (*mentecapti*) eram considerados absolutamente incapazes⁵⁷. Os pródigos, relativamente incapazes, pois apenas os negócios que melhorassem sua condição eram válidos, se praticados pessoalmente por eles. No direito antigo, as mulheres, ainda que *sui iuris*, eram tuteladas por toda a vida. Com a evolução do direito romano, foram gradativamente conquistando a capacidade de fato. Na época do imperador Justiniano, enfim, acabaram-se a muitas das antigas restrições⁵⁸.

As questões ligadas à honra também influenciavam na capacidade jurídica da pessoa, ou seja, levava-se em conta, também, o seu status *illaes existimationis*. A honorabilidade do cidadão era afetada pela *capitis deminutio máxima* ou *media*. Outra

⁵¹ NOBREGA, Vandick Londres da. Opus cit., p. 510 - 511..

⁵² CRETELA JÚNIOR, Op. cit., p. 63. .

⁵³ NOBREGA, Vandick Londres da. Opus cit., p. 131 - 132.

⁵⁴ Em Roma havia duas grandes escolas jurídicas: a dos *proculianos*, com tendência progressista e teórica, e a dos *sabinianos*, mais conservadora e pragmática. No caso do início da puberdade, os *sabinianos* defendiam a necessidade de inspeção para se determinar, no caso concreto, se o menor havia deixado de ser *impúbere*.

⁵⁵ A *Lex Plaetoria* (200 a.C.), em razão da expansão econômica de Roma e da necessidade de dar proteção ao *púberes*, passa a considerar delito a lesão, em razão da inexperiência, aos menores de 25 anos nos negócios jurídicos.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Não havia no Direito Romano uma conceituação que permitisse a pacífica distinção entre os *furiosi* e os *mentecapti*.

⁵⁸ Ibidem.

hipótese de diminuição da honra era a *minutio extimationis*, que ocorria em três casos: 1) com a *intestabilidade* do indivíduo, atribuída a quem se recusasse a testemunhar em processo, ou a autores de escritos difamatórios (*carmen famosum*). O intestável não podia fazer testamento, servir de testemunha ou se servir de testemunho alheio; 2) com a infâmia, que acarretava na perda do *ius suffragii*, do *ius honorarium* e do *ius postulandi* (quando declarada pelo pretor), e na restrição ao *ius cunnubii*⁵⁹. Vários eram os casos que tornavam uma pessoa infame, como a condenação criminal por crime contra a liberdade, a vida ou o cargo; a punição fiscal; a mudança de tribo, por ocasião do censo (infâmia censória); a declaração do pretor em editos; a demissão desonrosa da classe militar; o noivado duplo; a bigamia; a condenação por ofício desonesto; etc.; 3) com os *turpes*, por meio da restrição denominada *turpitude*, que eram os profissionais de ofícios infames, como a prostituição, por exemplo. Eram-lhes vedados o testemunho e o exercício da tutela⁶⁰.

Do fim da personalidade

Pelo Direito Romano, a personalidade da pessoa natural termina com a morte. Para alguns tratadistas, a personalidade do de cujos se estendia até o momento da aceitação da herança, permanecendo a personalidade no período de vacância. A perda da condição de homem livre (*status libertatis*), como a redução à escravidão ou a condenação capital também ocasionava o fim da personalidade, e era considerada uma morte civil⁶¹.

No caso de comoriência, presumia-se que os filhos menores impúberes faleciam antes do pai. Já, os púberes, após. Nos demais casos, a presunção era de morte simultânea.

Conclusão

No presente artigo vimos que a definição de homem e de pessoa varia conforme o contexto histórico que se apresenta. Não se trata, portanto, de um conceito universal e imutável, mas dinâmico e cultural.

Gregos e Romanos tinham uma ancestralidade em comum. Prova disto está na similitude da religião e da organização política. Todavia, enquanto os gregos se destacaram na ciência política e na filosofia, os romanos tiveram o mérito de laicizar e desenvolver o Direito.

No mundo antigo, liberdade e cidadania são valores máximos, não obstante o fundamento da economia se assentar no modo de produção escravista. O escravo, apesar de ser reconhecido como homem, não era sujeito de direito, mas objeto de direito (*persona vice*).

Vimos que, originariamente, o conceito de pessoa não estava assentado na ideia de capacidade, haja vista que incapazes foram, de início, considerados *persona*, como os escravos e os *in mancipi*, por exemplo. Vimos que o sistema de incapacidades dos

⁵⁹ Infames não podiam se casar com ingênuos, por exemplo.

⁶⁰ Ibidem, p. 139 - 140.

⁶¹ Ibidem, p. 130.

romanos era extremamente complexo. Para gozar de absoluta capacidade (*ser capui*), a pessoa devia ser livre (*status libertatis*), possuir cidadania romana (*status civitatis*) e ser independente ou *sui iuris* (*status familiae*). Ainda sim, a pessoa podia sofrer mudanças em seu status. Estas eram chamadas de *capitis deminutio*, que se classificavam em máxima, média e mínima, conforme a gravidade e a qualidade do estado.

Os menores de 25 anos, as mulheres, os pródigos, os loucos e dementes sofriam restrições quanto a sua capacidade de fato. Também, os desonrados, como era o caso dos considerados infames, os intestáveis e os *turpes*.

A personalidade se extinguiu com a morte, muito embora, por ficção, a personalidade do de cujos se estendesse até o momento da aceitação da herança pelos herdeiros.

Enfim, o homem da antiguidade greco-romana era devotado à sua cidade. Não conheceu as mesmas liberdades individuais que conhecemos. Numa sociedade muito diversa da nossa, tão homogênea e coesa, o interesse da *polis* e da *civitas* colocava-se acima do individual. As antigas noções de homem e pessoa, embora distantes da nossa realidade atual, servem-nos para a compreensão dos fundamentos do direito e de sua historicidade.

Referências bibliográficas

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- BÍBLIA. Português. *Bíblia de Referência Thompson: Antigo e Novo Testamento*. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Editora Vida, 1996.
- COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.
- DUCOS, Michèle. *Roma e o Direito*. Trad. Sílvia Sarzana e Mário Pugliesi Netto. São Paulo: Madras, 2007.
- LIMA, J. B. de Souza. *As Mais antigas Normas de Direito*. Valença: Editora Valença, 1980.
- MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law. An essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. “Conceito Analógico de Pessoa aplicado à Personalidade Jurídica”. In: *Revista da Faculdade de Direito [UFMG]*, Belo Horizonte, a. VI, out., 1954, p. 55 - 78.
- MÉNARD, René. *Mitologia Greco-Romana*. Trad. Aldo Della Nina. São Paulo: Opus, 1991. 2 vol.
- NOBREGA, Vandick Londres da. *História e Sistema do Direito Privado Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.
- ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito: Antropologia jurídica da modernidade*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade. Ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- VERNANT, Jean-Pierre. *As Origens do Pensamento Grego*. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. 18. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2009.
- VEYNE, Paul. “O Império Romano”. In: VEYNE, Paul (org.). *História da Vida Privada, 1: do império romano ao ano mil*. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

Dos efeitos da sentença penal na esfera administrativa - disciplinar na visão dos tribunais

José Maria Pinheiro Madeira¹

Resumo

O presente artigo traduz um importante princípio em matéria de responsabilidade administrativa de servidor público, qual seja: na hipótese de o servidor, pelo mesmo fato, ser processado administrativa e criminalmente, em sendo ele absolvido na esfera criminal, deverá sê-lo também no plano administrativo, se no processo criminal ficar caracterizado que inexistiu o fato a ele imputado ou que o servidor processado não foi o seu autor.

Tão importante, porém, é registrar que a absolvição criminal por negativa de fato não exime a responsabilidade administrativa por outro fato infracional administrativo residual. No entanto, há que se fazer registro que os tratados acadêmicos pouco mencionam quando o servidor comete um ilícito por estado de necessidade. Será ele reintegrado? Finalmente, tema bastante complexo, seria a hipótese do servidor ser absolvido por insuficiência de prova. A reintegração deveria também acontecer por constituir-se em garantia, de assento constitucional, em homenagem ao princípio da Presunção da Inocência, mas o que infelizmente não acontece em nosso ordenamento. Trata-se, portanto, de um conseqüência lógica do desfazimento de um ato demissionário.

Palavras-chave: Responsabilidade administrativa do servidor; presunção de inocência.

Abstract

This article reflects an important principle relating to administrative liability of public servants, namely, in the case of the server, the same fact, be processed administratively and criminally, in which it acquitted in the criminal sphere, should be so also in the administrative, in the criminal case be characterized that inexistence of the fact that imputed to him or that the server processed was not the author.

¹ Mestre em Direito do Estado, doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, doutor em Ciência Política e Administração Pública e Pós-Graduado no Exterior. Foi Procurador do Legislativo (aposentado). É parecerista muito requisitado na área do Direito Administrativo. Integrou diversas bancas de Concurso Público. Membro Integrante da Banca Examinadora de Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro de diversas associações de cultura jurídica, no Brasil e no Exterior. Professor Emérito da Universidade da Filadélfia. Professor-palestrante da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro - EMERJ. Professor Coordenador de Direito Administrativo da Universidade Estado de Sá. Professor da Fundação Getúlio Vargas. Professor integrante do Corpo Docente do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes, da Universidade Gama Filho e da Universidade Federal Fluminense. Membro Titular do Instituto Ibero-Americano de Direito Público. Membro Efetivo do Instituto Internacional de Direito Administrativo. Presidente da Comissão Nacional de Direito Administrativo.

As important, however, is to note that the criminal acquittal by negative fact does not relieve the administrative responsibility for other fact residual administrative infraction. However, we must make the record that academic treatises little mention when the server commits an offense by a state of necessity. Will he be reinstated? Finally, rather complex issue, would be the possibility of the server being acquitted for lack of evidence. Reintegration should also happen to be under warranty seat constitutional principle of honoring the Presumption of Innocence, but unfortunately that does not happen in our land. It is therefore a logical consequence undoing an act of resigning.

Keywords: Administrative responsibility of the server; presumption of innocence.

Introdução

Antes de apreciar os efeitos que a sentença proferida pelo Juiz criminal pode causar nas esferas civil e administrativa, tópico que é, sem dúvida, um dos mais relevantes da matéria relativa à responsabilização dos servidores públicos, convém voltar-se ao comando do art. 125 da Lei nº 8.112/90, que é no sentido de que as instâncias de apuração de responsabilidades, ainda que possam cumular-se, são independentes entre si, o que acentua, por conseguinte, a regra de que cada instância segue seus procedimentos peculiares para apuração de responsabilidades.

Com efeito, a penalidade para os ilícitos exclusivamente funcionais, de natureza civil ou administrativa, pode ser imposta ainda que não tenham sido apreciados os fatos pelo Poder Judiciário na ação penal, sem que o desdobramento da competente apuração dos mesmos fira a presunção de inocência do agente público acusado/indiciado, daí a seguinte decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, 3ª Seção, ao Mandado de Segurança nº 7.834, com relatoria do insigne Ministro Félix Fischer:

Administrativo. Servidor Público. Processo disciplinar. Demissão. Independência entre as instâncias penal, civil e administrativa. Materialidade. Comprovação. Cerceamento de defesa. I – A independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil por improbidade, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Precedentes do STJ e do STF².

² Aliás, o extinto DASP já adotava, na Formulação nº 71, a seguinte orientação: A única hipótese em que a Administração estará adstrita a aguardar a prestação jurisdicional é a do inciso I do art. 207 (atualmente, art. 132, I, da Lei nº 8.112/90), onde se fala genericamente “crime contra a Administração Pública”. Em todas as outras, a Administração não necessita aguardar o desfecho do procedimento criminal, vez que a expressa previsão do fato criminoso como ilícito disciplinar autônomo a autoriza a agir desde logo, aplicando a pena que o Estatuto cominar. O dispositivo estatutário remete ao Código Penal, mas isto significa, apenas, que o elemento fático da infração disciplinar é exatamente o mesmo do crime homônimo (Parecer no Proc. nº 1.485).

Insta salientar, contudo, que no atual est6gio evolutivo em que se encontra o Direito P6blico, mesmo que as inst6ncias de apura73o de responsabilidades sejam independentes entre si, cada qual gozando de sua autonomia, n6o mais se admite o total isolamento entre elas, que podem se comunicar “com o fim de exteriorizarem os plasmados de justi7a, seguran7a jur6dica e paz social”³, sem que isso signifique invas6o de compet6ncia.

9 o caso das condicionantes de procedibilidade, como nos crimes de sonega73o fiscal ou de improbidade administrativa, por exemplo, que sempre depender6o da conclus6o da inst6ncia administrativa para que seja instaurado o competente processo judicial, com a finalidade de investigar se houve ou n6o ato 6mprobo do agente p6blico. Nesses casos, como os 6l6citos ensejam a pena de demiss6o do servidor, a Administra73o n6o poder6 efetuar a sem o tr6nsito em julgado da decis6o penal condenat6ria.

Note-se, assim, que s6o no final do processo administrativo, quando verificado o elemento subjetivo do tipo para a persecu73o penal, 9 que poder6 o feito prosseguir seu curso. Contudo, para trancar a a73o penal, basta que a decis6o da Comiss6o processante afirme a falta de tipicidade do 6l6cito pun6vel como crime, pela inexist6ncia da materialidade do del6to, com a demonstra73o de aus6ncia total de ind6cios comprobat6rios de dolo na conduta do servidor. Nesse sentido:

Recurso em Mandado de Seguran7a. Servidor P6blico. Processo Administrativo. Demiss6o. Poder Disciplinar. Limites de atua73o do Poder Judici6rio. Princ6pio da ampla defesa. Ato de improbidade. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da fun73o p6blica, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n6 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n6 8.112/90. 2. A autoridade administrativa est6 autorizada a praticar atos discricion6rios apenas quando norma jur6dica v6lida expressamente a ela atribuir essa livre atua73o. Os atos administrativos que envolvem a aplica73o de “conceitos indeterminados” est6o sujeitos ao exame e controle do Poder Judici6rio. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, 6 luz dos princ6pios que regem a atua73o da Aplica73o da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comiss6o de inqu6rito. A capitula73o do 6l6cito administrativo n6o pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inv6lido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplica73o das penalidades previstas na Lei n6 8.429/92 n6o incumbe 6 Administra73o, eis que privativa do Poder Judici6rio. Verificada a pr6tica de atos de improbidade no 6mbito administrativo, caberia representa73o do Minist6rio P6blico para ajuizamento da competente

³ MATTOS. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 352.

ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido – [Aspas e itálico no original] – (STF, Rel. Min. Eros Grau, RMS nº 24.699/DF, 1ª T.).

Crime Tributário. Pendência de Processo Administrativo. Pendente processo administrativo descabe adentrar o campo penal quer considerada a ação propriamente dita, quer inquérito policial. Inteligência do artigo 34 da Lei nº 9.249/95. Precedente: Habeas Corpus nº 81.611-8/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 10 de dezembro de 2003, Plenário (STF, Rel. Min. Marco Aurélio, HC nº. 84.105/SP, 1ª T.,).

Habeas Corpus. Penal. Tributário. Crime de supressão de tributo (art. 1º da Lei nº 8.137/1990). Natureza Jurídica. Esgotamento da via administrativa. Prescrição. Ordem Concedida. 1. Na linha do julgamento do HC 81.611 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário), os crimes definidos no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 são materiais, somente se consumando com o lançamento definitivo. 2. Se está pendente recurso administrativo que discute o débito tributário perante as autoridades fazendárias, ainda não há crime, porquanto “tributo” é elemento normativo do tipo. 3. Em consequência, não há falar-se em indício do lapso prescricional, que somente se iniciará com a consumação do delito, nos termos do art. 111, I, do Código Penal – [Aspas no original] – (STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, HC nº 83.414/RS, 1ª T.).

Processual Penal. Ação Penal Originária. Denúncia contra Magistrado. Abuso de Autoridade. Crime Doloso. Decisão Administrativa do Plenário. Repercussão. – Em sede de ação penal originária promovida contra magistrado sob a acusação de abuso de autoridade, crime doloso previsto no art. 4º, a, da Lei nº 4.898/65, a decisão tomada por expressiva maioria do Plenário do Tribunal em processo administrativo, afirmativa da inexistência de dolo na conduta impugnada, tem repercussão na instância penal, afastando a justa causa para a acusação. – Habeas Corpus concedido. Ação penal trancada (STJ, Rel. Min. Fontes de Alencar, HC nº 16.894/DF, 6ª T.).

Depreende-se, com isso, que nem toda irregularidade funcional exige uma sanção civil ou penal, embora a condenação criminal por delitos funcionais, que é mais do que seus congêneres, sejam estes previstos na Lei nº 8.112/90 ou em legislação esparsa, há de repercutir seus efeitos *erga omnes* nas esferas civil e administrativa, acarretando a punição disciplinar cabível, caso reste cabalmente demonstrado, no competente processo judicial, a existência da relação de causalidade entre a ação ou omissão praticada pelo servidor, legalmente definida como delito/infração, e o resultado lesivo. Destarte, se o processo administrativo concluir que o servidor é inocente, isso não significa que ele será inocentado na instância penal, salvo algumas raras exceções, quando a decisão penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada nas áreas cível e administrativa. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR SEQUENCIADO POR REGULAR PROCESSO CRIMINAL. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. EFEITOS QUE SE PROJETAM NA SEARA ADMINISTRATIVA. PEDIDO DE SEGURANÇA DENEGADO.

1. O Poder Judiciário pode syndicar amplamente, em mandado de segurança, o ato administrativo que aplica a sanção de demissão a Servidor Público, para mensurar a sua adequação à gravidade da infração disciplinar, não ficando a análise jurisdicional limitada aos aspectos formais do ato administrativo.

2. O Processo Administrativo Disciplinar não é dependente da instância penal, não se exigindo, destarte, para a aplicação da sanção administrativa de demissão, a prévia condenação, com trânsito em julgado, do Servidor no juízo criminal, em Ação Penal relativa aos mesmos fatos; porém, quando o Juízo Penal já se pronunciou definitivamente sobre esses fatos, que constituem, ao mesmo tempo, o objeto do PAD, exarando sentença condenatória, não há como negar a sua inevitável repercussão no âmbito administrativo sancionador.

3. É nula a aplicação de sanção demissória a Servidor Público, quando a Comissão do PAD não logra reunir elementos probatórios densos, sérios e coerentes da prática do ato infracional punível com a demissão e da sua autoria, mas se esses elementos já foram devidamente apurados na instância criminal, com a emissão de sentença condenatória, tem-se os fatos do PAD como igualmente comprovados, eis que são os mesmos que serviram de supedâneo ao Juízo Penal.

4. O exercício do poder administrativo disciplinar não está subordinado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória exarada contra Servidor Público, embora a sua eventual absolvição criminal futura possa justificar a revisão da sanção administrativa, se não houver falta residual sancionável (Súmula 18 STF).

5. Ordem de segurança que se denega, de acordo com o parecer do douto MPF.

(MS 13.599/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO).

Da repercussão da sentença penal condenatória

Lembrando-se do exemplo deixado por Hely Lopes Meirelles⁴ sobre a conduta do servidor público que, no seu exercício funcional, atropela transeunte, podem-se transferir aquelas noções a qualquer outra situação, pois que um único ato lesivo pode ensejar ao agente causador do dano responsabilização penal, repercutindo nas esferas civil, pela ação civil regressiva da Administração para

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed., atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 633.

haver a indenização paga à vítima, e administrativa, para fins disciplinares, por meio do processo administrativo interno.

Desse modo, havendo julgamento penal pelo ato delitivo, a sentença condenará ou absolverá o servidor. Para melhor compreender as hipóteses de repercussão da decisão penal condenatória, seja no âmbito da responsabilização civil ou no administrativo do servidor, acompanham-se as lições dos insígnis mestres Hely Lopes Meirelles⁵ e José dos Santos Carvalho Filho⁶ que, didaticamente, apresentam um sistema favorável a esse entendimento.

Conjugando-se tais doutrinas, basicamente elas dizem que, havendo condenação criminal, essa decisão produzirá reflexos nas órbitas de responsabilidade civil e administrativa se o ato lesivo cometido pelo servidor for decorrente de infração definida em lei como ilícito penal e, ao mesmo tempo, havida como ilícito civil, eis que o fato faz coisa julgada relativamente à culpa (*lato sensu*) do servidor, cujo reconhecimento desta pela Justiça Criminal não pode ser negada em qualquer outro juízo (art. 935 do Código Civil). Assim sendo, na esfera civil, a decisão condenatória se dará somente se a infração praticada pelo servidor ocasionar prejuízo patrimonial aos cofres públicos, sujeitando-o, dessa forma, à reparação do dano causado à Administração (responsabilidade civil do servidor).

Já se a sentença penal condenatória tiver sido em função da prática de crime funcional e que este tenha correlação com os deveres administrativos, a exemplo do crime de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), conduta havida também como ilícito administrativo, por violação do previsto no art. 117, XII, da Lei nº 8.112/90, o fato enseja, conseqüentemente, a responsabilização administrativa, na forma legal cabível (arts. 63 e 64 do Código de Processo Penal).

Sendo assim, vale acentuar que, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração, se a pena aplicada ao servidor for a privação da liberdade por tempo igual ou superior a um ano, um dos efeitos dessa condenação é a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo (art. 92, I, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.268/96), o mesmo ocorrendo no caso de condenação por crime de improbidade administrativa (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92).

Insta salientar que, se o servidor for condenado por crime que não tenha conexão com a função pública, e cuja pena não impuser a perda da liberdade, essa situação não repercute na esfera administrativa, tratando-se o caso, de suspensão condicional da pena (*sursis*)⁷. Mas se houver condenação com pena de privação da liberdade por esse mesmo crime, duas hipóteses de penalização podem ocorrer: 1ª) se a pena imputada for por tempo inferior a quatro anos, o servidor ficará afastado de seu cargo ou função, perdendo parte de seu vencimento, embora aos seus dependentes previdenciários seja devido o auxílio-reclusão, conforme dispõe o art. 229 da Lei nº 8.112/90⁸, ainda que tal benefício não esteja legalmente

⁵ *Idem*.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed., ver., atual., ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 577-580.

⁷ *Ibidem*, p. 579.

⁸ José dos Santos Carvalho Filho esclarece que “o citado afastamento, que apenas suspende a

disciplinado, sendo até lá regulado pelo art. 13 da Emenda Constitucional nº 20/98 e pela Instrução Normativa nº 5, de 28 de abril de 1999, da Secretaria de Estado da Administração e da Previdência – SEAP; se a pena for superior a quatro anos, o servidor perderá o cargo, a função pública ou o mandato eletivo (art. 92, I, a e b, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.268/96).

Da repercussão da sentença penal absolutória

Todavia, quanto à decisão penal absolutória, esta poderá ocorrer em 07 (sete) hipóteses, arroladas no art. 386 do Código de Processo Penal (com a nova redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)⁹.

Consoante a doutrina e a jurisprudência majoritárias, repercutem na esfera administrativa as decisões absolutórias fundadas na comprovada inexistência do fato (negativa de materialidade), na comprovada não-participação do réu no delito (negativa de autoria) e na comprovada existência de circunstâncias que excluam o crime (licitude da conduta) (art. 386, I, IV e VI, 2ª parte, do Código de Processo Penal).

Por outro lado, não repercutem¹⁰ automaticamente, no âmbito administrativo, o reconhecimento (pelo Juízo Criminal) das hipóteses dos incisos II, III, V, VI (1ª parte e parte final) e VII do mencionado artigo, quais sejam: não haver prova da

relação funcional, é previsto como verdadeiro direito social do servidor, constante do estatuto federal, que admite também o auxílio-reclusão como efeito do afastamento. Todavia, como não há paradigma constitucional para esse caso, pode ocorrer que outras leis estatutárias disponham diferentemente sobre a matéria”. CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 580, em nota de rodapé.

⁹ Art. 386 do Código de Processo Penal (DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941), verbis:

- Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*
 I - estar provada a inexistência do fato;
 II - não haver prova da existência do fato;
 III - não constituir o fato infração penal;
 IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
 V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal
 VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1o do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
 VII - não existir prova suficiente para a condenação.

ANTERIORMENTE à redação dada Lei nº 11.690, de 2008 vigorava a seguinte redação:

- Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*
 I - estar provada a inexistência do fato; (AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE)
 II - não haver prova da existência do fato;
 III - não constituir o fato infração penal; (ATIPICIDADE)
 IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
 V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal); (CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO)
 VI - não existir prova suficiente para a condenação. (INSUFICIÊNCIA DE PROVAS)

¹⁰ Ainda conforme a doutrina e jurisprudência majoritárias, sendo ainda um tanto controversa a questão.

existência do fato, não constituir o fato infração penal, não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal, existirem circunstâncias que isentem o réu de pena, fundada dúvida sobre a ilicitude ou culpabilidade da conduta, e não existir prova suficiente para a condenação.

Para os fins didáticos deste capítulo (quanto à repercussão da decisão penal absolutória na esfera administrativa), preferimos adotar um sistema que agrupe as circunstâncias que levam à absolvição em 5 (cinco) grupos fundamentais: 1-Comprovada inocência do agente (por negativa de autoria/materialidade); 2-comprovada licitude da conduta (exclusão da antijuridicidade); 3-atipicidade penal da conduta; 4-dúvida - *in dubio pro reo* (insuficiência/falta de provas para a condenação penal ou fundada dúvida quanto à ilicitude ou culpabilidade); 5-ausência de culpabilidade penal na conduta do agente.

Analisar-se-á, separadamente, cada uma dessas circunstâncias fundamentais, em seus desdobramentos e peculiaridades com relação ao que diz a doutrina e a jurisprudência quanto à repercussão que podem ter essas hipóteses nas esferas cível e administrativa:

Comprovada inocência (negativa de autoria/ materialidade)

Esta é a única hipótese prevista expressamente na legislação infra-constitucional para ser aplicada, automaticamente, aos Servidores Públicos Federais, uma vez que a Lei 8.112/90, no seu art. 126, estabelece que “***a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria***”. No entanto, como se verá mais adiante, esta redação não é isenta de críticas, até mesmo no sentido de sua inconstitucionalidade, por deixar de fora situações cuja repercussão na esfera administrativa tem fundamento na própria Constituição¹¹. É certo que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores já firmou o entendimento de que estas não devem ser exclusivadas como as únicas duas hipóteses de repercussão automática (na esfera administrativa) da decisão criminal absolutória no sentido de afastar a responsabilidade administrativa do servidor (seja qual for o estatuto/regulamento a que estiver submetido).

Em regra, as instâncias de punição não se comunicam. Porém, é pacífico o entendimento de que a sentença do juízo criminal produz efeitos favoráveis ao servidor quando restar provado que não ocorreu o fato a ele imputado (art. 386, inciso I, CPP), uma vez que, nessa hipótese, o juízo penal categoricamente afirma que não houve qualquer evento lesivo. O mesmo se dá, ainda, quando ficar demonstrado que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, inciso IV,

¹¹ Nesse sentido, ver: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Absolvição por não existir prova suficiente para a condenação do servidor público e a sua ampla repercussão no processo administrativo disciplinar. Inconstitucionalidade do art. 386, VI, do Código de Processo Penal e de parte do art. 126 da Lei nº 8.112/90. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7570>>. Acesso em: 22 jul. 2010.

CPP), valendo ressaltar que esse inciso foi introduzido pela Lei nº 11.690/2008 e, diferente do caso do inciso I, referente à prova da inexistência do fato, nesse caso o que resta cabalmente comprovado é que o crime, embora eventualmente tenha sido perpetrado, não contou com a coautoria ou participação do réu absolvido.

Sendo assim, na hipótese de o juízo negar categoricamente, na sentença, a existência da materialidade do fato imputado ao servidor ou que ele não tenha sido seu autor, essa sentença afasta as responsabilizações civil e administrativa, também em face do que dispõe o art. 935 do Código Civil¹², já citado anteriormente, e tal como preceitua o art. 126 da Lei nº 8.112/90¹³.

Note-se, assim, que o servidor faz jus a ser reintegrado aos quadros funcionais se a absolvição criminal se der pela inexistência do fato que lhe fora, indevidamente, imputado, ou porque foi declarado não ter sido o servidor o autor do ilícito penal ocorrido, situação que afasta a responsabilidade administrativa (art. 41, § 2º, da Constituição; art. 28, *caput*, da Lei nº 8.112/90).

Nesse sentido os precedentes jurisprudenciais, conforme se verifica abaixo:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E INDEPENDENTE DA CRIMINAL, PODENDO SUBSISTIR A DEMISSÃO ORIUNDA DE FALTA GRAVE APURADA EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO DESDE QUE O JUÍZO CRIMINAL NÃO HAJA NEGADO A EXISTÊNCIA DO FATO, DETERMINANTE DA DEMISSÃO. (STF- RE 18510, Relator(a): Min. ROCHA LAGOA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/07/1953, ADJ DATA 09-08-1954 PP-02469 EMENT VOL-00162-01 PP-00312).

217

“ADMINISTRATIVO - MILITAR - EXCLUSÃO DAS FILEIRAS DA CORPORACÃO - ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL - REINTEGRAÇÃO - PRESCRIÇÃO - DECRETO Nº 20.910/32 - DATA DO FATO - TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CRIMINAL.

1 - Existência de comunicabilidade entre a esfera penal e a administrativa quando da ocorrência de sentença penal absolutória com suporte nos incisos I e V do art. 386 do Código de Processo Penal. 2 - Em sendo absolvido o autor, posto negada sua participação em todas as imputações que lhe eram feitas, o lapso prescricional quinquenal, previsto no Decreto nº 20.910/32, tem como termo a quo a data do trânsito em julgado da sentença criminal. 3 - Precedentes (STF, RE nº 94.590SP; STJ, REsp. nº 6147SP, REsp. nº 279086MG e REsp. nº 122022BA). 4 - Prescrição inócurrenente. 5 - Recurso conhecido, nos termos acima expostos, porém, desprovido” (REsp nº 570.560, relator Ministro Jorge Scartezini, publicado no DJ de 28.6.2004).

¹² Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

¹³ Lei 8.112/90 – “Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”.

“AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SANÇÃO DISCIPLINAR. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA CRIMINAL POR NEGATIVA DE AUTORIA. PREVALÊNCIA. SÚMULA 83 DO STJ. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

Nega-se provimento ao agravo de instrumento quando a decisão recorrida encontra-se no mesmo sentido do entendimento desta Corte Superior. Incidência da Súmula 83 do STJ. É entendimento desta Corte Superior que a exceção à regra da incomunicabilidade das esferas administrativa e penal ocorreria no caso de absolvição, na instância penal, por negativa de fato ou negativa de autoria. Agravoregimental a que se nega provimento.” (AgRg no Ag 670.899/PE, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2005, DJ 06/02/2006 p. 381).

“PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO. INOVAÇÃO EM SEDE DE REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. POLICIAL MILITAR. EXPULSÃO. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL. RECONHECIMENTO DA INEXISTÊNCIA DO DELITO. REPERCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. REINTEGRAÇÃO.

A absolvição criminal, quando restar provada a inexistência do fato ou a não-autoria imputada ao servidor, repercute no processo administrativo, afastando a sua responsabilidade na esfera administrativa. 2. Mostra-se inviável a apreciação, em sede de agravo regimental, de questão nova. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no Ag 678.609/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA)”

“RMS. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. FATO INEXISTENTE. SENTENÇA CRIMINAL. ART. 386, I – CPP.

1- A absolvição na forma do art. 386, I, do Código de Processo Penal, através de sentença criminal transitada em julgado, impede tome a instância administrativa por base aqueles mesmos fatos, reputados inexistentes, para sancionar pretensa falta residual, ainda que estejam eles tipificados na legislação local como aptos a ensejar a pena de demissão. Incide a letra do art. 1.525 do Código Civil. 2 – RMS provido.” (STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ROMS nº 10654/SP, 6ª T).

Tais lições do STF e do STJ comprovam que o juízo criminal, quando absolve o réu, negando a existência do fato, ou negando que o servidor seja autor ou participe no ato infracional que lhe fora imputado, cria reflexo imediato para a instância administrativa, fazendo, inclusive, cessar demissão, se foi levada a efeito sobre os mesmos fatos.

Ressalte-se que a doutrina e a jurisprudência vêm evoluindo no sentido de que, se os fatos discutidos nas instâncias são os mesmos, pouco importa a tipificação da parte dispositiva da sentença criminal que absolveu o réu, tendo em vista que

restando incontroverso a negativa do fato ou da autoria (na fundamentação da sentença), o reflexo é imediato para o direito administrativo, ensejando, inclusive, a anulação do ato que demitiu o servidor público^{14 15}.

Comprovada licitude da conduta (hipóteses de exclusão da antijuridicidade)

O conceito analítico descreve a infração penal como sendo a conduta humana típica, antijurídica e culpável. A ausência de qualquer um desses elementos da conduta pode levar à absolvição do acusado no juízo criminal.

Para se concluir se há ou não infração, e condenar o servidor acusado, deve-se responder as perguntas numa certa ordem, que cobrirão todos os planos citados. Primeiro, vê-se se há conduta. Depois, se esta conduta é típica. Em seguida, se é antijurídica, e finalmente, se é culpável. Quando todas as respostas forem positivas, configurar-se-á o delito e, conseqüentemente, com relação a isto não haverá óbice à prolação da sentença penal condenatória.

O conceito de delito como conduta típica, antijurídica e culpável elabora-se conforme um critério sistemático que corresponde a um critério analítico que primeiro analisa a conduta e depois o seu autor: delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela a sua proibição (típica), que por não estar permitida em nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável).

No caso de restar comprovado não haver conduta ou de não ser o servidor o seu autor, teremos a negativa de materialidade ou a negativa de autoria, circunstâncias que, como já visto, repercutem em todas as esferas, fazendo coisa julgada a decisão do juízo criminal que reconhecer tais circunstâncias.

¹⁴ Nesse sentido: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Absolvição penal que nega a autoria do fato, mas grafa na parte dispositiva da sentença a falta de prova como fundamento, repercute na Administração. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5608>>. Acesso em: 26 jul. 2012.

¹⁵ Na lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos: *“Assim, concluímos que se a parte dispositiva do decisum criminal absolver o acusado por falta de provas, mas a sua fundamentação, que antecede a citada parte final (dispositiva), negar a autoria ou o fato, deverá prevalecer a integração da carga declaratória do título, para radiar efeitos na instância administrativa.*

Nessa situação, não há como afastar o que vem encartado no art. 126, da Lei 8.112/90, pois o que importa não é o formalismo da sentença, e sim a sua carga declaratória.

Ofende a consciência jurídica punir um servidor que a justiça, após todo o desgaste da esfera criminal, considera inocente.

O inocentado, sobre os mesmos fatos, não poderá ser culpado na instância administrativa, se os fatos e autorias que serviram para puni-lo foram esartejados na esfera criminal.

O direito não admite mais que o aplicador da norma se engesse ao formalismo, devendo o juiz ser um fiel escravo da verdade, coibindo injustiças e resgatando dignidades, até então vilipendiadas”. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Op. Cit.. p. 2-3.

Não se ajustado a conduta do servidor a nenhum tipo penal estabelecido, haverá a atipicidade penal da conduta, a qual, conforme se verá mais à frente, não excluirá, de pronto, a existência de tipicidade administrativa.

Com relação à antijuridicidade ou ilicitude da conduta do agente, são reconhecidas no direito penal, algumas causas que excluem a situação de ilicitude, as principais¹⁶ sendo aquelas arroladas na parte geral, art.23 do Código Penal Brasileiro: O estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito¹⁷.

A causa excludente de juridicidade (ou excludente de ilicitude) também é conhecida como “dirimente” ou “justificativa”, uma vez que, estando comprovada sua ocorrência, ela torna lícita uma conduta típica (prevista na legislação como sendo um delito).

Na hipótese de um policial militar que, no estrito cumprimento do dever legal, efetua disparos que matam um assaltante armado: em tese este policial comete crime de homicídio doloso, uma vez que preencheu todos os requisitos do tipo penal; contudo, sua conduta não será considerada ilícita, pois o estrito cumprimento do dever legal é uma causa de exclusão da antijuridicidade.

Tomando-se mais alguns exemplos: o caso do oficial de justiça que viola domicílio para cumprir ordem de despejo (exercício regular de direito); o agente florestal que, atacado por um animal silvestre feroz, vê-se obrigado a matá-lo; o comandante militar que, visando a disciplina, impõe (razoáveis) castigos corporais aos seus comandados; um médico de uma corporação militar que, mesmo suspenso de suas atividades, e premido pela gravidade justificada do caso, efetua cirurgia de emergência em um soldado, consistindo na amputação de um membro; Não consistem esses procedimento em verdadeiras condutas típicas? E ainda: violação de domicílio; abate de animal protegido; maus-tratos; lesão corporal. A resposta é afirmativa, mas nem por isso estar-se-á diante de um crime, ou de uma transgressão disciplinar. Serão condutas justificadas, desde que presente a circunstância justificadora.

A comprovação da existência de qualquer uma dessas circunstâncias justificantes (ou mesmo a fundada e razoável plausibilidade da existência de uma delas¹⁸) deve resultar na absolvição do réu na esfera criminal, com repercussão

¹⁶ Mas não as únicas, uma vez que existem outras causas excludentes de juridicidade previstas tanto na parte especial do Código Penal, como na legislação esparsa.

¹⁷ Decreto-Lei No 2.848, De 7 De Dezembro De 1940.

“Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. (grifo nosso).

¹⁸ Com a reforma do CPP (2008), em havendo provas que corroborem a versão do acusado e que permitam concluir acerca da plausibilidade da atuação acobertada por causa de justificação, deve ser absolvido o réu em face do art. 386, inciso VI, do CPP, que contempla a hipótese quando houver fundada dúvida sobre a existência da causa de exclusão do crime.

imediatamente na esfera administrativa¹⁹. Contudo, estas representam situações extremas, excepcionais, mas que já deram supedâneo à abertura de inúmeros “PADs”, inclusive, com punições manifestamente injustas, embora estivessem em evidência situações amparadas pelas excludentes de ilicitude acima citadas.

Tomando-se de um exemplo bem elucidativo de como a decisão absolutória baseada na exclusão da ilicitude/antijuridicidade repercute na esfera administrativa/disciplinar: no caso de um servidor federal que, durante o expediente, joga uma cadeira em um colega de trabalho, causando-lhe lesões corporais. Tal ato, além de estar tipificado como crime (lesões corporais - art. 129 do CP), é também um ilícito disciplinar punível (nos termos do inciso VII do art. 132 da lei 8.112²⁰) com pena de demissão. Por força da independência das instâncias o servidor responde a processo disciplinar e também a processo criminal. Considere-se que, após regular processo administrativo-disciplinar, o servidor seja demitido. Contudo, considere ainda que no processo criminal ao qual fora igualmente submetido, o servidor seja absolvido por ter restado comprovado que o mesmo “agiu usando, moderadamente, os meios necessários para repelir atual e injusta agressão de iniciativa do colega por ele agredido em resposta” (legítima defesa própria). O que ocorre nesse caso? A resposta é que a decisão penal absolutória repercutirá na esfera administrativa e ensejará a anulação do ato demissório do servidor, que fará jus a ser reintegrado.

Isto ocorre, pois, consoante o entendimento predominante, a decisão absolutória penal baseada numa excludente de ilicitude repercute automaticamente na esfera administrativa-disciplinar, além do que, neste caso específico, o mesmo dispositivo legal que prevê a punição disciplinar, prevê também a “justificante” da legítima defesa real própria ou de terceiro, quando, ao elencar os casos aos quais se aplica a pena de demissão (art. 132 da L.8112/90) estipula “ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem. (destacou-se)²¹.

¹⁹ Acompanhando o entendimento ainda prevalente na jurisprudência, a mera plausibilidade, por resumir-se à insuficiência de provas da ilicitude da conduta, não repercutiria na esfera administrativa, assim como não repercutiriam as demais hipóteses de absolvição baseadas no estado de dúvida (“in dubio pro reo”).

²⁰ L.8.112/90 - Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: (...)

VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem.

²¹ Já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal a este respeito, quando do julgamento do MS 21029 pelo tribunal pleno, conforme se extrai da leitura do acórdão colacionado:

“CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL - INFRAÇÃO DISCIPLINAR COMETIDA QUANDO EM ATIVIDADE - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA REVERSÃO AO SERVIÇO PÚBLICO - AUTONOMIA DA ESFERA PENAL E DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - ALEGAÇÃO DE INIMPUTABILIDADE À ÉPOCA DOS FATOS - PERÍCIA MÉDICO-PSIQUIÁTRICA DESAUTORIZADORA DESSA ALEGAÇÃO - INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS INÚTEIS PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA - LEGITIMIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. A via jurisdicional do mandado de segurança não se revela

Ainda que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tenha, em alguns momentos, espelhado a ideia contida na redação do art. 126 da L.8.112/90 no sentido de que somente nas hipóteses excepcionais de comprovada inocência (inexistência material do fato / negativa de sua autoria), é que a sentença penal poderia produzir efeitos automáticos na esfera administrativa, observamos que este posicionamento já foi alargado. Ocorre que, inúmeras vezes, também, a Corte Superior já teve a oportunidade de se pronunciar no sentido de que a decisão penal absolutória repercutir no julgamento administrativo quando reconhece taxativamente estar comprovado que o agente agiu sob a guarida de alguma causa de justificação (causa excludente de ilicitude/antijuridicidade). Nas hipóteses apontadas, a sentença penal absolutória, no processo penal instaurado em torno dos mesmos fatos, deve repercutir (prevalecer) na esfera administrativa.

Nesse diapasão há algumas decisões significativas, como se pode verificar facilmente, *litteris*:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, CPC. INEXISTÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ABSOLVIÇÃO CRIMINAL. LEGÍTIMA DEFESA. EFEITOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

I - Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal de origem, sem que haja recusa à apreciação da matéria, embora rejeitando os embargos de declaração, considera não existir defeito a ser sanado.

*meio processualmente adequado à indagação do estado de inimizabilidade penal do servidor punido, especialmente se as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora - e que encontram fundamento em perícia médico-psiquiátrica idônea - evidenciam a plena capacidade de autodeterminação do agente público à época dos fatos motivadores do procedimento disciplinar. - A cassação da aposentadoria constitui modalidade de sanção disciplinar que, prevista em lei, não depende, para efeito de sua imposição, de prévia reversão do servidor público aposentado ao serviço ativo. Trata-se de meio punitivo cuja aplicação, pelo Poder Público, pressupõe a existência de uma situação de inatividade do agente estatal, que se submete a essa sanção administrativa por haver praticado, quando em atividade, falta punível com a pena demissória. - O exercício do poder disciplinar pelo Estado não está sujeito ao prévio encerramento da persecutio criminis que venha a ser instaurada perante órgão competente do Poder Judiciário. As sanções penais e administrativas, qualificando-se como respostas autônomas do Estado à prática de atos ilícitos cometidos pelos servidores públicos, não se condicionam reciprocamente, tornando-se possível, em consequência, a imposição da punição disciplinar independentemente de prévia decisão da instância penal. Com a só exceção do reconhecimento judicial da inexistência de autoria ou da incoerência material do próprio fato, ou, ainda, da configuração das causas de justificação penal, as decisões do Poder Judiciário não condicionam o pronunciamento censório da Administração Pública, Precedentes. - O mandado de segurança não constitui meio instrumental adequado à reavaliação dos elementos probatórios que justificaram a imposição da sanção disciplinar, especialmente quando essa análise, por implicar exame de matéria de fato controvertida, depender de comprovação documental inequívoca, sequer produzida pelo impetrante. (MS 21029, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, EMENT VOL-01759-02 PP-00366) – **grifou-se.***

II - Os efeitos da absolvição criminal por legítima defesa devem se estender ao âmbito administrativo e civil. Desse modo, tendo sido o autor posteriormente absolvido na esfera criminal em razão do reconhecimento de uma excludente de antijuricidade (legítima defesa real própria), impõe-se, in casu, a anulação do ato que o demitiu do serviço público pelos mesmos fatos. (grifou-se).

III - Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido. (STJ .REsp 396.756/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2003, DJ 28/10/2003 p. 329).

ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. LICENCIAMENTO. ATO ADMINISTRATIVO. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL. LEGÍTIMA DEFESA. EFEITOS. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CRIMINAL.

1. Absolvido o autor na esfera criminal, o lapso prescricional quinquenal, previsto no Decreto nº 20.910/32, tem como termo a quo a data do trânsito em julgado da sentença penal e não o momento do ato administrativo de licenciamento. 2. A decisão penal repercute no julgamento administrativo quando esta ocorre sentença penal absolutória relacionada aos incisos I e V do art. 386 do Código de Processo Penal. 3. Tendo em vista que o autor foi absolvido na esfera penal por legítima defesa, e o ato de licenciamento foi fundado unicamente na prática de homicídio, não há motivos para manter a punição administrativa, pois a controvérsia está embasada unicamente em comportamento tido como lícito. (sublinhamos). 4. Recurso ao qual se nega provimento. (STJ. REsp 448.132/PE, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA).

Da mesma forma encontra-se tal posicionamento já refletido em decisões dos tribunais estaduais, como abaixo demonstrado:

Apelação Cível – Policial Militar – Pedido de anulação de ato de demissão com a consequente reintegração ao cargo – Legítima defesa reconhecida em processo criminal – Repercussão na esfera administrativa - disciplinar de decisão no âmbito criminal – Inexistência de resíduo administrativo apto a ensejar a demissão – Improcedência do pedido de indenização por danos morais, pela ausência da culpa e do nexos causal e evidente cumulação com a indenização por danos materiais já concedida – Juros de mora calculados à taxa de 6% ao ano, de acordo com o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 e correção monetária com base na Tabela Prática do E. TJSP – A partir da vigência da Lei nº 11.960, de 29/6/2009, os juros e a correção monetária são contados com base no disposto nessa lei, que alterou a redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 – Honorários advocatícios – Fixação com base no valor da condenação – Inexistência de óbice – Recurso da Fazenda Pública do Estado e remessa necessária parcialmente providos. (TJSP - APELAÇÃO CÍVEL nº 550/05. RELATOR Desembargador ORLANDO

GERALDI. Processo nº 053.03.017011-0 – 14ª Vara da Fazenda Pública. (foi destacado).

Tal posicionamento encontra também amplo respaldo doutrinário, onde se pode destacar o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, refletido num selecionado trecho de sua lição²², *litteris*:

“Quando se analisa o tema, bastante complexo, da repercussão da decisão proferida pelo juiz criminal sobre a órbita administrativa, deve-se separar duas hipóteses profundamente diversas:

1. uma em que a infração praticada pelo funcionário é, ao mesmo tempo, definida em lei como ilícito penal e ilícito administrativo;
2. a outra em que a infração praticada constitui apenas ilícito penal.

(...)

Quando a sentença for pela absolvição, há que se distinguir os seus vários fundamentos, indicados no artigo 386 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;*
- II - não haver prova da existência do fato;*
- III - não constituir o fato infração penal;*
- IV - estar provado que o réu não concorreu para infração penal;*
- V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;*
- VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isente o réu de pena, ou mesmo se houver dúvida sobre sua existência²³;*
- VII - não existir prova suficiente para a condenação.’*

Repercutem na esfera administrativa as decisões absolutórias baseadas nos incisos I e V; no primeiro caso, com base no art. 1.525 do Código Civil e, no segundo, com esteio no artigo 65²⁴ do Código de Processo Penal”.

²² *In Direito Administrativo*, 14. ed - São Paulo : Atlas, 2002, p. 498 - 500.

²³ Atualmente, incisos IV, V, VI e VII segundo a nova Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008.

²⁴ O art. 65 do Código de Processo Penal (DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de OUTUBRO DE 1941), destacado pela autora, é o que diz: *Art. 65. Faz coisa julgada no civil a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.*

Trata-se assim, de uma interpretação analógica para o juízo administrativo-disciplinar, uma vez que se assume amplamente que as excludentes de ilicitude previstas na legislação Penal valem para o Direito como um todo, e não apenas para o Direito Penal. A melhor doutrina ressalta que a licitude é sinônimo de juridicidade, então, o ato lícito é considerado conforme o Direito como um todo, da mesma forma que a ilicitude é uma característica de contrariedade a todo o ordenamento jurídico (antijuridicidade).

Segundo abalizada doutrina, ontologicamente, os ilícitos penal, administrativo e civil são iguais, pois a ilicitude jurídica é uma só. “Assim não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto do ilícito penal²⁵”.

Portanto, sobre as excludentes de ilicitude reconhecidas por decisão do juízo criminal, já transitada em julgado, é certo que têm o mesmo efeito seja na seara criminal, cível²⁶ ou administrativa.

Nesse sentido, ao tratar do reflexo da sentença criminal no juízo de reparação civil²⁷, a qual pode ser analogicamente interpretada para o juízo administrativo-disciplinar, Sergio Cavalieri Filho:

“Com efeito, se não há distinção substancial entre ilícito penal e civil, logicamente, não haverá, também, distinção entre as causas que lá e cá

²⁵ Cf. Nelson Hungria “Ilícito Administrativo e ilícito penal” RDA, seleção histórica, 1945-1995, pg.15.

²⁶ A título de exemplo, o E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 88.029/RJ decidiu que:

“responsabilidade civil. a absolvição baseada no requisito da legítima defesa vincula o juízo civil, pois o ato praticado em legítima defesa é também considerado lícito na esfera civil (art. 160, inc. i, do cod. civil). reconhecida a legítima defesa própria pela decisão que transitou em julgado, não é possível reabrir a discussão sobre essa excludente de criminalidade, na jurisdição civil (art. 65 do c.proc. penal). recurso extraordinário provido, julgando-se improcedente a ação.”

No mesmo sentido, temos inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça, como a que segue abaixo: “RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA CRIMINAL ABSOLUTÓRIA. (EFEITOS). PARCELAS INDENIZATÓRIAS.1. A sentença absolutória proferida no juízo criminal subordina a jurisdição civil quando nega categoricamente a existência do fato ou a autoria, ou reconhece uma excludente de antijuridicidade (legítima defesa, exercício regular de um direito, estado de necessidade defensivo). A absolvição criminal por falta de prova, como ocorreu no caso, não impede procedência da ação cível. 2. Imodificação das parcelas indenizatórias deferidas, pela aplicação da Súmula 7.

Recurso não conhecido.” (STJ REsp 89.390RJ, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 26081996).

²⁷ Na esfera cível, o Código Civil Brasileiro também prevê, expressamente, algumas causas excludentes da antijuridicidade:

“Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. (Estado de necessidade).

excluem a ilicitude. Se o fato, em razão da incidência de uma dessas causas, deixar de ser ilícito na esfera penal, há que deixar de ser também na esfera cível. Tanto é assim que o Código Civil, tal como o Código Penal, prevê as mesmas causas de exclusão da ilicitude em seu art. 188, ao dispor: 'Não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa, no exercício regular de um direito e em estado de necessidade'. De sorte que, reconhecida no Crime a ocorrência que qualquer causa excludente de ilicitude, a questão torna-se preclusa no Cível, onde não mais será possível discuti-la, nem fazer prova em sentido contrário." (*Programa de responsabilidade civil*. - 2. ed., 3ª tir., rev., aum. e atual. - Malheiros Editores: São Paulo, 2000, p. 408).

Assim, cumpre destacar que, se por um lado estendem-se ao Dir. Administrativo-Disciplinar as causas excludentes de ilicitude/antijuridicidade reconhecidas no Dir. Penal, por outro lado o Dir. Administrativo contribui com Excludentes de Ilicitude ("Causas de Justificação") específicas, previstas expressamente nos inúmeros Estatutos Funcionais, especialmente os militares²⁸. Tome-se, por exemplo, o que prevê o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro Rdpmerj / R-9²⁹:

"Julgamento das Transgressões

Art. 15 – (...)

Art. 16 - No julgamento das transgressões podem ser levantadas causas que as justifiquem ou circunstâncias que as atenuem e/ou as agravem.

Art. 17 - São causas de justificação:

I - Ter sido cometida a transgressão na prática de ação meritória, no interesse do serviço ou da ordem pública;

II - Ter sido cometida a transgressão em legítima defesa, própria ou de outrem;

III - Ter sido cometida a transgressão em obediência a ordem superior;³⁰

²⁸ Note-se também o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1001/69), que inclui, no parágrafo único do art. 42, uma causa de justificação que aplica-se, especificamente ao comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, *in verbis*: "art. 42 (...) Parágrafo único. Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque. "

²⁹ DECRETO Nº 6.579, DE 05 DE MARÇO DE 1983.

³⁰ Como se verifica, o diploma em questão elencou como circunstâncias que obstam a sanção disciplinar, uma causa reconhecidamente excludente de antijuridicidade em Direito Penal (a legítima defesa) e outra tida não como excludente de antijuridicidade (justificante) mas sim como dirimente, isto é, excludente ou mitigadora de culpabilidade (a obediência hierárquica). Deve-se ressaltar que, embora o diploma mencione a não aplicação de pena, o

IV - Ter sido cometida a transgressão pelo uso imperativo de meios violentos a fim de compelir o subordinado a cumprir rigorosamente o seu dever, no caso de perigo, necessidade urgente, calamidade pública, manutenção da ordem e/ou da disciplina;

V - Ter havido motivo de força maior, plenamente comprovado e justificado;

VI - Nos casos de ignorância, plenamente comprovada, desde que não atente contra os sentimentos normais de patriotismo, humanidade e probidade”.

Todas essas circunstâncias elencadas como “Causas de Justificação”, têm natureza jurídica de causas excludentes da ilicitude ou da antijuridicidade, por autorizarem, justificarem, a conduta (típica) do agente naquele sentido³¹. Por óbvio que tais circunstâncias, previstas nos Estatutos Funcionais, aplicam-se tão somente àqueles que estão submetidos aos estatutos próprios, diferentemente dos previstos nos Códigos (civil, penal) os quais não são específicos e aplicam-se *erga omnes*.

Portanto, se é bem verdade que não cabe à legislação estatutária referente aos servidores diminuir o rol de circunstâncias as quais, uma vez reconhecidas (em qualquer instância), excluem a antijuridicidade da conduta do servidor, também é verdade que o rol pode ser ampliado pelos estatutos funcionais e regulamentos disciplinares, como se pode deduzir dos exemplos apresentados acima³².

Por isso mesmo, no âmbito do processo administrativo disciplinar, se as provas dos autos levarem à conclusão de que os fatos, mesmo sendo típicos e da autoria do acusado, foram praticados em circunstâncias lícitantes, deverá a Comissão, em exposição de motivos fundamentada, fazer os autos conclusos à autoridade instauradora, com a sugestão de arquivamento do processo.

artigo foi concebido sob a rubrica “causas de justificação”, o que transmuda a excludente de culpabilidade em excludente de antijuridicidade ou de ilicitude disciplinar. Essa abordagem deve ser a mesma em todo e qualquer diploma disciplinar, porquanto o que é lícito ou ilícito cabe ao legislador decidir e, como no caso analisado, se ele preferiu enumerar como causa excludente de ilicitude, clássicas excludentes ou mitigadoras de culpabilidade, que assim seja.

³¹ Vejamos, ainda, o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais (Lei nº 8.112, de 11 de Dezembro de 1990) que, em seu artigo 132, cita expressamente a legítima defesa como causa de justificação que justifica uma conduta ordinariamente ilícita (ofensa em serviço):

“Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: (...)

VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;”

³² Ainda com relação a isto, uma questão interessante surge quando se faz um breve comparativo entre as excludentes genéricas e específicas, por exemplo, as excludentes de ilicitude do Código Penal Militar e as causas de justificação do RDPM/PMESP. Pois bem: verifica-se, de plano, que algumas destas “justificantes”, como por exemplo a legítima defesa, se reconhecida pela autoridade judiciária, não ensejará, provavelmente, sequer a desclassificação do delito, pois o juiz, de imediato a reconhecerá no campo das excludentes. Contudo, se (por exemplo) estivermos perante uma “justificante” relativa ao benefício do serviço, que só está prevista no regulamento disciplinar próprio? Será tal justificação examinada pelo juiz quando no momento de sua decisão? Entendemos que, provavelmente, tal circunstância não será levada em conta pelo juiz, uma vez que, pelo menos a princípio, estar-se-ia em uma competência que envolve o mérito administrativo da questão.

Cumpra destacar, por pertinente, que mesmo que as autoridades administrativas que instauram o processo administrativo não possam divergir do juiz do crime, afirmando que o fato não se deu em legítima defesa ou em estado de necessidade, não obstante considerem provada a justificativa, casos existem que admitirão a ressarcibilidade do dano, tal como se dá no juízo cível³³.

Atipicidade penal da conduta imputada ao servidor

Quando do julgamento na esfera criminal, a adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo) deve ser perfeita, pois, caso contrário, o fato será considerado formalmente atípico.

O poder-dever de punir encontra limites na própria conduta do acusado, que se não cometer ilícito reprimido pela lei penal está imune à respectiva condenação, pois não há crime sem que haja previsão legal (*nullum crimen sine lege*). O princípio é o mesmo no direito administrativo-disciplinar:

“Lei 8.112/90 - Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.

§ 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes”. (destaque a que se deu).

Ainda que determinados fatos não se enquadrem em determinada figura típica penal, consoante determinada dogmática, não significa que dentro de outro sistema não encontrem a necessária adequação com o preceito legal. Assim, a não tipificação do fato como ilícito penal não impedirá a punição administrativa:

“Administrativo. Servidor Público Federal. Infração administrativa. Demissão. Irregularidade do processo administrativo. Inocorrência. Contrariedade da demissão com as provas. Súmula 7 do STJ. Absolvição criminal. Independência das instâncias administrativa e penal. Infração residual. Ausência de vícios a inquinar de nulidade o respectivo apuratório administrativo. A análise da comprovação da infração administrativa é obstada pela aplicação da Súmula 7 deste Tribunal. Quando a absolvição penal se deve ao fato de não estar

³³ Nesse sentido, embora reconhecida na esfera penal à ausência de crime, vez que se operou a exclusão da ilicitude, mesmo assim, nada impede a sua responsabilização em face de uma lide de natureza indenizatória. A regra, portanto, determina que se a sentença absolutória for motivada em causa excludente de antijuridicidade, não haverá reparação do dano, salvo, quando a lei civil assim determinar.

tipificada a conduta, não há comunicação com a esfera administrativa a impedir a sanção disciplinar, por se tratar de ilícito residual” (STJ, Resp. 512.595, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5a T., j.).(grifo nosso).

O artigo 67, inciso III, do CPP, prescreve que a sentença absolutória que decidir que o fato imputado ao acusado não constitui crime, não impedirá a propositura da ação civil. Sabe-se que se o fato for um atípico penal, ou seja, não constituir um ilícito penal, nada impede seja ele considerado um ilícito civil, e, do mesmo modo, não impede a responsabilização no âmbito administrativo-disciplinar. Os crimes funcionais, principalmente aqueles previstos no Código Penal (arts. 312 a 326) acarretam, via de regra, faltas disciplinares, mas a recíproca não é verdadeira. Por isso mesmo, um servidor pode ser absolvido na esfera penal por atipicidade (criminal) de sua conduta, e ser punido pelo mesmo fato na instância administrativa. Resumidamente: aquilo que não é crime pode, muito bem, ser falta disciplinar, sendo certo que, nesse caso, as instâncias não se comunicam³⁴.

³⁴ Nesse sentido: “ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL. EXISTÊNCIA DE FALTA RESIDUAL. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. PROVIMENTO DO PEDIDO REVISIONAL PARA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO E NÃO PARA A REINTEGRAÇÃO DO SERVIDOR, NOS EXATOS TERMOS DO PEDIDO. REGULARIDADE DO PROCESSO REVISIONAL. DECISÃO PELA MANUTENÇÃO DA DEMISSÃO. VALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. - 1. In casu, conquanto tenha de fato havido absolvição perante a Justiça Criminal – o que se deu posteriormente à imposição da pena demissória efetivada pela Administração –, não se vislumbra qualquer repercussão desse fato quanto à aplicação da pena de demissão. Isso porque, não obstante a absolvição tenha se dado pela não configuração do crime de concussão, não houve, efetivamente, negativa do fato delituoso. 2. De qualquer sorte, como já evidenciado, o Recorrente não foi demitido administrativamente pela concussão, mas com base no art.158, inciso II, da Lei Orgânica da Polícia Civil, “procedimento irregular de natureza grave”, o qual se configura com a simples conduta sobrejante – reconhecida no acórdão penal absolutório – que não está abrangida pela absolvição penal. **É o que se denomina falta residual, a que alude o verbete sumular nº 18 do STF.(destaque nosso)**. 3. Outrossim, tem-se por acertadas as providências adotadas pela Administração, após o provimento do mesmo pedido revisório, pela simples instauração do processo revisional (a fim de se verificar acerca da procedência ou improcedência da tese ali estabelecida), na medida em que se limita a atender os exatos termos do pleito revisional formulado pelo Recorrente. 4. Recurso desprovido.” (RMS 12.613/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA). “PENAL E ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA - AUSÊNCIA DE COISA JULGADA NA ESFERA CÍVEL OU ADMINISTRATIVA - FALTA GRAVE NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES - CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. - A absolvição por insuficiência de prova para a condenação criminal de regra não impede que se apure o residuo administrativo, que de “per si” já pode justificar a penalização do servidor, pois as duas responsabilidades são distintas e autônomas. - no caso, se o apelante teve cassada a sua aposentadoria em razão de várias faltas graves no exercício das funções do cargo que ocupava, apuradas em processo administrativo regular e se apenas uma delas é que foi objeto de ação penal, então todas as demais faltas funcionais por ele praticadas e não consideradas como crimes configuram o chamado “residum” administrativo,

A propósito, como exemplo do que foi colocado anteriormente, observe-se que os incisos X, XI, XIII, e XV do art. 117 da Lei 8.112/90 acarretam a pena demissória, mas não configuram, a princípio, ilícitos penais. Assim, uma vez processado o servidor federal pelos mesmos fatos, com decisão penal absolutória reconhecendo a atipicidade da sua conduta, o servidor eventualmente poderá vir, assim mesmo, a ser punido administrativamente, se houver o chamado **resíduo administrativo**. Logo, ele poderá ser demitido por infringência ao art. 117, XV, da Lei 8.112/90 (desídia), e, pelos mesmos fatos, ser absolvido pelo juízo criminal, em face da não-configuração do delito de prevaricação (art. 319, CP), já que para a configuração exata do tipo penal citado, torna-se necessária a demonstração do elemento subjetivo do injusto³⁵.

Falta/insuficiência de provas para a condenação penal (absolvição pelo princípio do “In Dubio Pro Reo”)

Consoante a doutrina e a jurisprudência dominantes, tal absolvição, caracterizadamente decretada por fórmula dubitativa, não pode impedir a Administração de chegar à conclusão diversa, se a tanto lhe bastar a prova produzida no processo administrativo. Portanto, por essa ótica, a sentença absolutória fundamentada na falta /fragilidade/insuficiência de provas não vincula a instância administrativa.

Esta situação será verificada toda vez que se estiver diante de uma sentença penal absolutória com fundamento nos seguintes incisos do art. 386 do Código de Processo penal (CPP):

Art. 386

II - não haver prova da existência do fato; (*falta de prova da materialidade do fato imputado ao agente*).

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (*falta de prova da autoria atribuída ao agente*).

VII - não existir prova suficiente para a condenação; (*insuficiência da prova*)

que lhe obsta o restabelecimento do “status” anterior de aposentado. - recurso improvido.
(Origem: TRF-2. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - Processo: 97.02.43137-9 UF : RJ Orgão Julgador: QUARTATURMA (Data Decisão: 15/06/1998 Documento: TRF 200064436. Desembargador Federal JULIO MARTINS. DJU- Data::09/09/1999).(grifou-se).

³⁵ A esse respeito, a doutrina: “se a falta cometida pelo agente público, por ação ou omissão, ferir simplesmente o interesse do serviço público, perturbando-lhe o funcionamento ou afetando, atual ou potencialmente, sua eficiência, daí nasce a responsabilidade disciplinar do funcionário”. FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, 1943, p. 189.

Também o inciso VI do art. 386 traz, em sua parte final, uma circunstância que pode ser entendida como falta/insuficiência da prova com relação à ILICITUDE ou CULPABILIDADE da conduta do agente: “*CPP-Art. 386.VI :existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1o do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.*”(grifo nosso). Com a atual redação do referido dispositivo legal, o acusado não mais se encontra obrigado a provar cabalmente a existência dos requisitos das discriminantes, bastando incutir fundada dúvida de sua ocorrência no julgador. Portanto, o Órgão da acusação agora deve também provar que, em havendo alegação de exclusão de ilicitude, esta não é apta a incutir fundada dúvida, ao ponto de permitir a absolvição.

Praticamente consolidando o entendimento doutrinário existente sobre o assunto, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, com extrema precisão e clareza, assim se posiciona: “*Não repercutem na esfera administrativa: 1. (...); 2. as hipóteses dos incisos II, IV e VI, em que a absolvição se dá por falta de provas; a razão é semelhante à anterior; as provas que não são suficientes para demonstrar a prática de um crime podem ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo*”³⁶.

Pacífica também, neste ponto, a jurisprudência, como se pode conferir, *verbis*:

“*FUNCIONALISMO DEMISSÃO. ABSOLVIÇÃO NO JUÍZO CRIMINAL. REPERCUSSÃO NO JUÍZO CÍVEL. FALTA RESIDUAL. SÚMULA 18. - a súmula n. 18 do STF reflete o princípio da autonomia da jurisdição cível e criminal, consubstanciado nos arts. 1.525 do CC e art. 200 da Lei n. 1.711/52, segundo o qual a absolvição no juízo criminal não invalida a demissão, em processo administrativo, senão quando naquele se estabelece a inexistência do fato ou da autoria. A absolvição por falta de provas não repercute na instância administrativa, sendo sempre possível a sanção administrativa pela falta residual. Recurso extraordinário conhecido e provido.*” (STF- re 99958, relator (a): Min. Rafael Mayer, primeira turma, julgado em 07/06/1983, dj 01-07-1983 pp-10002 ement vol-01301-05 pp-00991 rtj vol-00106-02 pp-00893).

“*SERVIDOR PÚBLICO - A ABSOLVIÇÃO CRIMINAL BASEADA NA FRAGILIDADE DA PROVA NÃO AUTORIZADA POR SI SÓ, A INVALIDADE DO ATO DEMISSÓRIO, PROCESSADO REGULARMENTE, POR VIA DE INQUÉRITO ADMINISTRATIVO, EM OBSÉQUIO AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DE JURISDIÇÕES.*” (STF- MS 7692, relator(a): Min. Henrique D’avila - convocado, tribunal pleno, julgado em 09/11/1960, dj 21-12-1960 pp-**** ement vol-00447-01 pp-00121 rtj vol-00015-01 pp-00037).

³⁶ *In*: Direito administrativo. 15, ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 499.

“ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL - DEMISSÃO DE SERVIDOR - PÚBLICO - FATO DEFINIDO COMO ILÍCITO PENAL - ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVA NO JUÍZO CRIMINAL.

I - A absolvição criminal por insuficiência ou falta de provas não implica em desconstituir-se automaticamente a sanção administrativa aplicada ao servidor, pelo mesmo fato. A desconstituição automática somente ocorre, quando a Justiça Criminal declara inexistente o fato ou que dele não participou o funcionário.
II - Ação de indenização. Improcedência.” (STJ -1ª Turma – RESP 13880-1/ES – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – unânime).

Assim, consoante à jurisprudência dominante, caso a absolvição na ação penal se fundamente na ausência de prova da ocorrência do fato, na ausência de prova da autoria, na ausência de prova suficiente para a condenação, ou na ausência de prova cabal da ilicitude ou culpabilidade³⁷, não haverá consequências automáticas no âmbito administrativo³⁸, em que pese a crítica e posicionamento contrário do professor Mauro Roberto Gomes de Mattos, o qual se coloca como fundamentos: a violação aos princípios constitucionais da presunção da inocência e da segurança jurídica, como verdadeiros direitos fundamentais a serem preservados, o que será explicitado, à miúdo, em tópico deste trabalho a seguir.

A- Não restar provada a existência do fato imputado ao agente (Art. 386, II)

Nessa hipótese, assume-se que o fato delituoso pode até ter ocorrido, mas não houve dentro do processo um perfeito esclarecimento, de modo que se permite a responsabilização na esfera administrativa ainda que tenha ocorrido a absolvição na esfera penal. O fato de o juízo criminal não ter logrado comprovar a existência do fato por não haver provas suficientes, não significa assumir que tal fato não tenha existido, mas, unicamente que o fato não restou comprovado. Possível, portanto, a responsabilização civil e administrativa do agente.

³⁷ Com uma das recentes reformas do CPP (pela Lei nº 11.690, de 2008), em havendo provas que corroborem a versão do acusado e que permitam concluir acerca da plausibilidade da atuação acobertada por causa de justificação, deve ser absolvido o réu em face do art. 386, inciso VI, do CPP, que contempla a hipótese quando houver fundada dúvida sobre a existência da causa de exclusão do crime. O acusado, agora, não mais se encontra obrigado a provar cabalmente a existência dos requisitos das discriminantes, bastando incutir fundada dúvida de sua ocorrência no julgador. O Ministério Público agora deve também provar que, em havendo alegação de exclusão de ilicitude, esta não é apta a incutir fundada dúvida, ao ponto de permitir a absolvição.

³⁸ Uma vez que aquilo que, por alguma razão, não restou suficientemente provado quando do julgamento criminal, pode, em outro momento, restar suficientemente provado na instância administrativa-disciplinar, sendo que algumas vezes a falta ou insuficiência de provas para fins penais não implica necessariamente falta ou insuficiência de provas para caracterizar a conduta como infração administrativa disciplinar.

Não se podem confundir os conceitos “inexistência do fato” (CPP, art. 386, I) e “não estar provada a existência do fato” (CPP, art. 386, II). No primeiro, comprovadamente, não se verifica o fato típico imputado ao réu. No segundo, o crime “pode ter ocorrido”, conquanto não definitivamente comprovado - daí a absolvição. Figuras diversas, separadamente arroladas pelo legislador que, por isso, não se confundem.

José Cretella³⁹ ilustra a questão com o seguinte exemplo: carteiro, acusado de desvio de registrados com valores, confiados à sua guarda. No entanto, nenhuma reclamação por parte do público; nenhum valor encontrado em poder do carteiro. As acusações constantes do inquérito administrativo, levadas depois para o juiz criminal ilustram a segunda hipótese enumerada no Código de Processo Penal: “não haver prova da existência do fato.” Portanto, o crime pode ter ocorrido, mas não está provado. O réu, pois, deve ser absolvido, por não estar provado o fato que se diz delituoso. Não há prova contra o servidor. O acusado é absolvido pelo juiz (art. 386, II, CPP), mas, consoante à jurisprudência dominante, tal absolvição não vincula, necessariamente, a instância administrativa.

Ademais, já é entendimento há muito firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que a absolvição criminal fundamentada no CPP, art. 386, II não repercute na esfera administrativa. Nesse sentido, destaca-se:

“ADMINISTRATIVO. EX-SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ANULAÇÃO DO ATO DE DEMISSÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO A QUO. JUÍZO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO. INSTÂNCIA CRIMINAL. NEGATIVA DA AUTORIA. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.

1. Em se tratando de ação de reintegração no serviço público em razão da absolvição perante o Juízo Criminal, o prazo prescricional começa a fluir a partir da data do trânsito em julgado da sentença penal absolutória dos fatos que justificaram a aplicação da pena de demissão e não do ato demissório. 2. A repercussão da absolvição criminal na instância administrativa somente ocorre quando a sentença proferida no Juízo criminal nega a existência do fato ou afasta a sua autoria. 3. O envolvimento de soldado da polícia militar estadual em movimento grevista atentatório à segurança da população, quando proclamada a negativa da autoria perante o Juízo Criminal, não constitui motivo para convalidar o ato de demissão do serviço público. 4. Recurso especial conhecido e provido”. (Resp 249411/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ em 21/08/2000).

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO.

- A absolvição do funcionário por insuficiência de provas no juízo criminal não vincula a sede administrativa. O decísum, neste caso, não pode ser utilizado como argumento para a readmissão do funcionário.

- recurso desprovido.»(RMS 8376RS, Rel. Min. Felix Fischer).

³⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: RT, 1988, p. 122.

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. CONCUSSÃO. SINDICÂNCIA E PROCESSO DISCIPLINAR. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. RECURSO ESPECIAL.

1. Tratando os autos de falta disciplinar tipificada como crime, a prescrição respectiva obedece aos comandos do Código Penal. Precedentes. 2. Consoante o entendimento firmado deste STJ, a absolvição criminal por falta de provas (CPP, art. 386, II) não vincula o procedimento administrativo. 3. Suposta violação ao texto de lei estadual não comporta exame em Recurso Especial, a teor da Súmula 280/STF. 4. A mera transcrição de ementas não basta à caracterização do dissídio jurisprudencial alegado. Desobedecido o disposto no RISTJ, art. 255, § 2º, não se conhece da inconformação, pela divergência. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.” (Resp 249.154/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA).

B – Não restar provada a autoria atribuída ao agente (Art. 386, V)

Também se revela dominante o entendimento de que a decisão absolutória por falta de provas da autoria não repercute na esfera administrativa.

Nesse sentido, o Pretório Excelso, no julgamento do RE 85.314/RJ, já decidiu: “*Absolvição criminal fundada em ausência de provas no tocante à autoria não exclui a punição administrativa de funcionário público baseada em inquérito*”.

Assume-se que, nesse caso, a absolvição criminal não se funda na negativa categórica da autoria, mas na falta de prova capaz de conduzir à certeza da autoria. Trata-se da hipótese em que não há efetiva comprovação de que o réu tenha executado o crime ou participado dele. Uma vez que no direito penal vige o princípio do *in dubio pro reo*, espera-se que o juiz criminal o absolva quando deparar-se com essa hipótese. Contudo, isso não representará óbice à responsabilização administrativa do servidor.

A hipótese em tela evidencia a existência de um fato criminoso, e que não se logrou demonstrar que o réu dele tenha tomado parte ativa. Pode haver coautores responsabilizados ou não. Se, por um lado, a realidade das provas colhidas no processo demonstra que o acusado faz jus a ser absolvido (por não se ter construído um universo sólido de provas contra ele e, por outro lado, pode-se, perfeitamente, ajuizar-se a ação civil ou procedimento disciplinar, para, então, provar a participação do réu no ilícito correspondente).

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUALCIVIL. POLICIALCIVIL. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. ART.386, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA DE TER O RÉU CONCORRIDO PARA A INFRAÇÃO PENAL. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. REINTEGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a absolvição criminal somente tem repercussão na instância administrativa quando a sentença proferida no Juízo criminal nega a existência do fato criminoso ou afasta a sua autoria. 2. Na espécie, a sentença penal absolutória, transitada em julgado, foi fundada na ausência de prova de terem os réus concorrido para a infração penal (inciso IV do art. 386, CPP), sendo tal hipótese insuficiente para absolver os ex-policiais na esfera administrativa. 3. Recurso especial conhecido e improvido. STJ - Resp 770712 / SP RECURSO ESPECIAL 0125919-6. RELATOR: MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA).(destaque a que se fez).

C – Insuficiência de provas (Art. 386, VI do CPP)

Se a absolvição criminal se fundar em insuficiência do conjunto probatório para o fim de ensejar uma condenação pelo crime, tal circunstância não inibirá a aplicação da sanção administrativa, pois também predomina em nossos tribunais o entendimento de que a decisão administrativa disciplinar não resta afetada por sentença penal de absolvição por insuficiência de provas.

Quanto a isto, realmente não se opõe a jurisprudência dominante:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ABSOLVIÇÃO. CRIMINAL POR FALTA DE PROVA. CONTINUAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. LEGALIDADE.

1. A absolvição baseada no art. 386,VI do CPP (por insuficiência probatória) independe da existência do fato ou da sua autoria, não vinculando, destarte, a via administrativa.

2. Sugerida a penalidade pelo Conselho Superior de Polícia, após regular procedimento administrativo, válido é o ato de demissão. 3. Recurso não provido.”(STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, ROMS nº 8229/RS, 5ª T., DJ de 19/10/98, p.116.).

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. AÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À REINTEGRAÇÃO.

1. *A absolvição fundada no art. 386,VI, do Código de Processo Penal (insuficiência de provas) não vincula a esfera administrativa, sendo inviável a sua utilização com*

vistas à reintegração do servidor. 2. Recurso improvido.” (STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ROMS nº 5241/SP, 6ª T., DJ de 29/5/2000, p. 182.).

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. ABSOLVIÇÃO NO JUÍZO CRIMINAL POR INSUFICIÊNCIA.

I – A absolvição do funcionário por insuficiência de provas no juízo criminal não vincula a sede administrativa. O decisum, neste caso, não pode ser utilizado como argumento para a readmissão do funcionário.

II – Impossibilidade do recorrente arguir, em sede de recurso ordinário, questão de fato, já conhecida quando da impetração, não suscitada e não discutida no processo. Devem as partes apresentar todos os fundamentos do pedido na primeira oportunidade.

Recurso desprovido.” (STJ, Rel. Min. Felix Fischer, ROMS nº 11977/SP, 5ª T., DJ de 24/9/2001, p. 322.).

“ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO NO JUÍZO CRIMINAL, NÃO AFASTA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA, DECORRENTE DE PROCESSO REGULAR. INTELIGÊNCIA DO ART.1525 DO CÓDIGO CIVIL E DO ART. 386, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOCORRÊNCIA DE ABUSO DE PODER. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (STF- RE 67837, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, PRIMEIRA TURMA, PP-00457 EMENT VOL-00789-01 PP-00467).

Como se pode verificar, os arestos acima colacionados são uníssonos em fixar que a absolvição no Juízo criminal por insuficiência de prova não vincula a instância administrativa.

Anote-se, por oportuno, que, para alguns autores, o art. 386, VI, do Código de Processo Penal ofenderia o princípio da presunção de inocência, ao levarem em conta que o servidor deveria ser absolvido por não haver prova do fato tido como ilícito penal ou que ele tenha sido seu autor, e não por insuficiência de provas desse mesmo ilícito⁴⁰.

⁴⁰ Com esse entendimento, pronuncia-se o professor Damásio Evangelista de Jesus: “Cremos que o art. 386, VI, do CPP, [...] é incompatível com o princípio do estado de inocência. Se há nos autos a exigência da prova de um fato e ela apresenta dúvida razoável, esse fato deve ser considerado não provado. O réu precisa ser absolvido porque não há prova do fato e não porque a prova é insuficiente. A redação da disposição, porém, dá a entender que o juiz está fazendo um favor ao acusado: há prova contra ele, mas só não se profere sentença condenatória porque ela é insuficiente”. *In: Direito Penal 1º volume- Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 23. ed., 1999.*

Da mesma forma, opina Mauro de Roberto Gomes de Mattos: “[...] a redação do citado inciso VI, do art. 386, do CPP, da maneira como ela se encontra, abstrai o fato de que o acusado foi indevidamente constrangido por uma inadequada, imprudente e inoportuna denúncia, cujos fatos nela descritos não foram provados robustamente no decorrer da instrução criminal e desse modo não tendo condições de demonstrar através de provas certas e seguras a prática do ilícito penal imputado ao denunciado”.

Ainda a respeito, vale uma reflexão sobre o que diz Francesco Carnelutti:

“Chamada absolvição por insuficiência de provas, de fato, não é senão uma recusa de escolha; e, por isso, denuncia, como já disse mais de uma vez, o insucesso da administração da justiça. Entre o sim e o não, o juiz, quando absolve por insuficiência de provas, confessa a sua incapacidade de superar a dúvida e deixa o imputado na condição em que se encontrava antes da discussão: imputado por toda a vida. Recordo a esse propósito, quando presidia a Comissão para a formação de um projeto de reforma do Código de Processo penal, de ter observado que essa é uma solução cômoda para o juiz, porque o libera do peso de sua tarefa, mas nociva para a justiça, a qual deve dirigir-se com um sim ou com um não⁴¹.

É imperioso ressaltar, contudo, que a absolvição criminal fundamentada na falta ou insuficiência de provas que demonstrem a prática de um crime funcional, ou mesmo na dúvida sobre sua existência (arts. 386, IV e VI, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que incluiu o inciso VII ao dispositivo) não significa dizer, necessariamente, que as provas apresentadas não sejam suficientes para comprovar outro fato infracional administrativo, responsabilizando o servidor nos âmbitos civil e administrativo. Assim, o servidor público pode ser absolvido na esfera penal, condicionando a esfera administrativa a absolvê-lo pelo mesmo fato, mas o que não impede que sejam encontrados nos autos elementos caracterizadores de uma outra infração disciplinar, que a doutrina e a jurisprudência denomina de falta ou conduta residual.⁴² Nessa circunstância, se demitido após apurada sua responsabilidade administrativa, o servidor não deverá ser reintegrado, caso o processo criminal concluir pela absolvição por insuficiência de provas, vendo-se confirmada essa orientação nas seguintes decisões exarada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal:

“Funcionário Público – Demissão – Absolvição Criminal. Embora possa ter sido absolvido o funcionário na ação penal a que respondeu, não importa tal ocorrência a sua volta aos quadros do serviço público, se a absolvição se deu por insuficiência de provas, e o servidor foi regularmente submetido a inquérito administrativo, no qual foi apurado ter ele praticado o ato pelo qual veio a ser demitido. A absolvição criminal só importaria anulação do ato demissório se tivesse ficado provada, na ação penal, a inexistência do fato, ou que o acusado não fora o autor (STF, Pleno, MS nº 20.814, Rel. Min. Aldir Passarinho, RDP 183/77).

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE DE ATOS PROCESSUAIS.

⁴¹ CARNELUTTI, *apud* MATTOS. *Lei nº 8.112/90...*, *op. cit.*, p. 765.

⁴² Súmula nº 18 do STF: “Pela falta residual não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor”.

TESTEMUNHAS. PERÍCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PENAL. INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. SEGURANÇA DENEGADA. (*omissis*).

1. A decisão administrativa disciplinar não resta afetada por sentença penal de absolvição por insuficiência de provas e o juízo administrativo não precisa aguardar trânsito em julgado de decisão criminal para aplicar pena disciplinar. 2. Segurança denegada”. (STF MS 8111/DF, Relator Min. PAULO MEDINA).

É de se concluir, por derradeiro, que a circunstância de não existirem provas suficientes para demonstrar a prática de um crime funcional não impede que elas possam ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo, de forma que a absolvição do servidor, por não provada a autoria no fato a ele imputado, não afasta a impossibilidade da aplicação de pena disciplinar nem serve de fundamento para revisão do ato de demissão, dada a independência das três jurisdições.

É neste ponto que se traz à baila o entendimento contrário do professor Mauro Roberto⁴³. O insigne mestre tem outra visão referente ao item III.4 e seu subitem C deste trabalho, o qual sustenta não ser da melhor técnica jurídica o argumento de independência das instâncias penal e administrativa para justificar prevalência desta diante da sentença penal absolutória, assim como ocorre vilipêndio aos princípios da Segurança Jurídica e da Presunção da Inocência. Sendo assim, abaixo traremos todo o raciocínio jurídico desenvolvido pelo eminente jurista.

Quando o servidor público passa a ser objeto de investigação criminal ou administrativa é costumeiro e habitual em relação à sua pessoa que ocorra a “inversão” de todos os princípios, subprincípios, regras, direitos e garantias fundamentais constitucionais. Tal prática ocorre ainda hoje haja vista o preconceito subjacente existente em alto grau em nosso Estado Democrático de Direito. Esta realidade plausível e explícita se sustenta, com base nos costumes e na *praxis*. Passa o referido servidor a ser tido como “*persona non grata*”, inclusive e principalmente em seu ambiente social e de trabalho (se deste não for afastado), configurando explicitamente casos de punição antecipada.

Contudo a referida prática viola gravemente e injustamente os mais comezinhos princípios fundamentais constitucionais, processuais penais e principalmente as “liberdades civis individuais” do servidor público. Nesse sentido aduz Roscoe Pound⁴⁴: “Em obra recente sobre a Corte Suprema, o falecido Ministro Jackson diz-nos que na Grã-Bretanha “observar as liberdades civis é boa política e transgredir os direitos dos indivíduos ou da minoria é má política”. Acrescenta ainda: “Não posso dizer que nos Estados Unidos assim seja”. Daí conclui que a Corte Suprema precisa dispor do apoio de opinião pública vigorosa e esclarecida

⁴³ *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*, 2. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2010.

⁴⁴ POUND, Roscoe. *Liberdade e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976. p. 1.

se quiser preservar as liberdades civis. [...] Qualquer infração considerável dos direitos garantidos do indivíduo ou da minoria parece importar em muito mais do que repelir um pronunciamento de ética política em instrumento político. Importa em desafio à lei fundamental, em anulação da lei estabelecida sobre a qual repousa a manutenção da segurança geral”.

Assim, para elucidar tal posicionamento, veja-se que o art. 126, da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico Único do Servidor Público Federal) estabelece que a responsabilidade administrativa do servidor público será afastada na hipótese apenas de absolvição criminal que negue a existência do fato ou de sua autoria, deixando de admitir a absolvição por não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal (CPP, art. 386, IV) e por não existir prova suficiente para a condenação (CPP, art. 386, VI).

Essa situação se afigura como inconstitucional e violadora de preceitos infraconstitucionais constitucionalizados, pois o inciso LVII, do art. 5º, da CF é claro em estabelecer que: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Funciona a presunção de inocência como um dos direitos mais fundamentais para a sociedade e para o cidadão em específico, sendo que ela nasceu dos ideais da Revolução Francesa (1789-1799) como uma forma de acabar com o processo penal inquisitivo do Antigo Regime, que passou a ser acusatório.

Os princípios informadores da presunção de inocência também desde suas origens estão presentes na Constituição não escrita dos ingleses e se traduzem na garantia de certeza para um veredicto condenatório: *beyond any reasonable doubt*⁴⁵.

E pela Emenda V, da Constituição dos Estados Unidos da América, se reconheceu o direito a todo cidadão ao *due process of law*, que segundo interpretação da Suprema Corte daquele país, pressupõe a presunção de inocência.

Estas influências foram suficientes para que o art. 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 se positivasse, de uma vez por todas, preconizando pela necessidade de se estabelecer a presunção de inocência nos seguintes termos: “*Tout homme tant présumé innocent jus qu’à ce qu’il ait été déclaré coupable [...]*”^{46 47}.

Depois da Segunda Grande Guerra Mundial, surgiu na Europa a constitucionalização dos direitos fundamentais da pessoa humana e a tutela de garantias mínimas que deve guarnecer todo o processo judicial.

Tendo a nossa Constituição Federal positivado o princípio *sub oculis* todo o ordenamento infraconstitucional, aí incluído não só o Direito Penal, o Direito Processual Penal como o Direito Administrativo, estão obrigados “a absorver

⁴⁵ “Para além de qualquer dúvida razoável”. (tradução livre).

⁴⁶ “A todo homem se presume inocente até que seja declarado culpado.” (tradução livre).

⁴⁷ A referida Declaração resulta de um triunfo das lições de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, (dentre outros) que havia afirmado em sua obra publicada em 1764, “*Dei Delitti e delle Pene*”, a necessidade de se conferir aos acusados direitos e garantias. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. 2. ed. Bogotá: Themis, 1990. p. 21.

regras que permitam encontrar um equilíbrio saudável entre o interesse punitivo estatal e o direito de liberdade⁴⁸”, dando plena ênfase a sua aplicabilidade.

Funciona, portanto, o princípio da presunção de inocência como um elemento essencial em todo ordenamento jurídico⁴⁹, aí incluído o Direito Administrativo. Dessa maneira, como o estado de inocência gera presunção *juris tantum*, após o título judicial

Tendo a nossa Constituição Federal positivado o princípio *sub oculis*, todo o ordenamento infraconstitucional, aí incluído não só o Direito Penal, o Direito Processual Penal como o Direito Administrativo, estão obrigados “a absorver regras que permitam encontrar um equilíbrio saudável entre o interesse punitivo estatal e o direito de liberdade⁵⁰”, dando plena ênfase a sua aplicabilidade.

Portanto, o princípio da presunção de inocência como um elemento essencial em todo ordenamento jurídico⁵¹, aí incluído o Direito Administrativo. Dessa maneira, como o estado de inocência gera presunção *juris tantum*, após o título judicial que absolve o acusado, inclusive pela falta/insuficiência de prova, a aludida presunção se torna um dogma, assumindo a posição de certeza (*juris et de jure*).

Adquirindo a certeza da inocência pelo título judicial penal, não vemos como ele poderá ser alterado na instância administrativa disciplinar. A redação de parte do art. 126, da Lei nº 8.112/90 é inconstitucional por limitar o princípio

⁴⁸ FONSECA, Adriano Almeida. *O princípio da Presunção de Inocência e a sua Repercussão Infraconstitucional*. Jus Navigandi, Teresina, a.4, n. 36, nov. 1999, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em: 10 out. 2010.

⁴⁹ “Com efeito, a partir do momento em que tem acolhimento constitucional, elevado à categoria de direito fundamental, e pese embora o facto de a presunção de inocência se encontrar localizada dentro das garantias constitucionais do processo penal, a referida presunção terá que estar presente em qualquer tomada de decisão administrativa ou jurisdicional, relacionadas com a conduta dos cidadãos e de cuja aplicação se faça derivar um resultado sancionatório ou limitador de direitos. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 198/90, de 7 de junho de 1990, que declara a presunção de inocência aplicável ao processo disciplinar, julgando inconstitucional a norma do Regulamento Disciplinar que consente a perca total de vencimento do funcionário suspenso em virtude de processo disciplinar.” (VILELA, Alexandra. Op. cit. ant., p. 11).

⁵⁰ FONSECA, Adriano Almeida. *O princípio da Presunção de Inocência e a sua Repercussão Infraconstitucional*. Jus Navigandi, Teresina, a.4, n. 36, nov. 1999, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em: 10 out. 2010.

⁵¹ “Com efeito, a partir do momento em que tem acolhimento constitucional, elevado à categoria de direito fundamental, e pese embora o facto de a presunção de inocência se encontrar localizada dentro das garantias constitucionais do processo penal, a referida presunção terá que estar presente em qualquer tomada de decisão administrativa ou jurisdicional, relacionadas com a conduta dos cidadãos e de cuja aplicação se faça derivar um resultado sancionatório ou limitador de direitos. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 198/90, de 7 de junho de 1990, que declara a presunção de inocência aplicável ao processo disciplinar, julgando inconstitucional a norma do Regulamento Disciplinar que consente a perca total de vencimento do funcionário suspenso em virtude de processo disciplinar.” VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 11.

da presunção de inocência no âmbito administrativo e deixar de fora do seu raio de ação a absolvição por falta/insuficiência/inexistência de provas. A absolvição, independente da parte dispositiva da sentença penal, gera o reflexo imediato e positivo para a sociedade de que o réu não era culpado da imputação que lhe fora feita pelo representante do Ministério Público Estadual e ou Federal.

Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias⁵² preconiza a inconstitucionalidade material de toda lei ordinária que viole as garantias de defesa do acusado, bem como da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença criminal: *“As duas normas constitucionais mais importantes neste domínio, são o art. 32,1, proclamando que ‘o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa’, e o art. 32,2, segundo o qual ‘todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação.’ Daqui resulta que toda a lei ordinária que afete o ‘conteúdo essencial’ (art. 18, 2) destas garantias padeça de inconstitucionalidade material.”* (aspas no original).

Na mesma direção, seguiu a decisão do HC nº 29.588/SP⁵³, sob a relatoria do Min. Paulo Medina: *“...O princípio da presunção de inocência constitui garantia individual de porte constitucional, que não pode ser destruído por mera presunção de culpa, sob pena de configurar punição antecipada, vedada pelo ordenamento jurídico vigente [...].”*

Não resta dúvida que o reflexo da decisão penal no Direito Administrativo sancionador é uma consequência da subordinação dos atos administrativos ao resultado produzido na via judicial, quando os fatos jurídicos forem os mesmos e previstos como ilícitos penais.

A responsabilidade disciplinar do servidor público pode ser oriunda de uma violação de normas estabelecidas tanto no Direito Administrativo, como no Direito Penal. Esta violação de deveres funcionais estabelece a infração disciplinar, que como visto, pode gerar múltiplas incidências (disciplinares e penais). Constituindo-se na violação de um ou mais deveres, a cujo cumprimento o servidor público se encontra vinculado, a infração disciplinar é formal, decorrente de uma ação ou de uma omissão ocasionada em razão da função exercida.

Quando se tratar de um ilícito previsto como crime, a ordem jurídica une o Direito Administrativo ao Direito Penal para que uma mesma ilicitude, com reflexos nas duas instâncias, seja decidida pelo Poder Judiciário, a fim de estabelecer a devida segurança jurídica e a paz social.

Esta solução decorre do caráter subsidiário do Direito Penal, que, de acordo com a unidade da ordem jurídica (unidade de ilícitos criminais e administrativos), submete-se a um único Regime Jurídico Constitucional.

Segundo este entendimento, um simples ato administrativo pode funcionar como causa de exclusão da ilicitude criminal, bem como a declaração de inexistência ou da falta de prova de um ilícito penal possui o efeito de retirar a tipicidade de uma infração disciplinar. Isto porque estamos direcionando o problema para

⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. *A Proteção dos Direitos do Homem no Processo Penal*. Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, Curitiba, nº 19, p. 37-60.

⁵³ STJ, Rel. Paulo Medina, HC nº 29588/SP, 6. T., DJ de 29.09.2003, p. 355.

o fato considerado como ilícito no âmbito penal que também se desdobra no Direito Administrativo como uma infração disciplinar.

Assume grande relevância o que afirmamos quando se infere que compete tanto ao legislador como ao intérprete do direito a tarefa de harmonizar as diferentes condições violadoras, à luz dos princípios da hierarquia normativa, para que seja aplicada a norma mais adequada ao fato concreto.

Esta harmonização do direito é uma obrigação quando se trata de um mesmo fato investigado, mesmo que ele reflita em dois campos distintos do direito. Esta imbricação visa privilegiar o princípio da igualdade como valor de justiça, pois não é jurídico, crível e nem moral, que o servidor público seja absolvido perante o Direito Penal e condenado pelo Direito Administrativo pelo mesmo e idêntico fato ilícito.

Esta deformidade jurídica acaba por desmerecer e desacreditar o próprio Direito Administrativo Disciplinar, que existe para tutelar a Administração Pública, visto que declarado inexistente o ilícito penal, por não restar provado, não há como ser alterado este dogma na instância extrajudicial (administrativa).

O princípio da unidade da infração disciplinar foi concebido pelo Direito Administrativo com a finalidade de proteger a capacidade funcional da Administração Pública, “o qual impõe a consideração global das diferentes violações de deveres cometidas por um agente administrativo, atenta até a continuidade da relação⁵⁴”, aplicando-se, via de consequência, esta orientação quando houver reflexo para outra esfera do direito, quando o ilícito investigado for o mesmo.

Admitir o isolamento de uma infração disciplinar prevista como ilícito pelo ordenamento jurídico, pelo fato das instâncias serem independentes, viola o subprincípio constitucional da segurança jurídica. Por esta razão é que o legislador infraconstitucional estabeleceu a ligação estreita do Direito Penal ao Direito Administrativo quando é afastada a autoria ou negado o fato ilícito investigado (art. 126, da Lei nº 8.112/90). Sucede, que ao deixar de aplicar os reflexos de uma absolvição criminal se os fundamentos da parte dispositiva da decisão penal forem por exemplo, os contidos nos incisos IV ou VI, do art. 386, do CPP fere-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), visto que o servidor público é e será sempre inocente, até que haja sentença criminal condenatória transitada em julgado. Assim sendo, a absolvição criminal possui a finalidade de declarar a inexistência formal de um determinado ilícito.

Mesmo sendo independentes, a instância administrativa é obrigada a respeitar os princípios constitucionais da proporcionalidade e da presunção de inocência, dentre outros, como defendido corretamente por Luís Vasconcelos Abreu⁵⁵: “*O que importa, porém, é verificar o respeito pelas exigências decorrentes do princípio constitucional da presunção de inocência, designadamente aferir da*

⁵⁴ ABREU, Luís Vasconcelos. Para o Estudo do Procedimento Disciplinar no Direito Administrativo Português Vigente: As relações com o Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1993. p. 46.

⁵⁵ Idem. Ibidem, p. 46.

proporcionalidade das consequências jurídicas [...] atentos os resultados que com o mesmo se obtêm, tendo presente a autonomia dos ilícitos disciplinar e penal, e, consequentemente, dos respectivos processos. Ora, a referida independência não se compadece com automatismo, violadores do princípio da proporcionalidade, do qual decorre a exigência de um juízo em concreto acerca da adequabilidade, necessidade e proporcionalidade proveniente dita, ou seja, ponderação dos custos e benefícios, numa óptica disciplinar [...].”

Deixa-se ainda bem claro que o pensamento jurídico atual estabelece o fim do dogma da incomunicabilidade das instâncias, pois elas se relacionam e se influenciam em algumas hipóteses legais. Uma delas é quando o servidor público é absolvido da prática de um ilícito penal, pois que são apagados os resquícios da culpa funcional na esfera administrativa se os fatos investigados forem os mesmos. Bem como o provimento de um determinado recurso administrativo pode retirar a ilicitude penal, atitude de uma prematura representação criminal do órgão administrativo, exemplo: sonegação fiscal, crime contra o sistema financeiro nacional, etc.

Isto porque, o lançamento tributário ou a atuação administrativa, pendente de recurso por parte do contribuinte servidor público, para a instância competente, suspende a exigibilidade do crédito tributário, fazendo com que inexista ilícito penal ou administrativo, até o exaurimento da respectiva instância interna. No caso de provimento do recurso *sub oculis*, fica caracterizado, por completo, a inexistência do ilícito, tanto penal quando administrativo.

Essa nova fase do Direito Público afasta a ultrapassada visão de que a independência das instâncias possui a força de não deixar penetrar uma na outra, com as necessárias influências, pois o direito visa uma solução justa.

A unidade da pretensão punitiva do Estado através do direito ganhou contorno de solidez na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direito Humanos, que mais preocupada com os valores humanos, estabeleceu limites à possibilidade do Poder Público punir duplamente sobre o mesmo ilícito disciplinar e penalmente. Isto se dá pelo fato das infrações penais e administrativas não terem diferença ontológica entre si.

Em nosso Direito brasileiro, também não há diferença ontológica e sim dogmática, visto que o art. 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal⁵⁶ considera como crime a infração penal a que a lei comina com a pena de reclusão ou de detenção⁵⁷, se depreendendo que a sua regulação se faz pela lei penal, ao passo que a infração disciplinar que não esteja classificada como tal é regulada pelas normas do Direito Administrativo. Sendo que a plena autonomia do Direito

⁵⁶ Decreto-Lei nº 3.914, de 9.12.41.

⁵⁷ “Art. 1º - Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa ou ambas, alternativamente ou cumulativamente.”

Administrativo⁵⁸ se estabelece quando o ilícito é puramente disciplinar, sem se desdobrar em ilícito criminal.

Constituindo subespécies do *ius puniendi* estatal, os princípios do Direito Penal se aplicam ao Direito Administrativo disciplinar, “conciertos matices o modulaciones⁵⁹”.

Referendando o que foi analisado, Fábio Medina Osório⁶⁰, aduz: “*Não há diferenças substanciais que separam o ilícito penal do ilícito administrativo, mas apenas o critério dogmático. Assim o é, também, no direito brasileiro, em que vinga o critério dogmático da sanção carcerária prevista no art. 1.º, da Lei de Introdução ao Código Penal, cujo comando estabelece claramente a linha que separa ilícitos penais e administrativos.*”

Assim, o *ius puniendi* do Estado deve ser compatibilizado com os preceitos fundamentais que são concedidos para tutelar o direito de liberdade da coletividade, ou em outras palavras, havendo a declaração judicial de inocência de um servidor público, que foi processado por ter praticado, em tese, determinado ilícito penal, que também serve de suporte para a instauração do processo administrativo disciplinar, ela deve refletir, como consequência legal do que foi decidido no âmbito penal.

O respeito ao texto constitucional é que dá validade aos atos estatais, constituindo-se em obrigação para as normas legislativas infraconstitucionais. O procedimento administrativo deve respeitar a prova produzida no decorrer da instrução criminal, ou seja, da instância judicial, pois ela serviu de base para a sentença penal, quer absolutória, quer condenatória.

Os princípios e as normas constitucionais possuem grande valor normativo, constituindo-se à própria realidade jurídica, com reflexos em todos os ramos do direito. E o ato administrativo discricionário, em seu todo, fica vinculado aos critérios objetivos dos princípios constitucionais, não como uma forma de limitação, mas sim como um aperfeiçoamento da medida a ser adotada. Este respeito constitucional assume particular relevo no âmbito disciplinar, posto que somente será possível verificar a existência de uma infração prevista como crime se a sentença penal não absolver o réu. A partir do momento em que a presunção de inocência só pode ser elidida após o “Trânsito em Julgado de Sentença Penal Condenatória”, falta reserva de Constituição para a instância administrativa disciplinar estabelecer o contrário.

O princípio da supremacia da Constituição se exprime também pela reserva de constituição, que segundo J. J. Gomes Canotilho⁶¹ se revela através de dois

⁵⁸ “A autonomia do poder disciplinar só se entende com os fatos que constituem exclusivamente, faltas disciplinares” (HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*. In: Seleção Histórica da Revista de Direito Administrativo: 50 anos de Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1-150, p. 20, 1945-1995).

⁵⁹ CUTONDA, Blanca Lozada. *Las Fronteras del Código Penal de 1995 y El Derecho Administrativo Sancionador*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Conselho General del Poder Judicial, 1997. p. 51.

⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 108.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 247.

princípios: o princípio da tipicidade constitucional de competência e o princípio da constitucionalidade das restrições a direitos, liberdades e garantias: “*O princípio fundamental do estado de direito democrático não é o de que a Constituição não proíbe é permitido (transferência livre ou encapuçada do princípio da liberdade individual para o direito constitucional), mas sim o de que os órgãos do Estado só têm competência para fazer aquilo que a Constituição lhes permite [...]. No âmbito dos direitos, liberdades e garantias, a reserva de constituição significa deverem as restrições destes direitos serem feitas directamente pela Constituição ou através de lei, mediante autorização constitucional expressa e nos casos previstos pela Constituição*”.

Fica, via de consequência, o Estado limitado pelos direitos fundamentais do cidadão, como inclusive é explicitado por Juarez Freitas⁶²: “*De conseguinte, imperativo esclarecer que da subordinação dos agentes públicos à lei e ao direito a discricionariedade resulta invariavelmente vinculada aos princípios constitutivos do sistema e aos direitos fundamentais*”.

Em vista disto, a parte do art. 126, da Lei nº 8.112/90 que não permite o reflexo da decisão criminal que absolve o servidor público por não existir prova suficiente para a condenação (CPP, art. 386, VI) é inconstitucional por afrontar o princípio da presunção de inocência e a coisa julgada material da sentença penal.

Quanto à eficácia no Direito Penal da sentença absolutória a doutrina entende haver duas espécies: absolvição própria e absolvição imprópria.

A absolvição própria é aquela que a sentença penal libera o denunciado da imputação. Por sua vez, já a absolvição imprópria é definida por Maurício Zanoide de Moraes⁶³, como: “*a sentença penal que, a despeito de conhecer causa excludente de culpabilidade (inimputabilidade), o que pelo legislador de 1984 elimina o crime (fato típico, antijurídico e culpável), não deixa de reconhecer a prática de um injusto penal (ato típico e antijurídico) praticado pelo acusado e que gera a necessidade de aplicação de uma medida legal para seu tratamento, a ‘medida de segurança’ (art. 386, parágrafo único, III, c/c os arts. 96 a 99, do CP)*”. (aspas no original).

Portanto, o caso versa sobre os efeitos da eficácia de sentença penal qual seja, o que possui os efeitos da absolvição própria.

A absolvição própria é aquela que a sentença penal libera o denunciado da imputação. Por sua vez, já a absolvição imprópria é definida por Maurício Zanoide de Moraes⁶⁴, como: “*a sentença penal que, a despeito de conhecer causa excludente de culpabilidade (inimputabilidade), o que pelo legislador de 1984 elimina o crime (fato típico, antijurídico e culpável), não deixa de reconhecer a prática de um injusto penal (ato típico e antijurídico) praticado pelo acusado e que gera a necessidade de*

⁶² FREITAS, Juarez. *Controle dos Atos Vinculados e Discricionários à Luz dos Princípios Fundamentais*. In: Rorek, Luiz Paulo; Giorgis, José Carlos Teixeira (Orgs.). *Lições de Direito Administrativo: Estudo em homenagem a Octávio Germano*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 23.

⁶³ MORAES, Maurício Zanoide de. FRANCO, Alberto Silva; Stoco, Rui. *Código de Processo Penal e a sua Interpretação Jurisprudencial. Doutrina e Jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3, p. 1587.

⁶⁴ *Idem. Ibidem*.

aplicação de uma medida legal para seu tratamento, a 'medida de segurança' (art. 386, parágrafo único, III, c/c os arts. 96 a 99, do CP)". (aspas no original).

Portanto, o caso versa sobre os efeitos da eficácia de sentença penal qual seja, o que possui os efeitos da absolvição própria.

Ora, a decisão judicial faz coisa julgada "acarretando a proibição de outra decisão sobre a mesma causa em outro eventual processo"⁶⁵.

Ora, se a coisa julgada material imutabiliza o tipo penal que foi objeto de apreciação no processo penal, impedindo que haja nova acusação sobre o mesmo fato, não resta dúvida que o mesmo ilícito penal que é investigado na instância administrativa supletivamente, fica prejudicado após o esgotamento da via judicial. Não se admite, pela coisa julgada, que ocorra posição diferente da que é estabelecida no título judicial. Como as instâncias situam-se paralelamente, no caso de uma demissão ou de outra sanção administrativa aplicada após a regular tramitação do processo administrativo disciplinar, antes da conclusão definitiva do processo penal, a decisão desta última esfera penal deverá repercutir integralmente, servindo de base de uma futura revisão administrativa, que poderá ser a requerimento do servidor punido ou *ex officio*.

O que é inadmissível é a não repercussão do título judicial na esfera extrajudicial (administrativa) se a consequência do *decisum* é trazer paz para a sociedade e certeza sobre os fatos litigiosos, estabilizando as relações jurídicas dos servidores com o poder público. Assim, a absolvição deve abarcar o objeto do processo e sua totalidade, inclusive as sanções ou consequências acessórias, como se infere, inclusive, das lições de Claus Roxin⁶⁶: "*La cosa juzgada abarca tal objeto procesal en su totalidad. Abarca también las sanciones acesorias y lãs consecuencias accesorias [...]. La cosa juzgada abarca el hecho bajo todos los puntos de vista juridicos.*"

Como o Direito Administrativo Disciplinar se utiliza supletivamente do Direito Penal quando se trata de ilícito penal ele passa a ser acessório, visto que compete ao Poder Judiciário julgar o ilícito levado à sua jurisdição, dado o princípio da jurisdição uma estatuído no art. 5º, XXXV, de nossa Carta Maior.

Dessa forma, a coisa julgada sobre os fatos e fundamentos vinculados no provimento judicial que afastou a responsabilidade penal do acusado, mesmo que por não existir prova suficiente para a condenação, a teor do art. 5º, XXXVI, da CF, retira o resíduo⁶⁷ da instância disciplinar.

Desqualificar o título judicial, como o disposto em parte do art. 126, da Lei nº 8.112/90 faz, quando é absolvido o réu por não existir prova de ter o mesmo concorrido para a infração penal ou por não existir prova suficiente para

⁶⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. p 300.

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 25. ed. Tradução de: Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 436.

⁶⁷ "Réus absolvidos por falta de prova. Inexistência de resíduo para que a punição subsistisse – Súmula 18. Recurso conhecido e provido". (STF, Rel. Min. Hermes Lima, RE nº 53.250/PB, 2ª T., DJ de 16.05.65, p. 1132).

a condenação (CPP, art. 386, incisos IV e VI) é inadmissível, tendo em vista que o acusado, sobre o ilícito julgado, se encontra em estado de inocência, não existindo a certeza absoluta tão necessária e imprescindível para qualquer punição administrativa.

A inexistência de prova suficiente ou a falta de provas do fato delituoso acarreta à absolvição do servidor acusado, devendo ser aplicada a carga declaratória do julgado na jurisdição administrativa, que, como dito alhures, é acessória: “*Quanto à independência das instâncias civil, penal e administrativa, tal independência não tolhe a influência da coisa julgada penal no Juízo Civil e na jurisdição administrativa. As aludidas instâncias são efetivamente distintas, não só para os efeitos do direito disciplinar, mas, igualmente, para os efeitos da coisa julgada penal na instância criminal*”⁶⁸.

Também adere a este posicionamento (presente ótica), embora sob outro fundamento, Nelson Hungria⁶⁹: “*Pena administrativa e pena criminal: - Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma pena administrativa essencialmente distinta da pena criminal*”.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho também ratifica o que foi dito pela doutrina clássica: “Com efeito, na absolvição por falta de provas (*in dubio pro reo*), a opção é dada pela própria lei, em face de não ter o juiz - e a acusação - produzido provas capazes de fundar um juízo condenatório. E tanto é ver o acerto que a sentença absolutória, na hipótese, passa em julgado materialmente. Destarte, a regra é que a atividade jurisdicional de acerto dos casos penais é indeclinável”⁷⁰. (itálico no original).

Tem-se que a coisa julgada é, pois, a verdade material de um determinado direito, se projetando entre as partes para reger determinada relação jurídica. *In casu*, a absolvição, por falta/inexistência de provas, de um ilícito penal, se projeta também para a instância administrativa, que não poderá desconsiderar seus efeitos.

O poder-dever de punir encontra limites na própria conduta do acusado, que se não cometer ilícito previsto pela lei penal estará imune a respectiva condenação, mesmo na instância administrativa, tendo em vista que a coisa julgada afasta qualquer resíduo de responsabilidade penal sobre os mesmos fatos, apesar de discutidos em instâncias independentes.

A intercomunicação das instâncias é uma consequência lógica da segurança jurídica, pois mesmo elas sendo independentes, a responsabilidade penal e administrativa do servidor público quanto à autoria da conduta não é objetiva e sim subjetiva. Sem a prova de sua responsabilidade criminal, o processo criminal

⁶⁸ CAMPOS, Francisco. *Funcionário público: Pena Disciplinar: Jurisdição Penal e Jurisdição Administrativa*. In: Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958, p. 357.

⁶⁹ HUNGRIA, Nelson. Op. cit. ant., p. 17.

⁷⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução Aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba, n. 28, 1999, p. 109-138.

onde o servidor público foi denunciado não poderá ter outro desfecho senão a absolvição; fato este que reflete na jurisdição administrativa, quando o ilícito penal for o mesmo, pois só se pune com certeza. Sendo que a presunção de certeza é elidida pelo julgado penal, no âmbito administrativo disciplinar.

Por esta razão é que o Estado Democrático de Direito efetua o devido controle da legalidade no âmbito administrativo, quando se trata da aplicação de penalidades disciplinares.

Nestas condições, em função do que se demonstrou, parte do artigo 126, da Lei nº 8.112/90 é inconstitucional, por afrontar também a coisa julgada material do título penal (CF, art. 5º, XXXVI).

Falta de culpabilidade penal da conduta imputada ao servidor

Esta é a hipótese da qual nos fala a segunda parte do inciso IV do art. 386 do Código de Processo Penal, *verbis*:

“Art. 386 O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;” (grifamos).

Trata-se da absolvição com base nas chamadas “dirimentes penais” ou “causas excludentes da culpabilidade”. Advirta-se, por pertinente, que a isenção de pena⁷¹ não deve ser confundida com a exclusão de crime, embora ambas acarretem a absolvição.

Culpabilidade é o liame subjetivo entre o autor e o resultado; é o pressuposto da imposição da pena. Estamos falando da culpabilidade como fundamento da pena, refere -se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal/disciplinar. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade:

1- capacidade de culpabilidade (imputabilidade) - É a capacidade mental de

⁷¹ Não se deve confundir causas de exclusão da antijuricidade (justificativas ou justificantes) com causas de exclusão de culpabilidade (dirimentes ou exculpantes); quando o Código Penal trata de causa excludente da antijuricidade, emprega expressão como “não há crime” ou “não constitui crime”; quando cuida de causa excludente de culpabilidade emprega expressões diferentes: “é isento de pena”, “não é punível o autor do fato”; as primeiras referem-se ao fato; as outras ao autor.

compreender o ato que esta praticando;

2- consciência da ilicitude- É a compreensão de que o ato praticado é ilícito; e

3- exigibilidade da conduta conforme o direito- É a possibilidade de se exigir que o agente não tivesse cometido o fato típico, tivesse de agir de outra forma.

Se faltar qualquer um destes elementos não há culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção-pena. Logo, o autor deve ser absolvido da imputação.

Tome-se, como exemplo, o caso de um servidor militar que fere alguém, por disparo de arma de fogo, agindo, porém, sob uma excludente da culpabilidade, a legítima defesa putativa (o agente equivocou-se em sua compreensão da realidade); ou o caso de um servidor federal que, frente ao parecer favorável da Consultoria Jurídica, celebra contrato, após regular procedimento licitatório, com uma empresa fornecedora de gêneros alimentícios e ao ser submetido ao crivo do Tribunal de Contas do Estado, verifica-se irregularidade na avença, irregularidade essa de cunho técnico-jurídico, que deveria ser apontada pelo Procurador do Estado em sede preliminar (se é certo que ninguém pode alegar o desconhecimento da lei, também é certo que se deve ter em conta que o servidor não agiu com a plena consciência de que praticava fato repudiado pelo Direito, mormente porque sua categoria profissional não tem como requisito a formação jurídica); consideremos ainda o caso de ilícito disciplinar praticado por agente mentalmente insano. Nesses exemplos, não seria possível penalizar os agentes em razão do não preenchimento de requisitos para caracterização da culpabilidade – a consciência da ilicitude, a inexigibilidade de conduta outra que não a praticada pelo agente, ou a imputabilidade.

Contudo, não está bem fixado ainda, na doutrina e na jurisprudência, o quanto é que o reconhecimento da circunstância “exculpante” na esfera penal repercute na instância administrativa, sendo certo, porém, que a responsabilidade administrativa- disciplinar do servidor pode ser elidida com base na existência de uma circunstância exculpante comprovada e reconhecida no decorrer do PAD.

Considerando-se que o princípio da culpabilidade tem natureza essencialmente constitucional (é um princípio constitucional genérico que limita o poder punitivo do Estado) e, por isso mesmo, não deve ficar adstrito, na produção de seus efeitos e reflexos, ao campo penal, é inegável que existirá sempre algum grau de repercussão da decisão do juízo criminal que absolver com base na exclusão da culpabilidade. Mas, no atual estágio de evolução da nossa jurisprudência, *mister* examinar caso a caso.

Por outro lado, com relação à responsabilidade civil, já está bem estabelecido que a absolvição em virtude do reconhecimento de uma excludente de culpabilidade (v. g. a coação moral irresistível ou a legítima defesa putativa) não tem o condão de afastar a responsabilidade civil do agente, pois se diversificam sensivelmente a culpa penal e a culpa civil, sendo o juízo criminal mais exigente

que o cível em matéria de aferição da culpa para a condenação. Assim, também não se pode excluir a responsabilidade civil do servidor, ou mesmo do Estado, sob o fundamento de que a conduta danosa fora “exculpável”.

Para ilustrarmos, vejamos que são as seguintes as causas excludentes da culpabilidade, ou “exculpantes”, prevista na parte geral do Código Penal Brasileiro, e que interessam ao nosso estudo, por serem aplicáveis ao servidor público⁷²:

- a) discriminantes putativas (art. 20, § 1º, 1ª parte CP);
- b) erro de proibição (art. 21, caput CP);
- c) coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte CP);
- d) obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte CP);
- e) inimputabilidade por doença mental (art. 26, caput CP);
- f) inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º, CP).

A inexigibilidade de conduta diversa daquela praticada pode também excluir a imposição da pena ou sanção no caso de um crime ou de uma transgressão disciplinar. Exemplifiquemos com o caso de um servidor público militar que esteja se dirigindo ao quartel quando presencia um acidente automobilístico com vítimas; digamos que, ao avistar o acidente, o militar resolva interceder na ocorrência para garantir o socorro à vítima, a comunicação do fato à autoridade competente e a fim de colaborar para que a situação permaneça sob controle até a chegada dos agentes que atenderão à ocorrência; digamos que, em razão disto, o servidor acabe chegando atrasado ao serviço. O dever de ofício o obriga a tomar partido em ocorrência onde verifique a necessidade de intervenção policial, sob pena de prevaricação, logo não se poderia dele exigir outra conduta que não àquela de socorrer as vítimas e intervir para garantia da ordem pública. No mesmo sentido, se seu atraso ao serviço fosse motivado por imperiosa necessidade de prestação de socorro a familiar seu.

Contudo, veja-se que a lei não esgota as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa, como se verifica na lição de Damásio E. de Jesus:

“Por mais providente que seja o legislador, não pode prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta deva excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa da exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos da não exigibilidade de comportamento ilícito. Em face de um caso concreto seria condenar-se o sujeito unicamente porque o fato não foi previsto pelo legislador? Se a conduta não é culpável, por ser inexigível outra, a punição seria injusta, pois não há

⁷² As exculpantes, também denominadas de dirimentes ou eximentes, são as causas excludentes da culpabilidade e são agrupadas em três, assim como o são os elementos da culpabilidade:

- causas que excluem a imputabilidade;
- causas que excluem a consciência da ilicitude e
- causas que excluem a exigibilidade de conduta diversa.

*pena sem culpa. Daí ser possível a adoção da teoria da inexigibilidade como causa de exclusão de culpabilidade”.*⁷³

Como dito, entende-se que no caso de absolvição criminal com base nas excludentes de culpabilidade não há repercussão automática na esfera administrativa, o que não significa dizer que isto nunca possa acontecer. Por exemplo: com relação à hipótese de absolvição com base no art. 26 do CP (inimputabilidade devido à doença mental), a sentença, por construção pretoriana, certamente repercutirá na esfera administrativa (Cf. TFR AC 24.464; Dasp, Formulação 117) quando houver nos autos provas cabais (por laudo médico pericial) e não contestadas de que o agente era inimputável (mentalmente insano) no momento da conduta.

Um outro exemplo que demonstra, por outro lado, a não repercussão da decisão criminal absolutória: Imagine-se que determinado servidor tenha assinado um atestado, posteriormente questionado pela Administração. No processo criminal, por crime de falsidade ideológica, o servidor é inocentado após ter reconhecida e acatada a sua alegação de erro de proibição (escusável) (art. 21, CP). Neste caso, o fato de o servidor vir a ser absolvido pelo imputado crime não impedirá que, pelos mesmos fatos, venha a ser punido na esfera administrativa. Então, tal decisão judicial não repercute necessariamente na esfera administrativa, salvo o que já foi explanado anteriormente como uma visão constitucional moderna e que se coaduna com a boa técnica jurídica, atenta aos direitos fundamentais do servidor, tais como a coisa julgada, a presunção de inocência e a segurança jurídica.

Considerações finais

Por derradeiro, faz-se *mister* ressaltar que, embora se admita que somente a decisão criminal que declara a inexistência do fato, a negativa de autoria, ou a licitude da conduta vincule as demais instâncias de forma automática, isto não significa dizer, no entanto, que a decisão na esfera administrativa não possa ser influenciada por elementos advindos do julgamento criminal, ainda que este tenha desembocado em uma absolvição sob algum outro fundamento.

Assim, ainda que a absolvição criminal calcada no princípio do “in dubio pro reo”, na “atipicidade da conduta”, “na presunção da inocência” ou na “exclusão da culpabilidade do agente” não faça coisa julgada na esfera administrativa, tal conclusão não impede que os elementos colhidos até o desfecho do processo sirvam para elidir a decisão administrativa.

Conclui-se, portanto, no sentido da possibilidade de determinadas situações em que, mesmo que não havendo a referida vinculação obrigatória, há

⁷³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal 1º volume- Parte Geral*. São Paulo: Ed. Saraiva. 23ª edição, 1999, p.481.

que se reconhecer, ao menos, uma possibilidade de influência recíproca entre as instâncias. Isto se torna especialmente plausível quando se observa que, muitas vezes, ocorre no julgamento criminal a revelação de circunstâncias ocorridas no curso do processo administrativo que poderão permitir uma melhor análise pelo Judiciário da decisão tomada pela Administração.

Sintetiza-se, dessa forma, a questão no sentido de que se dará a quebra da independência das responsabilidades com a prevalência da decisão penal sobre as órbitas administrativa e civil, quando o servidor for condenado no crime, ou então absolvido sob a fundamentação de que não foi o autor ou que inexistiu o crime, ou ainda se for admitido que ele agiu em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito. Em todas as demais hipóteses, com a vênia de entendimento contrário, se respeitará as decisões firmadas em cada uma das instâncias, sem excluir-se, no entanto, a influência recíproca que pode existir entre as mesmas, face o entendimento do professor Mauro Roberto Gomes de Mattos, entre outros, que sustentam haver liame necessário entre as instâncias penal e administrativa para atender aos preceitos constitucionais ou direitos fundamentais do servidor, tais quais, a coisa julgada, a segurança jurídica e a presunção da inocência, todos elevados à categoria de princípio e expressamente dispostos como cláusulas petrificadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Referências bibliográficas

- ABREU, Luís Vasconcelos. *Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o processo penal*. Coimbra: Almedina, 1993.
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. 2. ed. Bogotá: Themis, 1990.
- CAMPOS, Francisco. *Funcionário Público: Pena Disciplinar: Jurisdição Penal e Jurisdição Administrativa*. In: *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed., ver., atual., ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed., 3ª tir., rev., aum. e atual, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba, n. 28, 1999.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: RT, 1988.
- CUTONDA, Blanca Lozada. Las Fronteras del Código Penal de 1995 y El Derecho Administrativo Sancionador. In: Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Conselho General del Poder Judicial, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *A proteção dos direitos do homem no processo penal*. In: *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, nº 19, Curitiba.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Direito administrativo*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- FONSECA, Adriano Almeida. *O princípio da Presunção de Inocência e a sua Repercussão Infraconstitucional*. *Jus Navigandi*, Teresina, a.4, n. 36, nov. 1999, Disponível em: <http://jus2.

- uol.com.br/doutrina/texto.asp? id=162>. Acesso em: 15 fev. 2011.
- FONSECA, Tito Prates da. *Lições de Direito Administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, 1943.
- FREITAS, Juarez. *Controle dos Atos Vinculados e Discricionários à Luz dos Princípios Fundamentais*. In: Rorek, Luiz Paulo; Giorgis, José Carlos Teixeira (Orgs.). *Lições de Direito Administrativo: Estudo em homenagem a Octávio Germano*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e ilícito penal*. In: Revista de Direito Administrativo (RDA) - Seleção Histórica da Revista de Direito Administrativo: 50 anos de Revista de Direito Administrativo, vol. 1, 1945-1995, Rio de Janeiro: Renovar.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal 1º volume-Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 23. ed., 1999.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Absolvição penal que nega a autoria do fato, mas grafa na parte dispositiva da sentença a falta de prova como fundamento, repercute na Administração. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5608>>. Acesso em: 26 jul. 2010.
- _____. Absolvição por não existir prova suficiente para a condenação do servidor público e a sua ampla repercussão no processo administrativo disciplinar. Inconstitucionalidade do art. 386, VI, do Código de Processo Penal e de parte do art. 126 da Lei nº 8.112/90. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7570>>. Acesso em: 22 jul. 2010.
- _____. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed., atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MORAES, Maurício Zanoide de. FRANCO, Alberto Silva; Stoco, Rui. *Código de Processo Penal e a sua Interpretação Jurisprudencial. Doutrina e Jurisprudência*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- POUND, Roscoe. *Liberdade e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 25. ed. Tradução de: Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

A articulação interfederativa na saúde pública do Brasil

Andréia Fernandes de Almeida¹
Adinan Rodrigues da Silveira²

Resumo

O direito constitucionalmente previsto na Carta Magna de 1988 à saúde é um dever do Estado, o qual deve impor uma postura ativa do Poder Público na promoção de ações de natureza material ou fática para garantir o mínimo existencial. A Constituição Cidadão traz o Sistema Único de Saúde (SUS), um sistema de saúde com responsabilidade de todos os entes da federação, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal. Na busca de uma melhora na saúde pública no Brasil foi promulgado o decreto nº 7.508/2011, com o objetivo de melhor delimitar a responsabilidade de cada ente, bem como identificar as necessidades específicas de cada região deste imenso país.

Palavras-chave: Saúde pública; articulação interfederativa; SUS; decreto nº 7.508/2011.

Resumen

El derecho constitucionalmente consagrado en la Constitución de 1988 que la salud es un deber del Estado, que debe imponer un Poder Público activo en la promoción de demandas elementos de hecho o de asegurar un mínimo existencial. La Constitución aporta el Sistema de Salud Ciudadana (SUS), un sistema de salud con la responsabilidad de todos los órganos de la federación: federales, estatales, municipios y el Distrito Federal. En busca de una mejora de la salud pública en Brasil fue el Decreto promulgado. ° 7.508/2011, con el fin de definir mejor las responsabilidades de cada entidad, así como la identificación de las necesidades específicas de cada región de este vasto país.

Palabras clave: Salud pública; interfederativa conjunta; SUS; el Decreto n ° 7.508/2011.

Introdução

Os direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 outorgam ao indivíduo exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que cabe ao Poder Público promover ações de natureza material ou fática para garantir o mínimo existencial. Diversos dos direitos de defesa impõem basicamente um *non facere* do Estado, ao passo que os direitos sociais exigem um *facere*, ou seja, não podem ser tão somente atribuídos ao indivíduo, exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais³. Configura-

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professora de Prática Jurídica da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professora de Direito Civil na Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Coordenadora do Curso de Direito na Universidade Estácio de Sá (UNESA)

² Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professor de História do Direito na Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Coordenador do Curso de Direito na Universidade Estácio de Sá (UNESA)

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 720.

A saúde pública no Brasil

Nos idos dos anos 1980 a sociedade brasileira assistiu a uma série de transformações no sistema de saúde, alavancadas pelo Movimento da Reforma Sanitária, que culminou com a consagração da seguridade social na Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, a constituição brasileira de cunho social-democrático. Antes do advento desta, a proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” (Constituição de 1824, art. 179, XXXI) ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (Constituição de 1934, art. 113, *caput*)⁶.

A Seguridade Social foi concebida na ‘Constituição Cidadã’ de uma forma bem ampla, compreendendo três sistemas de proteção: saúde, previdência e assistência social (art. 194 da CF/88⁷). A saúde foi consagrada como um direito de cidadania garantido pelo Estado.

A previdência social estrutura-se sobre um modelo de contraprestação de seus participantes, ao passo que a assistência social e a saúde constituem direito público subjetivo de todo cidadão.

A saúde, direito de todos e dever do Estado, configura-se como um direito social básico, fundado nos princípios da universalidade, equidade e integralidade. As políticas públicas na área de saúde devem proporcionar o acesso a todos os cidadãos, propiciando a redução de desigualdades e não criando quaisquer distinções. Pode-se afirmar que o artigo 196 da nossa atual Carta Magna traz uma definição, ou ainda, os pilares da saúde pública:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso 28 de janeiro de 2012.

⁷ Art. 194. 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.

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 - equidade 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.

O Brasil é um país com uma enorme dimensão demográfica, sua população possui diferentes necessidades, os anseios na área da saúde são diversos em cada região, as moléstias, as epidemias, as doenças que assolam no nordeste não são as mesmas que assolam o sul do país. Esta articulação entre as diversas regiões tem como escopo melhorar a prestação do serviço e atender à população de uma forma eficiente.

Conclusão

Como disposto no início do artigo, a Constituição da República Federativa do Brasil trouxe um sistema inovador para garantir a saúde pública no país, trouxe o princípio da universalidade e da generalidade, dentre outros, ao quais são base para uma prestação de serviço ampla e com acesso à todos os cidadãos brasileiros.

Em que pese todo este caráter vanguardista da Constituição, na prática o oferecimento da saúde pública encontra alguns óbices, bem como possui certas limitações no oferecimento de serviços específicos para cada região, motivo pelo qual foi promulgado o decreto nº 7.508/11, com uma delimitação das funções de cada ente, com o fim precípuo de uma prestação de serviço público da saúde satisfatória e que atenda os anseios de todos os entes da federação.

Muitas são as questões levadas à apreciação do Poder Judiciário acerca da alegação de incompetência do ente público para o desenvolvimento de ações na área de saúde, em especial no tocante ao fornecimento de medicamentos (vide anexo 6.1), onde muitas são as decisões no sentido da responsabilidade solidária de todos os entes. Alegam em sua maioria que não possuem responsabilidade na prestação de serviços à saúde. Alegações estas que agora encontraram óbice no decreto nº 7.508/11, pois as competências foram delimitadas e o órgão julgador terá mais elementos na momento da condenação.

O Sistema Único de Saúde (SUS) aponta o caminho da articulação federativa como sendo necessário para o compartilhamento da gestão pública, trazendo para a Administração Pública inovações que devem ser consideradas no contexto desta enorme Federação.

A delimitação das funções e responsabilidades no âmbito da saúde pública decorrente da articulação interfederativa visa atender aos anseios básicos da sociedade brasileira, a saúde com seu caráter fundamental deve ser oferecida à população de maneira satisfatória. O decreto nº 7.508/11 traz em seu bojo a efetivação de políticas públicas basilares e fundamentais para o estado democrático brasileiro.

Referências bibliográficas

- AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ASENSI, F.D.; PINHEIRO, R. (Orgs.). *Direito Sanitário Contemporâneo*. Rio de Janeiro: ELSEVIER EDITORA LTDA, 2011.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 1, cap. 2, p. II-1 – II - 19.

Solidária dos Entes em Matéria de Saúde – 1 O Tribunal negou provimento a agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF que, por não vislumbrar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, indeferira pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela agravante contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Na espécie, o TRF da 5ª Região determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem a jovem portadora da patologia denominada Niemann-Pick tipo C certo medicamento que possibilitaria aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, mas o qual a família da jovem não possuiria condições para custear. Alegava a agravante que a decisão objeto do pedido de suspensão violaria o princípio da separação de poderes e as normas e os regulamentos do Sistema Único de Saúde - SUS, bem como desconsideraria a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, a indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas. Sustentava, ainda, sua ilegitimidade passiva e ofensa ao sistema de repartição de competências, como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa. Argumentava que só deveria figurar no pólo passivo da ação o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que a determinação de desembolso de considerável quantia para aquisição de medicamento de alto custo pela União implicaria grave lesão às finanças e à saúde públicas.

Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde – 2 Entendeu-se que a agravante não teria trazido novos elementos capazes de determinar a reforma da decisão agravada. Asseverou-se que a agravante teria repisado a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos poderes, o que já afastado pela decisão impugnada ao fundamento de ser possível, em casos como o presente, o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente. No ponto, registrou-se que a decisão impugnada teria informado a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado. Relativamente à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, reportou-se à decisão proferida na ADPF 45 MC/DF (DJU de 29.4.2004), acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental. No que se refere à assertiva de que a decisão objeto desta suspensão invadiria competência administrativa da União e provocaria desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que seriam do Estado e do Município, considerou-se que a decisão agravada teria deixado claro existirem casos na jurisprudência da Corte que afirmariam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde (RE 195192/RS, DJU de 31.3.2000 e RE 255627/RS, DJU de 23.2.2000). Salientou-se, ainda, que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deveria ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos. No ponto, observou-se que também será possível apreciar o tema da responsabilidade solidária no RE 566471/RN (DJE de 7.12.2007), que teve reconhecida a repercussão geral e no qual se discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Ademais, registrou-se estar em trâmite na Corte a Proposta de Súmula Vinculante 4, que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde. Ressaltou-se que, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, estaria seguindo as normas constitucionais que fixaram a competência comum (CF, art. 23, II), a Lei federal 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência do Supremo. Concluiu-se, assim, que a determinação para que a União pagasse as despesas do tratamento não configuraria grave lesão à ordem pública. Asseverou-se que a correção, ou não, desse posicionamento, não seria passível de ampla cognição nos estritos limites do juízo de contracautela. Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde – 3 De igual modo, reputou-se que as alegações concernentes à ilegitimidade passiva da União, à violação de repartição de competências, à necessidade de figurar como réu na ação principal somente

(VOTO VENCIDO) (MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI)

DESCABIMENTO, CONCESSÃO, MANDADO DE SEGURANÇA, OBJETIVO, DETERMINAÇÃO, ESTADO, FORNECIMENTO, IMPETRANTE, MEDICAMENTO, COM, GRATUIDADE / HIPÓTESE, MÉDICO, PARTICULAR, INDICAÇÃO, RECEITA MÉDICA, PARA, IMPETRANTE, E, INEXISTÊNCIA, CERTEZA, SOBRE, EFICÁCIA, MEDICAMENTO, PARA, TRATAMENTO MÉDICO, HEPATITE C, EM, DECORRÊNCIA, ESTÁGIO, DOENÇA, PACIENTE (MEDICINA) / NÃO, CARACTERIZAÇÃO, DIREITO LÍQUIDO E CERTO, IMPETRANTE; DECORRÊNCIA, MEDICAMENTO, COM, CUSTO, VALOR ELEVADO, E, NÃO, INCLUSÃO, PORTARIA, MINISTÉRIO DA SAÚDE, PARA, TRATAMENTO MÉDICO, ESTÁGIO, DOENÇA, PACIENTE (MEDICINA); APLICAÇÃO, PRINCÍPIO DA ISONOMIA, REFERÊNCIA, NECESSIDADE, ESTADO, OBSERVÂNCIA, IGUALDADE, TRATAMENTO MÉDICO, TOTALIDADE, PACIENTE, MESMA, SITUAÇÃO FÁTICA; OBSERVÂNCIA, PRECEDENTE, STJ.

Informativo 579 STF

Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 1

O Tribunal negou provimento a agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF que, por não vislumbrar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, indeferira pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela agravante contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Na espécie, o TRF da 5ª Região determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem a jovem portadora da patologia denominada Niemann-Pick tipo C certo medicamento que possibilitaria aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, mas o qual a família da jovem não possuiria condições para custear. Alegava a agravante que a decisão objeto do pedido de suspensão violaria o princípio da separação de poderes e as normas e os regulamentos do Sistema Único de Saúde - SUS, bem como descon sideraria a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, a indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas. Sustentava, ainda, sua ilegitimidade passiva e ofensa ao sistema de repartição de competências, como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa. Argumentava que só deveria figurar no polo passivo da ação o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que a determinação de desembolso de considerável quantia para aquisição de medicamento de alto custo pela União implicaria grave lesão às finanças e à saúde públicas.

STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.3.2010. (STA-175)

Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 2

Entendeu-se que a agravante não teria trazido novos elementos capazes de determinar a reforma da decisão agravada. Asseverou-se que a agravante teria repisado a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos poderes, o que já afastado pela decisão impugnada ao fundamento de ser possível, em casos como o presente, o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente. No ponto, registrou-se que a decisão impugnada teria informado a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado. Relativamente à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, reportou-se à decisão proferida na ADPF 45 MC/DF (DJU de 29.4.2004), acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder

Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental. No que se refere à assertiva de que a decisão objeto desta suspensão invadiria competência administrativa da União e provocaria desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que seriam do Estado e do Município, considerou-se que a decisão agravada teria deixado claro existirem casos na jurisprudência da Corte que afirmariam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde (RE 195192/RS, DJU de 31.3.2000 e RE 255627/RS, DJU de 23.2.2000). Salientou-se, ainda, que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deveria ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos. No ponto, observou-se que também será possível apreciar o tema da responsabilidade solidária no RE 566471/RN (DJE de 7.12.2007), que teve reconhecida a repercussão geral e no qual se discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Ademais, registrou-se estar em trâmite na Corte a Proposta de Súmula Vinculante 4, que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde. Ressaltou-se que, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, estaria seguindo as normas constitucionais que fixaram a competência comum (CF, art. 23, II), a Lei federal 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência do Supremo. Concluiu-se, assim, que a determinação para que a União pagasse as despesas do tratamento não configuraria grave lesão à ordem pública. Asseverou-se que a correção, ou não, desse posicionamento, não seria passível de ampla cognição nos estritos limites do juízo de contracautela.

STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.3.2010. (STA-175)

Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 3

De igual modo, reputou-se que as alegações concernentes à ilegitimidade passiva da União, à violação de repartição de competências, à necessidade de figurar como réu na ação principal somente o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e à desconsideração da lei do SUS não seriam passíveis de ampla deliberação no juízo do pedido de suspensão, por constituírem o mérito da ação, a ser debatido de forma exaustiva no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejara a tutela antecipada. Aduziu, ademais, que, ante a natureza excepcional do pedido de contracautela, a sua eventual concessão no presente momento teria caráter nitidamente satisfativo, com efeitos deletérios à subsistência e ao regular desenvolvimento da saúde da paciente, a ensejar a ocorrência de possível dano inverso, tendo o pedido formulado, neste ponto, nítida natureza de recurso, o que contrário ao entendimento fixado pela Corte no sentido de ser inviável o pedido de suspensão como sucedâneo recursal. Afastaram-se, da mesma forma, os argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, haja vista que a decisão agravada teria consignado, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não seria suficiente para impedir o seu fornecimento pelo poder público. Por fim, julgou-se improcedente a alegação de temor de que esta decisão constituiria precedente negativo ao poder público, com a possibilidade de resultar no denominado efeito multiplicador, em razão de a análise de decisões dessa natureza dever ser feita caso a caso, tendo em conta todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida.

STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.3.2010. (STA-175)

A dignidade da pessoa humana sob a perspectiva da hermenêutica filosófica

Ricardo Fernandes Maia¹

Resumo

A evolução do positivismo jurídico que focava a lei como o discurso legitimador do Direito para o pós-positivismo representou uma mudança de paradigma uma vez que neste modelo os princípios surgem com força normativa, neste diapasão, destaca-se a dignidade da pessoa humana como o novo discurso legitimador do Direito. Em total harmonia com os valores sociais destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como norma princípio voltada para a proteção da pessoa no contexto social e jurídico. O avanço no campo filosófico do positivismo para o pós-positivismo e sua influência na visão da dignidade da pessoa humana como centro legitimador do Direito representam o cerne deste estudo que tem como principal aspecto a demonstração desta mudança de paradigma, em especial, no aspecto da verificação da dignidade da pessoa humana como norte para o hermenêuta assumindo o centro do de convergência para toda a discussão jurídica.

Palavras-chave: Evolução; dignidade; direito.

Abstract

The evolution of legal positivism which focused on the law as the legitimizing discourse of law for post-positivism represented a paradigm shift since in this model the principles arise with normative force, in this vein, there is the dignity of the human person as legitimizing discourse of the new law. In total harmony with societal values stands the principle of human dignity as a standard principle aimed at protecting the individual in social and legal context. The advancement in the field of philosophy of positivism to post-positivism and its influence on the vision of the dignity of the human person as the center legitimizing the law represent the crux of this study which has as main feature the demonstration of this paradigm shift, especially in the aspect of verification of human dignity as the north to the hermeneut assuming the center of convergence for all the leg discussion.

Keywords: Evolution; dignity; right.

¹ Mestre em Direito pela UNIPAC, Juiz de Fora, Minas Gerais. Professor do Curso de Direito da UNIFOA em Volta Redonda e da FAA em Valença.

O objetivo principal da inserção do princípio em tela na Constituição foi fazer com que a pessoa seja o “fundamento e fim da sociedade”, porque não pode sê-lo o Estado que é um meio e não o fim, e um meio que deve ter como finalidade, dentre outras, a preservação da dignidade do Homem. (TAVARES, 2013, p. 436).

Em Portugal, este princípio encontra-se proclamado no art. 1º da Constituição³, do qual resulta a dignidade da pessoa como valor em que se funda a República, sendo que se verifica a sua elevação “a trave mestra de sustentação e legitimação da República, e da respectiva compreensão da organização do poder político, ou seja, é um princípio reconhecido como uma das bases ou fundamentos da República”. (MATOS, 2009, p. 83).

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de um *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte e a prisão perpétua. (CANOTILHO, 2003, p. 225).

Uma vez verificada no plano sistemático a inclusão da dignidade da pessoa humana no texto Constitucional, torna-se necessário neste momento uma investigação, na medida do possível, sobre o seu real significado.

“O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”. (BARROSO, 2009, p. 336). Ou seja, podemos afirmar que somente o fato da própria existência do ser o faz digno de proteção no que diz respeito aos direitos inerentes à sua dignidade, assim sendo, quando falamos em proteção da dignidade da pessoa humana nos dirigimos ao ser humano, superando a intolerância, a discriminação social e a incapacidade de compreender os posicionamentos diversos. “A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência”. (BARROSO, 2009, p. 336).

Cumprе ressaltar que ainda que se busque uma conceituação da dignidade da pessoa humana, o maior desafio se verificará quando da análise do âmbito de proteção desta dignidade, isso porque, quando se trata de dignidade da pessoa humana, diferentemente das normas legais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana, mas, sim de uma qualidade inerente

³ A redação do art. 1º da Constituição da República Portuguesa é a seguinte: “Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

a todo e qualquer ser humano. “Não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida”. (SARLET, 2011, p. 50).

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, incluindo-se não somente o direito à vida, mas também o direito a uma “vida digna”, a liberdade em todos os seus níveis, a intimidade, a inviolabilidade do domicílio, a saúde, o bem-estar, o direito à educação e à cultura, o direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante por agentes públicos entre muitos outros. É importante salientar que o ser humano não escolhe se quer ou não quer ter dignidade. Trata-se de um bem que não pode ser cerceado.

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana’. (SILVA, 2002, p. 105).

É importante afirmar, que a maioria das normas constitucionais que tratam dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana assume a estrutura de normas princípios. Assim sendo podemos concluir que quanto mais fundamentais forem os bens tutelados por estas normas-princípios mais consistentes deverão ser a efetividade jurídica a eles atribuída, como forma de se buscar a máxima proteção da dignidade da pessoa humana.

A distribuição geral das modalidades de eficácia jurídica apresenta uma lógica própria, relacionada com a fundamentalidade do comando jurídico. Quanto mais fundamentais forem as circunstâncias reguladas e os efeitos pretendidos pela norma, mais consistentes deverão ser as modalidades de eficácia jurídica a ela atribuída, de modo que o efeito pretendido e a eficácia jurídica se aproximem o máximo possível. (BARCELLOS, 2002, p. 202).

Várias destas normas-princípios que tratam dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana encontram-se dispostas no art. 5º da Constituição Federal, que elenca os direitos e garantias fundamentais. Cumpre ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana precede a todos os demais princípios, uma vez que dele se depreendem todos os direitos, na medida em que são necessários para que o homem desenvolva sua personalidade integralmente.

Ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana. Ou seja, mesmo que não esteja expresso nos artigos da Constituição Federal brasileira o termo “dignidade da pessoa humana”, sua ideia poderá ser compreendida como presente. Assim, e como ocorrência, em um segundo nível, de uma parcialidade do princípio da consubstancialidade, tem-se que, mesmo quando ocorrente a dignidade do Homem no significado de determinado direito fundamental, essa presença poderá ser mínima, atendendo-se a não absolutização desta parcialidade. (TAVARES, 2013, p. 447).

Vale registrar que com a evolução para o pós-positivismo, os princípios conquistaram o *status* de normas jurídicas, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, sem aplicação direta e imediata pelo julgador.

De fato, do ponto de vista filosófico, o Direito Constitucional vive, igualmente, um momento de elevação, trata-se do pós-positivismo.

O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele a discussão ética volta ao Direito. (BARROSO, 2009, p. 344).

A expressão identifica um conjunto de ideias que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista. “O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas sim como uma superação do conhecimento convencional”. (BARROSO, 2009, p. 328). Não se trata propriamente do abandono da lei, mas da ascensão de ideias como justiça, igualdade, dignidade e liberdade, retomando a discussão ética do Direito.

Uma característica fundamental do pós-positivismo, como se pode observar, é a normatização dos princípios. A distinção entre princípios e regras fundava-se sobre o critério da generalidade. “Normalmente as regras contêm um relato mais objetivo, com a incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações”. (BARROSO, 2009, p. 352).

Atualmente, todavia, observa-se uma distinção qualitativa entre regras e princípios. Tal distinção veio a se tornar indispensável para a superação do positivismo legalista. A Constituição passa a ser entendida como um sistema aberto de princípios e regras, suscetível a valores encontrados fora do texto normativo, no qual as ideias de justiça e realização dos direitos inerente à dignidade da pessoa humana desempenham o papel principal.

Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico: (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão. (BARROSO, 2009, p. 325).

Dentro de uma ótica positivista, a interpretação do Direito é levada a cabo de forma mecanicista, metodológica, formalística através de um ultrapassado silogismo lógico-dedutivo. Nesse silogismo a premissa maior é a norma positivada, já a premissa menor é o fato que vai se adequar ao comando dado pela norma (premissa maior) e a conclusão, a afirmação da validade da norma por meio de sua aplicação ao caso concreto. “Para o positivismo de todos os matizes, o processo cognitivo de fundamentação jurídica fica reduzido ao processo silogístico-subjuntivo, ou seja, conclusões tautológicas tidas sempre como verdadeiras, a partir do conteúdo de suas premissas”. (MELLO, 2008, p. 29)

Neste modelo, não existe outro direito que não seja o positivo, ou seja, que não esteja codificado, consubstanciado em uma lei. Ocorre que neste ponto o velho modelo positivista não consegue acompanhar as constantes e velozes modificações na sociedade e no pensamento coletivo, o que enseja uma precariedade das normas em regular todos os fatos novos que possam vir a surgir em razão desta constante mutação. Cumpre ressaltar que o trabalho legislativo é complexo e lento, devendo seguir uma imensidão de formalidades, no entanto as mutações sociais ocorrem a todo instante, assim sendo, não há como o Direito acompanhar a sociedade de forma a atender prontamente seus anseios.

Podemos destacar ainda outro ponto negativo deste sistema que reside no fato de que em virtude do positivismo jurídico, o magistrado deve dizer o direito, supervalorizando a norma, de forma que a sua decisão não esteja pautada num juízo de valor, mas simplesmente em uma relação de subsunção.

Em virtude do positivismo jurídico, o magistrado deve dizer o direito de forma que a sua decisão não esteja pautada num juízo de valor, não lhe cabendo distinguir o bom do mau direito, o justo do injusto. Aqui se encontra um dos problemas mais tormentosos da teoria do direito: O problema de saber em que medida o juiz pode ou tem o poder de criar o direito, considerando a lei injusta. Para o positivismo jurídico, o magistrado deve estar o mais ortodoxamente possível vinculado à lei. (MELLO, 2008, p. 25).

pessoa humana deve ser o fim a ser alcançado pelo intérprete dentro de uma ótica pós-positivista.

“O caráter normativo e, portanto, vinculante, da dignidade da pessoa humana, condição da qual decorrem importantes consequências diretamente ligadas ao problema de sua eficácia e efetividade”. (SARLET, 2011, p. 90). A condição de princípio é integralmente compatível com o reconhecimento da plenitude e eficácia e, portanto, da plena vincularidade da dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa. A densidade jurídica da dignidade da pessoa humana, portanto, há de ser máxima reconhecendo-se como princípio supremo no que diz respeito à hierarquia das normas. “Há outros princípios que visam instituir direta e imediatamente uma *garantia* dos cidadãos. É-lhe atribuída uma densidade de autêntica de norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”. (CANOTILHO, 2003, p. 1167).

Pois bem, os princípios dentro de uma visão pós-positivista assumem um papel de normas, reconhecendo-se, portanto sua aplicabilidade imediata aos casos propostos, desempenhando também a importante função de servirem como guias para o intérprete. “Como se disse, estes princípios traduzem-se no estabelecimento de garantias para os cidadãos é daí que os autores lhe chamem princípios em forma de normas jurídicas e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação”. (CANOTILHO, 2003, p. 1167).

Neste sentido importante realçar o princípio da dignidade da pessoa humana como o fim a ser atingido pelo intérprete, assim sendo, não deve mais o aplicador do Direito se servir única e exclusivamente das regras para a solução dos casos propostos, sua função vai muito mais além, deve por meio de uma compreensão do ser, dentro de uma realidade histórica e cultural, decidir o caso com o olhar apontado para a dignidade da pessoa humana. Desta maneira, o Direito passa a ser visto não como o único caminho a ser seguido pelo julgador, mas como mais um instrumento posto ao seu favor para decidir, que nem sempre será utilizado, somente naqueles casos onde a sua aplicabilidade se coadunar com os ideais apontados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Neste caminho hermenêutico, devemos observar que todos os princípios minimalistas de Direito Penal resplandecem aspectos materiais de proteção à dignidade da pessoa humana, possuindo com este uma íntima relação, devendo, portanto, representar um norte para o hermeneuta na compreensão do ser.

A dogmática penal deve se voltar para o ser humano, princípio, sujeito e fim dessa ciência: o direito penal começa por ser direito e, desse modo, ele também, por força do elementaríssimo princípio *dictum* de *omni*, existe para sermos felizes. Daria praticamente na mesma dizer, como alguns já o fizeram, que o direito penal existe para sermos racionais, para sermos livres, para defender nossa vida, nossa razão, nossa liberdade. Isso impõe-lhe a evidente limitação de considerar a pessoa humana, concretamente, e de respeitá-la na singularidade de sua existência histórica e irrepetível. (PENTEADO, 2009, p. 903).

De fato, o Direito Penal, em especial, no tocante à interpretação do caso penal, deve ter como foco principal a dignidade da pessoa humana, passando pela compreensão do ser em conformidade com a sua realidade histórica, temporal e cultural. A relação do julgador se dá não com a lei simplesmente, mas com a pessoa humana que está sendo julgada, assim sendo, seu trabalho vai muito além de interpretar normas, pois deve ele compreender o ser humano, buscando a máxima efetivação da dignidade da pessoa humana, podendo para isso se servir dos princípios minimalistas de Direito Penal, em especial o princípio da intervenção mínima.

Singular e irrepetível a conduta desse homem deve ser examinada concretamente, sem desprezar todas as condicionantes da mesma. A dogmática jurídico penal mais se aproximará do ideal de justiça a partir dessa postura de tratar não um homem médio – abstração que traz inúmeros problemas na aplicação das penas –, mas de um homem e de suas circunstâncias, eventualmente violador de uma norma criminal em um tempo determinado que, todavia, será apreciada e aplicada com uma significativa defasagem temporal, quando já, se tem um homem modificado pela dinâmica da vida e, por fim, concretizada no cumprimento da sanção, o que importa uma dilação ainda maior e, provavelmente, estar-se-á apenando um ser humano, cuja conduta precedente poderia ser reprovável, mas na atualidade executória penal aquela mesma sanção pode ser inútil e injusta. (PENTEADO, 2009, p. 903).

Ao colocarmos o ser humano no cerne das discussões a respeito da dignidade da pessoa humana, descortinamos um novo paradigma de fundamentação do Direito, pautado na dimensionalidade essencial da pessoa humana compreendida dentro de uma ótica histórica, temporal e culturalmente analisada. O estatuto legitimador do Direito não terá mais um cunho objetivista, mas sim a compreensão do ser humano sob um olhar filosófico direcionado à dignidade da pessoa humana, indo além, buscando o processo de formação ontológica do homem.

A dignidade da pessoa humana deve ser reconhecida pelo Direito, não como questão de validade da norma jurídica, senão como sentido do ser, como algo preexistente e anterior a todo fenômeno jurídico. É uma espécie de a priori do conhecimento da ontologia como hermenêutica da facticidade, como analítica existencial. (MELLO, 2010, p. XXXII)

O positivismo legalista consagrou, na aplicação do Direito, uma relação entre o ser e o objeto. Estabelecia um julgamento ao contrapor as regras legais e o sujeito violador destas regras. Ao esquecer a dignidade da pessoa humana em favor de um reducionismo legalista, manifestou-se ultrapassado.

O discurso legitimador do Direito não deve ser considerado o conjunto de regras positivadas, mas sim a dignidade da pessoa humana, manifesta na compreensão do ser, ou seja, este discurso legitimador vai muito além do ser, pois

busca a sua compreensão dentro de sua realidade histórica e cultural. Não se trata de analisar somente seus limites existenciais, mas sim a sua essência.

Desta forma o pensamento jurídico objetificante será superado a partir da (re) fundamentação do Direito. O fundamento se dá a partir do ser-no-mundo. Mundo é a clareira do Ser, à qual o homem se ex-põe por sua Essência lançada. Na esfera jurídica, ao se pensar o Direito, deve-se pensar a questão da Verdade do Ser, ou seja, pensar o *humanitas* do *homo humanus*. É no pensamento da ec-sistência do Direito que se deixa de lado a obliteração e arbitrariedade do julgador. A concretização da dignidade da pessoa humana nesta perspectiva caminha na direção da Essência do Homem, isto é, na direção da Verdade do ser (o homem mais do que *animal rationale*). É, pois, o humanismo do Direito que pensa a humanidade do homem na proximidade do Ser. (MELLO, 2010, p. XXXIV).

Assim sendo, seguindo este entendimento, a dignidade da pessoa humana deve ser pensada no âmbito da compreensão do ser inserido em sua realidade histórica, assim sendo a partir das circunstâncias do caso concreto, sempre que o indivíduo for considerado como objeto dentro de uma visão que valorize mais os textos legais, a sua dignidade será atingida. É nesse ponto que a doutrina e a jurisprudência possuem um papel relevante nesta mudança de postura. A noção de dignidade da pessoa humana vai se conformando, a partir do momento em que o direito passa a ser entendido a partir da compreensão do ser. A dignidade da pessoa humana está atrelada, portanto, aos direitos fundamentais.

Os princípios que permeiam a dignidade da pessoa humana estão fincados no rol dos direitos da personalidade, bem como ancorados no conjunto de direitos fundamentais, de tal sorte que, caso ocorra desrespeitado a vida, pela integridade psicofísica, moral, ou imagem do ser humano, ou suas condições mínimas de existência sejam maculadas, estar-se-á diante da violação da dignidade da pessoa humana. (MELLO, 2010, p. XXXIII).

Por fim, o real sentido da dignidade da pessoa humana somente será descoberto se o operador do Direito buscar em seu fundamento originário, que se trata da compreensão do ser em sua essência em quanto ser humano que reflete seus potenciais no mundo histórico e cultural ao qual está inserido. Supera-se desta forma o velho paradigma da legalidade onde se refletia a lei sobre a pessoa. Em uma nova visão filosófica da hermenêutica, o ser humano assume o centro das discussões e a sua real compreensão enquanto ser no mundo passa a ser a busca do hermeneuta, que agora, livre do normativíssimo, buscará a solução para o caso com enfoque na compreensão do ser, perfazendo uma relação entre sujeito e sujeito, alinhando-se aos ideais do princípio da dignidade da pessoa humana, onde os princípios minimalistas de Direito Penal poderão ser mais um instrumento posto ao seu alcance para a solução do caso.

Patente de medicamentos e saúde pública: o sistema patentário e o acesso a medicamentos por meio da licença compulsória

Mariana Dias Ribeiro¹

Resumo

O presente estudo tem por escopo a abordagem do direito constitucional à saúde, sob o prisma do acesso universal e igualitário da população aos medicamentos. Para tanto, faz-se necessário conciliar a tarefa de promoção da saúde com o direito de propriedade industrial, especialmente em relação às patentes farmacêuticas. Analisa-se a importância da propriedade industrial como instrumento para atingir-se o postulado constitucional ligado a este direito fundamental, viabilizando-se o desenvolvimento e a produção de novos fármacos. Por outro lado, observam-se possíveis abusos que podem existir na exploração pelo titular, frustrando os objetivos almejados, inviabilizando o acesso aos medicamentos necessários. Sob este prisma, grande relevo se observa na possibilidade da licença compulsória, considerada uma restrição imposta ao direito do inventor, delimitando-se o alcance do privilégio. Desta forma, será acrescida a utilidade social esquecida, de forma que venha a desempenhar o seu relevante papel, acarretando a melhoria na qualidade de vida diante do desenvolvimento de novos medicamentos e procedimentos. Promove-se, portanto, o bem-estar, salvaguardando-se, como bem maior, a própria vida e concretizando, por fim, o desiderato constitucional de acesso à saúde.

Palavras-chave: Saúde pública; patente de medicamentos; função social.

Abstract

The scope of this study is to approach the constitutional right to health, through the prism of universal and equal access of the population to medicines. Therefore, it is necessary to reconcile the task of promoting health with the right industrial property, especially in relation to pharmaceutical patents. Analyzes the importance of intellectual property as a tool to achieve the constitutional postulate is linked to this fundamental right, enabling the development and production of new drugs. Moreover, we observe the possible abuses that may exist on the farm by the owner, thwarting the desired goals, preventing access to necessary medicines. In this light, great importance is seen in the possibility of a compulsory license, regarded as a restriction imposed on the right of the inventor, delimiting the scope of the privilege. This will increased forgotten social utility so that it will do a relevant role, leading to improvement in quality of life before the development of new drugs and procedures. Promotes itself, thus safeguarding the welfare, as well as larger, embodying life itself, finally, the constitutional desideratum of access to healthcare.

Keywords: Public health; patent medicines; social function.

¹ Professora de Direito Civil – Universidade Estácio de Sá. Universidade Estácio de Sá – Unidade Niterói/RJ – E-mail: mariana.ribeiro@estacio.br / marianadribeiro@yahoo.com.br

Introdução

Os direitos fundamentais, como frutos de uma construção histórica, foram gradativamente inseridos nos diversos ordenamentos jurídicos o que, apesar disso, não veio a garantir a sua efetivação, sendo este um dos grandes problemas a serem enfrentados.

Muito de nossa luta histórica possibilitou o reconhecimento de uma nova ordem de direitos, ultrapassando as ideias liberais e a não intervenção do Estado.

Sob esta vertente é que se pretende analisar um destes direitos que apresentam nota de fundamentalidade: o direito à saúde, inserido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Tal direito apresenta especial relevo, vez que indissociavelmente ligado à vida, a partir do qual os demais direitos podem ser exercidos.

Apresentando-se em sua faceta negativa, fazendo surgir um dever de abstenção, assume também a dimensão positiva, a ensejar, do poder estatal, a realização de prestações, bem como possibilitar a sua realização com o intuito de promover uma vida digna.

O acesso igualitário e universal, inaugurado no Diploma Constitucional de 1988, será aqui analisado sob o aspecto preventivo, onde se encontra o acesso a medicamentos.

Sob esta perspectiva, é que se analisa a possível convergência entre a acessibilidade universal dos medicamentos necessários e o privilégio outorgado pelo Estado diante da patente, conforme se depreende do atual Diploma constitucional em seu artigo 200, estabelecendo a participação do Estado junto à ordem econômica, pelo Sistema Único de Saúde, na produção de medicamentos e incremento, em sua área de atuação estatal, do desenvolvimento científico e tecnológico.

Na medida em que se respeita o atendimento da saúde pública, cumprem-se os interesses sociais, em respeito à vida, dignidade, justiça social e ao desenvolvimento.

Através do sistema de patentes, seu titular pode obter, com a sua exploração, o ressarcimento pelos gastos despendidos na realização da pesquisa que ensejou a produção deste novo fármaco, sendo o próprio Estado um destes adquirentes do medicamento patentado, para cumprir com o desiderato fundamental de acesso.

Neste contexto, assume relevo o estudo da propriedade intelectual, aqui no âmbito da propriedade industrial, representada pela patente de invenção na seara de medicamentos, ciente do debate acerca de sua extensão e limite, principalmente levando-se em consideração, nesta hipótese, um bem tão valioso quanto a manutenção da própria existência humana.

O relevo se observa quando se leva em consideração que, contemporaneamente, o desenvolvimento econômico está atrelado, fundamentalmente, à capacidade de geração e aplicação do conhecimento, deslocando-se da valorização do capital para o saber, emergindo os bens criados pelo intelecto humano.

Pode-se, portanto, afirmar, diante da compatibilidade entre direito subjetivo e função, a partir da análise da evolução da realidade jurídica, que:

desde esse ponto de vista, há a integração da função social aos modernos conceitos de *propriedade*, que se consuma na conciliação do individual e do social. Daí uma alteração na própria estrutura da propriedade. Expressão das modernas tendências que caracterizam o tratamento conferido pelo Direito à realidade social, as modernas concepções de *propriedade* são aplicadas à preservação de uma situação de equilíbrio entre o individual e o social (GRAU, 1988, p.243).

Na medida em que o Estado passa a assumir um papel participativo na vida da população, o ordenamento começa a se alterar. Sob a esfera de uma ideologia liberal, o papel absoluto do instituto e a superioridade do proprietário eram posições assentadas. Entretanto, na medida em que perde força a postura absolutista², assumindo-se como instrumento gerador de exclusão social, relevo desperta, com a consagração de uma segunda dimensão de direitos, o Estado Social. Admitindo-se a sobrevivência da propriedade privada, a ordem pública passa a garantir a utilização dos bens, conforme sua destinação contando, a partir de então, com a sobreposição do social em relação ao individual, robustecido o bem-estar geral em relação às conveniências individuais (PEREIRA, 2006, p.87). Diante desta compreensão, os direitos individuais devem ser vistos como instrumentos para a construção de algo coletivo, de forma que os atos cunhados na autonomia privada devem ser direcionados à “realização de interesses e funções socialmente úteis” (BERCOVICI, 2001, p.73).

Desta forma, o sentido de função, vem significar um poder, de forma específica, conforme demonstra Comparato (1986, p.71-19) “o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo” acrescentando-se o adjetivo social, a delinear o interesse coletivo, caracterizando-a como um poder-dever daquele que se coloca na posição de proprietário, sob pena de ser sancionado pelo ordenamento. Sob a ótica apontada, a propriedade poderia contribuir para o desenvolvimento da nação, erradicando a pobreza e minimizando as desigualdades sociais existentes (VARGAS, 2009, p.321). Neste contexto, revela-se um interesse maior do que o individual, que integra a estrutura do instituto à finalidade comum. Verifica-se, portanto, a sucumbência das concepções individualistas diante das forças sociais guiadas no sentido de sua democratização. Desta forma, para sua legitimidade, já não basta o título aquisitivo que conduz à propriedade, mas sim a atitude daquele que titulariza esta condição que, ao “utilizar o feixe dos poderes – absolutos, amplos ou restringidos – integrantes do direito de propriedade, esteja sensibilizado com o dever social imposto pela Constituição Federal” (FRANÇA, 1999, p.14).

² Antecedentes podem ser encontrados “nas formulações acerca do abuso de direito, que, gradativamente, impuseram limites ao poder absoluto do proprietário”.

Esta deveria ser, portanto, a direção de todo direito subjetivo que foi deturpada pelo individualismo dominante fazendo-se sentir, diante da nova postura assumida, a necessidade de sua inserção nos ordenamentos contemporâneos, de forma a reafirmar o direcionamento ao bem-estar social.

Sob esta perspectiva, assumindo uma análise nacional, no Brasil de 1934, faz-se brotar este modelo de Estado atado politicamente a formas democráticas, onde assumem valores supremos a Sociedade e o homem-pessoa (BONAVIDES, 2003) rompendo-se com o regime dominial anterior. Neste Diploma constitucional, primeira constituição social do país, era “garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”, a teor do disposto no art.113, itens 17 bem como 18. Pelo exposto, percebe-se que a Constituição de 1934 se aproximou do conceito atual da função social, embora não tenha se utilizado desta terminologia. O intenso debate formado acarretou reflexos no plano legislativo, tendo por corolário o disposto no art.153º da Constituição de Weimar, na Alemanha do período entre-guerras. Do mesmo modo, as encíclicas papais passaram a reconhecer que o direito de propriedade privada possui intrinsecamente uma função social (VARELA; LUDWIG, 2002).

Diante destas perspectivas, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 expõe o instituto como um direito “inviolável e sagrado”, sendo a ideia de solidariedade explanada no art.1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Neste contexto, as constituições não ficam alheias a estes fatos, haja vista o já mencionado Diploma de 1934, refletindo-se o interesse social ou coletivo como condição para garantia do direito de propriedade em nossa Carta Constitucional. Na Constituição de 1937, a propriedade constava em sua relação de direitos e garantias fundamentais, a teor do disposto em seu art.122 sendo enfraquecida pela redação do item 14, tendo sido desconstitucionalizados seu conteúdo e os limites (CERQUEIRA, 2006).

Em semelhante situação se encontra a disposição acerca do privilégio do autor do invento industrial que se faz necessário demonstrar, eis que pertinente ao tema em debate, salientando a possibilidade de ser incluído na proteção constitucional da propriedade ou utilizar-se da amplitude da relação trazida no art.123 do referido Diploma.

A função social não era temática alheia à Constituição de 1946, com a subordinação do uso da propriedade ao bem-estar social, conforme se depreendia do disposto em seu art.147 e, em relação ao privilégio concedido ao inventor, a presente Carta se assemelha à anterior.

Em particular atenção, tratando-se de patentes, no ano de 1945 entra em vigor o Decreto-lei nº 7.903, denominado de Código de Propriedade Industrial, dispondo que, em todos os casos de perda da propriedade da patente, relacionados ao princípio da função social da propriedade, o pressuposto seria a inércia do titular ou de um dos titulares em sua exploração em certo lapso temporal. A postura acerca da função social se manteve no Diploma constitucional de 1967/1969, cuja disciplina era encontrada no art.160, III, na

exigência de utilização condizente aos fins sociais a que se preordena, de caráter evolutivo, conforme a alteração social, que permite o impulso em razão de suas demandas. Na Carta que se seguiu, em seus arts.153 e 160, a propriedade também é assegurada na medida em que esteja voltada ao atingimento da função social (BASTOS; MARTINS, 2004).

Entretanto, não se revelava o comportamento propugnado pela Carta atual, que a colocou no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no art.5º, XXII, fato de relevância para o estudo que ora se desenvolve, salientando no inciso seguinte a existência do princípio constitucional fundamental da função social da propriedade apresentando-se também, no art.170, II e III, como princípios gerais da ordem econômica. A postura assumida pelo constituinte de 1988, refletia o fim de um regime autoritário no Brasil dos anos 80, cuja Carta pode ser vista, conforme salienta França (1999, p.13) como “resultado de compromisso histórico dos grupos sociais interessados em assegurar suas plataformas reivindicacionistas no novo texto”.

O instituto ganha proteção autônoma na medida em que é assegurado, agora em inciso próprio, como direito fundamental, devendo se compatibilizar com as finalidades espraiadas no âmbito social. Pretende-se coibir, portanto, seu uso degenerado que conflite com as normas protetivas, que não se cogite de interação com a coletividade.

A sociedade contemporânea, atendo-se a valores de cooperação na análise do instituto, vem a exigir um conteúdo que o modelo tradicional não consegue alcançar (GUERREIRO, 2006), cujos fatos revelavam a impotência deste esquema tradicional “para se ajustar às novas direções do fenômeno produtivo” (GOMES, 1970, p.11).

A liberdade nas mãos de poucos, anteriormente predominante, oprimia a coletividade onde muitos se viam desprovidos de acesso a bens mínimos acarretando, em muitos casos, a privação da própria dignidade, momento em que se constata a fragilidade do ser humano e reflete no constitucionalismo que a este fato se segue. A despeito desta colocação, cabe mencionar que o direito é uma realidade ordenada ao atendimento do bem comum, que deve ser buscado. Para tanto, premente se faz a necessidade de relativização do significado do instituto, em particular diante do fato de constar dentre os princípios da ordem econômica, estes, preordenados ao fim de assegurar a todos existência digna conforme os ditames de justiça social (SILVA, 1999).

O respeito ao princípio em debate vem com o objetivo de conceder, de acordo com França (1999, p.15) “legitimidade jurídica à propriedade privada, tornando-a associativa e construtiva”, resguardando, desta forma, os fundamentos e diretrizes fundamentais expostos na Constituição.

Por derradeiro, este deveria ser o comportamento social que se omitiu, durante todo o percurso em que houve a fragilização do ser humano, do cumprimento deste desiderato, o que acarretou a necessidade de reafirmá-lo, como visto, nas constituições.

Exige-se, portanto, o comportamento regular do proprietário, de forma a compatibilizar-se com os interesses sociais, promovendo valores fundamentais. Um comportamento que não deve ser entendido com os sistemas de limitação do direito de propriedade, pois se trata de sua estrutura.

É necessário, portanto, enfatizar que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário, além de não exercê-lo em prejuízo de outrem, concepção que encontramos no art.40 da Declaração dos Direitos do Homem, coibindo os abusos de direitos (concepção negativa), também o dever de exercê-lo em benefício de outrem. Verifica-se, nesta última hipótese, uma concepção que impõe comportamento positivo ao proprietário, encontrada nos arts.42 e 44 da Constituição Italiana, reconhecendo-se a necessidade de instrumentos para possibilitar a conformação do processo econômico e social (GRAU, 2007).

Por esta visão, na medida em que se concebe um conceito plural assumido pelo instituto, exige-se análise de todas as suas concepções sob o prisma constitucional (CARVALHO, 2003) deflagrando-se a necessária socialização.

Ciente da referência constitucional apontada, que se apresenta como fundamento de legitimidade de todo o ordenamento jurídico, espalhando novos contornos aos institutos privados, as liberdades clássicas e os direitos fundamentais ostentam

status de valores fundantes de todo o ordenamento, devendo ser respeitados tanto em sede legislativa, administrativa e jurisprudencial quanto nas próprias relações entre os particulares (VARELA; LUDWIG, 2002, p.776-777).

No contexto da propriedade intelectual, a função social perseguida atua como medida conciliatória frente à necessidade de proteção da atividade inventiva e a exigência social de disseminação do conhecimento, acarretando certa flexibilização, aliada ao prazo instituído para duração do monopólio e a extensão dos direitos em debate (ZAITZ; ARRUDA, 2008). Neste sentido, salienta-se que:

A concepção da propriedade, que desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre as coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade das marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. Os direitos autorais de *software* transformaram seus titulares em megamilionários. As riquezas são transferidas em rápidas transações de bolsas de valores, transitando de país para país, em investimentos voláteis. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social (LOBO, 1999, p.107).

A colocação da função social da propriedade intelectual resulta da consideração das múltiplas formas do instituto e da atenção ao postulado constitucional, abraçando-se a concepção de que tal função incide em cada regime proprietário. Para tanto, parte-se do princípio de servir de instrumento a favor da existência digna, à qual propugnamos em virtude da proteção da dignidade da pessoa humana, bem como a realização de uma justiça social, o que se perfaz na medida em que se salienta a necessidade do exercício de um direito em prol da comunidade como um todo. Entretanto, para o cumprimento deste desiderato, se municia o Poder Público da possibilidade de intervir caso tal preceito seja descumprido. Pelo exposto, a função social da propriedade teria uma “função promotora e tende a ser o instrumento mais eficaz na luta contra as desigualdades sociais” (CARVALHO, 2003, p.22).

Tamánhas considerações ocorrem de acordo com nossa Carta Constitucional e a legislação pátria, esta última em plena consonância com a primeira, dado que foram estabelecidos fins específicos que devem ser atendidos. Com este postulado, objetiva a Constituição “ressalvar as necessidades e propósitos nacionais, num campo considerado de fundamental importância para a sobrevivência de seu povo” (LYARD, 2005, p.84). Ressalte-se a previsão de atendimento ao interesse social espaiada no TRIPS, em seu art.7º, a indicar que o regime dos direitos de propriedade intelectual deve contribuir para promover a inovação, a transferência e a disseminação da tecnologia de forma conducente ao bem-estar econômico e social. Procurou-se, portanto, a obtenção do equilíbrio entre a garantia dos direitos de propriedade intelectual, e a proteção de valores tidos como fundamentais.

Dentre os direitos em debate, nossa particular atenção direciona-se às patentes que, consideradas propriedade com tempo de exploração exclusiva, limitada pelo ordenamento, de forma a garantir ao inventor o ressarcimento dos gastos com pesquisa e desenvolvimento, conferem proteção ao instituto e não ficam alheias à necessidade de atendimento da função mencionada.

Diante do enfoque promovido, torna-se cada vez mais visível a necessidade de prevalência do interesse público em detrimento do interesse particular, dimensionando-se esta afirmativa em relação às patentes relacionadas a medicamentos, destacadas no presente trabalho. Merece destaque o debate acerca da posição tomada em governo anterior que, numa concepção da função social que deveria aliar-se ao instituto, discutiu-se a licença compulsória de medicamentos, no caso de anti-retrovirais no combate à AIDS, viabilizando o desiderato de atenção ao interesse social, conforme propugnado. A teor da relevância do estudo, realiza-se a análise da licença compulsória como um instrumento que pode viabilizar o cumprimento do postulado constitucional.

A função social da propriedade intelectual através do licenciamento compulsório

A tutela constitucional dos direitos em debate se encontra no art.5º da Constituição Federal, nos incisos XXII, que consagra a inviolabilidade do direito de propriedade e XXIX, que se refere ao privilégio temporário concedido aos autores de inventos industriais e a proteção às criações. O texto constitucional subordina a propriedade ao atendimento de sua função social, conforme o disposto no art.5º, em seu inciso XXIII, uma leitura que também é feita em relação à propriedade intelectual, conforme demonstrado. Esta mesma direção se encontra no art.170, II e III do aludido Diploma, como princípio da ordem econômica, já mencionado anteriormente.

Em relação ao privilégio retratado no presente trabalho, uma leitura que se propõe sobre o instituto deve se coadunar com a função social. Para tanto, é de se realizar a interpretação do inciso XXIX da Constituição Federal, de forma a indicar que a lei ordinária poderia estabelecer determinados condicionamentos ao aludido direito, balizados pelo interesse social, visando o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (CERQUEIRA, 2006).

Levando-se em conta o propósito inicial de fomentar o desenvolvimento industrial, o que acarretava a necessidade de exploração da patente dentro do país no qual foi a mesma concedida, os sistemas iniciais de patentes adotados estipulavam o princípio do trabalho obrigatório, ou seja, a obrigatoriedade de o inventor trabalhar em seu invento caso em que, não ocorrendo, ensejaria a possibilidade de sua revogação (DI BLASI, 2010, p.58). Em 1925, na revisão de Haia (CUP), foi proposta e aprovada a licença obrigatória. A subordinação da propriedade intelectual ao interesse público se encontra insculpida no TRIPS, sendo ainda de pouca utilização (VARGAS, 2009) a salvaguarda por ele garantida, que aqui se apresenta pela licença compulsória.

Com a inauguração do instituto, a liberdade para o seu estabelecimento e para seu detalhamento fica a cargo do respectivo país (CARVALHO, 2010), em conformidade com seu sistema jurídico.

Encontra-se na concessão compulsória de licença para exploração da invenção uma restrição imposta ao direito do inventor, o que se denomina de licença obrigatória ou licença compulsória, que provém do direito britânico (*compulsory licence*). Trata-se de uma delimitação do alcance do privilégio, que não somente o prazo de sua exploração, como resposta ao seu uso de forma abusiva, alheia à função que lhe cumpre desempenhar, tornando-a socialmente útil. Tal mecanismo “é a forma mais explícita de limitação de direitos para atender ao interesse público” (ZAITZ; ARRUDA, 2008, p.40), servindo como forma de se assegurar a disseminação tecnológica quando houver somente o atendimento de sua função individual, haja vista a necessidade, já realçada anteriormente, da visão social do instituto.

Neste contexto, a licença compulsória seria um instrumento útil, em certas situações, apontadas pela legislação, da qual poderiam fazer uso países em desenvolvimento, como forma de assegurar o acesso aos medicamentos necessários, acarretando o aumento do bem-estar social. Ela é um dos “mais importantes tipos de salvaguardas do sistema de patentes” (TACHINARDI, 1993, p.79) e compreenderia a possibilidade de suspensão do uso exclusivo, de forma temporária, em razão de um problema relacionado à saúde pública, considerando-se o acesso aos medicamentos.

A patente, como título de propriedade temporária, de onde se extrai a possibilidade de exploração exclusiva, é um dos mecanismos de tutela da propriedade intelectual, desempenhando um relevante papel no estímulo ao progresso, havendo que se enfatizar, diante desta consagração, a necessidade de cumprimento de sua função social segundo o ditame constitucional examinado.

Impende ressaltar que tal função se destaca no tema em debate, a teor da análise das patentes farmacêuticas, eis que objeto de intensos debates, notadamente em relação aos medicamentos contra a AIDS, como forma de cumprir o desiderato constitucional, viabilizando a universalização do acesso.

No Brasil, o conceito acerca do instituto da licença compulsória foi introduzido pelo Decreto-lei nº 7.903/45 (Código de Propriedade Industrial), cujo capítulo XII, em seu art.53 previa sua concessão quando a patente não fosse explorada nos dois anos subsequentes à sua concessão, ou quando sua exploração houvesse sido interrompida, sem justificativa, por período de tempo superior a dois anos. Seguindo-se a esta regulamentação temos o Decreto lei nº 2.54/67 bem como o Decreto-lei nº 1.005/69 e a Lei nº 5.772/71, antigo Código de Propriedade Industrial, que também retratavam o instituto. Apesar de sua previsão, até então nenhuma licença compulsória havia sido concedida no Brasil, o que somente veio a ocorrer entre 1971 e 1997, sendo duas acerca da patente de uma vacina, com fundamento no interesse público, e uma outra em virtude de exploração insuficiente para atendimento dos requisitos legais (GUISE, 2007).

A matéria encontra fundamento em nossa atual legislação no artigo 68 e seguintes da Lei nº 9.279/96, (Lei de Propriedade Industrial), cumprindo com os ditames e posturas constitucionais de atendimento da função social.

A lei prevê sete possibilidades para ensejar a concessão da licença compulsória, o que se encontra definido nos artigos 68 acima mencionado ao artigo 71 do Código de Propriedade Industrial em vigor.

Cabe salientar, apesar da análise nacional do instituto, que o mesmo se encontra de acordo com os dispositivos da Convenção de Paris e com o art.31 do TRIPS.

De acordo com Pontes de Miranda (1956, p.361), tal licença obrigatória

é a mais feliz medida legal para se conciliar com o interesse público da exploração das patentes o interesse particular do titular do direito de propriedade industrial. A propriedade fica; retira-se o uso, para se atribuir a quem use a invenção. É a Zwangslizenz. À base dela está o reconhecimento,

sem a violência da sanção de caducidade, de que a invenção tem fonte social e há de volver a ela, pela exploração: a exclusividade há de ser compatível com o interesse do povo, cuja cultura se manifesta nos seus inventores.

Através deste mecanismo, forma-se um contrato não voluntário entre titular da patente e um terceiro (DOMINGUES, 1980), licenciado, sem caráter de exclusividade, fazendo o titular, direito à remuneração. Desta forma, utilizada como meio legal de repressão, uma sanção em virtude do abuso do direito, pode ser entendida como um instrumento para o almejado cumprimento da função social, de forma a acarretar “o equilíbrio do mercado, de acordo com os princípios constitucionais da ordem econômica, previstos no §4º do artigo 173 da Constituição Federal e no artigo 2º da Lei nº9279/96” (DI BLASI, 2010, p.269).

Diante da necessidade da população ao acesso aos medicamentos, a licença compulsória viabilizaria a retomada do equilíbrio do direito à saúde, sendo com tal medida possível ao governo a exploração direta do objeto ou a permissão para que terceiros o façam sem a autorização do titular com a finalidade de executar políticas públicas que facilitem o acesso aos medicamentos por parte da população de baixa renda (AMARAL JUNIOR, 2010 p.10).

Normalmente o tema em debate está relacionado à omissão ou falha do Estado frente a elaboração e realização de políticas públicas preventivas, direcionadas ao atendimento das necessidades sociais, e a análise de seu custo e benefício poderia resultar de sua utilização, neste sentido, pelos países em desenvolvimento. Sob este ângulo, a utilização da licença compulsória deveria ser acompanhada de um regime que assegurasse uma razoável remuneração ao titular da patente, atenuando seus efeitos em relação ao progresso tecnológico (AMARAL JUNIOR, 2010).

Tratando-se do tema, em três ocasiões³, o governo brasileiro obteve redução dos preços de medicamentos utilizados no tratamento da AIDS em decorrência de acordos realizados com os detentores das respectivas patentes, após ameaça de fornecer o licenciamento compulsório para sua produção. O pleito se deu em virtude de tais medicamentos corresponderem a 80% do orçamento do programa desenvolvido contra a AIDS, onde se proclamou o livre acesso aos medicamentos para portadores. Desde estas ações,

o programa brasileiro de prevenção e tratamento da Aids, baseado principalmente na produção local de medicamentos genéricos, passou a ser frequentemente apontado por organismos internacionais como um modelo a ser seguido pelos países em desenvolvimento (VARGAS, 2009, p.329).

Ressalta Amaral Junior (2010, p.5) que:

³ Tais situações ocorreram em agosto de 2001, setembro de 2003 e junho de 2005, e se referiam a anti-retrovirais (ARVs) patenteados. (CASSIER; CORREA, 2010, p.88).

É possível sustentar que no caso de doenças como a AIDS os países em desenvolvimento podem estabelecer restrições aos direitos dos detentores das patentes para reduzir o custo dos produtos farmacêuticos e possibilitar maior acesso aos medicamentos por parte da população mais pobre. Os países dispõem da faculdade de regular o exercício dos direitos que a patente confere para alcançar a realização do interesse público. A licença compulsória surge, nesse contexto, como importante instrumento para aumentar a oferta de medicamentos a preços reduzidos.

De acordo com o estabelecido no artigo inaugural acerca do instituto (art.68 da lei nº9279/96), o titular da patente ficará sujeito a tal situação caso venha a exercer os direitos dela oriundos de forma abusiva ou por meio dela praticar abuso de poder econômico. Em comum, temos a noção de abuso a ensejar a possibilidade de transcendência do interesse egoístico do titular (BARBOSA, 2003).

Encontra-se, ainda, a possibilidade de concessão nos artigos 70 e 71 sendo o primeiro em caso de patentes dependentes e o segundo em casos de emergência nacional ou interesse público.

Diante da posição de exclusividade concedida ao detentor da patente, na área de saúde, abusos poderão existir de forma a inibir o acesso da população aos medicamentos necessários, motivo pelo qual o instrumento em análise assume grande relevo como correção do aludido desvio porventura existente, como mecanismo garantidor da prevalência do interesse público. Na possibilidade de equalização dos institutos em debate, voltando-se para o interesse social, busca-se a obtenção do bem-estar esperado.

A busca do bem-estar social através da equalização do sistema patentário e o acesso a medicamentos

É inegável o fato de que o primado da vida encontra-se ligado indissociavelmente à saúde, que deve ser garantida pelo Estado, nos termos do disposto no art.196 da Constituição Federal de 1988. Para tanto, deve implementar políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação e, diante do ordenamento jurídico pátrio nos âmbitos constitucional e infraconstitucional, devemos zelar pelo cumprimento deste desiderato comum a todas estas esferas. Diante do conceito de saúde e do sistema inaugurado pela Carta atual, devemos também perceber a saúde em sua faceta preventiva, o que se relaciona ao acesso aos medicamentos, tema em análise.

É sabido, porque demonstrável, que isto contribui para o desenvolvimento nacional e foi a preocupação inicial que desencadeou a elaboração de um sistema de saúde. Igualmente, a produção dos medicamentos necessários, e conseqüente obtenção de patentes, não se afasta do âmbito promocional, o que ocorre diante dos investimentos nesta seara que possibilitam a pesquisa, diminuindo a dependência dos medicamentos oriundos de laboratórios estrangeiros.

Nesta esfera, os direitos fundamentais em debate se direcionam à “consecução de outros direitos fundamentais, inclusive para o desenvolvimento sustentável que se exterioriza, como em um movimento cíclico, ao desenvolvimento científico e tecnológico” (PIOVESAN; CARVALHO, 2009, p.22-23).

Essa contextualização se encontra no artigo 200 da Constituição Federal de 1988, que estabelece a participação do Estado junto à ordem econômica, pelo Sistema Único de Saúde, na produção de medicamentos e incremento, em sua área de atuação estatal, do desenvolvimento científico e tecnológico.

Na ordem internacional, os dois temas são afetos aos direitos humanos e, no âmbito nacional, por tal razão, tidos como direitos fundamentais. No direito à saúde encontramos a necessidade, pelo exposto, do acesso aos medicamentos, tratando-se de direito social.

A patente de medicamentos, como espécie de direito de propriedade é direito individual com relevância social. Enquanto o primeiro não comportaria condicionantes, haja vista estar intrinsecamente ligado à vida, o segundo se condiciona ao atendimento da função social, conforme destacado, o que colabora com o acesso aos medicamentos em atenção ao bem-estar social (CARVALHO, 2007).

Neste contexto, as patentes farmacêuticas, no âmbito internacional (principalmente pela OMC) cumprem com os interesses sociais na medida em que respeitam ou satisfazem o atendimento da saúde pública, ao passo que na esfera nacional, o cumprimento da função social é satisfeito quando se respeita a vida, dignidade, justiça social e o desenvolvimento.

Um exame superficial do sistema de patentes poderia conduzir à uma interpretação de que a proteção atribuída à propriedade industrial, impediria o acesso da população aos medicamentos essenciais para a preservação da vida humana. Tal posição poderia ser reforçada diante dos altos preços praticados no mercado. Entretanto, tal postura não encontra justificativa, na medida em que a concorrência nesta seara não se realize com base nos preços (WOLFF; ANTUNES, 2005) dada a essencialidade dos medicamentos.

Na indústria farmacêutica, de acordo com Tachinardi (1993, p.59)

a concorrência não se faz por preço porque os medicamentos são essenciais à saúde, apresentam uma demanda inelástica. As empresas desse setor concorrem com diferenciação de produtos e inovação, e investem mais em P & D nos chamados segmentos das doenças crônicas, como a diabetes e a hipertensão.

Em nome do acesso aos medicamentos, o repúdio à patenteabilidade de produtos e processos farmacêuticos resulta em prejuízo ao desenvolvimento das nações, seja este econômico, científico e tecnológico (FALCONE, 2009). Desta forma, se fossem enfraquecidos os mecanismos de proteção de medicamentos, inviabilizando a recuperação dos custos despendidos, o investimento em pesquisas para consecução de novos fármacos não aconteceria da mesma maneira, sendo imperioso afirmar que a inovação tecnológica acabará estagnada e a sociedade

padecerá diante dos males que poderão surgir, para os quais não terá resposta, não podendo remediá-los.

Negar a proteção da propriedade industrial, nesta hipótese representada pela patente de invenção, de forma a justificar o acesso aos medicamentos, poderia acarretar o retrocesso econômico, tecnológico e científico do país, tendo em vista que se afastaria o investimento, reduzindo o potencial inventivo. Resulta, portanto, do enfraquecimento dos direitos de propriedade industrial, uma restrição da população à saúde apontando particular relevância em relação aos medicamentos necessários.

Analisando-se especificamente seu papel contributivo, infere-se como inerente ao sistema de patentes, o objetivo de criar incentivos à inovação e consequente promoção do desenvolvimento econômico e do bem-estar do consumidor (ROSENBERG, 2007).

Diante da sua opção acerca da não patenteabilidade de medicamentos, contanto com o respaldo da Convenção de Paris, o Brasil

sofria retaliações no comércio internacional e sucumbia com o isolamento típico do modelo econômico anterior, o de substituição de importações, que idealizava a manutenção de um parque industrial brasileiro autófago, capaz de suprir as demandas do mercado interno. O atraso trazido por este modelo obsoleto e protecionista só não era mais evidente que a premente necessidade de alterá-lo (FALCONE, 2009, p.213).

Dessa forma, com a introdução no ordenamento da patenteabilidade de produtos e processos farmacêuticos, haja vista o art.27, 1. do TRIPs, o país se insere no contexto da economia globalizada.

O mecanismo da patente na área de medicamentos pode ser considerado como um mecanismo de promoção de saúde pública e consequente melhoria da qualidade de vida, diante do desenvolvimento de novos medicamentos e procedimentos, como forma de se preservar a própria vida. Em face disso, não deve ser visto como um obstáculo excessivo para a consecução do bem-estar social, considerando a existência de mecanismos para conter eventuais desvios e abusos, como a licença compulsória, referida anteriormente.

Diante desta perspectiva, os direitos de propriedade intelectual destinam-se a criar, inovar e serem colocados à disposição da sociedade (CARVALHO, 2007).

Para garantia eficaz de proteção do direito à saúde, analisado no presente trabalho sob a perspectiva preventiva, de acesso aos medicamentos, é necessária a elaboração e execução de políticas públicas que atendam às necessidades nacionais. Ressalte-se, contudo, que também se fazem necessárias políticas que visem um maior investimento em capacitação humana e tecnológica e em P&D, possibilitando a produção nacional de medicamentos, o que acarreta a diminuição da dependência de patentes de titularidade estrangeira (GUISE, 2007).

Cabe, portanto, ao Estado, não só a responsabilidade pelo acesso aos medicamentos à população que deles necessite, como também a garantia do direito às patentes farmacêuticas que são destinadas ao cumprimento do postulado fundamental. Não perceber o sistema de patentes nesse sentido, seria como imputá-lo uma responsabilidade que advém de uma omissão estatal em cumprir com os deveres constitucionais.

Desta forma, tem-se que o acesso aos medicamentos é desrespeitado “não pela concessão da patente farmacêutica, mas pela ausência de condutas proativas, preventivas e progressivas, por parte dos Estados, na área de fármacos” (CARVALHO, 2007, p.150).

Neste contexto, devem ser conjugados o direito ao acesso a medicamentos e o direito às patentes farmacêuticas, corroborando com a proteção que lhe é conferida pelo ordenamento, em atenção aos interesses sociais, aliando-se a este fato o desenvolvimento sustentável e progressivo, quando então assume relevo os incentivos que conduzem à sua elaboração e produção.

Merece destaque o mecanismo da licença compulsória, que precedeu este exame, através da qual, a curto prazo, se garante o acesso esperado, mas não se diminui a necessidade de, a longo prazo, viabilizar uma base tecnológica industrial que venha a suprir as necessidades de saúde locais. Paralelamente a este cenário, é latente a existência de uma imensa riqueza de flora e fauna brasileira, que se associam à característica do multiculturalismo, o que denota uma sede frutífera de conhecimentos e saberes que poderiam ser utilizados e reconhecidos.

Conclusão

Os direitos fundamentais são a expressão de anseios e transformações sociais e contribuem significativamente para a evolução de uma sociedade. Em face dos inúmeros problemas sociais que sempre acometeram a população brasileira, oriundos da desigualdade social, do impacto da industrialização e do crescimento demográfico, tornou-se premente a necessidade de uma postura ativa a ser desempenhada pelo Estado, desencadeando o surgimento dos direitos sociais, como direitos positivos e liberdades sociais, dotados de fundamentalidade.

Estes direitos devem ser assegurados no Estado Democrático de Direito, na forma proclamada no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, e conforme previsão do rol dos direitos sociais elencados no respectivo artigo 6º, merecendo a particular atenção deste trabalho o direito à saúde, considerado como direito de todos e dever do Estado.

Surge do ordenamento constitucional, portanto, e pela locução de seu artigo 196, a função primordial e preventiva de garantia da saúde, mediante políticas sociais e públicas que o Estado avocou para si, atendendo à saúde da população e possibilitando o acesso a medicamentos e aos tratamentos necessários.

Não obstante a tarefa assumida no âmbito da Carta Magna, o Estado não vem conseguindo obter pleno êxito em suprir as demandas sociais emergentes. O cenário de um precário sistema de saúde e a falta de medicamentos indispensáveis

à preservação da saúde da população acarreta inúmeras ações judiciais, que visam à sua obtenção coercitiva, trazendo à tona a importância de facilitação ao seu acesso.

Em que pesem as alegações formuladas na tentativa de justificar as carências constatadas, certo é que a viabilização de certas políticas públicas, de atenção ao postulado constitucional, atrela-se mais a opções e prioridades políticas do que a disponibilidades orçamentárias em si.

Diante da insuficiência das políticas públicas, o Poder Judiciário vem sendo chamado ao deslinde destas questões e à correção de desigualdades, acabando por proclamar uma justiça distributiva nos casos concretos.

O cenário atual que envolve a promoção da saúde pelo Estado e a necessidade de acesso aos medicamentos pela população enseja, efetivamente, a discussão sobre as patentes de invenção na seara dos medicamentos.

O sistema de privilégio, através das patentes, conquanto permita a sua exploração, poderia ser, numa primeira e rápida leitura, contraditório ao próprio ordenamento.

Entretanto, neste ponto interagem duas vertentes a serem analisadas. Num primeiro momento, observa-se que o elemento criativo é tutelado por nosso ordenamento constitucional, o que ocorre com fulcro no art.5º, inciso XXIX, como direito fundamental, onde se assegura o direito à propriedade industrial, espécie do gênero propriedade intelectual, onde encontramos a patente de invenção em medicamentos. O privilégio concedido pelo Estado é tido como uma forma de possibilidade de retorno dos gastos despendidos em pesquisa e desenvolvimento de fármacos, possibilitando, para tanto, a sua exploração pelo prazo estipulado em lei. A par das críticas proferidas ao sistema de patentes, ingressamos na segunda vertente, aduzindo que como direito de propriedade e, como vimos, assim pode ser considerado, sob o auspício de um direito fundamental, deve estar, posto que assume esta condição, atrelado ao cumprimento de sua função social, da qual não pode se esquivar.

A função a ser desempenhada, inaugurada no país na Carta de 1934, objetiva condicionar o instituto ao atendimento do interesse social e seu respeito confere legitimidade jurídica à propriedade privada, resguardando-se os postulados constitucionais. No âmbito da patente de invenção, e na área a que dedicamos nosso estudo, uma das possibilidades de fazer-se cumprir tal ditame apresenta-se pela via da licença compulsória na busca do bem-estar social com a equalização do sistema de patentes e o acesso aos medicamentos.

O instituto encontra guarida no âmbito internacional, no TRIPS e, nacionalmente, no Código de Propriedade Industrial, a Lei nº9279/96, dentro de sete hipóteses previstas nos artigos 68 e 71, intervindo como forma de tornar a patente socialmente útil, assegurando a disseminação tecnológica.

Desta forma, ao mesmo tempo em que se possibilita o privilégio estabelecido pela patente de medicamentos, se viabiliza a licença compulsória, caso ela se afaste do cumprimento de sua função social, atendo-se somente à função individual. Revela-se, por conseguinte, um importante mecanismo nas mãos dos países em desenvolvimento, e que pode ser utilizado como instrumento de acesso amplo aos medicamentos, nas hipóteses permitidas na respectiva legislação.

Diante das vertentes apontadas, o direito à patente de medicamentos limita-se em razão de interesses sociais, não gerando, portanto, nenhuma zona de conflito, podendo com eles coexistir.

O que também não se pode ignorar é o fato de que a proteção aos direitos de propriedade industrial é de fundamental importância para o desenvolvimento e progresso tecnológico, o que é significativo, levando-se em consideração a pesquisa e desenvolvimento de novos fármacos.

Tais posicionamentos abrem ensanchas para discussões acerca do papel do Estado neste processo, diante da assunção de compromissos de índole constitucional dantes mencionados, e da importância singular do direito à saúde, inexoravelmente ligado ao próprio direito à vida.

Pugna-se, assim, pelo implemento de políticas públicas de acesso que contenham o incentivo propagado, de forma que o direito à saúde não seja fruto de um projeto inconcluso.

De uma perspectiva social, a tarefa de concretização deste direito fundamental à existência humana exige, além de políticas públicas adequadas, a mobilização de recursos materiais em prol de uma efetividade igualitária e a cobrança permanente de responsabilidades.

Referências bibliográficas

- AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Licença Compulsória e Acesso a Medicamentos nos Países em Desenvolvimento*. p.4. Disponível em <http://www.deolhonaspateentes.org.br/media/file/Publicacoes/Alberto_Amaral_portuguese.pdf> Acesso em 21/07/2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *A função social como limite constitucional ao direito de propriedade*. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política nº06, vol 04, p.101-113, 1988
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 2º volume. 3ª ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004
- BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição de 1988 e a função social da propriedade*. Revista de Direito Privado, nº7, p.69-84, jul-set 2001
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editora, 2003, p.562.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Lívia; NICOLETTI, Juliana (colab.) Código 4 em 1 Saraiva: Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 14-96.
- BRASIL. Lei nº9279/96. *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial*. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Lívia; NICOLETTI, Juliana (colab.) Código 4 em 1 Saraiva: Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.1234-1241.
- CARVALHO, Eusébio. *Direito à Propriedade – Do Discurso à Realidade*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº24, jul-ago/2003, p.18.
- CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Do Licenciamento Compulsório: Uma abordagem do Direito Internacional e do Direito Administrativo*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=81008> Acesso em 19/06/2010.
- CASSIER, Maurice; CORREA, Marilena. *Propriedade Intelectual e saúde pública: a cópia de medicamentos contra HIV/Aids realizada por laboratórios farmacêuticos brasileiros públicos e privados*. RECIIS – Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde, disponível em www.reciis.cict.fiocruz.br, acesso em 20 de julho de 2010, p.85
- CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. *O princípio da função social da propriedade e as patentes*

– passado e futuro. Revista da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, nº82, p41-60, mai/jun 2006, p.45.

COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*. Revista de Direito Mercantil nº63, p.71-79, 1986.

DI BLASI, Gabriel. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Direito Industrial Patentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FALCONE, Bruno. *Questões controversas sobre patentes farmacêuticas no Brasil*. In: Propriedade Intelectual. Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá Editora, 2009

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Perfil constitucional da função social da propriedade*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a36 n.141, jan/mar, 1999.

GERRERO, Camilo Augusto Amadio. *O fundamento científico da função social da propriedade intelectual*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GUISE, Mônica Steffen. *Comércio Internacional, Patentes e Saúde Pública*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista de Informação Legislativa nº141, Brasília, p.107, jan mar 1999.

LYARD, Maria Alice Paim. *Patentes de Medicamentos: Questões Atuais*. In: Revista da Escola da Magistratura Regional Federal/Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal: 2ª Região. Cadernos Temáticos – Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª Região/2005, p.84.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Vol.11. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Vol.16. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. ONU, 1948. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm > Acesso em: 20/03/2014

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito de propriedade, sua evolução atual no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol.152, 1954.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Vol.IV. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Políticas para a implementação do direito ao acesso a medicamentos no Brasil*. Revista dos Tribunais, v.879, 2009, p.22-23.

ROSENBERG, Bárbara. *Interface entre o Regime de Patentes e o Direito Concorrencial no Setor Farmacêutico*. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de. Propriedade Intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p.271.

SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TACHINARDI, Maria Helena. *A Guerra das Patentes. O conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

VARGAS, Fábio Aristimunho. *O Regime Internacional de Proteção do Acesso a Medicamentos: um Enfoque Social*. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (coord.). Propriedade Intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.321.

WOLFF, Maria Thereza; ANTUNES, Paulo de Bessa. *Patentes de Segundo Uso Médico*. Revista da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, nº74,p.48-61, Jan/ fev 2005

ZAITZ, Daniela, ARRUDA, Gustavo Fávoro. *A Função Social da Propriedade Intelectual – Patentes e Know-how*. Revista da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, nº96, p36-43, set/out.2008, p.38.

A legitimação dos direitos dos animais não-humanos e a conscientização da sociedade contemporânea

Ronald Luiz do Valle Andrade¹

Resumo

O artigo se propõe a cotejar e a destacar a necessidade de conscientização da sociedade contemporânea para se criar um sistema de proteção aos animais não-humanos. Nesse sentido, através da pesquisa teórico analítica bibliográfica, demonstra também que os animais não-humanos são portadores da maioria dos atributos do homem, merecendo, portanto, a mesma valoração e proteção para serem considerados como sujeitos de direito, visando assim assegurar a sua proteção integral em todos os seus aspectos. Ao longo do trabalho, busca-se demonstrar que o Direito, reflexo da própria Sociedade, encontra-se em constante transformação e em decorrência disto, vivencia a mudança. Nesse contexto, os animais não-humanos, merecem total atenção e proteção do Direito. A legitimação dos Direitos dos Animais deve ser concretizada. No entanto, longa é a caminhada, na medida em que tal afirmação é controvertida e não plenamente compreendida como juridicamente relevante por diversos setores, principalmente pela sociedade. O presente artigo conclui no sentido de que ainda existe preconceito quando se fala em Direito dos Animais, pois embora o Direito esteja em permanente construção social, não é pacífico o entendimento em relação ao qual os animais não-humanos possam ser sujeitos de direitos e deixem de ser considerados mera propriedade do homem, apenas objetos, semoventes.

Palavras-chave: Direito; sociedade; reconhecimento; extensão; animais não-humanos; sujeitos de direito.

Abstract

The article aims to collate and highlight the need for awareness of contemporary society to create a system for the protection of non-human animals, since these are subjects of a life. In this sense, through research analytical theoretical literature, also demonstrates that non-human animals are carriers of most of the attributes of man, therefore merits the same valuation and protection to be considered as subjects of law, thus aiming to ensure their protection complete in all respects. Throughout the work, we seek to demonstrate that the law reflects the Company itself is constantly changing and as a result of this, the experiences change your perception transmutes. In this context, the non-human animals, deserve full attention and protection of the law. The legitimation of Animal Rights should be implemented. However, it is a long walk, to the extent that such a statement is controversial and not fully understood as legally relevant for several sectors, mainly by society. This article concludes in the sense that there is still prejudice when it comes to

¹ Mestrando em Direito Público e Evolução Social – PPGD/UNESA. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil – UNESA. Pós-graduado em Direito Processual – UNESA, Professor Universitário.

Animal Rights, because although the law is in permanent social construction, not peaceful understanding in relation to which non-human animals can be subjects of rights and leave be considered mere property of men, just objects, livestock.

Keywords: Right; society; recognition; extension; non-human animals; subject of Law.

Introdução

A legitimação dos Direitos dos Animais deve ser concretizada. Contudo, sabemos que esta afirmação é controvertida e não é plenamente aceita pelo Direito e pela sociedade. Na antiguidade, os animais não-humanos disputavam os alimentos com o próprio homem e com o passar dos tempos muitos passaram a ser considerados símbolos religiosos, divinos (dependendo da cultura), passaram a servir o homem como auxílios a serviços e trabalhos, principalmente pós revolução industrial e no ambiente rural, razão pela qual não há interesse na sociedade em mudar este cenário.

Na sociedade contemporânea, o reconhecimento do tratamento jurídico aos animais desperta muita polêmica, visto que o homem se sente ameaçado e não aceita a possibilidade de que outro de outra espécie possa vir a ter iguais ou mais direitos do que ele mesmo, deturpando o princípio de igualdade.

O homem, de uma maneira geral, afirma ser diferente das outras espécies animais por entender ser mais racional, orgulhando-se em dizer que é um ser que se destaca de todo o resto do reino animal. Acredita nisso por possuir um sistema nervoso mais desenvolvido, com maior capacidade de raciocínio, contudo, em razão de suas atitudes parece ser mais irracional do que a maioria dos animais não-humanos.

Todavia, os animais não-humanos, em muitos aspectos, têm semelhanças dos seres humanos, pois em muitos animais constata-se as qualidades humanas, reconhecendo traços de personalidade semelhantes aos que são encontrados no homem.

Para mudar esse paradigma na sociedade contemporânea, é preciso conscientizar, educar para assim estender a noção de proteção reconhecendo direitos para além dos homens, da pessoa², corrigindo uma injustiça, visando modificar o cenário deprimente em que vivem os animais não-humanos.

² O vocábulo pessoa surgiu do latim *persona* que designava na linguagem teatral de Roma, as máscaras utilizadas pelos atores em suas apresentações teatrais, ou seja, *persona* deriva de *personare*, nesse sentido, a máscara utilizada era uma *persona* que aumentava a intensidade da voz do ator por ela ocultado. Outrossim, a *persona* era um ente independente, não se confundindo com a figura do ator. Com a evolução do teatro, também modificou-se o conceito de *persona* passando a designar o papel teatral que era representado pelo ator e após o próprio indivíduo que o representava. Nos dias atuais, a concepção de sujeito de direito e a definição de pessoa, passaram por significativas transformações ao longo dos últimos anos. O Código Civil dispõe no artigo 1º, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Pela interpretação literal do dispositivo, é possível concluir que existe o requisito para a atribuição de direito, que o sujeito este deve ser uma pessoa. Contudo, já está superada a noção de que apenas o homem pode ser considerado pessoa, pois hoje temos o reconhecimento da personalidade das pessoas jurídicas.

Necessidade de mudança do tratamento pela sociedade em relação aos animais não-humanos

O Direito tem como principal ramo a regulamentação das relações, devendo, portanto, ter total preocupação com a sua função social, sendo que em razão da regulação das principais práticas sociais, tem a missão de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, ou seja, pacificar conflitos, solucionar a crise de identificação daqueles que são considerados sujeitos de direito.

Deve-se, criar um sistema de proteção para a evolução e valorização da pessoa humana e dos demais seres vivos, garantindo condições básicas, elementares, necessárias ao exercício da própria convivência. A sociedade precisa ser educada para a convivência harmoniosa com os animais, precisa ter consciência que depende dessa convivência para sua própria evolução e que precisa reconhecer os animais não-humanos como um ser próximo.

Nesse contexto, a sociedade deve buscar proteger os atributos físicos e psicológicos dos animais não-humanos, se conscientizar que esta proteção não está presa na pessoa humana³, pode e deve ser ampliada aos demais seres vivos, principalmente aos seres que tem a capacidade de sentir dor (sencientes) que possuem certo grau de consciência, que tem a maioria das características do ser humano. Deve-se adotar um sistema aberto de proteção aos animais não-humanos, exigindo de qualquer pessoa um dever de respeito no sentido de proteção, podendo se exigir tanto da sociedade quanto do Estado uma tutela preventiva de proteção e para que cesse a ameaça ou lesão.

Destarte, os animais não-humanos possuem a maioria das características dos animais humanos, com algumas poucas diferenças. Desta forma nada impede que os animais não-humanos tenham a mesma proteção dos humanos uma proteção existencial, isto muito mais pela ótica do “ser” do que do “ter”.

A sociedade precisa entender que devemos proteger o animal não-humano pelo que ele é, em sua dignidade e direitos. Essa proteção deve e pode ser estendida aos animais não-humanos, até pelo fato de que é consenso que os animais têm muitas das sensações do homem (são considerados seres sencientes, e de certa forma conscientes com a capacidade de possuir sensações e sentimentos). Contudo é cediço que humanos não são iguais em tudo, pois possuem diferentes capacidade e desenvolvimento mental, diferentes culturas e etnias, genética, SINGER (2010, p.6) destaca que:

³ Segundo KELSEN,(...) Definir a pessoa física (natural) como um ser humano é incorreto, porque homem e pessoa não são apenas dois conceitos diversos, mas também os resultados de dois tipos inteiramente diversos de consideração. Homem é conceito da biologia e da fisiologia, em suma, das ciências naturais. Pessoa é um conceito da jurisprudência, da análise de normas jurídicas.(...) O conceito de pessoa nada mais significa que a personificação de um conjunto de normas jurídicas, um complexo de direitos e deveres atribuídos a um determinado ente jurídico. Assim, a pessoa não é uma realidade natural, mas uma elaboração do pensamento jurídico. KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.137, 138-139.

Gostemos ou não, temos de encarar o fato de que os seres humanos têm diferentes feitios e tamanhos, diferentes capacidades morais e intelectuais, diferentes intensidades de sentimentos benevolentes e sensibilidade em relação às necessidades dos outros, diferentes capacidades de se comunicar de modo eficaz e diferentes capacidades de experimentar prazer e dor. Em suma, se a exigência de igualdade tivesse de se basear na igualdade efetiva de todos os seres humanos, teríamos de deixar de exige-la.

Os animais não-humanos estão cada vez mais parecidos com o homem. A evolução dos sentidos cresce de uma forma muito rápida, apresentando muitas características em comum, tais como a estrutura neurológica e o comportamento. Como exemplo, cientistas concluíram recentemente que o Mapa genético do macaco Bonobo é 98,7% igual ao humano⁴.

Ademais, diante das últimas atitudes humanas, podemos até concluir que os animais não-humanos, em algumas situações são mais desenvolvidos que o próprio homem, como exemplo, os golfinhos tem sua telepatia mais evoluída, os elefantes tem uma audição mais sensível que a do homem, os cães tem o olfato muito superior e os chimpanzés em muitos aspectos tem o comportamento similar ao do homem.

Nesse sentido, a questão da consciência é um dos principais aspectos da capacidade de raciocínio dos animais não-humanos. De acordo com a Teoria

⁴ Merece destaque a advertência de Gary Francione “Há diferença entre chimpanzés e ratos como existem diferenças entre os próprios seres humanos. Essas diferenças podem ser relevantes para alguns propósitos, mas não totalmente irrelevantes para o fim de tratarmos de um ser senciente exclusivamente como instrumento de outros, tidos como superiores. (...) Devemos interromper a exploração de todos os seres sencientes. Podemos escolher começar com os grandes símios, mas devemos deixar claro que essa opção nada tem a ver com o fato de serem similares aos seres humanos, exceção feita ao fato de serem, tal como nós, sencientes (...)”. O risco de projetos como o GAP e de campanhas similares, que são baseadas na noção de que o status moral e legal dos primatas depende no reconhecimento de serem “como nós”, reside no fato de que corroboram um paradigma especista ao assegurarem que 99,9999% dos não-humanos continuem pertencendo à categoria de coisa no esquema da dicotomia pessoa/coisa. Alguns argumentam que uma campanha que conecte a valoração moral à proximidade das características humanas seria aceitável na medida em que o reconhecimento da personalidade dos grandes símios conduziria, progressivamente, ao reconhecimento da personalidade de outros animais não-humanos. Todavia, centrar a discussão em capacidades cognitivas similares às dos humanos possuída por alguns não humanos, tidos “especiais”, é como termos uma campanha de direitos humanos focada em conferir direitos aos humanos mais “espertos” em primeiro lugar na esperança de que tal fato implicasse mais tarde; ou, em tratar aqueles com apenas ascendentes negros como mais privilegiados por se aproximarem mais dos brancos. Devemos certamente rejeitar esse elitismo onde humanos estejam envolvidos. Devemos igualmente rejeitar o mesmo raciocínio no caso de não-humanos. (FRANCIONE, Gary. *The Great Ape Project: Not so Great*. Disponível em <http://www.garyfrancione.blogspot.com>. Acesso em: 15 de janeiro de 2007 apud LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos Animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. P. 492.

de Griffin (biólogo Donald R. Griffin), etologia cognitiva, os animais não-humanos têm a capacidade de se adaptar a novos desafios, novas versatilidades, novos ambientes, escolher a melhor opção, tomando decisões de forma pensada e consciente, podendo ser maior ou menor de acordo com a espécie, idade, sexo. Como exemplo, GOODALL *apud* CHUAHY (2009, p.122):

os chimpanzés têm um nível intelectual altíssimo. Eles apresentam excelente memória, são capazes de planejar para o futuro próximo, conseguem reter e aplicar lições aprendidas em diferentes e novas situações, têm capacidade de generalização e abstração, sabem resolver problemas simples, entendem a sua própria existência, conseguem detectar se outros estão de bom ou mau humor, apresentam senso de humor e são capazes de sentir emoções parecidas com as humanas, como tristeza, felicidade, irritação, medo e desespero.

Portanto, independente das pequenas diferenças e peculiaridades dos humanos e animais não-humanos, não se justifica tratar os animais não-humanos de forma diferente. A sociedade, de uma maneira geral, não deve ter preconceito, não deve ser especista.

O especismo deve ser deixado de lado, para se reconhecer a extensão de certos direitos aos animais não-humanos. Com efeito, OLIVEIRA (2010) destaca que:

A tese é a de que a negação de direitos aos animais não-humanos está baseada em uma postura especista. Especismo, termo cunhado, em 1970, por Richard Ryder, pode ser traduzido como o preconceito ancorado no pertencimento ou não a uma espécie, nomeadamente a humana, para a admissão ou negação de direitos. Encontra paralelo no racismo, sexismo, nacionalismo. Se integrante da espécie humana, não é titular de direitos. Critérios simples, taxativo, bunívoco: dentro, fora.

Neste panorama apresentado, é preciso mudar todo o cenário referente à proteção dos animais não-humanos, é preciso educar desde muito cedo a sociedade, seja através das Escolas com disciplinas específicas de proteção aos animais e meio ambiente, com Programas de Governo na promoção de campanhas de proteção, mudança legislativa reconhecendo direitos, informação de meios e modos de proteção pelos meios de comunicação, pela mídia com publicidade voltada para a importância da proteção e com a divulgação dos casos de maus tratos na indústria do entretenimento, na indústria dos alimentos e nas pesquisas com animais vivos, já que a sociedade não é devidamente informada dos maus tratos que os animais sofrem no dia-a-dia.

A maioria das pessoas consomem produtos de origem animal e não sabem como esses produtos são produzidos, como os animais sofrem no ambiente das

fazendas-fábricas, muitas utilizam cosméticos e não sabem como são realizados os testes de sua utilização, muitas pessoas assistem espetáculos em circos e rodeios e não sabem como os animais são tratados e quais são as suas sequelas após a exibição, muitas pessoas compram animais domésticos sem saber como são criados os animais, as matrizes, etc.

Os índices de violência contra os animais não-humanos na sociedade vêm crescendo a cada dia. O homem está transferindo o seu *stress* diário para os animais não-humanos, principalmente os domésticos, as agressões domésticas antes perpetradas em humanos agora são transferidas aos animais não-humanos, acarretando agressões cada vez mais cruéis, os pesquisadores não têm escrúpulos para lograrem êxito em suas pesquisas. Nas fazendas-fábricas, os animais não-humanos destinados ao consumo são obrigados a sofrer procedimentos dolorosos visando aumentar a produção em razão do lucro desenfreado. Na indústria dos Rodeios os animais sofrem maus tratos e a maioria morre em razão dos ferimentos. Infelizmente, os animais não-humanos ainda são considerados como entes inferiores aos humanos, conseqüentemente podem ser explorados de diversas maneiras, visando principalmente o benefício e prazer do próprio homem. Conforme salienta LEVAI (2004,p.136)

(...) o Direito, diante de situações como essas, acaba servindo como instrumento de salvaguarda de interesses particulares, por mais supérfluos, torpes ou mesquinhos que sejam. Submetidos à tirania humana do ter e do poder – imposta por uma lógica civilista insana – os animais transformam-se em bens móveis, a Moral sucumbe e o Direito se torna injusto (...) Ligado à ideia de domínio e de exploração, o conceito jurídico de propriedade possui conotação estritamente econômica.

Portanto, é preciso assegurar a proteção dos animais não-humanos, conscientizar a sociedade do seu status moral, pois a partir do momento em que os animais não-humanos possuem a maioria dos atributos da personalidade dos humanos, devemos por questões morais reconhecê-los como iguais, respeitadas as diferenças.

O reconhecimento dos animais não-humanos como sujeitos de direito

Ainda existe preconceito na sociedade quando se fala em Direito dos Animais, pois embora o Direito esteja em plena evolução, os animais não-humanos não são considerados sujeitos de direitos, pois são considerados, para grande maioria da sociedade, como propriedade do homem, apenas objetos, semoventes. Nessa linha, LOURENÇO (2008, p.482), destaca que “a maior parte dos nossos juristas, vinculados à dogmática civilista clássica, abraça a arcaica noção de que a natureza jurídica dos animais seja a de coisa, de bem móvel”.

Diante da polêmica no cenário jurídico contemporâneo, em que para o Direito Civil, os animais não-humanos são considerados como coisas, semoventes, propriedade do homem, OLIVEIRA e LOURENÇO (2009,p.121) destacam que “Desta feita, os animais não-humanos, de acordo com o pensamento comum, interpretação do direito positivo, ocupam um limbo jurídico: nem são sujeitos de direito e nem são objetos no significado clássico, com os seus caracteres tradicionais”.

Assim, por serem considerados como coisas, os animais não-humanos podem ser explorados, consumidos, comprados e vendidos como propriedade, experimentados nos setores da pesquisa e da medicina. A utilização dos animais não-humanos sem critérios de proteção, medição da capacidade de sentir dor na maioria das vezes acarreta em um sofrimento desnecessário.

Outros entendem que, em razão dos animais não terem capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo, não poderiam ser considerados sujeitos de direito, ou seja, por não serem considerados como pessoas, não podem ser considerados detentores de certos direitos, como exemplo, o Poder Judiciário do Rio de Janeiro teve a oportunidade de enfrentar esse questionamento no julgamento do *Habeas Corpus* impetrado em favor do chimpanzé Jimmy. Todavia, o Desembargador relator entendeu que o *Habeas Corpus* somente seria cabível para seres humanos e não para animais não-humanos⁵.

Destarte, estamos diante de uma visão antropocêntrica onde o homem é o centro do Universo, principal destinatário de direitos e de proteção, como um ser superior aos demais seres vivos. Outrossim, essa visão sofreu grande influência da Bíblia, pois no livro de Gênesis, capítulo 1 - versículos 24 a 26⁶, onde destaca-se que homem tem domínio sobre peixes do mar, sobre aves dos céus, sobre os

⁵ (...) O problema não está apenas em identificar a natureza dos animais na ordem jurídica, notadamente a brasileira, ou seja, se são bens móveis, meras coisas, semoventes etc.. A questão que se coloca é se um chimpanzé, especificamente, pode ser considerado alguém para efeitos de ser utilizado o *Habeas Corpus* em seu favor quando sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nos exatos termos em que disposto na Constituição do Brasil (vide art. 5º, inciso LXVIII)(...) Diante disso, há que se admitir, ao menos em tese, que a lexicografia distingue o homem na sua condição de animal racional dos demais animais considerados irracionais e, no mesmo sentido, que não se contém no vocábulo alguém ou ninguém outra pessoa que não a humana. Aliás, parece ter sido exatamente esse o intuito do legislador constituinte quando dispôs nos artigos iniciais da Constituição do Brasil de 1988 sobre os direitos fundamentais.(...) Portanto, considerando o histórico constitucional brasileiro, a primeira ideia e, pode-se afirmar, hermenêutica jurídica possível de se fazer, é que à exceção do homem, na sua condição de humano, nenhum outro ser vivo pode ser beneficiado ou sujeito do *Habeas Corpus*. (*Habeas Corpus* nº 0002637-70.2010.8.19.0000 – Des. José Muinos Pinheiro Filho).

⁶ Gênesis capítulo 1, versículos 24 E disse Deus: “Produza a terra seres vivos de acordo com as suas espécies: rebanhos domésticos, animais selvagens e os demais seres vivos da terra, cada um de acordo com a sua espécie”. E assim foi. 25 Deus fez os animais selvagens de acordo com as suas espécies, os rebanhos domésticos de acordo com as suas espécies, e os demais seres vivos da terra de acordo com as suas espécies. E Deus viu que ficou bom. 26 Então disse Deus: “Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança. Domine ele sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os grandes animais de toda a terra e sobre todos os pequenos animais que se movem rente ao chão”.

animais domésticos, sobre toda a terra e sobre todos os répteis que rastejam pela terra. No mesmo sentido, no versículo 30, ordena que os animais serviram como mantimento. O Jardim do Éden era um paraíso criado por Deus em que o homem tinha o domínio sobre todas as criaturas.

Na mesma linha, GROTIUS (2005, p.7) “de fato o homem é um animal, mas um animal de uma natureza superior e que se distancia muito mais de todas as espécies de seres animados que possam entre elas de distanciar”.

Contudo, ainda que o entendimento de que os animais não-humanos são propriedade do homem, devemos destacar que os animais pertencem ao meio ambiente, a fauna, neste sentido, são considerados bem de todos e portanto merecendo total proteção da sociedade. Outrossim, segundo salienta CASTRO (2006, P.47) “mesmo que um animal fosse considerado propriedade do homem, a própria Constituição Federal estabelece no inciso XXIII, do artigo 5º, que a propriedade atenderá a sua função social. Qual é a função social de um animal, senão o de tornar a vida do homem mais fácil, quando criado para fins utilitários, e mais saudável, quando criado para fins de companheirismo? Assim, mesmo que o animal fosse uma propriedade, estaria o homem obrigado a respeitá-lo, e protegê-lo”.

Por outro lado RODRIGUES (2012, p.121) “o homem não pode ser proprietário de animais, mas sim responsável por aqueles que estejam sob a sua tutela. Dessa forma, o correto, o coerente e o sensato seria aceitar a natureza jurídica *sui generis* dos animais, a fim de que sejam compreendidos como sujeitos de direitos”. LOURENÇO (2008, P. 485) salienta ainda que “estaríamos diante de uma categoria intermediária situada entre coisas e pessoas, como um *tertium genus*”.

Outrossim, sob outro olhar os animais não-humanos seriam considerados como sujeitos despersonalizados, sendo considerados sujeitos de direito, podendo ser suprida a sua legitimação na forma da legislação em vigor, OLIVEIRA e LOURENÇO (2009, p.127/128) sintetizam a discussão nos seguintes termos:

a utilização da teoria dos entes despersonalizados pode sinalizar um caminho mais suave e efetivo no que diz com a alteração do estatuto jurídico dos animais não humanos. Esta opção consiste, portanto, na utilização da teoria dos entes despersonalizados para fundamentar a concessão de direitos subjetivos fundamentais para os animais.

Portanto, deve ser rejeitada a ideia de que os animais não-humanos são meros bens capitais, propriedade do homem, bens meramente econômicos. Os animais devem ser protegidos de modo a garantir que seus interesses básicos sejam respeitados e tenham igual consideração em relação aos interesses humanos. É preciso reconhecer o Direito à proteção dos animais, visando garantir a dignidade, coibir abusos e crueldades.

Ademais, todos os institutos e ramos jurídicos devem promover os animais não-humanos. Desta forma, toda e qualquer conduta útil à promoção destes animais deve ser implementada sem vícios antropocêntricos, pois os animais não-humanos, por estarem mais próximos da sociedade, merecem total atenção e proteção do Direito, pois convivem diariamente com o homem contemporâneo.

Conforme salientado anteriormente, os animais não-humanos possuem a maioria dos atributos do ser humano, ou seja, têm capacidade de pensamento, consciência, capacidade de decisão, raiva, depressão, sofrimento, intuição, comunicação, possuindo, portanto, os principais atributos físicos, psicológicos do homem, REAGAN (2006, p.60) destaca que:

Apesar de todas das nossas diferenças, existem alguns aspectos sob os quais todos os seres humanos com direitos são iguais. Não é porque pertencemos todos a mesma espécie (o que é verdade, mas não é relevante). E não é porque todos nós somos pessoas (o que talvez seja relevante, mas não é verdade). O que quero dizer é que todos somos iguais em aspectos relevantes, relacionados aos direitos que temos: nossos direitos à vida, à integridade física e a liberdade.

Destarte, por que não considerá-los como sujeitos de direito? Seja como entes personalizados ou despersonalizados, o que importa é considerar que os animais não-humanos têm hoje a necessidade em ter os seus direitos reconhecidos, sendo necessário uma mudança legislativa com o objetivo de atribuir aos animais não-humanos a possibilidade do exercício de alguns direitos. Ademais, o fato de ser considerado como sujeito de direito não está na afirmativa de que somente pessoas naturais poderiam ter direitos, ser consideradas como sujeitos de direito, afinal os animais não-humanos são seres vivos e assim, merecem respeito e proteção. No mesmo sentido, sendo reconhecidos como sujeitos de direito, passam a ter capacidade de estar em juízo, podendo ser representados pelos legitimados nomeados, tais como donos/tutores, ONGs, os legitimados para Ações Coletivas, em especial o Ministério Público⁷.

O homem deve tratar o seu próximo como gostaria de ser tratado. Deve-se buscar uma evolução social, conscientizando toda a coletividade sobre a importância em reconhecer os animais como sujeitos de direito, independente da discussão de serem entes personalizados ou despersonalizados, e sim em razão de serem seres vivos. Assim, acredita-se que um dia os animais não-humanos serão reconhecidos como seres próximos dos homens e legitimados em todos os direitos.

A conscientização da sociedade que os animais não-humanos são sujeitos de uma vida

A sociedade encontra-se em plena evolução e, desta forma, deve acompanhar a evolução de proteção e de consolidação dos Direitos dos animais não-humanos, garantindo para as gerações futuras um Meio Ambiente equilibrado. Os animais

⁷ Segundo o art. 127 da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 : “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Portanto, a iniciativa processual de proteção cabe ao Ministério Público, independentemente de qualquer manifestação de vontade alheia. O Ministério Público possui o dever de ofício, podendo utilizar a Ação Civil Pública, nos termos da Lei 7.347/85 ou o Inquérito Civil e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

não-humanos estão passando a ser merecedores de reconhecimento de direito em razão de terem a maioria dos atributos do ser humano. Portanto, devem ser reconhecidos como sujeitos de direito, não apenas pelas suas características, mas pelo simples fato de existirem, ou seja, de serem sujeitos de uma vida.

Neste sentido, os animais não-humanos merecem respeito por serem iguais aos homens no que se refere ao direito de viver, ao direito à vida, tendo o mesmo *status moral*. Ademais, os animais não-humanos são moralmente iguais aos homens, portanto, merecem ser reconhecidos como sujeitos de direito, por possuírem o direito absoluto à vida, à existência. Outrossim, a vida tem valor próprio e vale por si própria, devendo portanto ser estendida a sua proteção a todos os seres vivos, principalmente àqueles que tem a maioria dos atributos humanos.

O sofrimento dos animais não-humanos deve ser analisado em igualdade com o sofrimento dos humanos, ou seja, deve ter igual consideração, afinal por ter as mesmas semelhanças, deve ter a proteção moral ao não sofrimento. Nesse sentido, reconhecida a proteção moral, esta seria inata, antecedente a positivação do direito.

Desta forma, independente do reconhecimento legal dos animais como sujeitos de direitos, estes estariam protegidos e reconhecidos tão somente pelo fato de serem sujeitos de uma vida e merecerem a proteção ética e moral. Portanto, os animais não-humanos por serem semelhantes aos humanos, por terem a maioria de seus atributos físicos e psicológicos, possuem o direito à proteção moral, direito este que antecede a qualquer ordenamento jurídico positivado, não havendo necessidade de reconhecimento de sua proteção pela legislação vigente e sim por ser um ente moralmente protegido. Corroborando, REAGAN (2006, p.62), salienta:

Como sujeitos de uma vida, somos todos iguais porque estamos todos no mundo. Como sujeitos de uma vida, somos todos iguais porque somos todos conscientes do mundo. Como sujeitos de uma vida, somos todos iguais porque o que acontece conosco é importante para nós. Como sujeitos de uma vida somos todos iguais por que o que acontece conosco (com nossos corpos, nossa liberdade ou nossas vidas) é importante para nós, quer os outros se preocupem com isso ou não. Como sujeitos de uma vida, não há superior nem inferior, não há melhores nem piores. Como sujeitos de uma vida, somos moralmente idênticos. Como sujeitos de uma vida, somos moralmente iguais.

Portanto, os direitos morais devem ser entendidos como uma proteção, proporcionando o reconhecimento da titularidade de direitos, com propósito de coibir a violação de interesses. Nesse contexto, de acordo com o reconhecimento moral, os animais não-humanos passam a ter o direito fundamental de serem tratados com respeito, com igualdade, de terem reconhecidos direitos básicos como direito à vida, à liberdade e à integridade física.

Outrossim, os animais não-humanos, sujeitos de uma vida, possuem um valor inerente, pois devem ser analisados de forma semelhante, ou seja, possuem o mesmo direito de serem tratados com respeito, estão intimamente unidos ao próprio ser humano fazendo parte do mundo humanos. Logo, os animais não-humanos e os humanos são inseparáveis por natureza, LOURENÇO (2008,P.423), analisando os ensinamentos de Tom Reagan, salienta que:

Reagan acredita que todos os indivíduos possuem valor inerente e que é totalmente inapropriado tratá-los meramente como meios para o fim de maximizar o que venha a ser considerado como substancialmente valioso por terceiros. Sustenta que vasto material empírico e teórico indica com segurança que, ao menos alguns animais, sentem dor e prazer, possuem desejos, memória, percepção, intenção, autoconsciência, e certo sentido a respeito do tempo e do futuro.

Nessa perspectiva, os animais não-humanos devem ser considerados como sujeitos de direitos pelo simples fato de nascerem com vida, pelo simples fato de respirarem, pelo simples fato de conviverem com o homem e, conseqüentemente, adquirindo o reconhecimento da personalidade. Assim, os animais não-humanos devem ser considerados sujeitos de uma vida, possuindo direitos morais a serem respeitados por todos os humanos.

Destarte, deve ser criado um sistema de proteção preocupando-se com a personalização para a evolução e valorização dos animais não-humanos, principalmente com a extensão, o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem que nesse contexto são considerados direitos e garantias básicas fundamentais, elementares, necessárias ao exercício da própria personalidade do ser.

Assim, por que não estender o conceito de proteção ampliando o conjunto de bens e valores que o perfazem homem que o caracterizam aos animais não-humanos, ou seja, são os seus atributos físicos, psicológicos, como sua, vida, integridade física, honra, moral, merecendo esses valores de proteção total. Assim, os animais não-humanos passariam a ser merecedores de proteção integral em todos os seus aspectos.

Diante do exposto acima, o direito à proteção não deve estar preso na pessoa humana, pode e deve ser ampliado aos demais seres vivos, ou seja, aos sujeitos de uma vida, devem ser encarados como uma tutela especial, que deve ser respeitada e protegida por toda a coletividade. Portanto, por que não estender essa valorização, essa proteção aos demais seres vivos, principalmente aos animais não-humanos que, por conseguinte, têm as principais características do ser humano.

Neste panorama apresentado, é preciso mudar todo o cenário referente à proteção dos animais não-humanos, é preciso reconhecer os animais como sujeitos de direito, visando assim assegurar a sua proteção, o mínimo existencial, igualar o seu status moral com os humanos.

Outrossim, a partir do momento que os animais não-humanos possuem a maioria dos atributos da personalidade dos humanos, devemos, por questões morais, reconhecê-los respeitadas as diferenças. O homem deveria tratar o seu próximo como gostaria de ser tratado. Deve-se buscar uma evolução social, conscientizando toda a coletividade sobre a importância em reconhecer os animais como sujeitos de direito, como sujeitos morais, independente da discussão de serem entes personalizados ou despersonalizados, e sim em razão de serem seres vivos, sujeitos de uma vida.

Conclusão

Destarte, é preciso informar, educar e conscientizar a sociedade contemporânea sobre os direitos em relação aos animais não-humanos estendendo a noção de proteção, modificando o cenário social em que vivem os animais, principalmente os domésticos ou domesticados que estão mais próximo do homem.

A sociedade precisa ter a consciência de que os animais não-humanos possuem a maioria dos atributos da personalidade dos humanos, e por isso devemos por questões morais reconhecê-los. Deve-se reconhecer os animais não-humanos como sujeitos de direito, assegurando a sua proteção, igualando o seu *status moral* com os humanos.

A sociedade precisa ser informada sobre os maus tratos provocados nos animais não-humanos e educada sobre a importância em reconhecer os animais como sujeitos de direito, para assim serem protegidos garantindo uma vida digna, pois os animais não-humanos são seres vivos, sujeitos de uma vida, assim nada impede, nesse contexto, de serem reconhecidos os seus direitos básicos, para isso, os legisladores devem promover na política legislativa o reconhecimento e a legitimação dos Direitos dos Animais já que a legislação existente no Brasil não é suficiente para a proteção dos animais não-humanos.

Portanto, é preciso mudar todo o contexto referente à proteção dos animais não-humanos, é preciso reconhecer os animais como sujeitos de direito, sujeitos de uma vida, visando assim assegurar a sua proteção.

Referências bibliográficas

- GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Tradução Ciro Mioranza. In: Coleção Clássicos do Direito Internacional. Arno Dal Ri Júnior (coord.) . 2ª ed. v.1. Unijui, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. 2.ed. Revista, ampliada e atualizada. Campos do Jordão, São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004.
- LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos Animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza; LOURENÇO, Daniel Braga. *Em Prol dos Direitos dos Animais: inventário, titularidade e categorias*. Juris Poiesis: Revista do Mestrado e Doutorado do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. ano 12, n. 12. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2009.
- _____, Fábio Corrêa Souza Oliveira. *Direitos Humanos e Não Humanos*, In: Direito público e evolução social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, (2010) 2011.
- REAGAN, Tom. *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais*. Tradução Regina Rheda; revisão técnica Sonia Felipe, Rita Paixão. Porto Alegre: RS. Lugano, 2006.
- RODRIGUES, Danielle Tetu. *O Direito & Os Animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Tradução Marly Winckler, Marcelo Brandão Cippola; revisão técnica Rita Paixão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Apontamentos sobre a discussão acerca da supremacia do interesse público sobre o privado¹

Fábio Corrêa Souza de Oliveira²

Tamara Porto³

Ursula Chaves⁴

Larissa Tristão Savignon⁵

Roberta Piluso⁶

André Braz⁷

Carlos Alberto Sousa⁸

Resumo

Investiga-se o conteúdo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, cânone do direito público, a partir da discussão provocada por aqueles que recentemente vieram a negar a referida norma, de sorte a saber se o ataque perpetrado merece prosperar.

Palavras-chave: Supremacia do interesse público sobre o privado; princípio; direito administrativo.

¹ Este artigo contou com a revisão da Professora Larissa Pinha de Oliveira, Professora Assistente de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFRJ, a quem agradecemos.

² Professor Doutor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo, Faculdade de Direito da UFRJ/CNPQ. Professor de Direito Constitucional da UNIRIO e Coordenador do Mestrado/Doutorado em Direito da UNESA. Coordenador do Centro de Direito dos Animais, Ecologia Profunda/UFRJ-UFF-UFRRJ. www.animaiseecologia.com.br

³ Aluna da Faculdade de Direito da UFRJ e monitora, bolsista, da disciplina de Direito Administrativo da mesma Faculdade. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ.

⁴ Aluna da Faculdade de Direito da UFRJ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ.

⁵ Aluna da Faculdade de Direito da UFRJ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ.

⁶ Aluna da Faculdade de Direito da UFRJ e monitora, bolsista, da disciplina de Direito Administrativo da mesma Faculdade. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ.

⁷ Aluno da Faculdade de Direito da UFRJ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ.

⁸ Aluno da Faculdade de Direito da UFRJ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ.

Abstract

This article examines the sense of the principle of the supremacy of the public interest over private, which is a public law canon, about the debate started by those who recently came to deny that standard, so as to know whether the attack deserves to thrive.

Keywords: Upremacny of the public interest over private; principle; administrative law.

Notas iniciais

Alguns anos atrás, Humberto Ávila, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, escreveu um artigo que se propunha a um ataque ao chamado *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, âncora do Direito Administrativo, quando, mais do que propor repensar tal norma-princípio, conclui que *a supremacia do interesse público sobre o privado* não possui *status* jurídico nem de princípio e nem de regra no ordenamento positivo brasileiro. Muito menos é um axioma. Se há um princípio relacionando interesse público e interesse privado, este seria exatamente o oposto: uma prevalência *a priori*, presuntiva e não definitiva, do interesse privado sobre o interesse público.

Algun tempo depois, em 2007, foi publicado um livro coletivo que reuniu textos em uma mesma linha: combater o *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*; ou melhor, o que os autores apresentaram como sendo o conteúdo desta norma. As conclusões convergiam em simplesmente negar o aludido princípio ou sustentar a imperiosidade de uma profunda reformulação.

Pronto! Estava feita uma discussão no campo administrativista, uma polêmica para animar a doutrina, para apimentar os debates entre os cultores da matéria. A reação não tardou: em 2010 foi lançada obra coletiva com estudos na defesa da normatividade, constitucional inclusive, da predominância do interesse público sobre o particular, apontando equívocos nas teses que se arvoraram a desconstruir tal norma-princípio.

Desde o texto pioneiro de Humberto Ávila, passando pelo livro coletivo de investida contra aquilo que seus autores desenharam como sendo o *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* – livro organizado por Daniel Sarmento, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), e que agrupou, além do próprio organizador, Alexandre Aragão (UERJ), Gustavo Binenbojm (UERJ), o texto originário de Humberto Ávila e Paulo Schier (UniBrasil) – até a obra que reuniu estudos, ao lado de outros temas, em defesa – coordenado por Di Pietro (Universidade de São Paulo) e Carlos Ribeiro (Mestrando em Direito na USP), contando, além dos textos dos próprios coordenadores, com José dos Santos Carvalho Filho (MP/RJ), Emerson Gabardo (PUC/PR), Daniel Hachem (UniBrasil), Irene Nohara (Faculdade de Direito do Sul de Minas) e Maria de Campos França (Doutoranda em Direito na USP) –, o que fica, além do mais, é a necessidade de conferir destacada atenção à problemática, mesmo porque são delineamentos diferentes, opostos para o Direito Administrativo. Por outro lado,

impõe considerar a hipótese de as antíteses serem, ao menos em parte, mais aparentes do que reais, notadamente no que tange ao conceito do *princípio* em pauta.

O presente texto é um primeiro desdobramento de investigação realizada no âmbito do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), e simboliza um conjunto de apontamentos gerados a partir de reuniões de estudo. Procura apresentar uma sistematização parcial do debate em voga, sinalizando aspectos que ainda serão desenvolvidos em um segundo artigo.

Notas sobre a problemática

Importa seja exposta a perspectiva clássica acerca do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, sendo certo que muito da divergência levantada diz respeito ao próprio conteúdo de tal *norma*.⁹

Segundo compreensão assente de muito na teoria geral do Direito e, em especial, no Direito Administrativo, a supremacia do interesse público é decorrência mesmo da vida em sociedade, mandamento ordenador da convivência, dispensando até previsão normativa expressa. Neste sentido, pode-se ler o aludido *princípio* como implícito em inúmeros dispositivos do ordenamento jurídico. É a predominância do interesse público sobre o particular que explica as prerrogativas que a Administração Pública ostenta, como exemplificam as denominadas *cláusulas exorbitantes*, a auto-executoriedade, fincada na natureza cogente de alguns de seus atos, bem como o (dever-)poder normativo, o qual pode ser ilustrado pela atuação, nesta linha, das agências reguladoras.

Como antes dito, a controvérsia reside, antes de todo o mais, na própria definição de interesse público e, em paralelo, de interesse privado. Quando se pergunta sobre o que é o interesse público vem à frente a distinção entre interesse primário e interesse secundário. O interesse primário é o interesse de toda a sociedade, o interesse tutelado pela legislação, a razão de ser do Estado, isto é, o interesse primário é propriamente o interesse público. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, autônoma, podendo perverter em um descolamento da sociedade, traduzindo, pois, uma antinomia entre interesse público (o primário) e interesse estatal (o secundário degradingado).

Nas investidas contra a supremacia do interesse público sobre o privado, afirmou-se que tal assertiva é uma regra de prevalência que tem lugar tão somente

⁹ Os itálicos são postos em respeito à problematização feita por alguns no sentido de que tal supremacia não tem guarita no Direito brasileiro, ou seja, não seria princípio, não seria norma. As categorias *regras* e *princípios* são consideradas de acordo com a discussão contemporânea sobre seus conceitos, desde Dworkin e Alexy. Cf. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Tb. *Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Juris Poiesis, nº 13. Rio de Janeiro: Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá, 2010.

em algumas hipóteses específicas. Haveria uma dissonância entre a ideia de prevalência do interesse público e o conceito de princípio porque, ao invés de ensinar a incidência do interesse público e do interesse privado em pesos diversos, como o que caracterizaria uma norma-princípio, o resultado, sem sopesamento, já estaria dado: a vitória do interesse público sobre o privado.

Contraditou-se também a percepção de que o *princípio* teria fundamento constitucional, normativo, pois que, diante de um ordenamento jurídico alicerçado nos direitos fundamentais (e aqui a ênfase é dado nos direitos individuais), comprometendo o Estado com eles, não é viável chegar à conclusão de que o interesse público irá sempre suplantar o interesse privado. Pelo princípio da unidade da Constituição, não seria cabível visualizar hierarquia entre interesse público e privado, nomeadamente em caráter geral e abstrato, tal como propugnaria o *princípio da prevalência do interesse público*.

Diante da constatação de que a Constituição, em alguns casos, como na desapropriação, prevê a predominância do interesse público, anotou-se que a existência de tais disposições não implica em admitir um mandamento genérico e abstrato de dominância do interesse público sobre o privado. Ao invés, o fato de a Carta Magna prever expressamente estes casos, espelhando uma ponderação efetuada pelo legislador constituinte, confirma a inexistência de um princípio geral; nem para um lado e nem para o outro. Na mesma direção, mas chegando a conclusão diversa, afirmou-se que tais hipóteses excepcionam uma norma geral na direção da predominância do interesse privado. Se há um princípio geral e abstrato, isto é, uma norma indicativa (não terminativa), *a priori*, seria exatamente o contrário: o princípio da prevalência do interesse privado sobre o interesse público.

Ademais, apontou-se que a indeterminabilidade da noção de interesse público, conceito jurídico indeterminado (ou *conceito jurídico determinável*, como preferimos),¹⁰ abre porta para a arbitrariedade, um *Estado Policialesco*, tensionando a segurança jurídica. Logo, sustentar que o interesse público sempre vencerá é cair em um autoritarismo estatal, gerando graves prejuízos para os direitos fundamentais.

A ideia de uma predominância *a priori* e definitiva também entraria em choque, por exemplo, com os postulados da concordância prática e da proporcionalidade, tendo em vista que condicionar a interpretação de um caso concreto à prevalência incondicional do interesse público viola a máxima realização dos interesses envolvidos (concordância) e desconsidera as conformações recíprocas, inclusive a possibilidade, em alguns casos concretos, de inverter os sinais, ou seja, o interesse privado vencer o interesse público (proporcionalidade).

Salta aos olhos o que parece ser a preocupação nuclear desta produção doutrinária de crítica: que a Administração Pública tão somente por alegar interesse público tenha a certeza de que tal interesse, seja realmente público ou

¹⁰ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

não, predomine sobre o interesse privado. Ou seja, o *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* como um trunfo. Uma vez invocado, a conclusão automática: o interesse privado deve inevitavelmente ceder diante do interesse público, mesmo quando este não se mostre, na sua expressão própria, como tal.

Notas acerca do trato forense

Passemos por uma revista no tratamento forense da noção de supremacia do interesse público sobre o privado.

Começemos pela decisão abaixo.

“A limitação à liberdade de imprensa, sobrepondo-se ao interesse individual, atende às necessidades superiores do Estado, e da coletividade, dentro das exceções que o conceito de liberdade há de juridicamente suportar, como imperativo imanente ao procedimento humano, compatível com o convívio social.” RE nº 25.348/MG, Rel. Min. Ribeiro da Costa, Publ. 02/12/1954.

No caso em tela, a editora Jornal do Povo impetrou mandado de segurança em face do chefe de polícia do Estado de Minas Gerais, que ordenou a apreensão de exemplares do jornal, pois, segundo a própria alegação do coator, “estando cassado o Partido Comunista, o Jornal do Povo (...) se tornou órgão clandestino, que não visa, senão implantar a confusão e estabelecer a desordem (...)”. Decidiu-se ser legítima a atuação do Estado por se tratar de ofensa à moral, incompatível com o convívio social.

Já no julgado seguinte vê-se a necessidade de levar em consideração o interesse privado em conciliação com o interesse público.

“O Poder Público municipal tutela o interesse coletivo e o particular de cada cidadão, devendo agir com equilíbrio: não pode arbitrariamente declarar abertos ou fechados logradouros públicos sem ter, em devida conta, os interesses particulares legítimos.” RE nº 23.621/RN, Min. Rel. Afranio Antonio da Costa, Publ. 02/05/1955.

A Prefeitura de Natal, tendo aberto novas ruas, loteado os terrenos e disponibilizado os serviços de saneamento e de distribuição de água, vendeu os lotes a interessados que, por sua vez, procederam o registro de compra e venda e, após a aprovação do Município, iniciaram a construção de suas casas. Nada obstante, por um “capricho injustificado”, a Administração tornou a fechar os logradouros, provocando “situação de completa desordem, incapacidade e feita de critério administrativo”.

Adentrando na década de 60, corrobora-se o que acima foi exposto: a definição da expressão “interesse público” é política e, portanto, é, *a priori*, indefinida, como se expõe, a seguir.

“Não me parece duvidoso que a apreciação da ‘urgência’ ou do ‘interesse público relevante’ assume caráter político: – é urgente ou relevante o que o Presidente entender como tal, ressalvado o que o Congresso pode chegar a julgamento de valor contrário, para rejeitar o decreto-lei. Destarte, não pode haver revisão judicial desses dois aspectos entregues ao discricionarismo do Executivo, que sofrerá apenas correção pelo discricionarismo do Congresso.” RE nº 62.731/GB, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, Publ. 19/06/1968.

É patente que a noção de interesse público é cultural, variando no tempo e no espaço, e que muitas vezes vem atrelada a outras normas, como demonstra a decisão a seguir, escandalosa.

“Concurso Público. Isonomia. Não viola o Princípio Constitucional da Isonomia legislação estadual que, ante a natureza especial das funções e o interesse público, reserve o acesso do cargo de Delegado de Polícia ao sexo masculino. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido.” RE nº 93122/PR, Rel. Min. Moreira Alves, Publ. 19/12/1980.

O próximo julgamento colacionado ilustra a dissonância na configuração ou não do interesse público.

“Execução Fiscal. Embargos. Ministério Público. Questão de fato. A simples presença da entidade pública não impõe a intervenção do Ministério Público, cabendo ao juiz examinar se existe ou não o interesse público. Questões de fato são insuscetíveis de apreciação na via especial. Recursos improvidos.” Resp 140.450/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/1997, DJ 09/03/1998, p. 28.

Na decisão seguinte percebe-se que o cerne é a definição de interesse público, sendo certo que o conceito apresentado de interesse público permite promover ilegalidade.

“Mandado de Segurança. Professor afastado da unidade escolar onde exercia suas atividades. Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de interesse público. I – Não é possível o afastamento do professor, de forma arbitrária, sem observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, da unidade escolar onde exerce suas atividades. II – Tal fato, sem comprovação do interesse público, importa em punição, o que não encontra amparo legal. III – Remessa necessária e recurso voluntário conhecidos e não providos. APC nº 2003011064459-9/DF, Rel. Haydevalda Sampaio, 06/12/2004”.

Afirma-se, espantosamente, que, havendo comprovação do interesse público, a Administração pode afastar o servidor sem observar o contraditório e a ampla defesa.

A título exemplificativo da mudança histórica do que se tem por interesse público, comparando com a decisão supracitada, o julgado abaixo é emblemático da liberdade de imprensa, valor considerado como de interesse público.

“Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Incisos ii e iii do art. 45 da lei 9.504/1997. (...) 2. Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. (...) Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal (...) a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. (...) 4. A Magna Carta Republicana destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. (...) Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, locus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. (...) 6. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer constrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais.” ADI 4451 MC-REF, Min. Rel. Ayres Britto, Publ. 01/07/2011.

Já na última decisão aqui colacionada é apresentada uma colisão entre interesse público e interesse privado, tendo concluído pela dominância do interesse privado.

“Apelação Cível em sede de Mandado de Segurança. Licença sem vencimentos para trato de Interesse Particular. Doença de descendente. Aplicação do princípio da dignidade humana em detrimento do princípio da supremacia do interesse público. Concessão que se faz razoável e proporcional.

1. É certo que a licença para tratar de interesses particulares é direito assegurado ao servidor efetivo pelo ente público municipal, contudo,

o deferimento de sua fruição encontra-se vinculado à esfera de discricionariedade da Administração Pública, a qual poderá avaliar o momento oportuno para a sua concessão. 2. Entretanto, o caso em destaque revela uma particularidade a merecer uma apreciação isolada e sob a ótica solidária e humana, uma vez que quando se trata de motivos de saúde de um filho, com risco de morte, não há que se esperar o ‘momento oportuno para o deferimento da licença pelo administrador’, dada a urgência na apreciação do pleito. 3. Não se trata de mera conveniência do particular em detrimento do interesse público, mas sim da aplicação direta e inafastável do princípio da dignidade da pessoa humana, o que faz de cada ser humano merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. 4. princípio da supremacia do interesse público, bem como todo o Direito Administrativo (e, talvez, até todo o Direito Público), que devem ser limitados pelo Princípio da Dignidade Humana, pois o fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Carta Magna).” TJPI, Ap. 201100010020689, Relator: Des. José Ribamar Oliveira, Julgado em 25/04/2012.

Considerações finais

O estudo da polêmica que se formou acerca do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* demonstra que a celeuma é atinente ao conceito de *princípio* e as definições de *interesse público* e *interesse privado*. Deveras, ao menos em parte, autores divergem porque estão emprestando significados diferentes para a espécie normativa *princípio*, bem como estão entendendo de forma diversa o que é *interesse público* e o que é *interesse privado*.

Pode-se entender o interesse público como indissociado do interesse privado? Supondo o interesse público como o interesse da comunidade, não necessariamente o interesse da maioria, conformado (limitado e condicionado) pelos direitos fundamentais, depende basicamente do que se está tomando por interesse privado. Apenas idealmente se poderá imaginar que interesses privados não vão se bater contra interesses públicos. Isto considerando interesse privado o interesse juridicamente protegido, vez que pode ser do interesse do estuprador não ser preso pelo seu crime, mas o interesse público impõe a prisão. É a discussão sobre limites imanentes dos direitos.

Normalmente, quando se enfoca o interesse privado, nesta seara do Direito Administrativo, está se pressupondo o interesse juridicamente protegido. Ou seja: o direito de propriedade invocado contra a intenção estatal de desapropriar. Não é razoável pensar que na desapropriação por *utilidade pública* (Decreto-Lei nº 3.365/41) ou por *interesse social* (Lei nº 4.132/62) não há precisamente a preponderância do interesse público sobre o interesse privado em função de haver a exigência do pagamento da indenização. Ora: o proprietário pode simplesmente não querer receber a indenização, mesmo quando em valor superior ao do mercado. O particular não tem opção: a desapropriação, uma vez legal, vai ocorrer

mesmo diante da sua oposição. O fato de ele fazer jus a uma indenização não afasta o fenômeno: o interesse público prevaleceu sobre o interesse privado (o de não perder a propriedade do seu bem, de permanecer residindo na casa). A obrigação de indenizar significa que a legislação reconhece que o direito de propriedade deve ser levado em conta, não deve ser nulificado, mas não que, em algum momento, o interesse privado possa impedir que a desapropriação ocorra, uma vez que ela traduza desde o interesse público até as demais formalidades jurídicas.

Por outros termos: o interesse público prevaleceu sobre o privado; mediante pagamento da indenização, mas prevaleceu. Como se sabe, em outras hipóteses de desapropriação, nomeadamente na agrária e na urbanística, a indenização permanece devida, porém com maior ônus para o proprietário, vez que o pagamento se dará por meio de títulos da dívida agrária ou da dívida pública, naquilo que se entende como sendo desapropriação-sanção. Ademais, nos termos no art. 243 da Constituição, há ainda a expropriação ou desapropriação-confisco, aquela segundo a qual não existe dever de indenizar, ou seja, resta evidente que o interesse público pode justificar até mesmo a supressão da propriedade sem qualquer compensação financeira.

De toda sorte, é óbvio que o interesse público pode ser salvaguardar um interesse privado. Exemplificando. É interesse público remover, forçadamente inclusive, uma construção em área de risco. Veja-se: mesmo que eventual desabamento importe na perda da vida apenas dos proprietários, o que pode ser lido como interesse privado, é obrigação do Estado retirar os moradores diante da chance de desmoronamento. O dever de usar cinto de segurança é outra ilustração, mesmo quando visto apenas na perspectiva do próprio usuário.

Pode-se responder que nestes casos a problemática gira em torno do interesse privado em si. Não está errado dizer isto. Sem embargo, digamos que o interesse público está na melhor percepção do que é o interesse privado e que, desta maneira, pode ser afirmado (imposto) contra o que o próprio indivíduo alega ser o seu interesse particular.

Outro exemplo. Vive-se agora a eclosão de inúmeras manifestações que varrem o país com uma pauta bem diversificada: desde contra o aumento da passagem de transporte público, passando pela tarifa zero em ônibus, questionando os gastos astronômicos com a Copa de Futebol e as Olimpíadas, passando pela corrupção encastelada, a construção da usina de Belo Monte, o *projeto de lei da cura gay*, a reivindicação de reforma política e até a defesa dos direitos dos animais. Muitos destes movimentos foram violentamente reprimidos pela polícia, sendo certo que houve investida de manifestantes contra prédios públicos e outros bens. Sem ingressar exatamente no mérito, a indagação: a repressão traduz a prevalência do interesse público contra interesses privados?

O que estamos dizendo é que a resposta não pode ser dada sem ter em conta as circunstâncias concretas e peculiares. Ora, onde está o interesse público em um momento revolucionário? No aparato repressivo ou no povo? Pode ser negado, em nome do interesse público, o direito de manifestação em uma via pública

especialmente movimentada diante dos acentuados prejuízos para a mobilidade urbana? Depende da razão da manifestação? Do apelo popular envolvido? E a pessoa que morre por não conseguir chegar ao hospital diante do engarrafamento provocado? Tais perguntas salientam a complexidade da análise.

Pode ser que uma passeata traduza interesse público ou traduza interesse privado, conquanto interesse coletivo, ou seja, de um determinado grupo (categoria profissional, moradores de um bairro). Logo, o interesse público pode ser que a manifestação aconteça. Ainda quando envergue um pleito comumente classificado como privado, a conclusão não é que o interesse público possa impedir que a manifestação aconteça. O juízo vai depender de uma série de fatores: plataforma do evento (lembre-se da controvérsia sobre a *Marcha da Maconha*; manifestações nazistas, racistas; manifestações com armas), data, hora, local, número esperado de pessoas.

A polarização depende da definição dos polos. Ademais, é possível que um interesse público entre em choque com outro interesse público, tal como acontece entre interesses privados. Problematize-se a noção de interesse público. Segundo a teoria de direitos normativamente envergada, não é tolerável realizar uma experimentação científica em uma pessoa, contra a sua vontade, sob pena da sua saúde/vida, ainda que deste experimento possa resultar a cura para uma doença que aflige milhões. Supondo este caso, estaríamos diante de um conflito entre interesse público e privado com a predominância do interesse do indivíduo? Ora, somente se poderia entender deste modo a partir de um conceito descaracterizado de interesse público, porquanto, de acordo com o senso comum de interesse público, a conduta descrita não reflete tal interesse. É simplesmente e fragorosamente uma inconstitucionalidade, um comportamento plenamente vedado ao Estado. A rigor, o conflito nem se coloca, pois.

A hipótese anterior chama a atenção novamente para o fato de que, a rigor, somente seria caso de configurar um conflito entre interesse público e interesse privado quando as condutas são previamente legítimas, lícitas. Como todo interesse público é interesse legítimo, o interesse da sociedade tendo como fonte de legitimação os direitos individuais e outros, a assertiva de que, na sua expressão típica, não há propriamente colisão entre interesse público e interesse privado. Tudo ficaria por conta da conceituação de interesse público. Daí o desafio de identificar um caso de conflito.

Veja-se é de interesse público realizar operações policiais nas estradas ou as operações da *lei seca*. Se a abordagem ocorre com excesso de poder já não seria mais possível qualificar interesse público já que a ação incorreu em ilicitude. É de interesse público que bens de valor histórico/cultural sejam preservados pelo mecanismo do tombamento. E serão mesmo contra a vontade do proprietário, que terá seu direito de propriedade conformado. Todavia, se o chefe do executivo decide pelo tombamento a fim de prejudicar um desafeto, não há interesse público no ato, o que há é desvio de finalidade. Logo, não tem razão para se cogitar de conflito entre interesse público e privado.

Esta formulação leva a concluir pela mera inviabilidade de conflito em função do conceito de interesse público. Mesmo que se opte por este enquadramento fato é que as situações de conflitos ou supostos conflitos vão se apresentar. É bem fácil visualizar caso onde o interesse público predomina sobre o interesse privado, como antes narrado. Mas não é o mesmo no inverso, pois seria possível de antemão descaracterizar a medida como de interesse público de sorte a evitar a configuração de antinomia.

É claro que nem sempre que o Estado alega interesse público há efetivamente interesse público. Não obstante, a presunção é que a atuação estatal é legítima, manifesta interesse público; presunção que, como notório e obviamente, é relativa. Neste passo, a suposição de interesse público irá ser traduzida em uma pressuposição, agora não mais relativa, não mais *a priori* e sim definitiva, da prevalência do interesse público, concebido este na sua forma por excelência, sobre o privado. Conforme esta formatação, caso se conclua pela vitória do interesse privado, o que cai não é a suposição de predominância do interesse público e sim o próprio interesse público, vez que não plasmado na hipótese.

Veja-se na aplicação do princípio da razoabilidade. Se diante de uma finalidade legítima, o Poder Público opta pela medida mais gravosa a direitos individuais em detrimento de medida igualmente apta e menos impactante, vulnerando o subprincípio da necessidade ou proibição de excesso, na verdade o interesse público não se faz presente, pois ele importa em alcançar o resultado com a atitude que causa menos onerosidade aos direitos individuais, o que ressalta que os interesses privados compõem o interesse público. Este exemplo prova que o interesse público não é apenas uma questão de fins, é também uma problemática de meios.

Volte-se ao exemplo da desapropriação. Supondo que o Estado ofereça a título de indenização um valor inferior ao devido, não há que se falar de conflito entre interesse público e interesse privado, qual seja este, o interesse de receber a indenização justa. O próprio interesse público é de pagar uma indenização justa, conforme prevê a Constituição e a legislação infra. Pagar uma indenização menor não é interesse público, pode ser interesse do ente (interesse secundário divorciado do primário) – fazer caixa, poupar –, mas interesse público, este fincado na solidariedade, na repartição de riscos e prejuízos, não é. Vale recordar que a advocacia pública é mesmo pública antes de ser estatal ou governamental: seu compromisso é com o interesse público e não com o interesse da Administração Direta ou de entidade da Administração Indireta, enquanto divorciado da comunidade, ou, no mesmo corte, do governo.

Mesmo que se acolha uma interpretação mais elástica de interesse público, interpretação que permita visualizar um conflito entre ele e um interesse privado, não é certo considerar que a doutrina vinha trabalhando com a tese de que o interesse público, seja ele qual fosse, iria ter supremacia em detrimento do privado. Os autores brasileiros que defenderam ou defendem a existência do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* – para citar apenas dois: Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Melo – nunca disseram isto, o que seria de um simplismo doutrinário absurdo.

Em suma. Tomado o interesse público como o interesse da sociedade, entendido este como a incorporar incontornavelmente os direitos fundamentais,

isto é, um interesse sempre legal, constitucional, a supremacia do interesse público sobre o privado passa a ser uma norma sem exceção, pois que tudo convergiria para o próprio conceito de interesse público (se presente ou não). Em não sendo esta a aceção, o *interesse público* pode, sem dúvida, não ser forte o bastante para superar o interesse privado.

O ponto, insista-se, é que na vida ordinária o Estado alega interesse público (seja o administrador, o legislador ou o juiz) e, desta feita, o desenho que se vê comumente é o de conflito. E, excluindo a hipótese mais estreita ou radical de interesse público, conforme aduzida acima, de conflito pode mesmo se tratar. Boa hipótese é a da convocação para lutar em uma guerra. A convocação é obrigatória e o não comparecimento pode configurar deserção, infração punida com a morte. Mas toda guerra é de interesse público? Se for uma *guerra de conquista*, vedada pelo direito internacional e pela própria Constituição? Daí a escusa de consciência por razão religiosa mas também política. Todavia, supondo que o país seja atacado injustamente, uma invasão imperialista, a recusa em lutar nesta guerra (justa) poderia ser tida como interesse privado superando o interesse público?

Subsiste, porém, a questão de saber se é cabível sustentar uma presunção (relativa) de prevalência em favor do interesse público que se aplique em todos os casos. Parece-nos, como antes exposto, que esta questão segue aquela referente ao princípio da presunção de legalidade/veracidade dos atos administrativos. A presunção de legalidade/veracidade não se impõe sempre, em todas as hipóteses, pois, perante os chamados *casos suspeitos* (aqueles que empregam critérios duvidosos de discriminação, notadamente elementos naturais, como raça/cor, sexo, nacionalidade) a presunção é anulada, inexistindo qualquer suposição, ou, como defende outra vertente, sendo mesmo invertida, ou seja, presumindo-se a ilegalidade do ato.

Estas situações são, porém, excepcionais. A regra é presumir que aquilo que a Administração está afirmando ser interesse público realmente seja. E, sendo, a regra é que predomine sobre o interesse privado. Daí que é procedente manter o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, vez que, como princípio, veicula uma pretensão *prima facie*, abrindo a possibilidade de a polaridade ser invertida, pois admite razões em sentido contrário.

Referências bibliográficas

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo* (Coords.) São Paulo: Atlas, 2010.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Juris Poiesis, nº 13. Rio de Janeiro: Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá, 2010.
- SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. (Org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Mecanismos de solução alternativa de conflitos: o processo arbitral e o poder judiciário

Nívea Maria Dutra Pacheco¹

Resumo

A falta de Acesso à Justiça é fator de diminuição da cidadania, gerando inquietação, e por esse motivo, se tem buscado alargar a incidência de aplicação efetiva do direito na esfera judicial e extrajudicial, como forma de garantir ao cidadão o Acesso à Justiça. Os Meios Alternativos de Solução de Conflitos visam alcançar a efetividade do direito, concedendo ao cidadão uma forma extrajudicial de compor seus conflitos. A arbitragem representa uma forma de solução de conflitos, com larga aceitação, e embora utilizada no Brasil, nota-se certa resistência diante dos costumes arraigados na sociedade da busca ao Poder Judiciário e da cultura do litígio, ainda com forte influência. Trata-se de acordo de vontades, realizado por pessoas capazes que, não pretendendo se submeter à morosidade de um processo judicial optam por árbitros para a solução de litígios que versem sobre direitos disponíveis. A sentença arbitral, ato pelo qual se decide a controvérsia submetida à arbitragem, não se sujeita, em regra, a recurso, com vistas a reexaminar seu mérito ou seus fundamentos, nem a homologação judicial, fazendo com que se tenha uma solução da controvérsia em um menor espaço de tempo, trazendo maior efetividade ao acesso à Justiça. Por outro lado, e de forma excepcional, é possível que a parte interessada possa buscar junto ao Judiciário o reconhecimento da nulidade da sentença, quando verifica a ausência de algum requisito formal essencial.

319

Palavras-chave: Acesso à justiça; solução de controvérsia; arbitragem; sentença arbitral.

Abstract

The lack of access to justice is decreased citizenship factor, generating unease, and therefore has sought to extend the incidence of effective application of the law in court and out of court, in order to guarantee the citizens' access to justice. The Alternative Means of Dispute Resolution aimed at achieving the effectiveness of the law providing citizens with an extrajudicial way to compose their conflicts. Arbitration is a form of conflict resolution, with wide acceptance, and although used in Brazil, there has been some resistance in the face of entrenched customs search on the Judiciary and culture society of the dispute, even with strong influence. It is the parties' intention, performed by capable people who, not wishing to undergo a lengthy lawsuit choose arbitrators to resolve disputes that deal with rights available. The award, act by which the dispute submitted to arbitration

¹ Mestre em Direito pela UNESA. Professora de Direito Processual Civil da UNESA (Pós-Graduação e Graduação). Professora de Prática Jurídica da UNESA (Graduação). Advogada. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da UNESA *campus* Nova Friburgo. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da 9º Subseção da OAB/NF. Professora da ESA/OAB-NF.

decides, not subject, in general, the resource with a view to re-examine its merits or its grounds, or judicial approval, causing it to have a solution of the controversy a shorter space of time, bringing greater effectiveness Access to Justice. On the other hand, and in an exceptional way, it is possible that a party could seek recognition by the judiciary of the nullity of the sentence, when checking the absence of some essential formal requirement.

Keywords: Access to justice; dispute resolution; arbitration; arbitral award.

Introdução

**“Que os primeiros juízes sejam aqueles que
o demandante e o demandado tenham eleito,
a quem o nome de árbitros convêm mais do que o de juízes”
PLATÃO, in DE LEGIBUS**

A questão do acesso à justiça vem de longa data, sendo motivo de discussão, o que ensejou, nos últimos anos, o surgimento entre os operadores do direito a necessidade urgente de revitalização hermenêutica e uma reformulação das práticas do Judiciário.

320

A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém princípios básicos os quais os Estados devem seguir para que viabilizem o eficaz acesso à justiça, permitindo que cada cidadão possa vivenciar a presença da democracia e da justiça, valores considerados primordiais, assegurando, desta forma, os direitos da pessoa humana.

A falta desse acesso é, a qualquer tempo e em qualquer lugar do mundo, fator de diminuição da cidadania e de fortalecimento da opressão. Verifica-se a constante preocupação mundial em alargar a incidência de aplicação efetiva do direito, tanto na esfera judicial, quanto extrajudicial, como forma de garantir ao cidadão aquilo que se tem direito de obter.

Conforme Humberto Dalla², já vão algumas décadas desde que as denominadas “Ondas Renovatórias do Direito, foram sistematizadas por Mauro Cappelletti, e ainda hoje, a ideia de um pleno acesso à justiça continua sendo uma obsessão para os processualistas.”

No entanto, cabe aqui um parêntese para lembrar que a formação jurídica no Brasil sempre se caracterizou pelo apego extremado à normatização jurídica e suas feições liberal-burguesas, principalmente, ao longo de todo o início do século XX.

Verifica-se que a filosofia gerenciada fundamentalmente pelo Conselho Federal de Educação quanto às escolas, baseou-se na extinção dos currículos escolares de disciplinas das ciências humanas e sociais, como sociologia e filosofia,

² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: A redescoberta de um velho aliado na Solução de Conflitos*. In: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005. p. 105.

uma nova mentalidade a fim de que se assegure o acesso à ordem jurídica justa. O direito é necessário para regulamentar a vida em sociedade, no entanto, essa está em constante evolução, assim, a ciência jurídica encontra-se em um grande dilema: ou acompanha a evolução, fornecendo soluções adequadas e necessárias a se manter a ordem no Estado Democrático de Direito, ou torna-se obsoleta e desprovida de maiores serventias, acarretando na falta de efetividade.⁷

A importância da Arbitragem na resolução dos conflitos

Na Alemanha, passou-se a observar um esforço legislativo visando a simplificação dos procedimentos, sendo introduzidas modificações no direito processual. A rapidez na solução do litígio passou a ser “alvo” do ordenamento jurídico, respeitando-se, contudo, o devido processo legal.

Segundo Humberto Theodoro, assim como no Brasil, na Alemanha se reclama dos operadores do direito processual uma aumento na preocupação com as questões sociológicas, não podendo se esperar, por vezes, da decisão judicial a verdadeira e efetiva pacificação dos conflitos. “Daí a importância do papel reservado às soluções alternativas de litígios, antes do processo ou em seu curso.”⁸

Basta recordarmos que a prestação jurisdicional nunca foi o único meio de compor os litígios, sendo conhecidas outras formas alternativas de composição de conflitos, como a autocomposição e a autotutela.

322

Neste sentido, visando minimizar toda a problemática encontrada e alcançar uma maior efetividade, com a globalização se passou a adotar Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, os chamados ADRs (*Alternative Dispute Resolution*), trazendo procedimentos menos formais, uma maior celeridade na resolução do conflito e sendo colocado ao alcance de todo e qualquer cidadão.

Com a crise da justiça e a eficiência própria das soluções autocompositivas, tornou-se imprescindível que o Estado adotasse medidas de incentivo à sua realização, provendo o que se denominou de uma política pública de incentivo à utilização em larga escala dos mecanismos para obtenção da autocomposição⁹.

Não se trata da privatização da justiça ou mesmo de uma receita infalível para desafogar o judiciário a custos reduzidos, mas da tentativa de humanizar a justiça, tornando-a mais coerente com as transformações contemporâneas.

Por tempos a jurisdição foi a principal forma utilizada para a solução do conflito, no entanto, os custos financeiros e desgastes entre os contratantes, tendo em vista discussões surgidas após as celebrações dos contratos, somadas aos longos processos judiciais, passaram a constituir um obstáculo ao desenvolvimento e ao

⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 278-279

⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Arbitragem como meio de solução de controvérsias*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, V. 1, n. 1, set/out., 1999.

⁹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 26

Sendo um acordo de vontades, deve ser celebrado entre pessoas capazes que, não pretendendo se submeter à morosidade de um processo judicial, optam pela escolha de árbitros para a solução de suas controvérsias, recaindo estas sobre direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, sempre que puderem ser objeto de transação entre os interessados.

Não se busca, com isso, o enfraquecimento da Jurisdição, apenas, neste caso, o conflito decorrente da relação jurídica, por opção das partes, é transferido a um particular.¹²

Portanto, a arbitragem consiste na solução de conflito por meio de um terceiro, que pelos interessados é escolhido, possuindo poder para decidir a questão posta, mediante normas e procedimentos aceitos, espontaneamente, pelas partes.

A Arbitragem e o Poder Judiciário

A denominada jurisdição caracteriza-se pelo monopólio do Estado de dizer o direito, o que foi pelo mesmo adjudicado em certo momento da história, cuja evolução se deu através dos tempos.

Segundo José Carlos Moreira Alves¹³, quatro foram as etapas dessa evolução: na primeira, os conflitos são resolvidos pela força, o Estado apenas intervém quanto as questões vinculadas a religião, sendo gradativa a distinção da violência legítima e ilegítima; na segunda, surge o arbitramento facultativo, onde a vítima ao invés do uso da força, opta por receber uma indenização que pareça justa para ambos, sendo ainda possível a escolha de um árbitro para fixá-la; na terceira, surge o arbitramento obrigatório, passando o Estado a obrigar os litigantes a escolherem um árbitro que determine a indenização que deva ser paga pelo ofensor, assegurando também a execução da decisão, no caso de não cumprida espontaneamente; por fim, na quarta, o Estado afasta o emprego da justiça privada e traz para si o poder de decisão dos conflitos, surgindo a jurisdição.

¹² Neste sentido, quanto a natureza jurídica da arbitragem, há pelo menos três teorias: 1) Teoria Privatista ou Contratualista – Esta teoria tem como principal expoente Chiovenda, que via o instituto da Arbitragem desprovida de cunho jurisdicional. Para os adeptos deste posicionamento, a arbitragem se baseia no *pacta sunt servanda*, ou seja, estabelecido entre as partes um contrato se reportando à arbitragem num eventual conflito, este deve ser cumprido sob pena de intervenção do Judiciário. 2) Teoria Publicista ou Jurisdicionalista – Comandada pelo ilustre Mortara, esta corrente vê na convenção arbitral uma forma de jurisdição, a qual o Estado delega para um particular a função de dizer o Direito. Pelo fato de ter como pressuposto a existência de uma lide e visar a solução desta, sendo desinteressada e inerte, a jurisdição teria caráter jurisdicional e não contratual ou privado. 3) Teoria Mista ou Conciliadora – Seguida por Carnelutti, esta teoria sustenta, de um lado, que faltaria ao árbitro poder coercitivo em relação às partes e a terceiros. De outro lado, este posicionamento vê um caráter público na arbitragem, ao passo que a função do árbitro possui um certo *mínus público*. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues. A Ajurisdicionalidade da Arbitragem. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/40/32/4032/>. Acesso em 17 de julho de 2008.

¹³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. I, p. 203.

relações continuadas, que necessitam de uma forma pacificadora com vistas à manutenção daquela relação, o que dificilmente se conseguiria após o desgaste de um processo e uma sentença judicial.

No Brasil, há tempos se tem ouvido falar em arbitragem, já na Constituição de 1824, em seu art. 160¹⁵, havia previsão de nas causas cíveis e penais civilmente intentadas serem nomeados juízes árbitros. Posteriormente, a Resolução 26 de 1931¹⁶ admitia o juízo arbitral nas causas de seguro. Em 1850 o Código Comercial, seguindo o exemplo do Código Comercial francês, instituiu o juízo arbitral necessário para determinadas causas relacionadas às sociedades comerciais. Contudo, a sua obrigatoriedade veio a ser revogada pela Lei 1.350 de 1866.¹⁷

A Constituição Republicana de 1891 não reproduziu o art. 160 da Constituição do Império, no entanto, o instituto não foi ab-rogado pelo direito pátrio, sendo consolidado pelo Decreto nº 3.084 de 1898¹⁸. Com a promulgação do Código de Processo Civil brasileiro, foi disciplinado, pormenorizadamente, o juízo arbitral. As Constituições que seguiram silenciaram-se sobre a arbitragem (1946, 1967, 1969), o que não impediu que o Código de Processo Civil de 1973 consagrasse o juízo arbitral. No art. 114 §§ 1º e 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁹, tratou-se expressamente da arbitragem, seguindo as mais modernas filosofias sobre o assunto.

Embora prevista na legislação brasileira, a arbitragem durante muito tempo permaneceu no esquecimento diante de deficiências na legislação que impediam ou mesmo desestimulavam sua utilização pelas partes contratantes, fazendo com que os interessados na solução do conflito optassem por recorrer diretamente ao Judiciário.

Buscando corrigir essa situação caótica, profundas modificações ocorreram após a tendência mundial de reutilização dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos. A arbitragem no Brasil foi revitalizada pela Lei Federal nº 9.307 de 1996²⁰ passando a ser adotada em sua totalidade.

A Lei de Arbitragem introduziu duas grandes inovações ao instituto, fazendo com que deixasse de ser apenas letra de lei e entrasse nos hábitos dos contratantes. Havia, até então, a exigência de dependência de homologação judicial para que o laudo arbitral tivesse eficácia, dificultando sua adoção pelos interessados, pois o que estes pretendiam era, justamente, a rapidez na solução do litígio. Desta forma,

¹⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem: Lei n. 9.307, de 23/09/1996*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 03. - Art. 160. "Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças são executadas sem recurso, se assim o convençionarem as partes."

¹⁶ Brasil. Código civil, 2002. *Código civil*. 53.ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

¹⁷ <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-1350-14-setembro-1866-554052-publicacaooriginal-72489-pl.html>. Acesso em 17 de julho de 2008.

¹⁸ Brasil. Código civil, 2002. *Código civil*. 53.ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

¹⁹ Brasil. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal; 1988.

²⁰ Brasil. *Código de Processo civil*. 2002.ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

a primeira inovação trazida pela Lei 9.307/96 foi a eliminação da obrigatoriedade da homologação judicial, trazendo ao pronunciamento arbitral natureza de sentença.

Outro entrave à aplicação da arbitragem no cenário brasileiro era não se reconhecer à cláusula compromissória, inserida pelas partes no contrato, força para fazer com que o litígio fosse obrigatoriamente conduzido ao juízo arbitral. Trazendo, o novo ordenamento jurídico força cogente à cláusula, não mais podendo ser frustrada pela unilateral resistência de um dos contratantes.

Arnoldo Wald²¹ lembra que “no Brasil a Lei nº 9.307, de 1996, reformulou completamente a arbitragem, dando-lhe nova credibilidade, que não tinha anteriormente. Pode-se dizer que durante muito tempo a jurisprudência brasileira foi a de nulidades e anulações de decisões arbitrais [...]”.

Andou bem o legislador ao suprimir a obrigatoriedade de homologação da sentença arbitral, que constituía verdadeiro entrave à evolução dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos e, certamente, servia apenas para desencadear a morosidade do procedimento, aniquilando, inclusive, uma vantagem a ser observada na arbitragem, sua confidencialidade, pois ao se exigir a homologação judicial dava-se publicidade à resolução do litígio.

Com a flexibilização e a desburocratização do instituto não se objetivou, no entanto, uma substituição da justiça estatal pela justiça privada, apenas se buscou dar ao cidadão mais uma forma de compor determinados conflitos.

Para Humberto Dalla²², tem-se que a arbitragem é tratada como um procedimento fora da jurisdição, no entanto, não se coloca nem abaixo nem acima, mas está ao lado, como um procedimento paraestatal.

Ademais, segundo Joel Dias Figueira Junior,²³ o acesso à jurisdição estatal, neste caso, não deixa de estar garantido, não havendo em hipótese alguma qualquer inconstitucionalidade no procedimento instituído pela Lei de Arbitragem, pois em ocorrendo algumas das circunstâncias previstas no art. 20 § 1º e § 2º, da Lei nº 9.307/96 há permissão expressa no art. 33 para qualquer das partes demandar ao Judiciário visando a anulação da sentença arbitral ou interpor embargos à execução.

Não se pretendeu, com as inovações, retirar da jurisdição seu caráter de essencialidade, mesmo porque o legislador nacional, atendendo ao apelo da prudência, procurou limitar alguns poderes do árbitro, a exemplo de que as tutelas de urgência acautelatórias, antecipatórias e inibitórias podem, apenas, ser efetivadas pelos juízes regulares do Poder Judiciário, faltando ao árbitro a *executio*.

²¹ WALD, Arnoldo. *Do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Revista de Direito Bancário, n. 7, jan/março de 2000, Ano 3, p. 323 e seguintes.

²² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 377.

²³ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

No mesmo sentido, em situações de resistência de um dos contratantes a respeito da instauração do juízo arbitral, confere-se a parte que pretenda fazer prevalecer a cláusula arbitral, a possibilidade de utilização da via judicial com vistas a forçar a observância desta e, ao juiz incumbe, primeiro conciliar os contratantes tentando levá-los a negociar os termos do compromisso e, em não obtendo êxito na tentativa de conciliar as partes, deverá dispor em sentença, sobre o conteúdo do compromisso, observando o art. 7º, § 3º da Lei nº 9.307/96²⁴. Essa possibilidade de implantação do processo arbitral via decisão judicial, em havendo recusa de uma das partes em submeter-se a arbitragem, estimula, por outro lado, as próprias partes a chegarem a um consenso quanto ao compromisso firmado, evitando, o que por certo, se pretendeu na celebração do contrato, a indesejável intervenção estatal na desavença, acarretando morosidade e consequentes prejuízos para os contratantes.

Por decorrer da vontade das partes a arbitragem deve ser expressa por convenção arbitral, sendo esta o gênero e tendo como espécies o *compromisso arbitral*, que na forma do art. 9º, Lei 9.307/96 é - “A convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas”, e que segundo José Maria Rossini Garcez²⁵ é “O termo que detalha a arbitragem após surgido o conflito, definindo seus limites, discriminando os dados pessoais dos árbitros escolhidos, o lugar da arbitragem e outros elementos necessários”. E a *cláusula compromissória* definida no art. 4º da Lei 9.307/96, sendo inserida nos contratos para submeter questões contratuais futuras ao método da arbitragem.

328

Resumindo: na celebração de um contrato admite-se que haja, pelas partes, a estipulação de uma cláusula – chamada de *cláusula compromissória* – de que os futuros e eventuais litígios que venham a decorrer do contrato devem ser submetidos à Lei 9.307/96. No entanto, quando o conflito já é existente – e assim não é incerto e eventual no futuro –, pelas partes deve se firmar *compromisso de arbitragem*, definindo-se de forma precisa – como exige a lei – os limites da matéria que se pretende seja a esta, submetidos.

Frente ao novo ordenamento jurídico, como já mencionado, a cláusula compromissória reveste-se de força cogente, vinculando os contratantes. Portanto, ao egerem a via arbitral passa a ser vedado às partes recorrerem ao Judiciário, salvo nos casos previstos em lei, ou seja, nulidade da sentença arbitral, suspeição, incompetência, nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral.

Desta feita, com o surgimento de uma controvérsia, tendo as partes estabelecido cláusula compromissória devem cumpri-la, firmando o compromisso arbitral.

²⁴ Brasil. *Código de processo civil: de acordo com as últimas reformas processuais* / J. E. Carreira Alvim organizador] ; [atualizado por] Luciana G. Carreira Alvim Cabral. -- 5. ed., rev., ampl. E atual. -- Curitiba: Juruá, 2007.

²⁵ GRACEZ, José Maria Rossani. *Negociação*. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem. 2ª ed. Ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2004. p. 71

Relator do Código Civil de 2002, no Senado Federal, Josaphat Marinho²⁸ adaptou o projeto à Lei de Arbitragem que lhe é anterior, visando não trazer contradições ao ordenamento jurídico e preservando a eficácia do instituto.

Portanto, mesmo tratando-se de um procedimento de livre opção por parte dos interessados, existem princípios que constituem o núcleo da garantia do devido processo legal (inserido no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal), que em qualquer espécie de processo, seja ele judicial ou não, deve ser respeitado, desta forma, esta liberdade, de contratar apenas é restringida pela exigência de que sejam sempre respeitados os princípios imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento, do contraditório, da igualdade das partes, da ampla defesa, bem como do devido processo legal. O conjunto de garantias estampado no § 2º do art. 21 da Lei nº 9.307/96 constitui o devido processo legal da arbitragem.

O processo arbitral exige, tal como o processo judicial, a existência de requisitos de admissibilidade, quais sejam: interesse em agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido, caracterizando uma enorme aproximação entre o processo arbitral e o estatal, e por consequência, submetendo-se o primeiro, também, as regras do direito processual constitucional, bem como aos princípios superiores de *status* constitucional.

Nas palavras de Selma Ferreira Lemes o enunciado de princípios do Código de Processo Civil constitui “parte simbólica de onde se originam os princípios que se aplicam a todas as ordens de jurisdição, dos quais grande parte ressoa na instância da arbitragem, tais como o princípio dispositivo, o princípio do contraditório, liberdade de defesa, direito de ser ouvido, conciliação etc.”.²⁹

No que se refere à imparcialidade do árbitro é condição nodal para a existência válida do processo arbitral. Não se enxergando na figura do árbitro uma pessoa equidistante do litígio sequer pode se pensar em estabelecer-se uma arbitragem.

Com escopo de garantir a imparcialidade é autorizada pela lei de Arbitragem em seu art. 20 a indicação, pelas partes, de qualquer causa de impedimento ou de suspeição do árbitro, que deverá ser feita por meio de *exceção*, após ter sido instituída a arbitragem, e arguida pelo interessado na primeira oportunidade que lhe for dada a falar no procedimento. Ressalta-se que este prazo não deve ser tido por peremptório, pois, sempre haverá a possibilidade de se arguir o impedimento ou a suspeição do árbitro, mesmo após o interessado falar no processo, uma vez que, a imparcialidade do árbitro deve ser tida como pressuposto fundamental da arbitragem, de forma que se ausente, nula será *sempre* a decisão arbitral.

Rejeitada a arguição, seguirá o procedimento seu curso, sendo possível ao interessado impugnar a imparcialidade do árbitro por via judicial, conforme estabelece o art. 33 da Lei nº 9.307/96. Vê-se, com isso, que embora tenha a

²⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *in* Novo Código Civil Comentado. Coordenado por Ricardo Fiúza, com a participação do jurista Mário Luiz Delgado Regis, Saraiva, 1ª edição, 2002.

²⁹ LEMES, Selma Ferreira. *Os princípios jurídicos da Lei de Arbitragem*, *in*: Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem, Rio, Forense, 1999. p. 89.

Desta forma, a diferença entre as sentenças acima, reside, tão somente, na questão de que o árbitro, de acordo com seu convencimento no curso do processo, está apto a proferir decisão declaratória, constitutiva ou condenatória, no entanto, está desprovido de poder para *executar* sua decisão, por faltar-lhe o *imperium (potestas)* em seu exercício de julgador, pois somente o Estado possui o poder de *imperium*, de modo que, só o juiz estatal pode dele fazer uso, sendo, conseqüentemente, o único competente para os atos de coerção.

Tratando-se de sentença arbitral de cunho condenatório, esta constituirá *título executivo*, que servirá, em caso de descumprimento, para promover a execução na via judicial (art. 31, *in fine*), ou seja, por ter efeito executivo, caracterizado pela execução diferida a outro processo, a sentença proferida pelo árbitro ou tribunal arbitral, da mesma forma que a sentença judicial, cria um título que é também regulado pelo Código de Processo Civil e que rege o surgimento da ação de execução, pelo qual aquele que tem direito de exigir o cumprimento da decisão, vai a juízo para fazer valer sua força executiva.

Cabe aqui destacar que a sentença arbitral não se sujeita a recurso de qualquer espécie, nem a homologação judicial, ou seja, após ser prolatada, de regra, a lei não prevê a possibilidade de recurso com vistas a reexaminar seu mérito ou os fundamentos que levaram à decisão. Admite-se, no entanto, de forma excepcional, que a parte interessada possa buscar junto ao Poder Judiciário o reconhecimento da nulidade desta sentença.

Mostra-se importante evidenciar a consagração da autonomia do processo arbitral, para que não ocorram confusões dos operadores do direito quanto à aplicação de regras do Processo Civil a este, uma vez que a ligação entre o processo arbitral e o processo judicial se dá nos limites dos princípios processuais constitucionais, relacionados no § 2º do art. 21 da Lei 9.307/96, que constituem a Teoria Garantista.³³

Neste sentido, o ajuizamento de uma ação anulatória somente será possível quando comprovada a existência de algum vício que venha a comprometer a função e o desenvolvimento da arbitragem, capaz de fazer com que a mesma não reflita a intenção das partes ou mesmo o objetivo do Estado quando da criação da arbitragem como meio alternativo de pacificação social. Para isso a Lei nº 9.307/96, em seu art. 31, §1º, prevê a possibilidade de que a parte que se sentir prejudicada demande judicialmente visando impugnar a validade daquela decisão.

A ação anulatória, neste caso, servirá como meio específico para impugnar a sentença arbitral, devendo ser processada junto ao Poder Judiciário, tendo o

sentença condenatória de juízo arbitral, em tutela antecipada, contra texto expresso de lei (arts. 31, Lei 9.307/96 e 583 do CPC). Tal situação implica inversão tumultuária do processo, violando o princípio constitucional de acesso à tutela jurisdicional do crédito expresso no título executivo (art. 5º, XXXV, da CF/88) e negativa de vigência do art. 31 da Lei 9.307/96, que não se pode tolerar, ainda mais, na fase da efetiva conversão do Direito em Justiça.”

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de abril de 2012.

condão de reconhecer a nulidade da sentença arbitral apenas nas situações previstas no art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII, sendo que nos casos do art. 32 dos incisos III, IV e V, todos da Lei de Arbitragem, será determinada a prolação de nova sentença pelo árbitro ou tribunal arbitral.

Destaca-se que, o juiz togado que apreciar o caso, ao julgar procedente o pedido e declarar a nulidade da sentença arbitral, somente determinará que seja proferida nova sentença arbitral quando a nulidade da primeira não tiver por fundamento a vedação da arbitragem sobre a questão ou a impossibilidade atual da sua renovação.

Por outro lado, se a sentença arbitral contiver vício que resida em apenas um capítulo da sentença, não vindo a aniquilar os demais, que por serem destacados do capítulo viciado, permanecem preservados, não haverá motivos para anular toda a sentença.

Neste sentido, citamos Carlos Alberto Carmona ao trabalhar o tema do vício de julgamento *ultra petita* pela sentença arbitral:

“...conduzirá apenas à redução do âmbito da decisão, o que equivale a dizer que entendo perfeitamente possível apenas a anulação parcial do laudo, de modo a fazer aplicar também ao laudo arbitral, com os temperamentos necessários, a solução encontrada pela jurisprudência para a correção (e salvação) das sentenças *ultra petita*”.³⁴

Não poderia ser diferente, já que assim é no Processo Civil comum e também aplicado ao direito arbitral (art. 248, CPC), pois, neste caso, a sanção não ensejará a total nulidade da sentença arbitral, devendo afetar somente o ponto no qual se encontra o vício, ou seja, aqueles não propostos para a decisão e que acabaram sendo apreciados, acarretando um julgamento arbitral *ultra petita*. Podendo haver parcialmente a revisão daquela decisão.

Segundo Nelson Alexandre Paloni³⁵ “Trata-se de verdadeira ação rescisória prevista em legislação própria, com prazo reduzi­díss­imo de 90 (noventa) dias e não de 2 (dois) anos, como previsto no art. 485 do Código de Processo Civil, cuja principal característica é a possibilidade apenas de decretação de nulidade ou de emissão de nova sentença arbitral pelo mesmo árbitro ou tribunal arbitral. Essa rescisória está vinculada às previsões *taxativas* da lei, contidas expressamente no art. 32 da Lei de Arbitragem.”

Além da nulidade da sentença poder ser reconhecida por meio de ação autônoma, conforme acima mencionado, poderá também se valer, a parte que se sentir prejudicada, da impugnação a execução, caso venha a sentença que se pretende ver considerada nula, ser executada.

³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1993, nota 5 ao art. 31, p. 266-267.

³⁵ PALONI, Nelson Alexandre. *A Utilização da Arbitragem por Instituições Financeiras Públicas*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 13, nº. 26, p. 247, Dez. 2006.

Neste ponto, verificamos que a lei deixou a cargo do Poder Judiciário a correção de eventual vício existente na arbitragem, cabendo ao Estado-Juiz resguardar a validade, existência ou eficácia deste procedimento alternativo de solução de conflito.

Em que pese não existir na arbitragem a “jurisdição” com a mesma formalidade do direito processual, a Lei nº 9.307/96, não abriu mão de algumas garantias constitucionais processuais, que não sendo observadas pelos contratantes, ora litigantes e de igual forma pelo árbitro, acarretará a nulidade da sentença (art. 32, inc. VII).

Com isso, é possível ver, claramente, que embora haja a irrecorribilidade da sentença arbitral, já que não está sujeita a recurso relativamente ao mérito da decisão, não há qualquer ofensa a garantia constitucional de acesso à justiça, pois a parte pode, quando necessário, ir a juízo discutir em ação anulatória as questões relativas à validade e eficácia do compromisso arbitral e da sentença arbitral.

Porém, cabe deixar claro que, *in casu*, não se trata de poder recursal de revisão da matéria analisada na arbitragem, mas na verificação da ocorrência de nulidades, que se constatadas, culminarão com a decretação da nulidade da sentença, que está restrito a hipóteses ligadas basicamente à violação da ordem pública. Logo, a sentença arbitral não é isenta do controle estatal, mas este, em relação a arbitram, é limitado.

A doutrina opta pela vedação total ao contato do juiz togado com o mérito da causa submetida a juízo dos árbitros, portanto, inconcebível qualquer recurso ao Poder Judiciário. Carmona é partidário da tese de que seria *nula* de pleno direito a avença no sentido de submeter à revisão, pelo Poder Judiciário, a decisão proferida pelos árbitros, até porque não haveria competência funcional para julgar tal recurso.

Nas palavras de Nelson Alexandre Paloni³⁶ “Permitir que o Estado reformasse o mérito de uma sentença arbitral, além de uma antítese, seria uma volta ao passado, o que culminaria, mais uma vez, no óbito da arbitragem no direito brasileiro.”

Por outro lado, os que optam pelo processo de arbitragem acham-se protegidos pela eventual possibilidade de pronunciamento do Poder Judiciário, não subsistindo mais qualquer dúvida quanto à constitucionalidade da arbitragem. De qualquer sorte, dúvida não resta de que o Estado, no exercício da soberania, continua sendo o detentor do monopólio da jurisdição, embora, crescentes vozes clamam por uma justiça mais célere, o que tem fortalecido a busca por Meios Alternativos de Solução de Conflitos, capazes de trazer uma maior efetividade ao que se pretende reconhecer como Justiça.

³⁶ PALONI, Nelson Alexandre. *A Força da Sentença Arbitral*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 08, nº. 16, p. 279, Dez. 2001.

Considerações finais

A arbitragem, ainda que não isenta de forma plena do controle estatal, é um meio alternativo de solução de litígio que traz inúmeras vantagens aos contratantes que optam por seu procedimento. Não restam dúvidas de que é uma enorme vantagem sua adoção na resolução dos litígios no *plano social*, evitando-se a *via estatal* tão congestionada atualmente.

A arbitragem é um instrumento altamente salutar, pois exclui de imediato, o formalismo, realizando-se de forma sigilosa e célere. Lembrando sempre que nas relações empresariais o sigilo é o alvo principal dos contratantes.

Portanto, considerando a existência dos Meios Alternativos de Solução de Litígio, ninguém pode ser obrigado, a levar suas demandas ao Judiciário, pois preenchidos os requisitos formais exigidos pela Lei nº 9.307/96, a pessoa física ou jurídica pode valer-se de meios, também legais e igualmente emanados e tutelados pelo Estado, para buscar a solução de um conflito. Ilógico seria defender que todo litígio deve ser levado ao Poder Judiciário, pois estaríamos, tão somente, fomentando litígios judiciais em vez de tentar evitá-los, movimentando a máquina judiciária e acelerando o crescimento dos gastos públicos, sem contar que estaríamos contribuindo para existência de milhares de ações a abarrotar o judiciário, culminando em processos judiciais intermináveis.

Vê-se que o processo arbitral deixa margem a uma flexibilização na solução do litígio, podendo, inclusive, as partes acolherem aplicação da equidade em substituição ao direito positivado, em conformidade com o disposto art. 2º da Lei nº 9.307/96, o que deixa evidente a intenção do legislador em dar aos que optarem pela arbitragem, o máximo e irrestrito direito de atuação, no sentido de estipular regras não proibidas por lei (art. 5º, inc. II da Constituição Federal).

A Lei nº 9.307/96, no entanto, estabelece algumas regras básicas a serem seguidas. Assim, logo no primeiro artigo da lei o legislador procurou estabelecer quem pode se utilizar da arbitragem, salientando que somente as pessoas capazes de contratar é que também estarão aptas a contratar com esse sistema, podendo se extrair desse artigo que somente aqueles com plena capacidade de fato e de direito para o exercício de todos os atos da vida civil, poderão eleger esse tipo de solução alternativa de disputa. Também é reconhecido o direito às pessoas jurídicas nacionais ou estrangeiras, em qualquer conflito oriundo das relações comerciais e de serviços, desde que o objeto da controvérsia seja decorrente de direito disponível.

Como podemos observar, as questões que podem ser levadas à arbitragem são aquelas referentes a direitos disponíveis, ou seja, de natureza patrimonial, originários de relações contratuais, caracterizando-se pela autonomia da vontade das partes, pela possibilidade de maior rapidez na solução do conflito, da maior especialização do árbitro nas questões levadas à sua apreciação, do menor custo e também da possibilidade de ser mantido o sigilo da questão em debate.

Portanto, em que pese o temor de alguns de que a arbitragem represente a substituição do judiciário por uma justiça privada, tal pensamento não corresponde à realidade, uma vez que esta é restrita a direitos patrimoniais disponíveis e concentrada, mais especificamente, na área do direito civil e empresarial, e ainda assim, sujeitando-se ao controle do judiciário em algumas situações em que o mesmo é instado a intervir, pois em inúmeros casos a cooperação do Poder Judiciário se faz imprescindível ao árbitro, carente da *coertio* e da *executio*, exclusivos do poder de império, sem os quais não consegue tornar efetiva a sua tutela.

No entanto, encontramos num paradoxo, já que não raro, as partes envolvidas no procedimento arbitral sentem falta de uma maior segurança jurídica, indagando quais institutos poderiam ser importados do Direito Processual Civil, que não apenas aqueles já existentes, decorrentes do *due process of law*. O que, infelizmente, por vezes, leva o contratante não satisfeito com a decisão arbitral a procurar o judiciário, numa tentativa desesperada, quiçá de má-fé, de tornar nula aquela decisão.

Talvez seja por isso o natural esforço do legislador na redação da Lei de Arbitragem e a abundante doutrina na defesa de sua preservação.

Cândido Rangel Dinamarco assevera a necessidade de cautela do juiz na análise destes casos, sob pena de se ter o controle jurisdicional neutralizando as soluções acertadas anteriormente, pelas partes.

“Repudia-se também a facilidade na aceitação dos argumentos da parte que vem à Justiça impugnar uma sentença arbitral, sem a preocupação por um equilíbrio entre o estatal e o convencional e sem valorizar a vontade das partes como fonte da decisão que depois uma delas veio a criticar. A prevalecer essa facilidade para a invalidação de sentenças arbitrais, poder-se-ia perguntar, como perguntou um juiz da *Corte d’Appello* de Gênova: “*mas por que as partes recorrem à arbitragem, se sempre voltam a nós?*”³⁷

Um alargamento demasiado do controle estatal³⁸ implicaria num comprometimento do próprio instituto da arbitragem, levando a descrédito os acordos firmados pelas partes contratantes, não podendo se conceber jamais que a mera irresignação com uma sentença arbitral desfavorável possa levar as partes

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=13&t=QXJ0aWdvcyAtIFByb2Nlc3NvIENpdmls>. Acesso em: 17 de julho de 2008.

³⁸ A título de ilustração, causa espanto decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (agIn 142.683-1 – j.28.06.2003), que concedeu liminar para suspender a eficácia de cláusula arbitral inserida em contrato firmado entre a UEG Araucária Ltda. e a Companhia Paranaense de Energia Elétrica – COPEL. A decisão judicial (acórdão) determinou também aplicação de multa no caso da continuação do procedimento arbitral, já instaurado perante a CCI, com sede na França, Paris, em flagrante violação do princípio da competência-competência (art. 8º da Lei) e da capacidade da sociedade de economia mista (COPEL) firmar cláusula arbitral.

- MARTINS, Pedro A. Batista. *Aspectos Fundamentais da lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 1999.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- PALONI, Nelson Alexandre. *A Força da Sentença Arbitral*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 08, nº. 16, p. 279, Dez. 2001.
- PALONI, Nelson Alexandre. *A Utilização da Arbitragem por Instituições Financeiras Públicas*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 13, nº. 26, p. 247, Dez. 2006.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: A redescoberta de um velho aliado na Solução de Conflitos*. In: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Do Juízo Arbitral*. RT.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. V.735, RT.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Arbitragem como meio de solução de controvérsias*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, V. 1, n. 1, set/out., 1999.
- WALD, Arnaldo. *Do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Revista de Direito Bancário, n. 7, jan/março de 2000, Ano 3.

A gestão e o ensino da disciplina direitos humanos na ACADEPOL: os impactos sociais no Rio de Janeiro

Fernando de Alvarenga Barbosa¹
Jéssica Oliveira de Almeida²

Resumo

O objeto deste trabalho é perceber o impacto social quando da formação dos Policiais Civis do Estado do Rio de Janeiro, em razão do ensino da disciplina Direitos Humanos para as Forças de Segurança. Em especial, como se dá o processo de ensino e a gestão do programa da disciplina na Academia de Polícia Sylvio Terra – ACADEPOL. Além de alertar para a inserção do Brasil no palco internacional, busca a compreensão de conceitos da disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como a necessidade de observância dos tratados em que o país é membro. Direitos Humanos é um nome genérico no entendimento brasileiro, principalmente dentro da instituição Polícia. O intuito é compreender o conceito inserido na questão e, a partir disso, melhor aparelhar o sistema de ensino para a concreta educação em Direitos Humanos para as forças de segurança.

Palavra-chave: Direitos humanos; estado; polícia.

Abstract

The object of this work is to understand the social impact upon the formation of the State Civil Police of Rio de Janeiro, because of the teaching of the discipline Human Rights for Security Forces. In particular, as the process of teaching and managing the syllabus at the Police Academy Sylvio Terra – ACADEPOL. Besides warning for Brazil's insertion on the international stage, seeking an understanding of concepts of the discipline of International Human Rights Law and the necessity of observance of treaties to which the country is a member. Human rights are a generic name in Brazilian understanding, especially within the police institution. The goal is to understand the concept inserted in the matter and, from that, better equip the education system to practical education in human rights for security forces.

Keywords: Human rights; state; police.

¹ Doutorando pela *Universidad de Burgos/Espanha*, em Direito e Relações Internacionais. Mestrando do Programa de Pós-graduação em Ciência Política e Relações Internacionais pelo IUPERJ. Professor de Direito Público da UNESA/RJ. Conselheiro da Cruz Vermelha Brasileira, filial do Estado do Rio de Janeiro. Inspetor de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

² Especialista em Segurança Pública pela UFF/RJ. Delegada de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Diretora da ACADEPOL/RJ.

Introdução

O pensamento do inglês Thomas Hobbes (1588-1679) ainda está presente e ativo neste primeiro quarto do século XXI: “O homem é o lobo do próprio homem” (MORRIS, 2002). Ou ainda, como relata Motaño e Duriguetto (2010):

O estado de natureza hobbesiano é configurado pela existência de um desejo perpétuo de poder pelos homens. (...). No estado de natureza, todo homem vê os outros como concorrentes, pois todos são iguais na capacidade de alcançar seus fins, podendo até causar um ao outro a morte, na defesa dos seus interesses (MOTAÑO e BURIGUETTO, 2010, pág.23).

Os Estados Democráticos de Direito constroem suas Constituições, instrumentos jurídicos que expressam o ideal de um povo, de forma tal, que a proteção dos direitos fundamentais esteja escrita e realizada da melhor possível.³ Sendo o Brasil um Estado de Direito é, por conseguinte, um sujeito de Direito Internacional e como tal tem responsabilidades a cumprir. Há a responsabilidade pela inobservância das obrigações colocadas pelo Sistema Jurídico internacional, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, da qual é parte.⁴

Por esse caminho jurídico, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, toma como fundamentos do Estado, a proteção dos Dignidade Humana, em seu 1º artigo. E apresentando-se ao mundo, se insere no palco internacional através do artigo 4º, como sujeito em uma relação jurídica entre pares:

CRFB/1988. TÍTULO I. Dos Princípios Fundamentais. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - *a dignidade da pessoa humana*; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (...).

Art. 4º A República Federativa do Brasil *rege-se nas suas relações internacionais* pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - *prevalência dos direitos humanos*; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos

³ Os Direitos fundamentais são aqueles direitos objetivamente reconhecidos e positivados na ordem jurídica de determinado Estado. São, por isso, delimitados espacial e temporalmente, isto é, variam segundo a ideologia, a modalidade de Estado, as espécies de valores e princípios que a Constituição consagra. Cada Estado consagra os seus direitos fundamentais. (PAULO, 2005) Vicente. *Aulas de Direito Constitucional*. Niterói: Impetus, 2005. p. 101.

⁴ Elaborada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, sob a diligência de Eleonora Roosevelt. Após duas guerras mundiais e milhões de mortes, o mundo “declara” finalmente os direitos dos humanos.

conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. (...).

Por diversas razões, muitas vezes estes direitos não são alcançados na sociedade brasileira, seja por questões políticas, por práticas sociais não inclusivas ou pelo “simples fato” de que ao Estado não interessa neste momento preocupar-se com estas questões, pois tem seus próprios problemas políticos para resolver, como corrupção no Congresso, denúncias sem fim e a falta da coalizão necessária ao exercício da governança do país.

Dentro deste prisma, constrói-se uma previsão legal de instrumentos capazes de defender tais Direitos: os Remédios Constitucionais.⁵ Daí, o Estado, na pessoa de seu governo (e por isso uma pessoa jurídica), não aceita a imputação que ofende ou agride, ou ainda, que algum membro das instituições estatais, sob sua ordem feriu os Direitos da pessoa humana.⁶

Por essa proteção, observando os acontecimentos e entendendo a necessidade de adequar-se aos princípios internacionais, o Ministério da Justiça, encaminha a portaria de nº 4226, de 31 de dezembro de 2010, com a finalidade de estabelecer “Diretrizes sobre o Uso da Força pelos Agentes de Segurança Pública”. Em suas considerações, observa os tratados firmados pelo Brasil.

Pela portaria, todas as forças responsáveis pela manutenção da ordem, devem cumprir as exigências descritas. Desta forma, não se trata, como pensa o senso comum, de proteger “direitos de bandidos”, mas de cumprir metas estabelecidas internacionalmente e agora, internamente. O documento busca preparar as forças de segurança pública, para que possam entender quais são as regras previstas no palco internacional, que diretrizes devem seguir e principalmente, como fazê-lo.

A Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) produziu uma cartilha para orientar a “Atuação Policial na Proteção dos Direitos Humanos de Pessoas em Situação de Vulnerabilidade”, em 2010. Além disso, foi também editado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), além da Revista Direitos Humanos.

Além destes documentos, os “Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei” foram adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes.

⁵ Ações jurídicas que servem como “cura”, garantia para a “doença” aplicada ou difundida em princípio, pelo ente estatal e suas Instituições. São utilizadas em momentos onde o Estado ou seu agente é o instrumento coator.

⁶ A toda evidência o Estado não é punido, pois não causa dano a ninguém, haja vista ser uma pessoa jurídica, respondendo por esta sempre o seu responsável. Contudo, mediante os danos sofridos por terceiros, a responsabilidade recai sobre aquele agente que age em seu nome. Para tanto, deve o Estado escolher bem os seus agentes, com a devida cautela e minucioso critério, já que, uma vez na prática de seus serviços, estarão revestidas com o nome do Estado e agindo em seu nome (MADEIRA, 2010).

O evento realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 07 de Setembro de 1990, em razão de programa de Direitos Humanos na Administração da Justiça (Conduta profissional) foi incorporado ao ordenamento nacional entre outros tantos documentos, que tornam inviável sua relação aqui. Mas tudo isso não vem de agora.

A historicidade dos direitos

A procura pelos direitos nasce com o aumento do poder do homem sobre o próprio homem, que inevitavelmente vai acompanhar o progresso técnico. Melhor dizendo, com o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens ou ainda, quando se criam novas ameaças à liberdade do indivíduo. Em verdade, está no cerne do homem esta busca, já que assim, desejando poder em maior ou menor grau, ele vive.

Para fazer um recorte na história, a *Magna Carta*, de 1215,⁷ tornada definitiva em 1225, ainda era considerada uma carta feudal, pois protegia o direito dos barões (eram poucos os homens livres). Serviu de base para a *Petição de Direitos*, de 1628, onde se pedia a observância de direitos já declarados na Carta.

A partir deste contexto, seguiu-se a *Declaração dos Direitos*, inglesa, de 1688; a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia*, de 1776 (A Carta que declarava a liberdade das 13 colônias americanas do jugo da coroa inglesa), anterior à constituição americana; a própria *Constituição Americana*, de 1787, acrescida de uma *Carta de Direitos*, que deu origem às primeiras emendas à Constituição, aprovadas em 1791; a *Declaração de 1789*, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (Esta de contexto mais geral do que a americana: proclamava os Direitos do povo), na Revolução Francesa, com as célebres palavras: liberdade, igualdade e fraternidade.⁸

As características e dimensões dos Direitos Fundamentais

Essa *Proclamação dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana* torna claro que os Estados, representados por seus governos devem proteger estes direitos contra toda e qualquer agressão. Desta forma, esta proteção assume como suas principais características os seguintes pontos:

⁷ Em latim significa “Grande Carta”. O nome completo é *Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* (*Grande Carta das liberdades, ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês*). É um documento que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, especialmente o do rei João, chamado *Sem Terra*. Foi obrigado pelos nobres a assinar, impedindo assim o exercício de seu poder absoluto. O documento é fruto de desentendimentos entre o rei João, o Papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano. Segundo os termos da Carta, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do rei estaria sujeita à lei. A Magna Carta é o primeiro passo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo.

⁸ Entre as três, certamente a mais difícil de ser alcançada é a *Igualdade*. Fala-se, está no discurso, mas não aceita-se o “igual”. Cabe refletir sobre isso.

➤ *Historicidade*: os direitos fundamentais possuem caráter histórico. Em realidade, são produto de uma busca constante, assimilados na consciência coletiva, em ininterrupto processo de construção e reconstrução; em sua concepção contemporânea.

➤ *Universalidade*: os direitos fundamentais se dirigem a todos os seres humanos, à pessoa humana.

➤ *Limitabilidade*: os direitos fundamentais não são absolutos, podendo haver um choque de direitos, em que o exercício de um implicará a invasão do âmbito de proteção do outro. Por exemplo, em caso de guerra ou Estado de sítio, poderá haver a suspensão momentânea do direito de ir e vir ou a liberdade de imprensa.

➤ *Irrenunciabilidade*: os direitos não podem e nem devem ser renunciados, isto é, os indivíduos, não podem dispor deles a seu *bel prazer*.

A evolução dos direitos fundamentais e de suas garantias vem crescendo. Para uma melhor qualidade e estudo e, para fins didáticos, começam a ser classificados em categorias (ainda que não sejam divisíveis, são apresentados em dimensões para um melhor entendimento), que buscam acompanhar o desenvolvimento da sociedade. Primeiro os chamam de *gerações* (termo em desuso, pois dava a noção de *gerações prioritárias*, uma sobre a outra), seguindo, de certa forma, a ordem aplicada pela Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Os *Direitos fundamentais de Primeira Dimensão* marcam a passagem de um Estado autoritário para a percepção de um Estado de Direito. São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, oponíveis ao Estado (direito à vida, a inviolabilidade de domicílio, etc.), ou seja, são direitos de resistência perante o Estado: o respeito às liberdades individuais. São certamente os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, não se encontrando hoje, Constituição que não os reconheça em toda a extensão.

Os *Direitos fundamentais de Segunda Dimensão* vêm da igualdade, em decorrência de péssimas condições de trabalho pré-Revolução Industrial (século XIX) – direitos sociais, econômicos e culturais, são os que tratam da satisfação das necessidades mínimas para que haja dignidade e sentido na vida humana. Exigem uma atividade de “prestação de serviços” do Estado. Apresentam-se de forma mais veemente no século XX. São os direitos coletivos.

Os *Direitos de Terceira Dimensão*, vinculados à fraternidade são aqueles relativos à existência do ser humano, ao destino da humanidade, a profundas mudanças na sociedade internacional, na massa. Aparecem na reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação, ao direito do consumidor e ao patrimônio comum da humanidade. Com fortes ingredientes de humanismo, tendem a cristalizar-se ao final do século XX, enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses dos indivíduos, mas da universalidade.

A *Quarta Dimensão de Direitos*, segundo Norberto Bobbio, “decorre dos avanços nas pesquisas genéticas, o que pode colocar em risco a própria existência humana, em razão da manipulação do patrimônio genético”.⁹ São os possíveis efeitos das pesquisas biológicas. Ou como Paulo Bonavides: “a globalização Política na esfera da normatividade jurídica”.¹⁰

Há ainda uma *Quinta Dimensão de Direitos Fundamentais*. Se na quarta estariam inseridos também os direitos de acesso ao uso de novas tecnologias, como biotecnologia e bioengenharia, informática, etc., os de quinta abrangeriam o direito à paz.

Portanto, pode-se dizer que a descoberta e formulação de novos direitos são e serão sempre um processo contínuo, de tal modo que, quando um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novos âmbitos da liberdade que devem ser explorados.

Assim, a segunda, terceira e quarta dimensões, não se interpretam, concretizam-se em atos e atitudes. Embasados nesta concretização é que se encontra o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade e a sua força incorporadora de valores de libertação.

A internacionalização da proteção do indivíduo

Para acompanhar a realidade internacional e compreender seu contínuo processo de mudança, cabe ler as primeiras palavras da professora Flávia Piovesan, em palestra intitulada *Direitos Sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos*, proferida em São Paulo, 27 de maio de 2003, no 3º Colóquio Internacional de Direitos Humanos, que teve como tema central “Estado de Direito e a construção da paz”.

Enquanto reivindicação moral, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, não nascem todos de uma vez, e nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um constructo, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Considerando a historicidade desses direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta para uma pluralidade de significados. Entre estes, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida com a Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993.¹¹

⁹ In LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág.1058.

¹⁰ Iden.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos*. In SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos – Ano 1 – Nº 1 – 1º semestre – 2004. p. 21 e 22. Disponível em <http://www.surjournal.org>.

A sociedade internacional busca se reorientar, encontrando um novo caminho para efetivar os sistemas de proteção. Neste prisma, um grande número de regras internacionais alcança o indivíduo, como a questão sobre a pirataria, o regime do comércio internacional, os direitos dos particulares contra o seu próprio Estado, a proteção das minorias nacionais, ciganos, curdos, palestinos, entre outros.

Os Direitos devem tornar-se realidade a fim de se evitar que sejam somente teoria. É por essa razão que, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, não se encontra que tais direitos são outorgados ou mesmo reconhecidos, utilizando-se a palavra *proclamados*, em uma clara afirmação de que eles pré-existem a todas as instituições políticas e sociais. Portanto, não podem ser retirados ou restringidos pelas instituições estatais.

Assim, é possível observar os inúmeros tratados internacionais sobre o tema “proteção da pessoa humana” e as diversas Constituições dos Estados democráticos, tendo como direitos fundamentais a dignidade humana e, ao mesmo tempo paradoxo. O Papa João Paulo II, considerado um dos grandes Chefes de Estado, advertiu:

Nunca se ha oído exaltar tanto la dignidad y el derecho del hombre a una vida hecha a medida del hombre, pero también nunca como hoy ha habido afrontas tan patentes a estas declaraciones (alocución de 22 de diciembre de 1979).¹²

A questão brasileira dos Direitos da Pessoa Humana

A boa ou má atuação do Estado na proteção dos direitos influencia diretamente o modo de vida de seus cidadãos. A ONU divulgou relatório em março de 2013, com base de dados de 2012. O Brasil tem um índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 0,730, o que o coloca na 85ª posição, entre 186 Estados. O nº 1 neste relatório alcançou 0,955, a Noruega.¹³

Educação, longevidade (saúde) e renda são a base de cálculo para o IDH, que avalia o desempenho de cada Estado. A conquista do bem-estar pressupõe o direito a uma existência longa e saudável e uma qualidade de vida compatível com as aquisições científicas e tecnológicas. A partir do IDH, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) faz um *ranking* que separa os países em quatro categorias: muito alto desenvolvimento; alto desenvolvimento; médio desenvolvimento e baixo desenvolvimento humano.

O entendimento sobre o contexto em que se vive, o que forma o IDH de uma Nação, a proteção à Dignidade Humana e o conjunto dos Direitos Humanos é tarefa de cada um como indivíduo, como humano. O brasileiro Sérgio Vieira de Mello, Alto Comissário para os Direitos Humanos, da ONU em 2002, quando questionado sobre o assunto, disse:

¹² ÁLVAREZ, Tomás Prieto. *La dignidad de la persona: Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Editorial Aranzadi: Navarra, Espanha, 1995. p.17.

¹³ Tão melhor está o país quanto mais se aproxima do número 1 (um).

Entrevistador: “Índice de Desenvolvimento Humano tem a ver com Direitos Humanos?”

Sérgio V. Mello: “Obviamente. Os Direitos Humanos são de duas categorias, que não podem nem devem ser separadas. Uma categoria é o que chamamos de direitos civis e políticos, que são mais individuais. O fato de você poder exercitar a liberdade de pensamento, de expressão, poder votar. Tudo isso é um direito individual.

E a outra categoria, são direitos econômicos, sociais e culturais, que são direitos mais coletivos e um deles obviamente, o mais premente para todos nós e para um país como o Brasil, é o direito ao desenvolvimento.

Então obviamente, esses índices têm muito a ver com direitos humanos. Porque se você não realizar os direitos essenciais, os direitos mais elementares, mais básicos: o direito à dignidade humana, o direito ao trabalho, o direito à alimentação, o direito à educação, o direito à saúde; você não vai poder exercitar e NEM vai estar interessado em exercitar direitos individuais.”¹⁴

O Estado e seu reconhecimento como sujeito de Direito Internacional

A Convenção de Montevidéu sobre os Direitos e Deveres dos Estados,¹⁵ de 1933, estabeleceu as prerrogativas e os critérios para que um Estado seja integrado ao Direito Internacional. Os requisitos que um Estado deve ter para ser mundialmente reconhecido como tal é ter o elemento físico, o território definido; o elemento humano que é o povo; um governo soberano, independente e autônomo, com autoridade efetiva sobre o seu território e capacidade de se relacionar com outras nações.

O reconhecimento do Estado pode ser definido como o ato pelo qual os Estados já existentes na Ordem Internacional constatarem a existência de um novo membro. A natureza jurídica do ato do reconhecimento pode ser declaratória ou constitutiva. O reconhecimento tem como características ser ato unilateral, discricionário, incondicional e irrevogável, podendo ser feito de forma individual ou coletiva.

¹⁴ Palavras de Sérgio Vieira de Mello, Alto Comissário para os Direitos Humanos, da ONU, cargo que assume em 2002. Carioca/RJ, nascido em 14 de março de 1948. Estudou na universidade de Paris, em Sorbonne, onde fez Filosofia e Ciências Sociais. Em 1969, inicia sua carreira na ONU. Trabalhou em diversas missões em áreas de conflito, como: Bangladesh, Sudão, Líbano, Bósnia e Kosovo. Em 1999, tem como missão ajudar a formar o novo Estado, Timor Leste, onde conseguiu a paz. Entrevista concedida ao programa “*De frente com Gabi*”, da rede de televisão SBT/Brasil, nos estúdios da sede das Nações Unidas, em Nova York, em 22 de agosto de 2002. Reexibida em 19 de agosto de 2003, como forma de homenagem, cinco dias após o atentado à sede da ONU, no Iraque do pós-guerra, onde estava designado desde maio de 2003. Por infelicidade nossa, aí faleceu.

¹⁵ Realizada em Montevidéu, capital do Uruguai, estabeleceu as prerrogativas para que um Estado esteja integrado ao Direito Internacional contemporâneo.

Celso Mello afirma que o reconhecimento tem natureza declaratória, pois o reconhecimento é um simples ato de constatação do Estado que é anterior a ele, tendo efeito de estabelecimento de relações diplomáticas simplesmente (MELLO, 2002). De acordo com o art. 3º da Convenção de Montevideu sobre Direitos e Deveres do Estado, de 1933, “a existência política do Estado é independente de seu reconhecimento pelos outros Estados”.

De acordo com a Convenção de Montevideu no artigo 6º, o reconhecimento de um Estado significa que aquele que reconhece, aceita a personalidade jurídica internacional do outro reconhecido, com todos os direitos e deveres decorrentes de ente da sociedade internacional, mas não é ele que confere a personalidade jurídica internacional do novo ente. Logo, pode-se dizer que o reconhecimento de um Estado novo é um direito deste, desde que reúna todos os elementos considerados essenciais citados anteriormente e um dever dos demais pares da sociedade internacional.

Atualmente, entende-se que a admissão de um Estado na ONU representa o reconhecimento deste Estado por todos os seus membros, pois a ONU é uma organização dita intergovernamental. Ela expressa as decisões tomadas pelos Estados membros, tanto na Assembleia Geral, órgão considerado o mais democrático das Nações Unidas, por estarem representados todos os Estados, como também no Conselho de Segurança (CS), órgão responsável pela segurança e paz internacional.

O uso legítimo da força

O Estado não se deixa definir a não ser pelo específico meio que lhe é peculiar, tal como é peculiar todo outro agrupamento político, ou seja, o uso da coação física. Para Max Weber (1974, p. 43-44), “deve entender-se como um instituto político de atividade contínua, quando e na medida em que seu quadro administrativo mantenha com êxito o monopólio legítimo da coação física para a manutenção da ordem vigente”.

Logo, o monopólio da violência física não está garantido pelo Estado; ele deve ser reclamado continuamente por um processo de conquista que, na sociedade moderna, só é possível na medida em que repousa sobre os ditames legais. O problema empírico é verificar como se dá a luta pelo monopólio da violência física no domínio simbólico através dos discursos da Secretaria de Estado de Segurança Pública.

Ainda que legítimo,¹⁶ é difícil, mas não impossível, saber qual a real medida do uso da força, por parte das tropas de segurança, que são a representação do Estado, melhor dizendo, são o próprio Estado.¹⁷ Há que se observar que

¹⁶ O Estado soberano moderno se define pelo “monopólio da força legítima”: sobre seu território ele assegura soberanamente a polícia; em relação ao exterior, ele é o senhor da guerra, supremo instrumento para se opor a toda agressão externa”. (*La réforme de l'ONU, obsédante et impossible, por Philippe Moreau Defarges*).

¹⁷ “Responsabilidade civil do Estado. Artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Latrocínio cometido por foragido. Nexo de causalidade configurado. Precedente. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o

existem distorções a serem corrigidas, quando do mau uso desta prerrogativa de legitimidade.

Existe aqui o paradoxo dever e fazer. O Estado deve manter a segurança do indivíduo e o faz, mas por muitos momentos se utiliza da força, que juridicamente é sua prerrogativa legítima. Em outros momentos “cerra os olhos” a vandalismos, sendo permissivo a determinados atos, até que é chamado ao dever. Seu “dever” aparece nas Políticas de Segurança Pública.

Polícia e Segurança Pública

O tema Segurança Pública e, por conseguinte, a Polícia, é discutida no dia a dia, nas primeiras linhas de toda imprensa escrita e falada, principalmente quando se trata de Rio de Janeiro. A temática é parte integrante do que se entende por sociedade organizada e, por assim dizer, do Estado. Para “manter a ordem pública” o Estado, detém o monopólio do uso da força, legitimado nas urnas pela mesma sociedade que o fundamenta.

A Polícia é o “primeiro braço” do Estado. Ela deve legitimar sua responsabilidade dentro do direito que a rege. Etimologicamente a palavra Polícia vem do vocabulário latino *politia* que se resultou da palavra *politeia*, esta derivada de *pólis* – cidade, governo de uma cidade, cidadania, administração pública ou polícia civil. Sobre a origem da polícia, Michel Foucault relata:

348

A partir do século XVII, vai-se começar a chamar de polícia o conjunto dos meios pelos quais é possível fazer as forças do Estado crescerem, mantendo ao mesmo tempo a boa ordem deste Estado. Em outras palavras, a polícia vai ser o cálculo e a técnica que possibilitarão estabelecer uma relação móvel, mas apesar de tudo estável e controlável, entre a ordem interna do Estado e o crescimento de suas forças. (FOUCAULT, 2008, p.421)

Policiamento é a atividade de assegurar a segurança das pessoas e bens, em razão da legitimidade dada ao Poder Público, sobretudo através da aplicação da lei. Hoje o termo está associado aos serviços e agentes do Estado. Como é agente deste, tem por função a manutenção da ordem, por sua simples presença (Polícia Ostensiva) e através da investigação de fatos e aplicação da lei, que é função da Polícia Judiciária (Polícia Civil).¹⁸

curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil.” (RE 573.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-6-08, 2ª Turma, DJE de 15-8-08). In *Constituição e o Supremo - Versão Completa*: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp> [26/1/2010, 15:21h]. Pág.599.

¹⁸ Esta divisão é encontrada no Brasil. Outros países têm conceitos e estruturas diferentes de Polícia.

De outra forma, ela é a *longa manus* do Estado, sendo o elo informador, formador e executor de direitos e da manutenção da democracia. Mas, algumas vezes, o governo dela se utiliza como plataforma para “promover” seu trabalho, sendo que “Ordem e Progresso”, é a regra e não sua “alavanca promocional” para a manutenção do Estado Democrático.

Daí o grito nas ruas contra a atuação policial em conter as massas que estavam contra o Estado que esta mesma Polícia representa. Cabe lembrar que ela também é o povo, sofre em cada ator/elemento as atrocidades de um Estado mal gerenciado ou que “usa” suas Instituições para fins políticos próprios. Porém, estes “gritos” podem representar o “nada” quando aquele que se manifesta não tem clara certeza do que é e, fica iludido com o que vê ou ouve como promessa política. Para Maffesoli:

Todo poder político é conservador. isto é, trata-se de substituir um poder fraco por um poder forte. E isso, mesmo imitando ritual e periodicamente a libertação. Há retornos simbólicos que sustentam o sistema social e político; operam uma purificação social que em nada muda a estrutura rela do poder. Do momento em que se verificam nessas imitações os elementos do poder, pode-se estar seguro da perdurância do sistema; trata-se de fato, de contribuir com modificações que garantam a manutenção da ordem. Próprio do poder é garantir reformas parciais e insignificantes, mas talvez o próprio ritual social só permita o reformismo (MAFFESOLI, 2001, p.50).

Manter a ordem pública está dentre as funções do Estado e para tanto, por vezes faz-se necessário um controle mais enérgico. É o Direito interno, expressão da soberania estatal, que internamente pode ser considerado um poder do Estado ilimitado. Esta força deve ser aplicada de acordo com o caso específico, como por exemplo: em desentendimentos entre vizinhos, poderá a Polícia ser chamada ou chegar ao ponto de um juiz decidir a questão.

Em um contexto interno do Estado, sabe-se que a principal finalidade deste ente é manter a sociedade organizada ou, além disso, alcançar o denominado bem comum.¹⁹ Esta finalidade e outros fins devem ser atingidos pela via governamental, que foi legitimado para dirigir, manter e proteger este ente fictício. Ele o faz através da Polícia.

Aos agentes policiais é concedido o poder para o uso legítimo da força no âmbito do cumprimento da sua missão. Quando o poder político, que exerce

¹⁹ O Papa João XXIII, na encíclica *Pacem in Terris*, definiu o bem comum como “O conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana”. Para alguns autores seria *um elemento essencial* ao Estado, para outros seria *um elemento caracterizador* do Estado, mas não seria sua essência. A doutrina Moderna, em sua maioria o coloca como essencial, determinando, portanto, que são elementos essenciais do Estado seu Povo, seu Território delimitado, o Governo, a Soberania e a Finalidade. CRETELLA JR, José e CRETELLA NETO, José. *1000 perguntas e respostas sobre Teoria Geral do Estado*. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p.9.

a governança decide por uma ou outra política de segurança, simplesmente no âmbito político, sem conhecimento, torna esta atividade perigosa e ambígua, pois ela não existe mais pela necessidade de proteção da *pólis*, da manutenção da ordem pública, mas pela vontade política de cunho eleitoreiro.

O grande perigo desta forma de vínculo é ter uma polícia política, quer dizer, que vai trabalhar segundo a vontade de um governo ou partido político, que a seu lado, está no comando do Estado dirigindo regras, etc. Uma Polícia política acabará sendo arbitrária em suas decisões, não entendendo as regras sobre a aplicação dos Direitos Humanos, como pregam a Constituição e documentos internacionais.

Em um momento onde a insegurança econômica, política e a opressão sobre os mais fracos são cada vez maiores, a instituição Polícia aparece cada vez mais, não só para proteger o patrimônio público ou privado, mas também a desigualdade e a opressão aos mais fracos, ainda que saibamos que em dado momento, pode proteger os interesses do governo. Mesmo que só pareça um aparato repressor dos movimentos e das condutas delitivas está além, pois tem responsabilidade com a sociedade a qual protege.

A responsabilidade do Brasil em observar os Tratados de Direitos Humanos

350

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, configurou-se como a primeira resposta jurídica da sociedade internacional ao fato de que há o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal, apontado por Immanuel Kant no terceiro artigo definitivo do seu Projeto de Paz Perpétua.²⁰

Isto só seria viável se “o direito a ter direitos”, para falar como Hannah Arendt,²¹ tivesse uma tutela internacional homologadora. Para ela, a educação é o ponto em que decidimos se amamos o mundo o bastante para assumirmos a responsabilidade por ele. O amor ao mundo frequentemente exige que os indivíduos se arrisquem a se por em desacordo consigo, do ponto de vista moral.

A DUDH é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas. Uma remissão às normas jurídicas existe, mas está contida num juízo hipotético. Proclama os princípios de que se faz não como normas jurídicas, mas como “ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações.” O Direito Natural do homem de ser livre.

Atos que descumprem os tratados, atitudes tomadas pelos órgãos públicos ou pelos próprios cidadãos, são divulgadas na imprensa internacional e isto legitima as Organizações Internacionais a manifestarem-se contra estes atos e nos

²⁰ KANT, Immanuel. *La paz perpétua*. Traducción de F. Rivera Pastor. In <http://www.cervantesvirtual.com/> Acesso em 18 de novembro de 2012.

²¹ Nascida como Johanna Arendt, na Alemanha, em 1906, foi uma filósofa política alemã, de origem judaica, uma das mais influentes do século XX.

gera a obrigação de reparar o referido dano, ou, até mesmo ao pagamento de indenização, de acordo com o mecanismo de proteção internacional de Direitos Humanos que o Brasil está vinculado no contexto da OEA e no mundo.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), guardião das Convenções de Genebra e difusor do Direito Internacional Humanitário, tem alertado para a condução das hostilidades no RJ. Procura lembrar qual o papel e a responsabilidade do Brasil no palco internacional, sua prerrogativa de uso da força, mas o dever de cumprimento dos tratados que ratificou, enquanto sujeito de Direitos, mas também de Deveres. Este é o momento de pensar na formação do profissional de segurança pública, assimilando e difundindo os conceitos de proteção interna e internacional.

A ACADEPOL como centro de ensino dos Direitos

A Academia da Polícia Civil do Rio de Janeiro, foi instituída em 2 de fevereiro de 1912, por Instrução do Chefe de Polícia do Distrito Federal, sob a denominação de *Escola de Polícia Científica do Rio de Janeiro* e destinava-se a formação profissional dos agentes do Corpo de Segurança Pública, os investigadores da época. Ocupava uma área localizada no antigo Palácio da Polícia, na Rua da Relação.

Em 1913, o Dr. Edmond Locard, criminologista francês, cumprimentou a polícia da cidade do Rio de Janeiro pela iniciativa de fundar uma Escola de Polícia, tendo em vista as pouquíssimas escolas de polícia existentes no mundo. Elogiou o programa da Escola que compreendia cinco cursos: criminalística, curso prático do Código Penal, processo criminal e polícia administrativa, curso de identificação, curso de fotografia judiciária, curso de elementos de medicina legal e o de assistência de urgência (primeiros socorros). Na oportunidade recomendou a criação de estabelecimentos similares em outros países porque “uma tal escola é uma necessidade social de primeira ordem”.²²

Em 1944, com a mudança do nome da Polícia Civil do DF para Departamento Federal de Segurança Pública, reorganiza-se a Escola de Polícia, em razão do trabalho do Delegado Silvio Terra, Diretor da Divisão de Polícia Técnica. Instalada no prédio da Rua Joaquim Palhares, na Cidade Nova, atualizou e ampliou as atividades destinadas à formação de todos os quadros policiais, como Comissários, Peritos, Escrivãos, Investigadores, Datiloscopistas, Guardas Civis e outros servidores.

Com o novo Estado da Guanabara, em 1960, muda o nome para Academia de Polícia e é instalada na Rua Frei Caneca, onde permanece, desdobrando as atividades curriculares para o Centro de Instrução Prática do bairro do Caju. A Lei nº 761, de 29 de junho de 1984, transforma o nome da instituição para Academia Estadual de Polícia Silvio Terra, conhecida como ACADEPOL.

²² Centro de Referência/História da República Brasileira. Ordem Interna - A Escola de Polícia do Rio de Janeiro.

É responsável pelos processos seletivos para a admissão de policiais nos quadros da corporação. Aprovados em concursos públicos de provas ou de provas e títulos, os candidatos às carreiras policiais fazem o Curso de Formação, que ainda faz parte do concurso público a que se submeteram e, se aprovados, os habilita à nomeação para os cargos policiais.

Além destes, a ACADEPOL ministra cursos de aperfeiçoamento e especialização para todas as especialidades policiais. Os Delegados de Polícia, em nível de altos estudos, podem fazer o Curso Superior de Polícia Integrado (CSPI), instituído em 1994 pelo antigo Diretor da ACADEPOL, Cyro Advincula da Silva, que habilita as autoridades policiais para o desempenho dos cargos mais elevados da instituição.

A disciplina Direitos Humanos nos cursos de formação da ACADEPOL

Com um novo olhar e percepção da inserção do Brasil no mundo, a ACADEPOL partilhou da necessidade de inserir o Direito Internacional em questões de Direito Interno (soberania do Estado). Houve o convencimento de que uma frente de trabalho e de conhecimento abria-se para a área de Segurança Pública: reconhecer o caráter internacional e aplicá-lo ao cenário interno, em especial na atividade policial diuturna e, principalmente, nos cursos de formação.

352

Muito há que se fazer e estudar. Cambiar conceitos ensinados nos programas de Educação, como na aplicação mais adequada dos verbos utilizados nas ementas. Em lugar de *compreender*, *reconhecer*. Não procurar *analisar*, mas *considerar*. Não cabe *sensibilizar* a sociedade, mas *assimilar* a atual postura da sociedade em relação ao protagonismo dos Direitos Humanos.

O básico e certamente, o fundamental no ensino e na prática diária da aplicação dos direitos de uma pessoa, qualquer que seja ela é “agir de forma ética e legal na aplicação da lei.” Melhor dizendo, “não fazer ao outro o que não deseja para si.”

Considerações finais

Com os olhares voltados para os próximos anos, o país está cada vez mais ciente de sua responsabilidade internacional, agregando-se aos tratados sobre as grandes questões, como a proteção da população civil e o não abuso estatal, em seu poder legítimo do uso da força.

É inegável constatar que, após o longo período ditatorial, durante o qual as Polícias atuavam primordialmente, como garantidoras da segurança do Estado e não dos cidadãos, esse quadro teve uma forte reversão, passando as forças policiais, a inserirem-se em um contexto de entes de Estado e não de Governo, agindo, portanto, com maior ênfase na defesa da sociedade e buscando, ao contrário do que ocorria anteriormente, melhor aceitação no meio social.

Contudo, dadas não só as raízes históricas de sua criação, como também a sua natureza intrínseca de caráter conservador e repressor, a Instituição vem sendo marcada por uma série de percalços e alguns retrocessos, os quais, somente em época bem recente, têm sido superados em boa parte, graças aos esforços integrados de uma parcela cada vez maior de policiais e de atores sociais os mais diversos, com destaque para o meio acadêmico, que vem nos últimos tempos dando voz aos que labutam na área policial, ouvindo-lhes as preocupações e anseios e dedicando-se ao estudo do contexto, quase sempre desfavorável, em que desempenham suas atividades.

Apontando os caminhos para um estudo isento da atuação da Polícia junto à sociedade, com vistas a um balizamento para o emprego do monopólio da força pelos órgãos policiais e, fundamentalmente, para a elaboração de propostas para o aperfeiçoamento da relação cidadão-policial, por certo caberá o estabelecimento de um diálogo cada vez maior entre o meio acadêmico e os servidores policiais. Isto sem preconceitos e prejulgamentos de ambas as partes.

Reconhecer seu papel e valor de ente social, de participante ativo do contexto de uma sociedade, é parte do sucesso do trabalho policial e, certamente, da atividade de Segurança Pública, garantia constitucional. A formação acadêmica do policial, nos cursos de formação profissional, prima por esta busca, para que não se repita o contexto inicial da criação da Polícia: uma Polícia *para a Corte*. Naquele tempo, ela foi concebida para a Corte, para dela cuidar. Nada mais era importante, pois se deixavam todas as mazelas à Polícia, não havendo preocupação com outros componentes sociais como educação, saúde, etc. Este cenário não pode e não deve se repetir, sob pena de se arcar com mazelas sociais cada vez maiores.

Por sua história, há uma deficiência no olhar da Polícia sobre as classes mais pobres, é fato. Mas muitos estudiosos da Segurança Pública tem desmistificado isso, como Michel Misse da UFRJ, no artigo “Cinco Teses Equivocadas sobre a Criminalidade Urbana no Brasil: Uma abordagem crítica, acompanhada de sugestões para uma agenda de Pesquisas.”²³

1ª tese equivocada - A pobreza é a causa da criminalidade, ou do aumento da violência urbana.

2ª tese equivocada - O bandido das áreas urbanas pobres (favelas, conjuntos habitacionais, áreas periféricas) é um herói e justiceiro, tipo Robin Hood, que rouba dos ricos para dar aos pobres, uma forma de distribuição forçada da renda nacional concentrada nas mãos de poucos.

3ª tese equivocada - A criminalidade urbana no Rio é descendente direta dos quilombos, dos capoeiras, das “estratégias de resistência” de negros e mulatos nos morros e favelas, da “ética da malandragem”.

4ª tese equivocada - O migrante rural tradicional, geralmente nortista ou nordestino, inadaptado nas grandes cidades e lançado à miséria e

²³ Artigo apresentado no Seminário “Violência ou Participação Social no Rio de Janeiro”, realizado em 17 de abril de 1995 no IUPERJ.

ao isolamento dos vínculos comunitários, em geral ocupando funções desqualificadas em áreas como a construção civil, é o personagem central da violência urbana.

5ª tese equivocada - O aumento da criminalidade violenta é uma dimensão do aprofundamento da luta de classes.

Com estudo, pesquisa e determinação em conhecer, os Direitos da pessoa Humana serão cada vez mais uma realidade no Brasil. Há reponsabilidade de todos nesta conquista e nisto, a Polícia Civil pode e deve ser sujeito ativo.

Referências bibliográficas

ÁLVAREZ, Tomás Prieto. *La dignidad de la persona: Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Editorial Aranzadi; Navarra, Espanha, 1995. p.17.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

CICV. *Violência e uso da força*. Brasília: CICV, 2007.

CRETELLA Jr, José. *1000 perguntas e respostas sobre teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território e População*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

KANT, Immanuel. *La paz perpetua*. Traducción de F. Rivera Pastor. In <http://www.cervantesvirtual.com/> Acesso em 18 de novembro de 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematisado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADEIRA, José M. Pinheiro. *Administração Pública*. Tomo II. 11ªed.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

354

MAFFESOLI, Michel. *A violência totalitária: ensaio de antropologia política*. Porto Alegre: Sulina, 2001).

MELLO, Celso Delmanto Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. Ed.. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

MISSE, Michel. *Cinco Teses Equivocadas sobre a Criminalidade Urbana no Brasil*: Uma abordagem crítica, acompanhada de sugestões para uma agenda de Pesquisas. Artigo apresentado no Seminário “Violência ou Participação Social no Rio de Janeiro”, realizado em 17 de abril de 1995 no IUPERJ.

MOTAÑO, Carlos e DURIGUETTO, Maria Lúcia. Estado, classe e movimento social. Biblioteca Básica de Serviço Social. Vol 5. São Paulo: Cortez, 2010.

MORRIS, Clarence (Org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. Martins Fontes: São Paulo, 2002.

PAULO, Vicente. *Aulas de Direito Constitucional*. Niterói: Impetus, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos*. In SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos – ano 1 – Nº 1 – 1º semestre – 2004. P. 21 e 22. Disponível em <http://www.surjournal.org>

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia* (editado por Hans Gerth e C. Wright Mills). Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

Sítios eletrônicos

www.cicr.org

www.cidh.org

www.stf.jus.br

www.surjournal.org

Suporte moral e “afetivo”: dever do pai e necessidade do filho

Leonam Machado de Souza¹

Resumo

A omissão do pai no dever jurídico de cuidado do filho constitui ato ilícito. Sendo assim, configurado o abandono do pai pelo filho, se a conduta do pai gerar um dano moral ao filho, este poderá recorrer ao judiciário e pleitear indenização por danos morais em face do pai. Aplica-se para a constatação da procedência ou improcedência da indenização o instituto da responsabilidade civil subjetiva. Dessa forma, deve ser provado o dano, a conduta omissiva do pai e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Não se trata de debater o afeto no judiciário. Ao contrário, trata-se de se verificar objetivamente se o pai exerceu o dever de cuidado a ele atribuído pelo ordenamento jurídico brasileiro e a ocorrência do dano.

Palavras-chave: Abandono; dever de cuidado; dano moral; indenização.

Abstract

The omission of the father in the legal duty of care with sun represents an illicit act. Thus, configured the omission in the duty of care by the father, if the father's conduct generate a moral damage in the sun, he may turn to the courts and request indemnity for moral damages against his father. Applies in the judgment the subjective civil responsibility institute. Thus, the damage and the omission conduct of the father must be proved, also the causal link between the conduct and the damage. It does not mean to discuss the affect in the judiciary. Instead, it is to objectively verify if the father exercised a legal duty attributed to him by Brazilian law and the occurrence of the damage.

355

Keywords: Abandonment; duty of care; moral damage; indemnity.

Introdução

Na atualidade a figura paterna ganhou grande relevância na educação dos filhos, papel que antes era atribuído principalmente às mulheres. Logo, espera-se que ambos os pais exerçam o dever de cuidado em relação à prole, sendo o papel do pai não mais somente o de provedor. No entanto, mesmo diante do reconhecimento da relevância do papel do pai no processo de desenvolvimento dos filhos, ainda há pais que optam por não ter contato com os filhos: trata-se do comumente chamado abandono afetivo ou omissão do dever de cuidado.

¹ Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando pela EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

No artigo será perquirido se o pai que abandona o filho comete ato ilícito. Além disso, será analisado se o abandono sempre gera dano moral ou se, ao contrário, pode haver abandono sem que haja dano moral. Ademais, será esclarecido de qual abandono o direito se preocupa e de que forma o judiciário pode coibi-lo.

O tema é relevante em razão de se tratar de criança e adolescente, que merecem tutela especial do ordenamento jurídico. Além disso, a omissão do pai no dever de cuidado acarreta violação de direito da personalidade do filho.

No trabalho será utilizado o método científico, qualitativo, com análise de doutrina, artigos científicos e de jurisprudência.

Afeto como dever jurídico: dever de cuidado

Até a promulgação da Constituição de 1988, às crianças e aos adolescentes só era destinada atenção quando estavam em situação irregular, não estavam inseridos em uma família, ou se violassem as normas jurídicas. Com a promulgação da Constituição em 1988, as crianças e os adolescentes passaram a ser sujeitos de direitos.

O artigo 227 da Constituição Federal enumerou inúmeros direitos das crianças e dos adolescentes, os quais representam deveres da família, da sociedade e do estado. Dispõe o referido dispositivo:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Conforme se depreende do dispositivo acima, o direito reconhece a importância da família no sadio desenvolvimento da criança e do adolescente. Sendo de ambos os pais o dever de cuidado. Conforme menciona o desembargador relator Monteiro Rocha na apelação cível n. 2006.015053-0:

No âmbito da relação parental, sendo os pais os orientadores da entidade familiar, há que se reconhecer a importância da existência tanto da figura materna como da paterna para a formação do indivíduo, cabendo a ambos os pais o dever de oferecer aos filhos amparo e afeto, criando-os e educando-os com o carinho indispensável à formação da sua personalidade.²

² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2006.015053-0. Segunda Câmara de Direito Civil. Des. Rel. Monteiro Rocha. Julgado em: 10 dez. 2008. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=0100087YH0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=1296398&pdf=true> Acesso em: 15 out. 2013.

Dentre os direitos assegurados pela Constituição Federal no artigo 227 às crianças e aos adolescentes, que consiste em dever dos pais, está a convivência familiar. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira afirma: “Se a convivência, o acompanhamento [...] fossem opcionais, a lei não estabeleceria tais deveres, a serem cumpridos mesmo à margem do desejo do pai.”³

Ainda em relação ao direito de convivência Monteiro Rocha aduz:

O direito à convivência familiar expressa, dentre outros desdobramentos, o direito dos filhos de serem acompanhados em seu desenvolvimento tanto pelo pai, como pela mãe, independentemente do término ou não da relação entre os genitores, ou da filiação ter decorrido de relacionamento intra ou extra conjugal, ou ainda de adoção (art. 227, § 6º da CF).⁴

Nesse panorama não se admite mais a figura do pai ausente na vida dos filhos, ainda que o filho seja fruto de um relacionamento extra conjugal ou seja adotivo. O pai, que antes tinha apenas o papel de prover a família, não pode se desincumbir do dever de conviver com os filhos, conduta necessária para o seu sadio desenvolvimento.

Como o convívio com os filhos é um dever para os pais, é necessário que ao menos haja respeito na relação entre pai e filho. Logo, se há respeito, há afeto na relação entre eles, ainda que não haja amor.

Nesse sentido dispõe Rodrigo da Cunha Pereira:

Qualquer pessoa, qualquer criança, para se estruturar como sujeito e ter um desenvolvimento saudável, necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. E afeto significa “afeição por alguém”, “dedicação”. Afeição significa também “instruir, educar, formar”, “dar feição, forma ou figura”. Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas sim uma ação. É *cuidado* no sentido de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro [...]⁵

Portanto, o afeto se relaciona ao dever de cuidado, pois ter afeto por alguém significa se dedicar a esta pessoa. O afeto ainda que possa vir acompanhado do sentimento de amor, não necessariamente estará atrelado ao amor. Em regra, ao se dedicar a alguém, o sentimento de amor surgirá. No entanto, a dedicação pode vir desacompanhada do amor. É desse afeto, como dever de cuidado, que o direito se preocupa.

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Uma principiologia para o direito de família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). In: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IOB-Thompson, 2006, p. 676.

⁴ BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*, op. cit.

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Indenização por abandono afetivo e material. *Revista Brasileira de Direito das famílias e sucessões*. Ano XIII. N. 25, p. 115/116, dez/jan 212.

direito fundamental, trata-se de direito indisponível. Portanto “[...] o filho menor abandonado, mesmo que consinta com a omissão paterna, não apaga o seu direito de ser cuidado por este”.¹⁰

Maria Isabel Pereira da Costa afirma:

Deixar de conviver com o filho, negar o amparo afetivo, é violar direito fundamental do filho. Daí o direito-dever de visitar os filhos, quando, por não viverem sob o mesmo teto ambos os pais, apenas um deles detém a guarda. Assim, o outro tem o direito de visitar o filho, mas principalmente tem o dever, pois o filho menor, criança ou adolescente, tem prioridade em nosso ordenamento jurídico, conforme dispõe a Constituição Federal no art. 227.¹¹

Negar o afeto ao filho, entendido como o dever de cuidado, significa negar ao filho a educação para a vida. Aqueles ensinamentos que não se aprende em nenhum banco escolar. Em relação ao significado do termo educação se posicionou Rodrigo Santos Neves:

[...] educação não é apenas proporcionar uma educação formal (escolar). A educação dos pais é o processo pelo qual se transmitem conceitos, valores morais e familiares, regras de trato social e conhecimentos práticos para a vida. E são estes ensinamentos que ajudam a formação da personalidade da criança, o que torna o convívio familiar fundamental para o ser em formação de sua personalidade. E não só os pais, mas todos os familiares contribuem para este processo [...]¹²

No âmbito da legislação ordinária, o Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 3º dispõe que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana [...] assegurando-se-lhes [...] todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social [...]” No artigo 4º, o Estatuto da Criança e do Adolescente menciona, em consonância com a Constituição Federal, que “é dever da família [...] assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida [...] à educação [...] à dignidade, ao respeito [...] e à convivência familiar e comunitária”, já no artigo 19 o Estatuto menciona que compete às crianças e aos adolescentes o direito à convivência familiar e no artigo 22 consagra o dever dos pais de educar os filhos.

Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 227

¹⁰ JUNIOR, Antonio Dantas de Oliveira. A incidência do art. 186 do código civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível? *Revista Esmat*. Ano 3, n. 3, p. 40, jan/dez 2011.

¹¹ COSTA, Maria Isabel Pereira. Família: do autoritarismo ao afeto: como e a quem indenizar a omissão do afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.7, n. 32, p. 33, out/nov. 2005.

¹² NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. *Revista Síntese de Direito de Família*. Ano. XIV, n.73, p. 99/100, ago/set 2012.

O Código Civil, por sua vez, no artigo 1.566, IV e 1.634, I, também traz como dever dos pais (ambos) a educação dos filhos. No artigo 1.634, II, ao tratar do exercício do poder familiar, menciona que compete aos pais ter os filhos em sua companhia. Na ordem internacional também há a preocupação da criança ser educada pelos pais, nos termos do artigo 7.1 da Convenção dos Direitos da Criança adotada em 20 de novembro de 1989 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.¹³

Em relação ao dever de convívio entre pais e filhos e, por consequência, o dever de educação, a ministra Nancy Andrighi afirma:

[...] entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança. E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.¹⁴

Logo, ao analisar se os pais cumprem o dever de cuidado imposto pela lei, não se deve analisar se há amor na relação entre pai e filho: deve ser averiguado se há um vínculo capaz de proporcionar à criança ou ao adolescente um sadio desenvolvimento. Caso não exista esse vínculo, o pai terá descumprido um dos atributos do dever familiar. Sendo assim, terá cometido um ato ilícito.¹⁵

Logo, se o pai deixa de ter o filho em sua companhia, ele comete um ato ilícito. Sendo assim, fica obrigado a repará-lo, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

Responsabilidade civil no Direito de Família

A Constituição Federal seguindo entendimento jurisprudencial trouxe expressamente no artigo 5º, incisos V e X hipóteses ensejadoras de dano moral. Posteriormente, o STJ consagrou na súmula 37 o cabimento da cumulação de indenização por dano moral e material, ainda que decorrentes do mesmo fato. No Código Civil de 2002, a reparação pelo dano moral também foi expressamente prevista. Dispõe o artigo 186 do referido diploma legal: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Aquele que comete ato ilícito, nos termos do artigo 927 do Código Civil, e causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. O legislador não dispôs quais atos ilícitos deveriam ser reparados. Portanto, o instituto da responsabilidade civil também pode ser aplicado ao direito de família. Nesses termos decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

¹³ CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> Acesso em: 13 out. 2013

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Op. cit.

¹⁵ PEREIRA, op. cit., 2012, p. 115.

A responsabilidade civil é possível de ser apurada no âmbito do Direito de Família, porque dispõe o art. 186 do CC/02 que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E todo ato ilícito é passível de reparação.¹⁶

No mesmo sentido Antonio Dantas de Oliveira Junior aduz:

Na legislação brasileira hodierna não há nenhuma proibição de utilizar o instituto da responsabilidade civil nas relações familiares. O princípio da legalidade na seara privada é devidamente cumprido quando o indivíduo faz tudo aquilo que não está proibido por lei. Na presente questão, como já dito, o artigo 186, do Código Civil Brasileiro, prevê a possibilidade da reparação quando do surgimento de um dano moral.¹⁷

Portanto, configurada a hipótese de omissão do pai no dever de cuidado do filho, este pode ajuizar uma ação indenizatória em face do pai.

Conforme se extrai da apelação cível n. 70021427695 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

É perfeitamente possível o filho buscar reparação pecuniária do pai por danos morais, em casos onde há a efetiva comprovação de que houve negativa de amparo afetivo, moral e psicológico de que toda criança necessita. A violação dos direitos à personalidade do filho, como a honra, a imagem, dignidade e a reputação social, é passível de reparação no âmbito da responsabilização civil e assegurada pela Constituição Federal (art. 5, inc. X).¹⁸

361

Ao tratar da aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares Claudete Carvalho Canezin expõe:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade civil possui fundamento jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70021427695. Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em: 29 nov 2007. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70021427695&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3atribunal%2520de%2520justi%25c3%25a7a%2520do%2520rs.%28tipodecisao%3aac%25c3%25b3rd%25c3%25a3o|tipodecisao%3amonocr%25c3%25a1tica|tipodecisao%3anull%29&requiredfields=&cas_q= Acesso em: 15 out. 2013.

¹⁷ JUNIOR, op. cit., p. 41.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Op. cit.

da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.¹⁹

Como a responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva deve ser provado o dano, a conduta culposa e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

É das mais comezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral. No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas. [...] A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redundando em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência. [...] Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal. [...] ²⁰

Conforme Laura Maciel Freire de Azevedo:

[...] configura-se abandono afetivo quando o pai, sabendo que tem um filho, é indiferente à presença deste ou mesmo repudia esta ou a própria pessoa do filho, negando-lhe a convivência e a afetividade - independe se o filho sofrerá com isso ou não. Traz assim prejuízos à saúde dos filhos (que compreende também a saúde mental, que, por sua vez, pode comprometer a saúde física) na identidade deles – pela ausência do olhar, da aprovação e aceitação por parte do “outro” que lhe é tão essencial à diferenciação e à possibilidade de saber-se humano.²¹

¹⁹ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Belo Horizonte, v. 8, n. 36, p. 71-87, jun./jul. 2006, p. 84.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Op. cit.

²¹ AZEVEDO, Laura Maciel Freire de. Abandono afetivo: do foco do problema a uma terceira solução. *Revista da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco*. V. 14, n.30, p. 253, jul/dez 2009.

Configurado o abandono, há o dano. Logo, em razão da proteção integral do menor, inclusive os atos dos próprios pais, contrários ao sadio desenvolvimento da criança e do adolescente, devem ser aptos a ensejar a condenação em danos morais. “Portanto pode-se verificar que se os pais não [cumprirem] [...] com seus deveres para com seus filhos, e isto causar dano, o que ocorre na maioria das vezes, principalmente moral, cometerá então um ato ilícito, que deve ser reparado [...]”²² A conduta omissiva do pai pode não causar dano ao filho, se o papel do pai for suprido por um terceiro.

O abandono afetivo estará caracterizado para Laura Maciel Freire de Azevedo ainda que não haja sofrimento por parte do filho. A posição isolada da autora se explica em razão da reprovabilidade da conduta do pai de se ausentar da vida do filho, que, portanto, deve ser reprimida pelo direito em qualquer hipótese. Para a autora:

[...] o abandono afetivo, para o direito, não tem por pressuposto qualquer sentimento (de dor, angústia, humilhação etc) por parte do filho. É possível que haja vexame, aflição, dentre outras sensações incômodas, em decorrência da atitude negligente dos pais. Porém, deve-se ter cautela e não confundir a causa com o efeito. É deveras importante entender que o abandono afetivo se refere à conduta dos pais e não às consequências desta nos filhos. A atitude paterna tem grande probabilidade de refletir nos filhos e este reflexo pode traduzir-se ou não nos sentimentos mencionados. Como o direito não possui meios capazes de avaliar sentimentos, estes são presumidos. Portanto, ainda que o filho não sofra com a ausência do pai, há de configurar-se o abandono afetivo, pois que é defeso ao pai ausentar-se. É esta ausência, e não o sofrimento do filho, que constitui abandono afetivo.²³

Em síntese, deve-se provar a omissão do pai no dever de cuidado do filho; verificada a omissão do pai e o dano acarretado ao filho em razão da conduta omissiva do pai, bem como o nexos causal entre a conduta omissiva e o dano, não restam dúvidas quanto ao dever de indenizar. A indenização é uma forma de compensar o dano causado pelo pai ao filho.

Na fixação da indenização o juiz deverá levar em consideração a maior ou menor reprovabilidade da conduta do pai; para esse fim um dos parâmetros, por exemplo, será o tratamento distinto conferido aos filhos. Esse entendimento se extrai do voto da Ministra Nancy Andrighi:

[...] Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, não importando seja, o filho lesado, havido em virtude de relacionamento genésico fora do casamento, antes ou depois deste, nem importando seja o reconhecimento voluntário ou

²² CASSETTARI, Cristian. *Responsabilidade Civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – Dos deveres constitucionais*. Revista de Direito de Família. N. 50, p. 96, out/nov 2008.

²³ AZEVEDO, op. cit., p. 252.

É unânime o entendimento de que “[...] a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções.”²⁹

Portanto, em razão do irreparável dano gerado ao filho pela omissão do pai, atrelado ao sentimento de reprovabilidade social dessa postura do pai, o filho deve ser compensado pecuniariamente. A indenização servirá como conforto ao filho e ensinamento ao pai. Além de possibilitar aos demais pais, a percepção da importância deles na vida dos filhos.

Indenização como compensação pelo abandono

No artigo 1º, III da Constituição Federal há previsão expressa do princípio da dignidade da pessoa humana, que orienta a interpretação de todo o ordenamento jurídico. No que tange às crianças e aos adolescentes, a Constituição Federal os elevou “[...] à categoria de sujeitos de direito e, incorporando a doutrina da proteção integral, assegurou-lhes uma série de garantias, visando proporcionar-lhes um crescimento sadio e harmonioso, condizente com a sua condição de pessoas em processo de desenvolvimento.”³⁰

O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê no artigo 15, em consonância com a Constituição Federal, que a criança e o adolescente têm direito “ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis”. Como a presença paterna é imprescindível para o sadio desenvolvimento da criança e do adolescente, a ausência do pai “[...] constitui ato atentatório à dignidade da pessoa humana em processo de desenvolvimento e hábil a gerar dano moral.”³¹

O dano moral, ao contrário do que se possa pensar, não é a dor ou o sofrimento espiritual que a vítima experimenta, posto que tais sentimentos já são conseqüências do próprio dano moral. O dano moral se configura quando há a privação de um bem jurídico relevante para o direito e de interesse da vítima. Certamente, que bem lesado, neste caso, é um bem imaterial, ou melhor dizendo, um bem de valor imenso que não é passível de avaliação patrimonial.³²

numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=dor%20sofrida%20pelo%20filho,%20virtude%20abandono%20paterno&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&figu-uiaPalavras=Pesquisar&.> Acesso em: 15 out. 2013

²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 693.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Op. cit.

³¹ Ibid.

³² FRAGOSO, Ana Karina Ciriaco. Abandono afetivo: uma questão de personalidade. *Revista da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco*. V. 14, n.30, p. 25, jan/jul 2009.

Logo, se o abandono por parte do pai constitui ato atentatório à dignidade da pessoa humana, “[...] não se pode desconsiderar os efeitos por ele ocasionados, sob pena de afronta aos princípios éticos e morais que devem nortear as relações familiares, bem como a atuação da justiça para restabelecimento do equilíbrio em tais relações.”³³

Não se deve confundir o pedido de indenização por abandono afetivo e o restabelecimento do vínculo entre pai e filho. Esta é a finalidade do direito de visita, que está dissociada do pedido indenizatório.

Sobre a natureza desta indenização, há que se verificar que esta não tem por finalidade recompor o elo afetivo desfeito, malfeito ou não-formado - este é o papel do dever de visitar. Tampouco, como já se viu, tem a finalidade de punir o pai faltoso, por não ser da natureza da indenização possuir o caráter punitivo. Sua natureza, conforme orientação doutrinária mais moderna, é a compensatória, como consolo último a quem sofreu um dano injusto. Mas é inelutável sua concessão, como lenitivo último à vítima (filho), uma vez que, sendo ela o foco da atual responsabilidade civil, não pode arcar sozinha com o prejuízo que sofreu e que ele não deu causa. Como afirma, e com razão, a doutrina favorável à sua concessão, não consiste em dar preço ao amor nem forçar sua existência, pois que não é de amor que se trata [...] A indenização, assim, é tão somente um conforto material, oferecido após esgotadas todas as possibilidades de se recompor o que efetivamente se perdeu. Portanto, não só é possível como também é necessário conceder-se a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo. Do contrário, criaria uma espécie de dano que, inexplicavelmente, não pode ser compensado.³⁴

Caso o direito fechasse os olhos para a conduta desses pais premiar-se-ia o papel omissivo deles e colocá-los-ia em uma situação cômoda.

Se não se pode valorar o amor, ou punir pelo desamor, é inaceitável premiar a omissão de pais que geram filhos e lhes negam a convivência, o afeto e outros atributos necessários à formação da personalidade. Esses pais não poderiam ficar com a certeza, subscrita pelos tribunais, de que basta dar pão [...]³⁵

O ideal seria que a relação entre pais e filhos sempre pudesse existir. No entanto, deve ser reconhecido que há casos que não há como se construir o vínculo entre pai e filho. Todavia, a ausência desse vínculo deve ser sancionada pelo direito.

Nesse contexto o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Op. cit.

³⁴ AZEVEDO, op. cit., p. 268.

³⁵ PEREIRA, op. cit., 2006. p. 676

[...] o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania [...] Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado [art. 227, CF]: “(...) **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)**”. [...] **Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.** O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.**³⁶

No mesmo sentido da decisão do Superior Tribunal de Justiça supracitada foi a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Nenhuma criança pediu para vir ao mundo. Trata-se, portanto, de responsabilidade de seus genitores proporcionar-lhes as condições mínimas de convivência e sobrevivência que lhes assegurem o devido respeito à dignidade da pessoa humana. Se um pai não pode ser culpado pelo fato de não amar o filho – o que, por si, já não seria natural-, de outro lado, pode ser por negligenciá-lo – e, a nosso sentir, insisto, tanto nos aspectos morais.³⁷

Não restam divergências de que a convivência é dever do pai e direito do filho. Poderia haver alguma indagação sobre a quem incumbe o dever de aproximação se a criança já não for de tenra idade. Contudo, como as crianças não pedem para vir ao mundo, é dever dos pais envidar esforços para se aproximar delas.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Op. cit.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2007.001.45918, Décima Segunda Câmara Civil. Rel. Des. Werson Rêgo. D.J. 22 nov. 2007. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000306FDCCD80C08C21C3DD65EDB170ACCCD76CC402016346>> Acesso em: 15 out. 2013

Pode mesmo levar homens e mulheres a avaliarem bem quanto à decisão de se tornarem pais. Se eles estão realmente dispostos a despendere tempo, energia e atenção às crianças que desejam gerar ou mesmo adotar.⁴¹

O fato de os pais terem a consciência de que o direito, em resposta aos anseios da sociedade, pune o pai inadimplente em seus deveres paternos, por si só, é suficiente para que alguns desses se conscientizem da importância do papel dos pais no sadio desenvolvimento dos filhos. A estes, enquanto essa mudança de pensamento tão esperada por eles não ocorre, só lhes cabe, como “último grito”, de forma a mostrar para os pais que eles existem e sofrem com a postura adotada por eles, recorrer ao judiciário e pleitear indenização por dano moral, em razão de todo o sofrimento experimentado por eles. A indenização, por maior que seja, jamais será capaz de reparar todo o dano psicológico acarretado aos filhos, em razão da postura do pai perante eles.

Conclusão

Ao tratar do tema, deve-se diferenciar o abandono que causa dano, do abandono que não gera dano. Se a função do pai for suprida por um terceiro, ainda que haja abandono do pai biológico, não haverá abandono capaz de ensejar indenização por dano moral. Logo, se há paternidade socioafetiva não há que se falar em dano moral por abandono afetivo. Portanto, configurada a relação pai-filho através de um pai que não o biológico, não caracteriza-se o dano moral. Caso contrário, teria que ser admitido o pedido de dano moral em face do pai biológico, mesmo quando a criança ou o adolescente fosse adotado.

Como o dever de cuidado é fundamental para o sadio desenvolvimento da criança e do adolescente, o direito deve coibir o abandono da prole. Como foi observado, não se trata de obrigar que o genitor ame o filho. Contudo, o genitor deve educá-lo, no sentido de transmitir-lhe os ensinamentos fundamentais para a vida: aqueles ensinamentos que se aprende com exemplos e no cotidiano, para diferenciá-los dos ensinamentos acadêmicos.

Como o único meio de compensar um dano moral é através de uma indenização, o genitor que desampara o filho e causa-lhe dano, deve ser condenado a indenizá-lo. A indenização, por maior que seja, não vai suprir a seqüela na criança ou no adolescente de ter crescido sem a figura do pai.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Laura Maciel Freire de. Abandono afetivo: do foco do problema a uma terceira solução. *Revista da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco*. V. 14, n.30, p. 252, jul/ dez 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1159242. Terceira Turma. Min. Rel Nancy Andrighi. D.J. 24 de abr. de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>

⁴¹ FRAGOSO, op. cit., p.30/31.

jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1159242+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acessado em 13 de out. 2013.

BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000. Sétima Câmara Cível. Rel. Des. UNIAS SILVA. D.J. 01 abr. 2004. Disponível em: < [BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2006.015053-0. Segunda Câmara de Direito Civil. Des. Rel. Monteiro Rocha. Julgado em: 10 dez. 2008. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=0100087YH0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=1296398&cpdf=true> Acesso em: 15 out. 2013.](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=dor%20sofrida%20pelo%20filho,%20virtude%20abandonono%20paterno&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&.> Acesso em: 15 out. 2013</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação com revisão 511903-4/7-00. Oitava Câmara de Direito Privado. Rel. Des. CAETANO LAGRASTA. D.J. 12 mar. 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2513926&v1Captcha=sarfx>> Acesso em: 15 out. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2007.001.45918, Décima Segunda Câmara Cível. Rel. Des. Werson Rêgo. D.J. 22 nov. 2007. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000306FDCD80C08C21C3DD65EDB170ACCCD76CC402016346>> Acesso em: 15 out. 2013

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70021427695. Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Cláudio Fidelis Faccenda. Julgado em: 29 nov 2007. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70021427695&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3atribunal%2520de%2520justi%25c3%25a7a%2520do%2520rs.%28tipodecisao%3aac%25c3%25b3rd%25c3%25a3o|tipodecisao%3amonocr%25c3%25a1a|tipodecisao%3anull%29&requierefields=&cas_q="](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70021427695&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3atribunal%2520de%2520justi%25c3%25a7a%2520do%2520rs.%28tipodecisao%3aac%25c3%25b3rd%25c3%25a3o|tipodecisao%3amonocr%25c3%25a1a|tipodecisao%3anull%29&requierefields=&cas_q=) Acesso em: 15 out. 2013.

CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Belo Horizonte, v. 8, n. 36, p. 71-87, jun./jul. 2006, p. 86.

CASSETTARI, Cristian. *Responsabilidade Civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – Dos deveres constitucionais*. *Revista de Direito de Família*. N. 50, p. 96, out/nov 2008.

CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> Acesso em: 13 out. 2013

COSTA, Maria Isabel Pereira. Família: do autoritarismo ao afeto: como e a quem indenizar a omissão do afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.7, n. 32, p. 33, out/nov. 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 107

FRAGOSO, Ana Karina Ciriáco. Abandono afetivo: uma questão de personalidade. *Revista da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco*. V. 14, n.30, p.25, jan/jul 2009.

JUNIOR, Antonio Dantas de Oliveira. *A incidência do art. 186 do código civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* *Revista Esmat*. Ano 3, n. 3, p. 40, jan/dez 2011.

LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 285.

NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. *Revista Síntese de Direito de Família*. Ano. XIV, n.73, p. 99/100, ago/set 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Indenização por abandono afetivo e material. *Revista Brasileira de Direito das famílias e sucessões*. Ano XIII. N. 25, p. 115/116, dez/jan 212.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). In: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IOB-Thompson, 2006, p. 676.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste?, *in Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 227

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 692-693.

A isenção do imposto de renda de ex-combatente

Elen Cristiane Guida Vasconcellos¹

Resumo

A isenção do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza dos ex-combatentes está circundada de imprecisões e incertezas quanto a sua efetividade, desta forma se torna imprescindível para os operadores de direito e igualmente para os leigos, um estudo sobre o tema, haja vista que há pouca doutrina específica acerca do tema em debate, apenas jurisprudências. Para que haja um entendimento sobre o alcance da isenção fiscal há de ser realizada uma análise sobre a conceituação de ex-combatente, sua distinção de veteranos de guerra, quem são os beneficiários ao qual se estende a isenção supracitada. Além de brevemente expor sobre outros direitos que fazem jus os ex-combatentes, este trabalho tem a finalidade principal de explicar sobre a isenção como matéria tributária e como ela se dá através do Decreto 3000/99 em face aos ex-combatentes, por meio de suas pensões e proventos, desde que concedidos de acordo com o Decreto-Lei nº 8.794/46 e o Decreto-Lei nº 8.795/46, e Lei nº 2.579/55, Lei nº 4.242/63, e Lei nº 8.059/90; tendo em visto o disposto na Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XII.

Palavras-chave: Decreto 3000/99; direito tributário; ex-combatente; Imposto de Renda.

371

Résumé

L'exonération de l'impôt sur le revenu et le bénéfice de toute sorte d'ex-combattants est entouré par l'imprécision et l'incertitude quant à leur efficacité devient donc impératif pour les opérateurs de droit et aussi pour les laïcs, une étude sur la thématique, étant donné qu'il ya peu de doctrine spécifique sur le sujet en discussion, les décisions uniquement. Pour avoir une compréhension de la portée de l'exemption d'impôt est à effectuer une analyse de la notion d'ex-combattants, indépendamment de leur vétérans de guerre, qui sont les bénéficiaires qui s'étend au-dessus de l'exemption. En plus d'exposer brièvement sur d'autres droits auxquels ils ont droit aux ex-combattants, ce document a pour but principal d'expliquer comment l'exonération en matière fiscale et comment elle est réalisée par le décret 3000/99 face à des ex-combattants par le biais leurs pensions et les bénéfices, car elle a accordé en conformité avec le décret n° 8.794/46-loi et de décret-loi n 8.795/46 et la loi n° 2.579/55, la loi n° 4.242/63 et la loi n° 8.059/90, en vue des dispositions de la loi n° 7713, 1988, art. 6, l'article XII.

Mots-clef: le décret 3000/99; droit fiscal; les ex-combattants; impôt sur le revenu.

¹ Graduada em Licenciatura Plena em História pelo ISE e Bacharel em Direito pela FDV, (aprovada no Exame de Ordem, não exercendo), ambos pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.Brasil. Pós-graduada em Direito Administrativo pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Pesquisadora Concursada do Núcleo de Pesquisa Institucional da Faculdade de Direito de Valença RJ. E-mail: elenflor@uol.com.br

Breve histórico, principais definições e condições para a fruição da isenção fiscal e outros benefícios

A história militar, e em especial a Segunda Guerra Mundial, sempre causa admiração e fascínio por tudo que representaram para a história mundial. Nasce daí a inspiração deste trabalho: analisar quem são estes homens esquecidos pela memória nacional, que desde cedo reivindicou a proteção do poder público, através de muitas lutas, motivados principalmente pelo seu próprio abandono pós a Segunda Grande Guerra. Diversas leis foram aprovadas logo após a volta dos pracinhas à pátria e outras foram conseguidas com o passar do tempo. Por todo país foram aprovadas leis, tanto em âmbito estadual como municipal, hoje em sua maioria tacitamente revogadas. Cumpre ressaltar que se pretende através deste artigo repensar seus direitos, que há tempos vem caindo em desuso e se perdendo por descuido e desinteresse da sociedade, dos governantes e do Judiciário; exemplo disto é a isenção do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza do Ex-Combatente, que aqui abordaremos.

Principais definições legais

Alcance da isenção fiscal

A Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, normatiza o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e estabelece a isenção nos seguintes casos:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

[...]

XII - as pensões e os proventos concedidos de acordo com os Decretos-Leis, nºs 8.794 e 8.795, de 23 de janeiro de 1946, e Lei nº 2.579, de 23 de agosto de 1955, e art. 30 da Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, em decorrência de reforma ou falecimento de ex-combatente da Força Expedicionária Brasileira;²

O Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, Regulamento do Imposto de Renda, ao tratar a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do conhecido I.R., estabeleceu o seguinte que não entram no cômputo do rendimento bruto os proventos e pensões da FEB, repete os requisitos dispostos do art.6º da Lei 7.713/88, acrescentando o art. 17 da Lei nº 8.059, de 4 de julho de 1990.

A partir de uma leitura integrada da Lei nº 7.713/1988 e do Decreto nº 3.000/1999, extrai-se que a isenção do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza contempla, no tocante à parte física, somente a Pensão Especial destinada aos ex-combatentes reformados em razão de invalidez ou incapacidade física e a pensão destinada aos herdeiros de ex-combatente falecido no teatro bélico da Segunda Guerra Mundial. Sendo assim, a isenção contempla, exclusivamente, os benefícios decorrentes de falecimento, incapacidade física ou invalidez.

² BRASIL, **LEI Nº 7.713**, de 22 de Dezembro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/cci/vil_03/leis/l7713.htm> Acesso em: 25 ago. 2011.

Força Expedicionária Brasileira

Foi através do encontro do presidente dos Estados Unidos Franklin Roosevelt e Getúlio Vargas, em fevereiro de 1943, na cidade de Natal, capital do Rio Grande do Norte, que surgiu a sugestão do General Eurico Gaspar Dutra, Ministro da Guerra, de criar uma força militar para atuar ao lado dos Aliados contra as forças do Eixo, contudo, Vargas só aceitou com a condição de que as Forças Armadas Brasileiras fossem reaparelhadas.

O professor Dr. Francisco Ferraz esclarece que o país participou de três maneiras da Segunda Guerra Mundial:

[...] a primeira foi por meio do fornecimento de matéria-prima – borracha e alimentos para os aliados – que compreendiam os Estados Unidos da América, União Soviética, Inglaterra, França, Canadá e mais alguns países, entre os quais, o Brasil. A segunda, cedendo bases aéreas e navais aos EUA, situadas nas regiões norte e nordeste do nosso território. E a terceira maneira foi o combate direto.³

A Força Expedicionária Brasileira foi criada no dia 09 de agosto de 1943, através da Portaria Ministerial nº 47-44, publicada no Boletim Reservado do dia 13 de agosto, sendo constituída de uma Divisão de Infantaria Expedicionária, passando a se chamar 1ª DIE e órgãos não divisionários.

Ex-combatente

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, trazia em seu artigo 178 diversos direitos sociais aos ex-combatentes da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e Marinha Mercante do Brasil, que tivessem participado efetivamente de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, como, por exemplo, o aproveitamento para o serviço público sem a exigência de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos e no caso de já ser funcionário público teria direito a estabilidade, direito à promoção se houvesse vaga; se fosse funcionário público da Administração centralizada ou autárquica teria o direito de aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo; assistência médica, hospitalar e educacional, se carente de recursos.

A Lei 5.315, de 12 de setembro de 1967, veio regulamentar o artigo supracitado e registra o conceito hodierno de ex-combatente, em seu art. 1º *in verbis*:

Art. 1º Considera-se ex-combatente, para efeito da aplicação do artigo 178 da Constituição do Brasil, todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante, e que, no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente.

³ FERRAZ, Francisco César Alves *apud* VACARI, Débora. *A importância do resgate histórico como forma de conhecimento*. Disponível em: <<http://conexaociencia.wordpress.com/2010/07/31/a-importancia-do-resgate-historico-como-forma-de-conhecimento/>> Acesso em: 5 ago 2011.

Basicamente, pode se entender que é considerado ex-combatente aqueles que tenham participado de Operações Bélicas durante o período da Segunda Guerra Mundial, servindo pela Força Expedicionária Brasileira no Teatro de Operações da Itália, como da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante ou ainda Força do Exército, sendo ampliado posteriormente este conceito para também aqueles que ficaram em patrulhamento ou serviços de vigilância do litoral brasileiro, tese já pacificada na jurisprudência.

Apesar de haver heterogeneidade dos grupos sociais de ex-combatentes, a legislação não distingue os ex-combatentes que serviram na Itália e os que serviram no litoral, sejam da Marinha, Exército e Aeronáutica. Essa distinção na sociedade se torna perceptível quando se observa a conduta que cada grupo assumiu, principalmente na escolha da Associação que o representa, materializando uma disputa interna de poder, coexistindo para uma mesma classe a Associação de Ex-Combatentes do Brasil e a Associação Nacional de Veteranos da FEB. É possível acompanhar, sobretudo em datas comemorativas, como no Dia Nacional dos Ex-Combatentes, como nos Desfiles de 07 (sete) de Setembro, uma intensa concretização dessa disputa, que permanece até os dias de hoje, principalmente pelos os Veteranos que estiveram na Itália contra os ex-combatentes que serviram no litoral, denominados “praieiros”.

Ex-combatentes que não atendem os requisitos para o gozo da isenção fiscal, apesar de serem veteranos de guerra.

Ao analisar o caput do art. 1º da Lei 5.315, de 12 de setembro de 1967, observa-se que o conceito de ex-combatente a que se refere este artigo está vinculado aos direitos que o artigo 178, da Constituição Federal vigente à época, que foi uma espécie de “recompensa” para estes heróis, que em julho de 1945, após as comemorações do retorno da FEB, os pracinhas tomaram conhecimento da desmobilização concretizada através da portaria Nº 8250 de 11 de maio de 1945, baixada pelo então Ministro da Guerra Eurico Gaspar Dutra, quando estes se encontravam na Itália e, rapidamente, ocorre a extinção da força expedicionária, considerada por muitos como um dos muitos golpes contra os Febianos.⁶

Aspecto importante a se notar é que no do art. 1º da Lei 5.315/67 *in fini*, uma vez que o militar ao término daquele conflito mundial, não foi licenciado do Serviço Ativo do Exército, não tendo retornado, portanto, à vida civil não teria direito de ser considerado ex-combatente para fins específicos desta lei.

Não é considerado ex-combatente da Segunda Guerra Mundial o militar que, após a conflagração mundial, permaneceu na carreira até ser transferido para a reserva remunerada.⁷

⁶ O ESTADO DE SÃO PAULO, 12 de maio de 1945, sábado. Artigo transcrito na íntegra, sem o nome do autor; (p. 18). BRASIL, Ministério da Guerra. Portaria N.º 8.250, publicada no Diário Oficial da União, em 11 de maio de 1945.

⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 966096 RJ 2007/0151868-8. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2053913/recurso-especial-resp-966096-rj-2007-0151868-8-stj>> Acesso em: 5 ago. 2011.

por ex-combatente, igualando-se neste momento os beneficiários das pensões militares. O que causou no imaginário dos beneficiários que todos que foram à guerra eram ex-combatentes, não distinguindo o sentido da lei do sentido histórico, enquanto na verdade, repetimos, para efeitos específicos da lei, no caso de militar, somente eram considerados ex-combatentes os que foram licenciados do serviço ativo e retornado à vida civil definitivamente.

O Capítulo II, da Lei 3.765/65, que trata dos Beneficiários e sua habilitação, sofreu modificações em sua redação pela Lei 8.216, de 1991 e posteriormente pela Medida Provisória nº 2215-10, de 31 de agosto de 2001. Com o advento da Lei 8.059, de 04 de julho de 1990, que dispõe sobre a pensão especial devida aos ex-combatentes da 2ª GM e já especifica em seu art. 5º quem são seus dependentes.

Importante entender que a atual norma não pode alcançar uma situação jurídica já consumada na vigência de lei anterior, sendo assim é de extrema importância observar a data de óbito do instituidor da pensão, ou seja, o ex-combatente, para que seja examinado quem serão os beneficiários. Se o instituidor da pensão faleceu até 05 de outubro de 1988, a lei que vigora é a Lei nº 3.756/60.

A isenção como matéria tributária

A isenção tributária é a dispensa legal do tributo, apesar do fato gerador ter ocorrido, conforme consta no artigo 175, CTN⁹ a isenção é um fenômeno que atua na exclusão do crédito tributário

Dentre os princípios constitucionais que norteiam a isenção, destacamos o princípio da legalidade e o princípio da anterioridade.

O princípio da legalidade, presente na o art. 150, I, da CRFB¹⁰, exprime que nenhum tributo será instituído ou aumentado a não ser através de lei.

Segundo o princípio da anterioridade, disposto no art.150, III, CRFB, é vedado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios arrecadar tributos no mesmo exercício financeiro, onde não produzirá efeitos antes que decorra 90 (noventa) dias, em relação à data de publicação da lei que os criou ou aumentou, salvo exceções expressas na própria Constituição Federal. Desta forma o princípio da anterioridade, por questões de didática foi dividido em princípio da anterioridade genérica e em princípio da anterioridade nonagesimal, sendo o primeiro expresso na alínea “b” e o segundo na alínea “c”, ambas do artigo mencionado acima.

Cabe observar o fenômeno da repristinação que se aplica as isenções, que é quando a lei revogada não se restaura por ter a lei que a revogou perdido a vigência, exceto se houver disposição em contrário.¹¹

⁹ BRASIL. **LEI Nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm> > Acesso em: 13 set. 2011.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil De 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.> Acesso em: 25 ago. 2011.

¹¹ BRASIL. **Decreto-Lei 4.657/42**, Art. 2º,§3º (Lei de Introdução ao Código Civil). Disponível: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103258/lei-de-introducao-ao-codigo-civil-decreto-lei-4657-42>> Acesso em: 25 ago. 2011.

Os fatos escolhidos pelos legisladores como fatos geradores de algum tributo estão no campo da incidência tributária, todavia a isenção é uma exceção, o fato gerador ocorre, mas a lei dispensa o pagamento do tributo, desta forma a isenção é matéria reservada de lei (art. 176, CTN)¹², mesmo nos casos onde é prevista em contrato, sendo assim esses só possuem validade se respaldados por lei.

Ressalta-se que não se deve confundir a isenção e a imunidade, esta última é deferida a nível constitucional, que exclui a possibilidade de imposição tributária por parte da União, apesar dessa ter competência residual, ou seja, é destinada ao legislador ordinário; enquanto a isenção é destinada a autoridade administrativa, e pode ser requerido pelo interessado, desde que presentes os requisitos legais que a ampare, assim ela se caracteriza pela exclusão da obrigação tributária.¹³

Ainda dentro do assunto sobre as isenções, cabe ressaltar que o art. 111 do CTN expressamente define os casos em que unicamente caberá a interpretação literal da legislação tributária: suspensão, exclusão, outorga de isenção e, ainda, dispensa do cumprimento de obrigações acessórias.

Normalmente há uma conjugação dos métodos de interpretação, que em geral, citados pela doutrina, são: o literal ou gramatical; o lógico-sistemático; o teleológico; e o histórico. Contudo há casos em que a própria lei determina a maneira de se interpretar, como é o caso do art. 111, do CTN, que nas palavras de Kiyoshi Hadara: “prescreve o método literal na interpretação da legislação que disponha sobre [...] a outorga de isenção [...]”.

Não há o que se falar de ofensa ao princípio constitucional da isonomia, pois o art. 6º, XII, da Lei nº 7.713/88, reflete situações bem demarcadas, em que a morte ou a incapacidade do ex-combatente surgem como causas para a concessão das pensões nestes casos instituídas, sendo que o benefício recebido pelo autor baseia-se em disposição legal de caráter geral, que necessita de prova do falecimento ou invalidez do militar para o seu recebimento. Desta forma, abstrai-se que são situações diferentes, onde apenas os casos abrangidos pelas Leis elencadas no art. 6º, XII da lei supracitada terão o direito a isenção do Imposto de Renda.

Todavia, já houve julgados no sentido oposto como o “da juíza Firly Nascimento Filho [SIC]”,¹⁴ da 5ª Vara de Justiça Federal que entendeu que o

¹² CARRAZZA explica que O art. 176 do CTN exige que a lei – seja lei ordinária, lei complementar, decreto legislativo do Congresso Nacional e decreto legislativo estadual ou distrital – que concedeu a isenção indique os requisitos e as condições que são necessárias para sua concessão, os tributos aplicáveis e, quando for necessário, o prazo para duração. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.766

¹³ CERQUINHO, Maria Cuervo Silva Vaz. *Imunidades e Isenções*. p. 201-212. <Disponível em b35d2y.pdf > Arquivo capturado no sistema de buscas da biblioteca da FAA.

¹⁴ FAYAL, Tereza Cristina. *Ex-Combatente livre de imposto de renda*. *Jornal O DIA*. ANEXO A. Apesar de termos ciência que é o Juiz Firly, (sexo masculino) e não juíza, resolvemos colocar como consta na publicação.

parecer da Marinha, que alegava que os Ex-Combatentes da Marinha não pertenciam à Força Expedicionária Brasileira (FEB) e, portanto, não estariam respaldados pelo art. 39 do Decreto 3.000/99 c/c a Lei 7713/88, viola o art. 5º da Constituição Federal, que diz que todos são iguais perante a lei.

Isenção do imposto de renda de ex-combatente

A Constituição Federal de 1891 consentia à União e aos Estados que criassem novas receitas, apesar de discriminar as rendas tributáveis, não havia como falar ainda em Imposto de Renda, que foi apenas incorporado na Constituição de 1934, sobre a competência da União, sendo mantido nas Constituições seguintes, sendo denominado pela primeira vez na Constituição de 1965 de “imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza”.¹⁵

Com o advento do Código Tributário Nacional,¹⁶ o imposto de renda foi aperfeiçoado, traçando novas diretrizes ao sistema tributário brasileiro, atualmente está prescrita no art.153,§2, I, da CRFB/88, continuando sua competência pela União.

A propósito, o art. 153, §2º, II, CRFB/88 declarava imunidade aos rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social a pessoa com idade superior a 65 anos, cuja renda total fosse constituída, exclusivamente, de rendimentos de trabalhos, porém a EC 20/98 revogou esse dispositivo, que, diga-se de passagem, era cláusula pétreia e por isso alguns doutrinadores como Ricardo Lobo Torres defendem que essa revogação foi inconstitucional.¹⁷ Esse dispositivo era pertinente aos ex-combatentes que recebiam pela previdência social uma pensão civil, que pode ser cumulada com a militar.

Deve-se observar que o conceito de renda e provento é amplo e são trabalhados pela doutrina e legislação, haja vista que a Constituição Federal não embarcou qualquer teoria sobre a renda e nem define fato gerador de tributo. Cabe a legislação ordinária a distinção entre imposto de renda de pessoa física e jurídica, desta forma os ajustes sobre as incidências não gera a necessidade de reformar a Constituição Federal ou lei complementar.¹⁸

O especialista em Direito Tributário Kiyoshi Harada diz que “o imposto de renda das pessoas físicas é o protótipo do imposto de natureza pessoal.”¹⁹ Por alguns é considerado o tributo que mais atenda a justiça social, devido a sua progressividade, desde que isso signifique que os contribuintes de renda elevada sejam tributados com mais rigor e na mesma proporção que os de menor renda, sejam menos tributados.

¹⁵ NIVEA. *Isenção e Restituição do imposto de renda de pessoa física*. Disponível em: < <http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/isencao-e-restituicao-do-imposto-de-renda-de-pessoa-fisica/14175/>>. Acesso em: 12 set. 2011.

¹⁶ BRASIL, **LEI Nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm>> Acesso em: 13 set. 2011.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e tributário*. 16. ed. Ed Renovar. Rio de Janeiro, 2009.p. 376.

¹⁸ *Ibid.*, p. 375-376.

¹⁹ HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. Ed Atlas. 10. Ed. São Paulo: 2002. p.365

Ulteriormente, o novo Regulamento do Imposto de Renda, o Decreto nº 3.000, 26 de março de 1999, ratificou o direito da a isenção do Imposto de renda nos proventos dos ex-combatentes e suas pensionistas, através de seu Capítulo II, Rendimentos Isentos e não Tributáveis, Seção I, Artigo 39, inciso XXXV:

Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto: XXXV - as pensões e os proventos concedidos de acordo com o Decreto-Lei nº 8.794 e o Decreto-Lei nº 8.795, ambos de 23 de janeiro de 1946, e Lei nº 2.579, de 23 de agosto de 1955, Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, art. 30, e Lei nº 8.059, de 4 de julho de 1990, art. 17, em decorrência de reforma ou falecimento de ex-combatente da Força Expedicionária Brasileira (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XII);²²

Conforme já exposto, o artigo 30 da Lei 4242/63, concede aos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial, da FEB, da FAB e da Marinha, pensão igual à estipulada no art. 26 da Lei n.º 3.765, de 4 de maio de 1960, pensão essa que terá a isenção da incidência do imposto de renda.

Considerações finais

Em virtude dos fatos mencionados, observa-se que o art. 30 da Lei 4.242/60, a que se refere à situação que autoriza a isenção do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, foi expressamente revogado pela Lei nº 8.059, de 1990, sem prejuízo, evidentemente, aos direitos adquiridos.

Cumprе ressaltar, ainda, que o art. 25, da Lei nº 8.059, de 1990 havia revogado expressamente, sem prejuízo, evidentemente, aos direitos adquiridos o art. 30 da Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, a Lei nº 6.592, de 17 de novembro de 1978, a Lei nº 7.424, de 17 de dezembro de 1985, e as demais disposições em contrário.

Portanto, o Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, ao regulamentar a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do imposto sobre a renda, diz que a isenção de imposto de renda somente é cabível na hipótese de o ex-combatente haver participado efetivamente do teatro de operações, segundo os parâmetros do Decreto-Lei nº 8.794 e o Decreto-Lei nº 8.795, ambos de 23 de janeiro de 1946, e Lei nº 2.579, de 23 de agosto de 1955, Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, art. 30, e Lei nº 8.059, de 4 de julho de 1990, art. 17, em decorrência de reforma ou falecimento de ex-combatente da Força Expedicionária Brasileira.

Observa-se que o Decreto nº 3.000/99 foi instituído após a Lei 8059/90, desta forma será que sua intenção foi beneficiar os ex-combatentes, restabelecendo

²² BRASIL, **DECRETO Nº 3.000**, de 26 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm> Acesso em: 25 ago. 2011.

15 de março de 1975, onde em seu art. 237, III, prevê que o litígio tributário se instaura para os efeitos legais, com a apresentação, pelo contribuinte, de impugnação da nota de lançamento ou auto de infração; do indeferimento de pedido de restituição de tributo, acréscimos ou penalidade; e pela recusa de recebimento de tributo, acréscimos ou penalidade, que o contribuinte procure espontaneamente recolher.²⁶

2) Processo Judicial:

O processo judicial será recomendável nos casos em que a Receita Federal negar administrativamente o reconhecimento da isenção e devolução dos valores indevidamente pagos a este tributo, o contribuinte, pois o Estado proíbe a autotutela, mas, lembre-se: não é necessário esgotar a via administrativa para seguir a via judicial, conforme expressa o princípio da inafastabilidade da jurisdição, disposto no Art.5º XXXV, CRFB/88²⁷ que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dessa forma, esse princípio possibilita a todos, indistintamente, o acesso à justiça, podendo pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que satisfeitas as regras constituídas pela legislação processual para o pleno exercício do direito.

Geralmente o processo judicial tributário se inicia depois de configurado o lançamento e o crédito tributário, é o instrumento que o contribuinte tem para exercer o seu direito de arguir sobre a legalidade do tributo, garantindo assim seu direito ao contraditório e ampla defesa, disposto no art. 5º.

Caso haja alguma controvérsia ao direito material, ou haja alguma dúvida ou que seja necessário comprovar que o beneficiário faz jus da isenção fiscal em tela, deverá recorrer ao processo de conhecimento, que será regido pelo Código de Processo Civil, salvo no que diz respeito à execução fiscal e a cautelar fiscal. A ação será sempre de autoria do contribuinte, haja vista que a Fazenda Pública é quem toma as decisões do fisco, não havendo assim motivo de apelar ao judiciário.

Quando o direito for líquido e certo, ou seja, quando não há nenhuma dúvida que o ex-combatente, ou seus dependentes, enquadre-se dentro dos requisitos da Lei nº 7.713/88 e do Decreto 3.000/99, estes poderão ingressar com um mandado de segurança, conforme estabelecido no art. 5º, LXIX, CRFB/88.

Enfim, conclui-se que apesar das polêmicas referente a isenção sobre a renda e proventos de qualquer natureza disposto na Lei nº 7.713/88, a isenção não incide unicamente da condição de ex-combatente, se faz necessário evidenciar o que exige a norma legal, ou seja, o decreto 3000/99 para o deferimento do benefício de isenção fiscal.

²⁶ RIO DE JANEIRO (Estado), **DECRETO-LEI Nº 5**, de 15 de março de 1975. Institui o código tributário do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Art. 237, III. Disponível em: < <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/83b1e11a446ce7f7032569ba0082511c/3997a1158a18789d03256aee00647cd6?OpenDocument> > Acesso em: 05 ago. 2011.

²⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil De 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 25 ago. 2011.

Vulnerabilidade no art.217-A do Código Penal

Maíra Batista de Lara¹

Resumo

O presente artigo aborda, especialmente, o tipo do estupro de vulnerável após a alteração promovida no Capítulo VI, do Código Penal, pela Lei nº 12.015/09. Tal alteração objetivou aumentar o âmbito de proteção para salvaguardar as crianças e adolescentes. A principal questão levantada diz respeito à supressão da presunção de violência e a utilização do conceito de vulnerabilidade. O trabalho apresenta outra abordagem para este conceito, por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico onde pretende demonstrar que os menores de 14 e maiores de 12 anos, por vezes, possuem capacidade de discernimento. Por fim, propõe que o termo “vulnerável” do tipo previsto no Art. 217-A, do Código Penal (C.P.) seja considerado um elemento normativo do tipo.

Palavras-chave: Crimes contra dignidade sexual; adolescente; consentimento; vulnerabilidade; relativização do tipo de estupro de vulnerável.

Abstract

This article discusses, in particular, the type of vulnerable rape after the change made in Chapter VI of the Penal Code, the Law No. 12.015/09. Such changes aimed to increase the scope of protection to safeguard children and adolescents. The main issue raised concerns the suppression of the presumption of violence and the use of the concept of vulnerability. The paper presents another approach to this concept by means of a systematic interpretation of the law is intended to demonstrate that the under 14 and over 12, sometimes have the capacity for discernment. Finally, it proposes that the term “vulnerable” of the type referred to in Article 217-A, CP, is considered a type normative element.

Keywords: Crimes against sexual dignity; teenager; consent; vulnerability; relativize the type of vulnerable rape.

Introdução

Os crimes sexuais, historicamente, apresentam delicadas questões em torno de sua tipificação. Tais crimes possuem intensa vinculação com a moral cristã, o que implica certo tabu no tocante a conceitos a eles relacionados. Podem-se destacar no ordenamento brasileiro termos como: “mulher honesta”, “defloramento”, o próprio tipo do Art. 217, do CP, que sob a epígrafe de “sedução” criminalizava a conduta de “seduzir mulher virgem (...)” ou o crime de corrupção de menores (revogado pelo Art. 218, do CP) e de rapto (antigo Art. 219, do CP).

Esses crimes foram sofrendo modificações pontuais na medida em que

¹ Advogada e mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da UERJ.

alterações sociais apontavam a necessidade premente de tutela da autonomia e liberdade sexuais. Neste sentido ocorreu a promulgação da Lei nº 12.015/09, que provocou inúmeras mudanças começando pelo título, o qual passou à denominação de “**Crimes contra a Dignidade Sexual**”.

O presente trabalho centra-se especialmente no caput do Art. 217-A, do CP. Este artigo representa uma inovação no ordenamento ao prever o estupro de vulnerável (aliás, cria um capítulo próprio para os vulneráveis), no qual o legislador prevê expressamente quem é considerado vulnerável e as pessoas consideradas equiparadas. Esta previsão ocultou o intenso debate doutrinário e jurisprudencial existente em torno da presunção de violência disposta no revogado Art. 224, do CP.

Neste cenário, a intenção declarada do legislador foi impedir a relativização da presunção de violência fato que acontecia em determinados casos. Assim, sob o pressuposto de efetivar a proteção de crianças e adolescentes, o legislador gerou mais punição, pois tratou em um único tipo, situações bastante díspares.

Diante disto, pretende-se mostrar que algumas circunstâncias envolvendo menores de 14 anos podem não carecer de reprimenda penal tão grave. Partindo-se de uma interpretação sistemática do ordenamento, merecem atenção os casos de adolescentes maiores de 12 anos que possuem relações de íntimo afeto. É sob esta perspectiva que o tema será abordado: a importância da análise valorativa do conceito de vulnerável.

Os crimes sexuais antes da alteração promovida pela Lei nº 12.015/09

Os chamados crimes contra os costumes eram divididos em 6 (seis) capítulos: Capítulo I – dos crimes contra a liberdade sexual, Capítulo II – da sedução e da corrupção de menores, Capítulo III – Do rapto (revogado pela Lei nº11.106/2005), Capítulo IV – Das disposições gerais, Capítulo V – Do lenocínio e do Tráfico de Pessoas e Capítulo VI – Do ultraje público ao pudor.

Com o advento da Lei nº 12.015/09 foram promovidas diversas alterações no título VI do Código Penal Brasileiro a começar pela sua denominação. Anteriormente chamado “Dos crimes contra os costumes”, o título VI passa à nova redação: “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Em certa medida a postura representou um avanço frente às críticas apresentadas pela doutrina ao *nomen iures* anterior.

Nota-se que a ideia de “crimes contra os costumes” atrela o direito com aspectos morais. Isto porque à época de elaboração do código penal falava-se de moralidade e bons costumes e o bem jurídico então tutelado era a moralidade sexual.² Esta visão não se coaduna com o aspecto limitador do direito penal diante do poder punitivo estatal.

Em outros termos, o Direito Penal por caracterizar-se como instrumento

² SILVEIRA, Renato de M.J. *Por um novo direito penal sexual: a moral e a questão da honestidade*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2001.

mais severo (*ultima ratio*) do ordenamento jurídico deve ater-se a tutelar os bens jurídicos mais caros à sociedade. Em razão disto, um filtro constitucional deve ser feito para a análise de quais bens jurídicos devem ser amparados penalmente.

Acompanhando as transformações sociais, percebe-se que não é mais adequada a interpretação que visa à tutela do comportamento sexual. A preocupação central do Estado Democrático de Direito volta-se para a dignidade da pessoa humana, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, essa pode ser assim definida:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³

Ou seja, como bem destacou o professor Renato de Mello Jorge Silveira a dignidade sexual é uma das facetas que engloba a dignidade da pessoa humana. Razão pela qual é posta a cuidado.

Entretanto, em que pese à intenção de avanço advindo com a modificação do título para a tutela penal de bem jurídico constitucionalmente protegido a designação de dignidade sexual ainda representa, para alguns doutrinadores, uma análise moral dos crimes sexuais. Posto que, não cabe ao direito avaliar a dignidade ou indignidade de determinada conduta sexual, na medida em que essa é uma perspectiva subjetiva. O plano jurídico deve ater-se a existência de autodeterminação para o ato sexual, em outras palavras, se há liberdade ou se há alguma coação, violência ou grave ameaça.⁴

Neste sentido defende-se que a denominação mais adequada ao título VI do Código Penal seria: “Dos crimes contra a liberdade sexual”. Porque a manifestação consciente de vontade, ou seja, a possibilidade de livre escolha do momento, do lugar e do parceiro para o ato sexual exclui a hipótese de crime.⁵

Adiante nas alterações promovidas pela Lei nº 12.015/09 é possível destacar que o artigo do atentado violento ao pudor foi revogado e a conduta descrita no tipo foi incorporada ao tipo do estupro (novo Art. 213, do CP). Assim também o Art. 216 (antigo crime de atentado violento ao pudor mediante fraude) foi

³ SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, p.60, 2006.

⁴ FRANCO, Alberto Silva. Apud Delmanto. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, p.691, 2010.

⁵ Parte da doutrina defende que a denominação “crimes contra a dignidade sexual” foi escolhida em virtude da manutenção no mesmo título dos crimes de ato obsceno (art.233, do CP) e escrito ou objeto obsceno (art.234, do CP)

fundido ao Art. 215 (anteriormente denominado posse sexual mediante fraude) num novo tipo sob a rubrica “violação sexual mediante fraude”. Ou seja, as condutas de conjunção carnal e outros atos libidinosos foram colocados em um crime único, isto é, devem-se interpretar estas alterações por meio do princípio da continuidade normativa típica.

Dentre as demais alterações promovidas deve-se destacar a criação do capítulo “Dos Crimes Sexuais contra vulneral” e da alteração no Capítulo V “Do lenocínio e do tráfico de Pessoa para o fim de Prostituição ou outra forma de exploração sexual”. Essas evidenciam uma mudança no âmbito de proteção da norma, que no lugar de preocupar-se com a moralidade e pudor público visa proteger contra a exploração sexual de mulheres, crianças e adolescentes.

Cabe salientar que o projeto de lei que culminou na Lei nº 12.015/09 foi apresentado após a criação de uma comissão parlamentar mista de inquérito com o objetivo de perquirir a exploração sexual infantil (requerimento nº02/2003 – CN “com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil”). A Deputada Federal à época, Ministra Maria do Rosário foi a relatora da comissão que teve ainda como presidente a Senadora Patrícia Saboya Gomes e como vice-presidente Eduardo Azeredo.

No relatório final da Comissão, sob a pretensão de permitir maior proteção às crianças e adolescentes, foi destacada a necessidade de modificação da legislação penal, mas não só desta, como também do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do Código de Processo Penal (CPP). As alterações recomendadas são justificadas constitucionalmente (Art. 227, §4º, da CF). Assim, assevera o relatório:

Sobre a legislação penal reinante pairam concepções características de época de exercício autoritário de poder - a primeira metade dos anos 40 - e de padrão insuficiente de repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, **seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. Trata-se de reivindicação antiga dos grupos e entidades que lidam com a temática, sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada quanto a termos e enfoques, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual** do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade, em especial quando tais crimes são dirigidos contra crianças e adolescentes, resultando, nesse caso, no descumprimento do mandamento constitucional contido no Art. 227, § 4º, de que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. (grifos nosso)⁶

Observa-se neste ponto, até mesmo pelo mandado de criminalização constitucional, a justificação da proposta embasada na função protetiva exercida

⁶ Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=56335> (acessado em 20 de setembro de 2013).

pelo direito penal. Função essa, legitimadora do uso da violência estatal para conter uma violência anterior.⁷ Ou seja, a intervenção penal faz-se necessária para resguardar os bens jurídicos mais caros à sociedade.

Neste sentido, verifica-se que a opção de retirar do sistema jurídico o debate acerca da presunção de violência, então prevista no Art. 224, do CP, evidencia a escolha legislativa por restringir o espaço de arbítrio judicial em situações concretas. Logo, a criminalização não poderia ser afastada (posto a gravidade da conduta) de qualquer modo quando a vítima tivesse idade menor de 14 anos. Em entrevista realizada com a Ministra Maria do Rosário a respeito da revisão do julgado da 3ª seção do STJ no caso da acusação da prática de estupro contra 3 (três) meninas de 12 anos, assim se manifestou a ministra:

A mudança no Código Penal foi feita porque já percebíamos nos **tribunais uma tendência a relativizar a condição infantil**. Mas a legislação anterior a 2009 já amparava o vulnerável. **O que nós fizemos em 2009, criando o tipo penal de estupro de vulnerável, é não deixar mais a decisão para interpretações**, explicou. (grifos nosso)⁸

O Art. 224 do Código Penal, vigente anteriormente, preceituava dentro das “Disposições Gerais” do capítulo IV a chamada presunção de violência. O referido artigo continha três alíneas as quais preconizavam que deveria ser presumida a violência nos casos em que a vítima: (a) não é maior de 14 anos; (b) é alienada ou débil mental e o agente conhecia esta circunstância; e (c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Neste cenário, diante de alguns casos concretos, especialmente nos casos de presunção de violência para os menores de 14 anos iniciou-se um debate acerca da possibilidade da presunção legal ser considerada relativa⁹. Bitencourt, antes do advento da Lei nº 12.015/09, afirmava ser a presunção relativa evocando, inclusive, a possibilidade de ocorrência de erro de tipo¹⁰. A jurisprudência dos tribunais por vezes verificando o caso em concreto afastava a presunção de violência.

Nestas situações eram consideradas as provas favoráveis ao réu como, por exemplo, a incapacidade de se aferir a idade da vítima. Nota-se que a presunção

⁷ PIRES, Álvaro P. *A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos*. Novos Estudos CEBRAP N.º 68, p.39-60, março 2004.

⁸ LIMA, Luciana. *Para Maria do Rosário, decisão do STJ impede que direitos da criança sejam fragilizados*. Agência Brasil. Brasília. Agosto de 2012. Disponibilizado em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-08-10/para-maria-do-rosario-decisao-do-stj-impede-que-direitos-da-crianca-sejam-fragilizados> (acessado em 20/09/2013)

⁹ Parte da doutrina considerava que a previsão de presunção absoluta seria inconstitucional, haja vista que a Constituição da República assegura como direito fundamental o princípio da não culpabilidade. Razão pela qual não poderia existir no ordenamento ficção jurídica que presumisse culpa.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial 4*. São Paulo. 3. ed. Saraiva: 2008. p.49.

de violência só seria afastada mediante o surgimento de provas em contrário, como, de fato se opera a presunção “*iures tantum*” e não pela possível validade do consentimento.

Historicamente, a ideia do menor de idade e dos deficientes mentais não terem capacidade para expressar sua anuência com o ato sexual provém dos estudos da Idade Média. Diante de duas passagens do Digesto, Carpuzio extrai as bases para formulação de sua teoria. Na passagem de Pompônio havia a previsão de que os dementes e interditos têm vontade nula (*nulla voluntas est*) e em Celso, que tratava do pupilo afirmando que este não tinha querer – não queria nem deixava de querer (*Nec velle, Nec volle*). Partindo destas premissas, Carpuzio conclui que quem não quer e nem pode querer, está na verdade dissentindo.¹¹

Diversas críticas foram elaboradas contra a Teoria de Carpuzio. Em verdade quem não consegue consentir tampouco seria capaz de dissentir, não poderia uma não manifestação ser interpretada como uma resistência. Hommel e Leyser alinhavam-se a tal entendimento.

No Brasil a ficção jurídica da violência foi prevista inicialmente no Código Penal de 1890. Dispunha o referido código em seu Art. 272 que a violência era feita quando o ato sexual fosse perpetrado contra menor de 16 anos. O fundamento da presunção etária, declarado pelo legislador, é a denominada *innocentia consilii* que se configura com a total inciência a respeito dos atos sexuais.

390 Importa dizer que o código penal de 1940 filiando-se a esse fundamento preocupa-se em atualizar a norma incriminadora alterando a supracitada idade para o limite de 14 anos. Assim, dispôs na exposição de motivos no item 70:

Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal da violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa inciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. **Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia [sic] de outrem.** (grifos nosso)¹²

Diante do exposto, cabe verificar como se conceitua a vulnerabilidade no âmbito do direito penal brasileiro, posto que a reprovabilidade da conduta de estupro de vulnerável é maior mesmo nos casos em que não há constrangimento ou violência.

¹¹ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: parte especial*. vol.II. 10. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais:2011.

¹² Exposição de motivos do Decreto-lei nº2.848/40, código penal, em seu item nº 70.

O conceito de vulnerabilidade

Nota-se que ao criar a denominação de vulnerável para o Capítulo II do Título VI do Código Penal, o legislador não estabeleceu um critério único para a aplicação do conceito. Assim, a depender do crime poderá ser considerado vulnerável o menor de 18 anos, tal como ocorre com o disposto no Art. 218-B, do CP. Ou, no caso do Art. 217-A (e também do Art. 218 e Art. 218-A), do CP, serão vulneráveis os menores de 14 anos e as pessoas equiparadas.

São vulneráveis por equiparação: os enfermos e doentes mentais que não possuam o necessário discernimento para a prática do ato e as pessoas que por qualquer outra causa não possam oferecer resistência. Dentro desta técnica legislativa há espaço para inserção de situações de embriaguez, ou sob efeito de substâncias entorpecentes, em coma, sob efeito de hipnose, dentre outras. Nota-se que para balizar a amplitude prevista neste parágrafo único faz-se necessário uma análise casuística e a produção de perícia.

Logo, vislumbra-se legalmente uma polissemia no termo vulnerabilidade. Assim, a semelhança dos diversos sujeitos passíveis de enquadrarem-se na situação de vulnerabilidade é preciso perceber as diversas formas que esta se reverte. Para melhor compreensão é possível se verificar a vulnerabilidade (“fragilidade”) a partir dos aspectos sociais, econômicos, familiares ou situacionais de cada ofendido.

Dito isto a vulnerabilidade pode ser, de acordo com João Daniel Rossi, compreendida partindo-se de duas acepções distintas: por um lado como capacidade de compreensão e por outro como vício de consentimento.¹³ Considerando esta distinção a vulnerabilidade presente no Art. 217 – A, do CP, amolda-se ao aspecto de vulnerabilidade como capacidade de compreensão, como já exposto anteriormente, essa vulnerabilidade parte da “*innocentia consilii*”.

Entretanto, e sobre isso se debruça parte da doutrina, qual seria o grau de vulnerabilidade existente nos adolescentes entre 12 e 14 anos? Visto que, em uma análise sistemática, as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) admitem certa capacidade de compreensão para os maiores de 12 anos na medida em que lhes permite a imposição de sanções (no caso medidas socioeducativas).

Neste sentido, o professor Bitencourt desenvolve uma importante distinção também no âmbito da vulnerabilidade, admitindo a hipótese de vulnerabilidade relativa, nos termos de um duplo juízo de cognição. De início, deve-se compreender que presunção absoluta de vulnerabilidade é distinta de vulnerabilidade absoluta.

Para ele, haveria uma análise anterior a respeito da presunção absoluta ou relativa (ainda que implícita) da vulnerabilidade, ao passo que há também hipóteses de vulnerabilidade relativa ou absoluta. Diante deste cenário prossegue a questão da avaliação da presunção absoluta ou relativa ser anterior a análise do

¹³ RASSI, João Daniel. *A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro*. São Paulo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.92, p.61-93, set.-out.2011, ano 19.

Assim, para que haja (ou não) o enquadramento como vulnerável, importante também observar que além da situação fática a condição pessoal da suposta vítima. Neste sentido, em razão de mudanças sociais alterações comportamentais, e até fisiológicas, se consolidaram e, atualmente, os adolescentes estão ingressando na puberdade mais cedo, o que leva ao desenvolvimento corporal precoce e aparência de maior idade.

Antes do advento da Lei nº 12.015/09, quando havia a não aplicação do disposto no Art. 224, “a”, do CP, em verdade, eram considerados, na maioria das vezes, esses aspectos supramencionados. Este fator social não pode ser dissociado do direito, contudo, deve ser analisado cuidadosamente.

O aspecto que não deve ser confundido nestes casos é justamente a consideração feita a partir da experiência sexual do menor. Isto é, partir da ponderação se o adolescente é ou não corrompido, prostituído ou já iniciado sexualmente não basta para o afastamento da presunção de violência (nos casos de condutas realizadas antes da alteração legislativa) e tampouco para o não enquadramento como vulnerável.

O caso largamente propalado decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁷ no tocante a configuração de estupro de três adolescentes, por exemplo, chamou mais atenção pelos termos nos quais a atipicidade foi declarada. Neste caso, julgado em março de 2012, o qual o número do processo não foi divulgado em razão do sigilo processual, uma análise superficial conduziu o interlocutor a um dos dois extremos: condenar veementemente a decisão da 3ª Seção do STJ ou considerá-la digna de aplausos.¹⁸

Inicialmente, é importante destacar que o fato foi praticado antes da alteração legislativa de 2009, portanto foi afastada a aplicação do Art. 224, do CP (já revogado). No acórdão da 3ª Seção a Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura afirmou que não poderia haver condenação no caso do bem jurídico tutelado pela norma penal não ter sido violado.

A Ministra destacou que não se poderia ignorar que o direito deve acompanhar as alterações sociais e, portanto que não poderia ser usado o direito penal em fatos como este que se apresentou, posto que a própria natureza das coisas afastou a prática do injusto:

¹⁷ Diversas organizações defensoras dos Direitos Humanos e dos direitos da Criança e Adolescente, incluindo a própria Organização das Nações Unidas (ONU) e a Secretaria Especial da Presidência da República criticaram a decisão.

¹⁸ Inicialmente o caso foi julgado pela 5ª Turma que entendeu pela condenação, reformando as decisões favoráveis obtidas em primeiro grau e no Tribunal local, no entanto, a defesa apresentou embargos de divergência o que levou o caso para julgamento na 3ª seção. Por maioria dos votos o entendimento que prevaleceu foi da relatividade da presunção de violência. Contudo diante da repercussão negativa desta decisão o STJ recuou e por motivo técnico – intempestividade do recurso da defesa - desconsiderou a decisão anteriormente tomada.

O direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais (...) Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual –, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo¹⁹

A questão ora apreciada neste julgado se mantém relevante na medida em que a alteração legislativa – de presunção de inocência para o conceito de vulnerabilidade – não é capaz de suprimir tais realidades. Ou seja, ainda que a intenção legislativa tenha sido sufocar as discussões em torno da relatividade da presunção elas seguem diante dos casos de estupro de vulnerável, posto que a iniciação sexual de menores de 14 anos é uma questão fática.

A decisão da 3ª Seção, do STJ em que pese ter sido reformada e o entendimento retrocedido para a condenação do réu provocou maior alarde ao se fundar no fato das menores “já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data”. Parece claro, neste caso particular que as vítimas consentiram com o ato, porém, a situação de prostituição impõe a reflexão em outros termos.

394

Diante disto, o que não pode ser ignorado é que o contexto de prostituição é um cenário de vulnerabilidade no qual as menores estão inseridas. Em razão deste aspecto central caberia à proteção da dignidade sexual das vítimas, independente do aspecto etário, visto que a prostituição em si representa uma diminuta oportunidade de escolha de qualquer indivíduo, especialmente de adolescentes.²⁰

Portanto, em que pese a mãe de uma das vítimas no caso afirmar que a filha “enforcava aula” [sic] para ficar na praça e se prostituir em troca de dinheiro. O que deve ser considerado não é a capacidade para o consentimento, porém, como proteger os menores de serem impulsionados para a situação de prostituição.

Tal questão, não poderá ser efetivada com o mero agravamento do tipo do estupro para as situações de vulnerabilidade. A aplicação do direito penal acaba por selecionar indivíduos, há uma escolha sobre qual conduta terá persecução penal, alguns poucos casos chegam até o poder judiciário. Ainda que ocorra a condenação desses casos não é possível afirmar que o objetivo de prevenção geral será concretizado.

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça. Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175 (acessado em 1º de outubro de 2013)

²⁰ CARVALHO, Giselene Mendes de. CHAGAS, Edmar José. O STJ e a polêmica em torno do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro. Boletim do IBCCRIM, nº236, p.8-9, julho/2012

O consentimento como causa excludente da tipicidade

Nos delitos sexuais a discordância da vítima é o ponto central da construção das figuras típicas, a falta de anuência do ofendido é o que define a ocorrência do injusto. Dito de outra forma o consentimento²¹ figura nos crimes sexuais como causa excludente da tipicidade, porque em casos de figuras típicas conformadas a partir da contrariedade em relação à vontade do sujeito passivo (*invito laeso*), na medida em que há a expressão da vontade cessa a ideia de crime.

Ou seja, a partir do momento em que há anuência para a prática do ato sexual este deixa de ser um ato criminalizado, em que pese não haver previsão legal expressa para a aquiescência. Entretanto, para que o consentimento gere o efeito da atipicidade é imprescindível verificar a forma pela qual este se deu. Para ser considerado válido o consentimento deve pautar-se pela liberdade de ação e capacidade de compreensão do ato.

Assim, haverá consentimento válido e eficaz quando, inicialmente, for manifestado pelo próprio sujeito envolvido no ato sexual. Este consentimento deve ser livre e idôneo, isto é, isento de fraude ou qualquer vício e coação que maculem a vontade. Ademais, exige-se que a concordância se dê previamente ao ato e que a pessoa ao anuir tenha consciência e discernimento da dimensão do ato praticado.²²

No caso do preceito do Art. 217-A será desconsiderada exatamente essa capacidade de consentir com as práticas sexuais para os indivíduos abrangidos pelo aspecto da vulnerabilidade. Como dito anteriormente, o legislador no ano de 1940 ao estabelecer o critério etário para a presunção de violência baseou-se na *innocentia consilii*, logo sua preocupação era salvaguardar menores que não tinham plena consciência da prática sexual e tampouco alcançariam a amplitude de seus atos.

²¹ Os professores Zaffaroni e Pierangeli em seu livro *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol.1, Revista dos Tribunais, 7. ed. São Paulo: 2007 sob a perspectiva da tipicidade conglobante, diferenciam os conceitos de consentimento e acordo. Em sua visão o acordo seria a causa de exclusão da Tipicidade, assim afirmam: “Acordo é uma forma de aquiescência que configura uma causa de atipicidade, mas que deve ser cuidadosamente diferenciada do consentimento, que só pode ser um limite a alguma causa de justificação. O acordo é precisamente o exercício da disponibilidade que o bem jurídico implica, de modo que, por maior que seja a aparência de tipicidade que tenha a conduta, jamais o tipo pode proibir uma conduta para a qual o titular do bem jurídico tenha prestado sua conformidade (...)” p.478. Em sentido contrário, a esta perspectiva dualista, os professores Carlos Eduardo Japiassú e Artur Gueiros, *Curso de direito Penal*, Rio de Janeiro: Elsevier, 1. ed., p 2011: “Esta classificação do consentimento, no entanto, recebe críticas por não se basear em um critério distintivo idôneo, podendo produzir soluções arbitrárias do ponto de vista dogmático, principalmente em relação à necessidade de manifestação de vontade do consciente, que seria exigível apenas nos casos de consentimento-justificação.

Neste sentido, o consentimento é considerado apenas como causa de exclusão da tipicidade. Acordo e consentimento devem ter o mesmo tratamento dogmático, sendo desnecessária mesmo a utilização de tal nomenclatura.” p.220.

²² PIERGANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido na teoria do delito. 3. ed. São Paulo: RT, p.243, 2001.

O critério etário estabelecido para a caracterização de vulnerável

O critério etário estabelecido para fixar a idade na qual o consentimento pode ser considerado válido foi alterado no código de 1940, como visto anteriormente, para uma melhor adequação aos parâmetros sociais da época. As alterações promovidas no código penal pela Lei nº 12.015/09, ao pretexto de proporcionar maior proteção aos menores de 18 anos manteve o limite etário então estabelecido no revogado, Art. 224, alínea a, do CP. No entanto tal critério aparece distanciado da realidade social.

De início, destaca-se que os critérios cronológicos são, por vezes, estabelecidos por “convencionalidade”. Posto que, é difícil sustentar objetivamente em qual momento o indivíduo adquire discernimento suficiente para se autodeterminar. É delicado, por exemplo, verificar uma grande diferença de maturidade ou de construção da personalidade em casos de práticas de delitos por um adolescente que completou 18 anos no dia anterior ao fato criminoso.

Assim, observa-se que no âmbito internacional a Organização das Nações Unidas (ONU) ao criar a Convenção de Direitos da Criança, de 1989, assevera em seu Art. 1º que todo o ser humano menor de 18 anos é considerado criança para todos os efeitos de proteção internacional.²³ Ainda no plano internacional há o reconhecimento pela Organização Mundial de Saúde (OMS) do alargamento do período de vida definido como adolescência.

396

Esta organização indica que a adolescência compreende o período de 10 até os 19 anos, 11 meses e 29 dias. Observa-se que as mudanças nestes parâmetros etários são um fenômeno complexo que abrangem transformações sociais, psicológicas, culturais e biológicas (como por exemplo, a antecipação do início da puberdade com o surgimento da Menarca).²⁴

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) fixa em seu Art. 2º, para caracterização de criança, a idade de zero até 12 anos incompletos e a partir dos 12 anos até os 18 o indivíduo será considerado adolescente. Todos estes marcos etários fundamentam-se em critérios biológicos e sociais com o fim de estabelecer uma maior proteção para os seres humanos em formação.

Neste cenário, faz-se referência também ao padrão etário adotado pelo ordenamento pátrio ao fixar a idade núbil de 16 anos, como preconiza o Art. 1.517, do Código Civil (C.C.), o que demonstra, em certa medida, o reconhecimento da capacidade do livre exercício da autonomia sexual. Ou seja, o próprio Estado reconhece que em virtude de desenvolvimento fisiológico e aptidão para a procriação e diante da dificuldade de se aferir individualmente as

²³ ONU, Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf (acessado no dia 3 de outubro de 2013)

²⁴ RANÑA, Wagner. Os desafios de adolescência. *Revista Viver, Mente e Cérebro*. Ano XIV, nº155, p.42-47, dezembro de 2005.

condições psíquicas de maturidade e de vivência presume-se um limite mínimo de idade.²⁵

Diante disto, não é possível verificar a ocorrência de crime de estupro partindo-se isoladamente do elemento do tipo referente à idade de 14 anos. Isto porque este elemento não deve ser considerado em caráter absoluto, mas sim como um componente normativo do tipo, justamente por existir concretamente distinções entre os jovens que transpassam aspectos biológicos. Ou seja, a faixa etária deve ser valorada nos casos específicos haja vista o ECA conferir uma relativa capacidade de compreensão para os maiores de 12 anos.

Afirma-se, portanto que não há uma vulnerabilidade absoluta dos maiores de 12 e menores de 14 anos exigindo-se em uma análise casuística para a aferição da existência ou não da vulnerabilidade. Dentre os aspectos relevantes para a configuração do delito tem-se a caracterização do abuso, proveniente do desequilíbrio entre as partes envolvidas no ato sexual e a existência de temor, coação, aproveitamento do menor como instrumento de satisfação da lascívia do agente ativo do crime.

A existência destes outros elementos demonstra que a liberdade e autonomia sexual do menor estão sendo tolhidas e por isso o saudável desenvolvimento de sua sexualidade será prejudicado (os traumas psíquicos advindos de tais abusos são por vezes irreparáveis).

Fato que não pode deixar de ser considerado é que a situação de vulnerabilidade pode ser caracterizada pela idade da vítima²⁶, contudo, não será sempre seu elemento fundante. Quando se pensa em criança o elemento idade é primordial haja vista que não é admitido para os menores de 12 anos a atribuição de qualquer responsabilidade, ou capacidade de entender determinadas condutas. Entretanto, na faixa etária dos maiores de 12 e menores de 14 anos, o que se defende é que este elemento etário foi definido de forma convencional. Ou seja, houve uma repetição da idade estabelecida originariamente no Código Penal.

Portanto, considerando que o ECA reconhece a relativa capacidade de entendimento para os adolescentes, lhes atribuindo medidas socioeducativas pela prática de ato infracional, infere-se que a situação dos maiores de 12 anos é diferenciada. Analisando aspectos biológicos (como a antecipação da puberdade) e aspectos sociais (o número de informações disponíveis) afasta-se a vulnerabilidade baseada na *innocentia consilii* para alguns adolescentes. Assim para a caracterização, no caso concreto, do tipo do estupro de vulnerável é necessário pautar-se em outros critérios, precipuamente, a exploração sexual ou o abuso sexual. Estes critérios por si só afastam qualquer consentimento.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol.VI. Ed. Saraiva, São Paulo, 2007. p.35. Destaca-se que o casamento é hipótese de emancipação legal prevista no art. 5º, parágrafo único, II, do CC.

²⁶ JORIO, Israel Domingos. Op. Cit.

Conclusão

O presente artigo objetivou apresentar de forma crítica que o conceito de vulnerabilidade para os menores de 14 anos e maiores de 12 não pode ser absoluto. O próprio legislador já na década de 40 admitia a necessidade de atualização da norma para adequá-la a realidade social. Atualmente, em que pese à intenção positiva do conceito de vulnerabilidade, no lugar da presunção de violência, qual seja, viabilizar a maior proteção possível para os menores, esta acabou por promover grandes distorções.

Não serão todos os menores de 14 anos que se enquadram no estereótipo pensado para a norma penal. Como é comum ao direito, há uma tentativa de criar padrões para que o tipo penal possa respeitar o princípio da taxatividade. Entretanto, considerando o nível de abstração inerente às normas a perfeita adequação destas ao conflito concreto, com frequência, significa agregar outros elementos. Por tal razão, tem-se que o conceito de vulnerável deve ser analisado como um elemento normativo do tipo, ou seja, que exige uma valoração por parte do julgador.

Soma-se a este entendimento a existência no ordenamento pátrio de previsão de atribuições de responsabilidade para menores, como ocorre no ECA, ao prever a atribuição de medida socioeducativa para os adolescentes. Ademais, considerando que a intenção dos legisladores em 2009 foi aumentar a proteção da criança e do adolescente o enfoque deve ser para as situações de exploração sexual e abuso sexual, as quais são verdadeiramente danosas e retiram do menor sua liberdade.

Logo, criminalizar casos nos quais jovens vivenciam situações de maior afeto e intimidade no desenvolvimento da sexualidade não está ampliando a proteção deles e sim contribuindo para o aumento da cifra negra e reafirmação da seletividade inerente ao sistema penal. Isto é, os crimes sexuais em geral ocorrem no âmbito privado, o que por si só dificulta a persecução penal; e em especial o Art.217-A, por não prever nenhuma violência, dificilmente chegará às instâncias formais. Isso frustra a proteção almejada para as crianças e adolescentes.

Referências bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte especial 4. 3. ed. São Paulo, Saraiva: 2008.
- _____. *O conceito de vulnerabilidade e violência implícita*. Revista consultor jurídico. Jun de 2012, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita> (acessado dia 30 de setembro de 2013)
- BRASIL. Código Penal, decreto-lei nº 2.848 de 1940.
- CARVALHO, Giselene Mendes de. CHAGAS, Edmar José. O STJ e a polêmica em torno do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro. Boletim do IBCCRIM, nº236, p.8-9, julho/2012
- CONGRESSO NACIONAL. Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, criada pelo Requerimento nº 02 de 2003- CN. Poder Legislativo, Brasília, julho de 2004.

- Disponível em <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=56335&tp=1>> (acessado em 20 de setembro de 2013)
- FRANCO, Alberto Silva. Apud Delmanto. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Japiassú. *Curso de direito Penal*, 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol.VI. Ed. Saraiva, São Paulo, 2007. p.35. Destaca-se que o casamento é hipótese de emancipação legal prevista no art.5º, parágrafo único, II, do CC.
- JORIO, Israel Domingos. *Vulnerabilidade Relativa, Sim!* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 236, p.8-9, julho/2012.
- LIMA, Luciana. *Para Maria do Rosário, decisão do STJ impede que direitos da criança sejam fragilizados*. Agência Brasil. Brasília. Agosto de 2012. Disponibilizado em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-08-10/para-maria-do-rosario-decisao-do-stj-impede-que-direitos-da-crianca-sejam-fragilizados> (acessado em 20/09/2013)
- ONU, Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf (acessado no dia 3 de outubro de 2013)
- PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido na teoria do delito. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- PIRES, Álvaro P. *A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos*. Novos Estudos CEBRAP N.º 68, p. 39-60, março 2004.
- PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: parte especial*, vol.II. 10 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais:2011.
- RANÑA, Wagner. Os desafios de adolescência. *Revista Viver, Mente e Cérebro*. Ano XIV, nº155, p.42-47, dezembro de 2005.
- RASSI, João Daniel. *A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 19, vol.92, p.61-93, set.-out, 2011.
- SARLET, Ingo W. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Por um novo Direito Penal Sexual: A moral e a questão da honestidade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 9, nº33, p.133-158, jan.-mar.2001.
- Superior Tribunal de Justiça. Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175 (acessado em 1º de outubro de 2013)
- ZAFFARONI, Raul E.; PIERANGELI J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*.Vol.1, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O compromisso da testemunha no processo penal¹

Rodrigo Fraga Pinto²

Resumo

O trabalho em tela tem como foco elucidar o real valor do compromisso prestado pela testemunha no processo penal, traçando os aspectos penais que norteiam a prova testemunhal, com a falta da verdade e a incidência no crime de falso testemunho, com previsão no artigo 342 do Código Penal.

Palavras-chave: Teoria da prova; compromisso; informante; falso testemunho.

Abstract

The work focuses on screen elucidate the real value of the commitment given by the witness in criminal proceedings, tracing the criminal aspects that guide the testimonial evidence, the lack of truth and the incidence of crime of perjury, expected in article 342 of the Code criminal.

Keywords: Theory of evidence; witness; commitment; informant; perjury.

401

Introdução

A prova testemunhal, retratada por parte da doutrina como “os olhos e ouvidos da justiça” e, *in contrarium sensum*, execrada pelos que a situam como a “prostituta das provas”, possui diante do nosso sistema processual do livre convencimento motivado a justa medida na valoração dada pelo magistrado.

É cediça a importância da prova testemunhal no processo penal, o que se espelha pela sua grande incidência no decorrer da quase totalidade das ações penais em curso no foro criminal.

Temos a testemunha dita numerária, onde encontramos o compromisso de dizer a verdade, e a testemunha denominada informante, que não presta o citado compromisso. Quais as reais e concretas diferenças entre as citadas testemunhas?

Neste diapasão, têm-se o crime de falso testemunho (artigo 342 do Código Penal), e a dicotomia quanto os tipos de testemunhas que podem figurar como sujeito ativo do citado crime.

¹ Artigo Científico para a conclusão de Bacharelado em Direito da Faculdade de Direito de Valença, do Centro de Ensino Superior de Valença, da Fundação Educacional Dom André Arcoverde.

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Valença, Fundação Educacional D. André Arcoverde (FAA), e-mail: rodrigofrato@hotmail.com.

Vislumbra-se um resquício deste sistema a muito ultrapassado no artigo 486 do Código de Processo Penal⁵, tratando sobre o Tribunal do Júri.

No **sistema das regras legais** ou da **prova tarifada**, tem-se o poder entregue ao legislador em detrimento do magistrado, criando-se uma tabela de provas, determinando a cada meio de prova um valor.

Fernando Capez, dissertando sobre o tema, destaca:

(...) a lei impõe ao juiz o rigoroso acatamento a regras preestabelecidas, as quais atribuem, de antemão, o valor de cada prova, não deixando para o julgador qualquer margem de discricionariedade para emprestar-lhe maior ou menor importância. Não existe convicção pessoal do magistrado na valoração do contexto probatório, mas obediência estrita ao sistema de pesos e valores imposto pela lei⁶.

Neste sistema, compete ao juiz, em uma operação meramente matemática, computar as provas e seus valores pré-fixados legalmente. Aplica-se o sistema das regras legais no artigo 158 do CPP⁷, uma vez que dos crimes que deixam resquícios, a prova pericial se sobrepõe a confissão, no entanto, pode ser suprida pela prova testemunhal, nos termos do artigo 167 do CPP⁸. Neste sentido, a confissão é dita como a rainha das provas.

No entanto, trata-se do denominado **sistema da livre convicção**, da **persuasão**, **verdade real** ou **livre convencimento motivado** o adotado como regra pelo Código de Processo Penal brasileiro.

O mestre Edilson Mougnot Bonfim define a finalidade do citado sistema, com as seguintes palavras:

O sistema da persuasão racional é uma maneira de garantir flexibilidade aos julgamentos, evitando situações manifestamente injustas ensejadas pela adoção cega do sistema da prova legal, sem, por o outro lado, recair no excessivo arbítrio concedido aos juizes do sistema do livre convencimento absoluto, permitindo um controle objetivo sobre a legalidade das decisões⁹.

Neste sistema, mesmo tendo o juiz a liberdade na valoração das provas, faz-se necessário fundamentar o caminho do seu entendimento, conforme o preceito constitucional previsto no artigo 93, IX¹⁰. Assim, “o juiz está adstrito às provas carreadas

⁵ Art.486 do CPP: Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7(sete) delas a palavra sim, 7 (sete) a palavra não.

⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁷ Art. 158 do CPP: Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

⁸ Art. 167 do CPP: Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá supri-la a falta.

⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. Ob. Cit. p. 325.

¹⁰ Art. 93, inciso IX da CRFB: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em

(...) testemunha é a pessoa que, perante o juiz, declara o que sabe acerca dos fatos sobre os quais se litiga no processo penal ou as que são chamadas a depor, perante o juiz, sobre suas percepções sensoriais a respeito dos fatos imputados ao acusado¹⁵.

Assim, ante o princípio genérico adotado no Processo Penal Brasileiro, qualquer pessoa, não se considerando a idade, o gênero ou a nacionalidade, pode figurar como testemunha.

São características da prova testemunhal apontadas pela doutrina, em regra: a) **Judicialidade** (produção em juízo); b) **Oralidade** (colhida através da narrativa verbal prestada); c) **Objetividade** (depoimento sem externar opiniões ou emitir juízos valorativos); d) **Retrospectividade** (dá-se sobre fatos pretéritos, sobre o que assistiu); e) **Imediação** (dizer sobre o que captou imediatamente através dos sentidos); f) **Individualidade** (depoimento prestado de forma isolada dos demais).

O dever de testemunhar é imposto, conforme o artigo 206 do CPP, conforme exposto a seguir:

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o a fim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Eis o conflito quando, cediço da imposição legal de falar a verdade à testemunha, traz-se a esta o direito de permanecer em silêncio, expresso na frase latina *nemo tenetur se deteger* (ninguém pode ser obrigado a se pôr a descoberto) ou *Nemo tenetur se ipsum accusare* (ninguém pode ser obrigado a acusar-se)¹⁶, com guarida no artigo 5º, LXIII da Constituição da República de 1988¹⁷.

Nestes termos, os Tribunais Superiores tem firmado o entendimento de que poderá a testemunha valer-se de tal direito, quando o seu testemunho acarretar emauto-incriminação. Assim segue a jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça**:

Processo:2005/0138607-5 HC 47125/SP
Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Órgão Julgador: T6 – SEXTA TURMA
Data de Julgamento: 02/05/2006Data de Publicação: 05/02/2007
Ementa:HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FALSO TESTEMUNHO. ADVOGADO. PARTICIPAÇÃO. CABIMENTO.

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. Ob. Cit.p.292.

¹⁶PEREIRA, Márcio Ferreira Rodrigues. *Testemunha e direito ao silêncio: pode a testemunha invocá-lo*. Disponível em<<http://jus.com.br/revista/texto/18319/testemunha-e-direito-ao-silencio-pode-a-testemunha-invoca-lo>>.

¹⁷Art.5º, LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (CRFB/88)

que pressupõe um estado ou condição individual de fato (padre, irmã de caridade etc.). **Ofício**, a ocupação habitual consistente em prestação de serviços manuais (mecânico, eletricista, datilógrafo, digitador etc.). **Profissão** é toda e qualquer forma de atividade habitual com fim de lucro (advogado, médico, engenheiro)¹⁹. (**grifo nosso**)

Estas, mesmo desobrigadas, querendo, poderão depor, sob o dever de dizer a verdade, não se exigindo “*o compromisso do art. 203 (promessa de dizer a verdade), conforme previsto na parte final do art. 214, embora a própria lei (art.207, in fine), faça menção expressa ao vocábulo testemunho, e não a declarações elou informações.*”²⁰

Destaca-se ainda a razão da citada norma, e o tratamento constitucional da matéria, no magistério de Sérgio Demoro Hamilton:

A ratio legis reside na circunstância de que o depoimento de tais pessoas constituiria crime de violação de segredo profissional (art. 154 do CP). A Constituição Federal, da mesma forma, considera que os deputados e senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações (art. 53, § 6º)²¹.

Ainda cumpre definir o conceito da testemunha inidônea e a incapaz, nas preleções de Fernando Capez, *in verbis*:

Testemunha inidônea, defeituosa ou suspeita é aquela que, por motivos psíquicos ou morais, não pode ou não quer dizer a verdade. Testemunha incapaz é aquela que, por condições pessoais e fundada na ordem pública, está proibida de depor, ao passo que a suspeita é a que, por vários motivos, tem a sua credibilidade afetada²².

Embora a testemunha também seja inquirida na fase do inquérito policial (artigo 6º, III do CPP), seu depoimento, obrigatoriamente, terá que sofrer a sabatina do contraditório, como ocorre com todos os demais meios de prova.

No que tange aos fatos, a estes são atribuídas duas naturezas, a saber: na primeira volta-se para a *causa pretendi*, não sendo esta demonstrada, o réu será absolvido (artigo 386 do CPP); na segunda, têm-se dados fornecidos por testemunhas, ditas instrumentárias, que mesmo nada sabendo sobre o fato criminoso em si, interessam ao processo, atestando a validade de determinado ato, nos termos do artigo 6º, V e 226, IV do CPP. Estas não são desprovidas de valor, podendo implicar na decisão do processo e, eventualmente apresentam importância para o deslinde da lide penal.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 10. ed. p. 578. Saraiva: São Paulo, 2007.

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 3. ed., p.414, “Del Rey”, 2004.

²¹ HAMILTON, Sérgio Demoro. *O compromisso a testemunha no processo penal*. Ob.cit.p.313.

²² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. Ob. cit.p.284.

No Brasil não há o dito *juramento promissório*, anterior ao depoimento, nem o denominado *juramento confirmatório*, prestado após, de forma solene e de caráter religioso pela qual Deus é invocado como fiador da testemunha.

Tem-se o tratamento da testemunha compromissada, com a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, a partir do artigo 203 do CPP, que ora transcrevo, *verbis*:

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Dissertando sobre a referência do artigo 203 acerca do compromisso de dizer a verdade, o jurista Eugênio Pacelli de Oliveira:

Nota-se, de imediato, que não se trata de *juramento*, assim como não se cuida de *perjúrio* o depoimento ou a perícia prestados falsamente.

Parece-nos, contudo, que a exortação prevista no citado art. 203, em quase alude à *promessa* e à *palavra de honra*, cumpre função unicamente no campo do convencimento da existência de um dever moral de dizer a verdade, dever, aliás, devido aos membros da comunidade e à moral por esta professada²⁹.

Em regra, toda testemunha obrigatoriamente deverá prestar compromisso, no entanto, a obrigatoriedade não é absoluta. Apenas as pessoas indicadas nos artigos 208 e 401, §1º *c/c* 394, § 5º do CPP são dispensadas do compromisso, ditas pela doutrina, como informante.

Pelas lúcidas palavras do mestre Fernando da Costa Tourinho Filho:

A nós nos parece que quando da elaboração do CPP, nos idos de 1940, o legislador, ainda preso à ideia de que a testemunha para ser sujeito ativo do falso devia prestar juramento ou compromisso, tal como exigido pelo Código de 1890 (Art. 261. *Asseverar em juízo como testemunha, sob juramento ou afirmação, que seja o estado da causa e a natureza do processo, uma falsidade; ou negar a verdade...*), e, não pretendendo envolver o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do réu num processo criminal por falso testemunho, porquanto as relações de família deviam e devem sobrepor-se ao interesse público, desobrigou-os daquele compromisso³⁰.

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Ob. cit. p.407.

³⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. Ob. cit. p.580/581.

Assim, traz-se a seguinte finalidade do art. 208, *in fine* do CPP, quando desobriga as pessoas referidas no art. 206 de prestar o compromisso, com o intuito de proteger o vínculo familiar, considerando que a “*familia é a base da sociedade e, constitucional e legalmente, tem especial proteção do Estado*”³¹

O valor da promessa e a consequência prática da falta de compromisso

O valor probatório da prova testemunhal é fruto de acalorados debates, sendo cedida a falibilidade dos sentidos humanos. No entanto, não há sistema probatório que lhe negue um lugar mais ou menos importante entre as demais classes de prova³².

As testemunhas compromissadas farão, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade acerca do que souberem e lhes for perguntado, cumpre estabelecer o valor da promessa e, por conseguinte, a consequência prática da falta de compromisso.

O jurista Guilherme de Souza Nucci³³ sustenta que o compromisso é vital para que o depoente possa responder pelo crime previsto no artigo 342 do Código penal, conferindo-lhe relevo especial.

Em sentido oposto, para o processualista Espínola Filho³⁴, o compromisso não passa de “simples garantia formal” sem a qual o depoimento poderá ser igualmente valioso, observando que o juiz, no sistema de livre apreciação, pode basear sua convicção nas informações de testemunha não compromissada, dispensando a fala das compromissadas. Desta forma, ao compromisso é conferido mínimo valor, sendo mera “garantia formal” e que em nada influi no valor do depoimento da testemunha. Neste entendimento, na ausência de compromisso repercutiria em mera irregularidade formal do ato.

Para o jurista Fernando da Costa Tourinho Filho, “*o compromisso, já se disse, é um meio de que se vale o legislador para pressionar a testemunha a dizer a verdade. (...) Ele contribui para despertar a consciência e a moral da testemunha.*”³⁵

Cumprido destacar a posição de Damásio E. Jesus³⁶, para quem o crime de falso testemunho surge da desobediência ao dever de afirmar a verdade “que não deriva do compromisso”.

Neste diapasão, o mestre Eugênio Pacelli de Oliveira, *in verbis*:

³¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p.653, 9. Ed., Atlas, São Paulo, 2001.

³² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. Ob. cit.p.305.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. p.412, 3. ed., Revista dos Tribunais, 2004.

³⁴ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Anotado*, Vol.III, p. 97. Borsoi, Rio de Janeiro, 1965.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 10. ed. p.570. Saraiva: São Paulo, 2007.

³⁶ JESUS, Damásio E. *Código Penal Anotado*. Saraiva. p. 1061, 2002, São Paulo.

(...) a imposição do dever de dizer a verdade, como regra de direito e não como regra moral, decorre é do previsto no art. 206, primeira parte. É por isso que, ainda que o juiz da causa tenha se esquecido de tomar o compromisso da testemunha, não estará dispensada ou desobrigada do dever de dizer a verdade³⁷.

Salientam-se, as palavras de Helio Tornaghi³⁸, na direção de que a diferença entre informantes e testemunhas, presente no sistema das provas legais, não é vislumbrada no sistema da livre convicção, não cabendo isenção a nenhuma testemunha do dever de lealdade, punindo-se toda testemunha falsa (artigo 342 do Código Penal).

Aspectos penais que envolvem a testemunha

A testemunha que *fizer afirmação falsa, negar a verdade ou calar a verdade* ensejará no crime de falso testemunho, com previsão legal no artigo 342 do Código Penal Brasileiro:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Trata-se de um *crime de mão própria*, nas definições de Rogério Greco:

Crime de mão própria, como sugere a sua própria denominação, é aquele cuja execução é intransferível, indelegável, devendo ser levado a efeito pelo próprio agente, isto é, “com suas próprias mãos”, para entendermos literalmente o seu significado. São infrações penais consideradas *personalíssimas*, onde somente determinada pessoa, e mais ninguém, pode praticá-la³⁹.

No que tange ao tipo objetivo do crime, dá-se as lições do jurista Celso Delmanto:

Três são os comportamentos incriminados: a. Fazer afirmação falsa. Trata-se de conduta comissiva, na qual o agente afirma inverdade. b. Negar a verdade. Nesta hipótese, o sujeito ativo nega o que sabe. c. Calar a verdade. Nesta última modalidade, o agente silencia, omite o que sabe (é a chamada *reticência*)⁴⁰.

Destaca-se, que o citado crime não comporta a modalidade culposa, e assim, “o engano ou esquecimento exclui o *dolo*”⁴¹, nas palavras de Celso Delmanto.

³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Ob. cit. p.408.

³⁸ TORNAGHI, Helio. *Curso de Processo Penal*, vol. I, p.412, Saraiva, 1989.

³⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Vol. II. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

⁴⁰ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*, 6. ed., Renovar, 2002

⁴¹ DELMANTO, Celso. Ob. Cit. p.619.

Habeas Corpus 92836 – SP – 2007/0246973-3
Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Órgão Julgador: Sexta Turma
Data do Julgamento: 27/04/2010 Data da Publicação: 17/05/2010
Ementa: PENAL E PROCESSUAL. FALSO TESTEMUNHO. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. RELAÇÃO DE AFETIVIDADE. RÉU MARIDO DA DEPOENTE. PRECEDENTE DO STJ.

1 - **Para a caracterização do crime de falso testemunho não é necessário o compromisso.** Precedentes.

2 - **Tratando-se de testemunha com fortes laços de afetividade (esposa) com o réu, não se pode exigir-lhe diga a verdade, justamente em detrimento da pessoa pela qual nutre afeição, pondo em risco até a mesmo a própria unidade familiar. Ausência de ilicitude na conduta.**

3 - Conclusão condizente com o art. 206 do Código de Processo Penal que autoriza os familiares, inclusive o cônjuge, a recusarem o depoimento.

4 - Habeas corpus deferido para trancar a ação penal.
(grifo nosso)

A dicotomia quanto à figuração do informante como sujeito ativo de falso testemunho possui duas correntes doutrinárias divergentes, destacadas por Julio Fabbrini Mirabete:

(...) concluindo uma corrente jurisprudencial e doutrinária pela afirmativa, já que é ele considerado como testemunha. Entretanto, se a lei não submete o informante ao compromisso de dizer a verdade, o que o distingue da testemunha compromissada, não pode ele cometer o ilícito em apreço, conforme se assinala em outra corrente⁴⁴.

413

Eugênio Pacelli de Oliveira traz a possibilidade de o informante encontrar-se obrigado a dizer a verdade, no entanto, destacando a dificuldade em responsabilizá-lo pelo crime de falso testemunho:

As pessoas arroladas no art. 206, parentes do acusado, podem se recusar a depor, ou, mesmo quando ouvidas, não têm o dever de dizer a verdade, salvo quando for o único meio de obtenção da prova ou de sua integração, consoante a ressalva da parte final do mesmo dispositivo. Neste último caso, ainda que delas não se tome o compromisso (conforme art.208), a lei exige o dever de depor, e, com isso, o dever de dizer a verdade. Evidentemente, será muito difícil, quando não praticamente impossível, querer responsabilizar criminalmente o parente do art. 206, quando exigido o seu depoimento, por que, em regra, teria o mesmo agido em estado de necessidade, ou por quaisquer outras formas de exclusão de ilicitude ou mesmo de culpabilidade⁴⁵.

⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. Ob. cit.p.296.

⁴⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Ob. cit. p.413.

Relator.: Ministro Jorge Mussi

Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA

Data de Julgamento: 04/10/2011 (Publicação: 11/10/2011)

Ementa: PENAL. FALSO TESTEMUNHO. CRIME DE NATUREZA FORMAL. RESULTADO NATURALÍSTICO. NÃO EXIGÊNCIA.

1. É pacífico, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que o crime de falso testemunho é de natureza formal, consumando-se no momento da afirmação falsa a respeito de fato juridicamente relevante, aperfeiçoando-se quando encerrado o depoimento.

2. Agravo regimental improvido.

(grifo nosso)

Assim, conclua-se que o crime de falso testemunho é de natureza formal, e desta forma, consuma-se no momento da afirmação falsa do fato juridicamente relevante, influenciando esta na decisão da causa.

Conclusão

Eis que a prova testemunhal é de vital importância para a busca da verdade real, e objeto probatório necessário para o convencimento do juiz. Certo que as impressões humanas quanto ao fato criminoso não devem ser desprezadas, ou descredenciadas ante os demais meios de prova.

Dentre os tipos de testemunhas, tratadas neste artigo, voltamos o nosso foco para as ditas numerárias, sendo aquelas que prestam compromisso de dizer a verdade, sob a palavra de honra.

Assim, cumpre a questão: qual o real valor do compromisso na realidade processualística penal brasileira?

Conclua-se, com base na doutrina majoritária e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, que o compromisso trata-se de uma garantia formal, aplicado como uma forma coercitiva moral em face da testemunha ora inquirida.

Acentua-se, que para a incidência no crime de falso testemunho não se faz necessária a prestação de compromisso, e sim, o dever legal de dizer a verdade imposta a toda testemunha.

Resta claro, que hodiernamente não se atribui ao compromisso valor absoluto, com condão para, ante a sua ausência, anule o depoimento ou invalide o processo, embora, haja entendimento contrário por parte minoritária da doutrina.

O compromisso mantido pelo legislador no presente Código de Processo Penal, não deve ser encarado tal como o entendimento vetusto do Código de 1890, onde a sua falta relacionava-se diretamente ao crime de falso testemunho, como clara reminiscência do antigo sistema da certeza legal, perdendo força diante do atual sistema da livre convicção motivada e o princípio da verdade real, não mais tendo sentido a manutenção de tal formalidade⁴⁹.

⁴⁹HAMILTON, Sérgio Demoro. *O compromisso a testemunha no processo penal*. Ob.cit.p.315.

Artigos Interdisciplinares

O Presídio: um percurso entre o passado e o presente

Geraldo Ribeiro de Sá¹

Resumo

A motivação para se refletir sobre o conceito de presídio originou-se do grupo de estudos intitulado Sistema Prisional e Cidadania, formado por alunos do Curso de Bacharelado em Direito das Faculdades Doctum, unidade de Leopoldina (MG). Acompanhou-se o percurso do termo presídio, verificando onde, como e qual é o seu significado ou quais são os termos a ele equivalentes, na Constituição Federal, no Código Penal, na Lei de Execução Penal e na legislação estadual. Sobre a legislação mineira, o interesse voltou-se principalmente para a Lei nº 19.478/11 que alterou a Lei nº 11.404/94, em que se encontra, propriamente, a lei de execução penal do Estado de Minas Gerais, e a Lei Delegada nº 117/07, que dispõe sobre a estrutura orgânica básica da SEDS - Secretaria de Estado de Defesa Social-, na qual aparece a palavra presídio em substituição à cadeia ou à cadeia pública, e situa-se a SUAPI- Subsecretaria de Administração Prisional. Consultou-se também a doutrina concernente e o site da SEDS. Visitou-se por duas vezes o presídio local, ou a cadeia pública de outrora, com o propósito de se detectar empiricamente o significado desse termo, após as reformas postas em prática pela SUAPI.

A reflexão desdobra-se nos seguintes tópicos: Introdução, em que se apresentam o tema e a sua justificativa, as questões orientadoras do problema e o enunciado da técnica de análise. Desenvolvimento, subdividido em: o presídio na legislação federal; o presídio na legislação estadual antes da SEDS; o presídio depois da SEDS, na Lei Delegada nº 117/07 e na observação empírica. A título de conclusão são apresentadas algumas das seguintes considerações finais: Na Constituição Federal, no Código Penal e na Lei nº 7.210/84 – a LEP -, a expressão presídio não aparece, mas estão presentes nessa legislação os princípios gerais e específicos necessários à construção e ao funcionamento dos estabelecimentos penais de todos os tipos. Entretanto, na LEP estão anunciados e descritos os diferentes tipos de estabelecimentos penais, correspondentes à expressão presídio em sentido amplo, acompanhados das respectivas funções: a penitenciária, a colônia agrícola, a industrial ou similar, a casa do albergado, a cadeia pública, o centro de observação e o hospital de custódia e tratamento. Na legislação estadual anterior à criação da SEDS, o termo presídio está presente, mas como sinônimo de cadeia pública. Na legislação posterior à existência da SEDS, a palavra presídio é encontrada, todavia significando e contendo os recursos de uma minipenitenciária. Apesar do novo significado conferido ao presídio, acompanhado de muitas melhorias, esta instituição traz ainda dentro de si a tragédia da superpopulação prisional com suas graves consequências.

Palavras-chave: Política pública; presídio; mudança; execução penal.

Abstract

The motivation to reflect on prison originated from a study group called *Sistema Prisional e Cidadania* (Prison System and Citizenship), formed by students of the Law

¹ Doutor em Ciências Sociais pela PUC/SP. Aposentado pelo Departamento de Ciências Sociais da UFJF. Professor do Curso de Direito da Faculdade SUDAMÉRICA, de Cataguases (MG), e das Faculdades Doctum, de Leopoldina (MG).

Até então, o termo presídio soava ao pesquisador apenas como uma expressão antiga, quase em desuso e muito abrangente. Uma dessas situações encontra-se em A. HOUAISS: “a palavra presídio origina-se do latim *praesidium*, *ii*, que significa proteção, defesa, socorro; guarda, escolta; posto, acampamento, presídio. Instituição penal onde cumprem penas indivíduos condenados pela justiça; casa de detenção, penitenciária, prisão”². Uma segunda situação verifica-se entre os juristas do porte de P. L. Nogueira, com o sentido de compreender a totalidade dos estabelecimentos penais descritos pela nossa legislação vigente, conforme estão previstos entre os arts. 82 e 90 da LEP – Lei de Execução Penal – ³. Uma terceira situação foi experimentada pelo pesquisador em circunstâncias pretéritas, na sede da Comarca de Juiz de Fora (MG), onde existiu até ao início da primeira década do século XXI o Presídio de Santa Terezinha, localizado no bairro do mesmo nome. Nesse estabelecimento penal, o autor deste artigo fez a pesquisa de campo, para a obtenção do título de Doutor em Ciências Sociais pela PUC de São Paulo, em 1989. Posteriormente, voltou ao mesmo estabelecimento, em 1996, para outra pesquisa, à época financiada pela FAPEMIG. Embora a LEP – Lei n. 7.210/84, não usasse essa expressão, ele continuou com este nome até ser totalmente desativado. Para substituí-lo, construiu-se o CERESP – Centro de Remanejamento da Secretaria de Segurança Pública – em outro bairro.

Como sempre acontecia e continua acontecendo em todo o Brasil, no mencionado presídio ou cadeia pública, quase metade de um total de 150 internos, aproximadamente, era composta de presos já condenados e outro tanto de presos provisórios, alguns até condenados a regime fechado e semiaberto.

O problema e a metodologia

Atualmente os alunos voltaram a usar o termo presídio e algumas vezes a sigla SUAPI.

Pergunta-se:

Por que eles não falavam sobre cadeia ou cadeia pública, conforme diz a legislação vigente, mas sim em presídio?

Onde se encontra o termo presídio em seu sentido atual?

Qual é o seu significado?

Por que se falava em SUAPI e não mais em SSP – Secretaria de Segurança Pública?

Nessas circunstâncias, foi crescendo a curiosidade e, em busca de uma resposta a tais indagações, procurou-se elaborar este artigo com a finalidade de verificar se existe o termo presídio, ou de que maneira ele se encontra, pelo menos subentendido, na legislação brasileira pertinente. Em outros termos, verificar onde, como e qual o significado da expressão presídio ou de seus equivalentes na Constituição Federal, no Código Penal, na Lei de Execução Penal e na

² HOUAISS, Antônio et al. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.282.

³ NOGUEIRA, P. L. *Comentários à Lei de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.

de forma explícita. Em conexão com esse inciso e em garantia do mencionado direito, encontra-se o art. 38 do nosso Código Penal ⁵, ao prescrever que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. Na mesma direção e de forma mais ampla e transparente, a LEP ⁶ estabeleceu também, no art. 40, caput, a mesma proteção: “Impõe-se a todas as autoridades respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

O respeito à integridade física e moral do preso já estava consagrado, nas cartas magnas anteriores à atual, como na Constituição Imperial, elaborada em 1824, que em seu art. 179, XIXV suprimiu os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis. As penas cruéis, entretanto, foram totalmente abolidas, bem mais tarde, por força do art. 72, parágrafo 20, da Constituição Republicana de 1891, quando foram extintas as penas de *galés*⁷ e de *banimento judicial*⁸, embora com muito pouca eficácia para proteger totalmente a integridade física e moral dos sentenciados e dos presos provisórios, conforme J. A. da Silva (1993, p. 183)⁹. Da mesma forma a Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, elaborada por iniciativa dos governos militares (1964-1985), ainda assim após a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, manteve-se o princípio do respeito à integridade física e moral com as palavras seguintes: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário”, segundo o art. 153, parágrafo 14¹⁰.

A Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988, é muito mais abrangente e explícita do que as anteriores, conforme muito bem sintetizou (SILVA, 1993, p. 183), porque, além de garantir a integridade física e moral do preso, proibiu a tortura e qualquer outra forma de tratamento desumano, prescreveu a obrigatoriedade da comunicação imediata ao juiz, à família ou outra pessoa indicada, além de garantir muitas outras¹¹.

⁵ Refere-se aqui ao Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), acompanhado de Legislação Complementar, Súmulas e Índices, 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶ Refere-se aqui à Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), Publicada no Diário Oficial da União, de 13 de julho de 1984, São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷ O termo Galé ou galés foi caracterizado por P. Nunes da forma seguinte: “Dizia-se, na Antiguidade, do indivíduo condenado a remar nas galés – primitiva e rústica embarcação à vela e remos. Lato sensu – Sentenciados a trabalhos forçados, que os executavam com correntes em volta dos tornozelos. Pena que existiu no Brasil durante o primeiro e o segundo reinados”. NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 10. ed. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, p.479.

⁸ Banimento – “Pena criminal, ou medida de ordem política, que consistia na expulsão, do território nacional, de quem atentasse contra a ordem política interna ou a forma de governo estabelecida. O mesmo que desterro para fora do país”. NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 10. ed. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, p.144.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 183.

¹⁰ *Constituição da República Federativa do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 183.

A separação dos presos de acordo com a natureza do delito

Do ponto de vista desta reflexão, a natureza do delito pode ser entendida sob diversos aspectos: conforme o nível de sua gravidade, a fase processual, a etapa de cumprimento da pena, o grau de compromisso de seu autor com o mundo do crime, a enfermidade mental (os internos sujeitos à medida de segurança), o foro, se civil (os devedores de pensão alimentícia, por exemplo,) ou criminal (os crimes constantes do Código Penal, por exemplo), entre muitos outros.

O próprio Código Penal, no art. 33 e nos seguintes, prescreve os tipos de regime prisional, cada uma das etapas a ser cumprida e o espaço adequado, o que poderá acontecer em instituições distintas ou, na falta dessas, em locais isolados dentro de um mesmo prédio. Assim os condenados a pena de até 4 (quatro) anos devem cumpri-la em regime aberto; os condenados a pena até 8 (oito) anos devem cumpri-la em regime semiaberto; os condenados a pena superior a 8 (oito) anos devem cumpri-la em regime fechado.

Outra forma de separação do espaço prisional deve ser feita conforme a fase do processo, ou seja, os presos já definitivamente condenados devem ficar isolados dos presos provisórios. Por definitivamente condenados entende-se os internos cuja sentença já não cabe mais recurso. Os presos provisórios são aqueles que se encontram recolhidos a estabelecimento prisional, por pelo menos um dos motivos seguintes: em razão da prisão em flagrante (arts. 301 e SS do CPP, prisão preventiva arts. 311 e a 316 do CPP), prisão resultante de pronúncia (art. 408 do CPP), prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível (arts. 594 do CPP e 59 da Lei n. 11.343, de 23 – 8 – 2006, Nova Lei de Drogas) ou prisão temporária (Lei n. 7.960, de 21-12-1989)¹⁵. Aliás, muito a propósito escreveu J. F. Mirabete: “Evita-se com a separação do preso irrecorrivelmente condenado, a influência negativa que este possa ter em relação ao preso provisório”¹⁶.

O Código Penal, no artigo 33 e nos seguintes, também estabelece a distinção entre a pena de detenção, mais leve, a ser cumprida em regime aberto e semiaberto, e a pena de reclusão, mais pesada, a ser cumprida em regime fechado, semiaberto e aberto. Essa distinção está pressupondo ainda espaços separados não só para os dois tipos de pena previstos, mas também para as diferentes etapas de seu cumprimento.

A LEP, Lei nº 7.210/84, atendendo às Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1955 pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes e, principalmente, o contexto político e social da época de sua elaboração, muito avançou na definição e segmentação do espaço prisional com a finalidade de separar os prisioneiros segundo a fase processual, se preso provisório ou definitivamente condenado, conforme a etapa de cumprimento da pena, segundo a enfermidade

¹⁵ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 105-106

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1988, p. 266.

a tradição, a moral e os princípios religiosos, entre outros “instrumentos de controle social”¹⁹. A sociedade em seu todo pune a promiscuidade masculina e feminina nas prisões. Tanto assim que, não muito tempo atrás, numa prisão do Estado do Pará, por falta de zelo do gestor de uma cadeia pública, do delegado e do juiz de execução, entre outras autoridades, a consciência coletiva revoltou-se ao tomar conhecimento da presença de uma adolescente no meio de homens, numa mesma cela, abarrotada de prisioneiros. Os responsáveis, inclusive uma juíza, foram punidos pela lei e pela opinião pública. Tal escândalo respingou também sobre o governo estadual de então, contribuindo talvez para sua não reeleição.

Em nosso país, a separação entre homens e homossexuais masculinos é novidade rara, porém em outros, como na Itália, tal separação já está incorporada pelo sistema prisional. Por sua vez, no Brasil, o isolamento entre mulheres e homossexuais femininas não se tem notícia, ainda. Contudo, em penitenciárias específicas para mulheres, pesquisas têm comprovado problemas de diversos tipos, provocados pelo lesbianismo, o que se pode constatar inclusive na dissertação sobre a PIEP – Penitenciária Industrial Estevão Pinto –, realizada em Belo Horizonte por L. Ribeiro²⁰.

A prisão masculina

Os parâmetros da arquitetura e do modo de vida voltados para as prisões sempre se orientaram pelo propósito de custodiar homens e não mulheres. Com o crescimento da criminalidade feminina, em fins do século XIX e inícios do século XX, “as estratégias de destinar apenas algumas celas nas penitenciárias masculinas, ou abrigar as mulheres desviantes em conventos, mostram-se incapazes de atender aos propósitos da punição por meio da privação da liberdade”²¹.

Entre nós, apenas a partir da promulgação do Código Penal de 1940, em seu artigo 37²², ainda em vigor, a preocupação com a feitura de prisões específicas para mulheres começou a fazer parte das políticas prisionais, mesmo assim dentro de parâmetros masculinos, porque, apesar da participação das mulheres na vida econômica, política e social ser cada vez mais semelhante a dos homens, sua participação no mundo do crime e da delinquência, mesmo tendo crescido nos últimos anos, ainda é minoritária em relação à masculina.

Sendo a generalidade uma das características de toda lei, as exigências da Constituição Federal e as prescrições da legislação infraconstitucional também

¹⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 37-64.

²⁰ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. *Análise da Política Penitenciária Feminina do Estado de Minas Gerais: o Caso da Penitenciária Industrial Estevão Pinto*. Belo Horizonte: Escola de Governo/Fundação João Pinheiro, 2003, sobretudo o Capítulo VIII – A construção e a desconstrução da criminosa, p. 121 e seguintes.

²¹ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. *Análise da Política Penitenciária Feminina do Estado de Minas Gerais: o Caso da Penitenciária Industrial Estevão Pinto*. Belo Horizonte: Escola de Governo/Fundação João Pinheiro, 2003, p. 9.

²² 20. *Refere-se aqui ao Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)*, acompanhado de Legislação Complementar, Súmulas e Índices, 18 Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

dos próprios presos que tenham colaborado com a justiça, por exemplo, no caso de delação premiada²⁶.

Um terceiro aspecto a ser levado em conta na conciliação do dilema humanização e segurança está relacionado à dificuldade de se conciliar a vontade política do governo federal, no caso da construção de prisões federais, e dos governos estaduais, quando se trata de prisões estaduais, com a vontade política dos prefeitos. Como sempre aconteceu e continua acontecendo, os prefeitos e os habitantes de seus municípios não querem saber de prisioneiros e prisões por perto, sobretudo, quando se trata de presos de outras comarcas e muito menos de presidiários de regiões distantes. “Vou construir penitenciárias na lua”, teria exclamado Hélio Garcia, Ex-Governador de Minas, por dois mandatos, 1984-1987 e 1991-1995, após várias reuniões com prefeitos, a fim de encontrar aquiescência dos mesmos para a construção de penitenciárias em seus municípios. Dificuldades semelhantes teria encontrado Mário Covas, por dois mandatos, 1995-2001, dentre outros Ex-Governadores do Estado de São Paulo, conforme muito bem as relatou G. Silvestre e P. L. Nogueira, entre outros autores²⁷.

A prisão feminina

Uma das exigências básicas a ser satisfeita pelo espaço prisional feminino encontra-se definida no art. 5º, L, da Constituição Federal: “as presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

A prescrição constitucional por sua própria natureza é geral e pontual ao mesmo tempo. A generalidade aparece, por exemplo, na expressão *condições*, a serem definidas pelo legislador infraconstitucional, e a pontualidade encontra-se na expressão *amamentação*. A constituição está exigindo um mínimo e de forma taxativa. Um mínimo, mas fundamental e imprescindível na definição de componentes básicos para o desenvolvimento físico do recém-nascido: o aleitamento. E também um mínimo para o desenvolvimento de seu equilíbrio afetivo, em decorrência do contato com a mãe, principalmente nos primeiros meses de vida. Por seu lado, a mãe beneficia-se desse período de tempo, porque ela tem o prazer e o privilégio de exercer a maternidade, não apenas do ponto de vista biológico, mas principalmente socioafetivo. Ela se completa e se realiza biologicamente, em seu corpo, psicologicamente, perante a si mesma, e socialmente, perante aos seus semelhantes, no ato de amamentar. Com a amamentação evita-se a drástica ruptura tão prejudicial para a mãe quanto para o

²⁶ Consultar a propósito das prisões federais ARRUDA, Élcio. *Prisões Federais. Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*. Ano XI – n. 64 – Out.- 2010, p.12-14, MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 98, a Lei n. 7.210/1984, art. 86, parágrafo 1º, tanto na redação original quanto na vigente, a Lei n. 8.049/1990, artigo 3º, a Lei n. 9.807/1999, artigo 19 e o Decreto nº 6.049/2007.

²⁷ SILVESTRE, Giane. *Dias de visita: uma sociologia da punição e das prisões*. São Paulo: Alameda, 2012 e NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 102, entre outros autores.

das pessoas, a prisão. Neste estabelecimento, por sua especificidade, familiares de parturientes e de gestantes que, normalmente estão presentes nestas ocasiões, se encontram sempre ausentes. Em se tratando de creches, a legislação educacional faz outras exigências no tocante ao pessoal qualificado, como a presença de pedagogos, psicopedagogos, entre outros³².

A creche para “abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos”, nos estabelecimentos penais femininos ou nos demais em que contiver mães com filhos menores nessas condições, constitui mais um dilema difícil de ser resolvido no atual estado do sistema prisional. Por um lado, o berçário e a creche compõem o lento processo de humanização do sistema prisional, em sua totalidade e também em uma de suas partes, a prisão feminina, onde mães e filhos se beneficiam mutuamente. Mas, por outro, o nascituro e o recém-nascido, até a idade de 7 (sete) anos, estão determinados a cumprir pena juntamente com a mãe. Por um lado, evita-se que “essas crianças sejam “jogadas” na casa de familiares que, mesmo contra a sua vontade, são obrigados a dispensar os cuidados necessários ao seu desenvolvimento”. E pior ainda, pois, muitas vezes, “esses lares substitutos passam a ser fontes de violência contra essas, que são maltratadas, abusadas sexualmente etc”³³.

Por outro, na creche prisional, a criança assimila todas as mazelas inerentes ao convívio numa cadeia. Além do mais, ao se aproximar dos 7 (sete) anos, se a mãe não for solta, ambas começam a sofrer o drama da breve separação, pois a partir desta idade, necessariamente, o menor, na ausência de familiares que o amparem, será encaminhado a uma instituição pública, quase sempre, semelhante a uma nova prisão.

A individualização da pena

A expressão individualização origina-se do verbo individualizar que, entre outros sentidos, significa “adaptar (algo) às necessidades ou circunstâncias particulares de um indivíduo”. “É antônimo de generalizar”³⁴. A individualização da pena refere-se, portanto, ao processo de adaptação da punição, prevista no direito penal, às necessidades ou circunstâncias particulares do indivíduo infrator da norma penal. Punição decorrente da produção de fato típico e punível, com a finalidade principal de reprimir o crime e corrigir o comportamento desviante atual e futuro.

A questão da individualização ou adaptação da pena, historicamente, já fazia parte de nossas constituições, inclusive da carta magna de 1967, elaborada por iniciativa dos governos militares (1964-1985), mesmo após a

³² A propósito de seção para parturiente, gestante e creche, pode-se consultar RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. *Análise da Política Penitenciária Feminina do Estado de Minas Gerais: o Caso da Penitenciária Industrial Estevão Pinto*. Belo Horizonte: Escola de Governo/ Fundação João Pinheiro, 2003, p. 74-96, sobretudo.

³³ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4 ed., Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 114.

³⁴ HOUAISS, Antônio et al. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.606.

e elementos necessários para lograr a sua integração social, posto que é pessoa, ser distinto”, segundo J. F. Mirabete (1988, p.61). Ainda conforme o mesmo autor “a individualização deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições de cada um”³⁹. A fase executória, propriamente dita da individualização da pena, inicia-se com o processo de classificação do condenado elaborada pela CTC – Comissão Técnica de Classificação. O texto original da LEP, assim como a doutrina vigente, direcionava as atividades desta comissão para o preso condenado definitivamente. Entretanto, a Lei n.10.792/03 deu nova redação ao seu art. 6, ampliando o programa individualizante da pena privativa de liberdade ao preso provisório.

Neste artigo, não se entrará na polêmica sobre a questão do exame criminológico, porém se concorda com R. Marcão (2009, p.13) no sentido de que o exame criminológico continua obrigatório para “orientar a classificação dos condenados e a imprescindível individualização executória, e por aqui nada mudou”⁴⁰. Para este autor, o exame criminológico tornou-se, por força da Lei n.10.792/03, facultativo apenas quando se trata da classificação do condenado no cumprimento da pena em regime semiaberto e para efeito de progressão do regime, do mais severo ao mais suave⁴¹.

A classificação do preso condenado e, a partir da Lei n.10.792/03, também do preso provisório, é um dos recursos empregados pelo Estado com a finalidade de disciplinar, educar ou reeducar o prisioneiro, visando à sua futura reinserção na sociedade das pessoas livres. A LEP trata da estratégia disciplinar denominada classificação, entre seus arts. 5 e 9, e prevê, em todo estabelecimento penal, uma CTC. Ela é presidida pelo diretor e composta no mínimo por dois chefes de serviços, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social.

Conforme a LEP, os condenados, com extensão aos presos provisórios, serão classificados segundo seus antecedentes e sua personalidade. Os antecedentes são compostos de vários elementos, entre os quais se destacam: a categoria do delito praticado, a qual enquadrará o prisioneiro como ladrão, latrocidário, estelionatário, estuprador, homicida, traficante e outras marcas; o status social e econômico, revelado através da origem familiar, residência, nível de instrução e renda, tipos de amizade, constituição familiar e profissão; a frequência de passagens por órgãos do aparelho policial, como entradas nas delegacias, permanência nos distritos policiais, cadeias públicas e demais espaços prisionais, segundo SÁ (1996, 117-118).

Ainda conforme a LEP, art. 9º, a CTC na sua função de avaliar a personalidade do prisioneiro dispõe de vários meios como entrevistar pessoas,

³⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 1988, p. 61.

⁴⁰ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 98.

⁴¹ A respeito da discussão sobre o exame criminológico, a classificação, o regime fechado, semiaberto, aberto e a progressão de regime, podem-se consultar MOSSIN, Heráclito Antônio e MOSSIN, Júlio César O. G. *Execução penal: aspectos processuais*. Leme (SP): J. H. Mizuno, 2011, p. 21-28, entre outros autores.

portanto, a necessidade do serviço social ouvir a CTC, nesta situação, porque se trata de comunicação do prisioneiro com o mundo exterior. Se for consultada a Lei n. 7.210/84, verificar-se-á que esta atribuição da CTC não está prevista, mas o legislador estadual pode fazê-la, usando de sua autonomia.

Outra situação interessante encontra-se entre os arts. 98 a 101, referindo-se ao princípio da separação dos prisioneiros por idade. A lei federal destacou apenas os maiores de 60 (sessenta) anos. Por sua vez, a legislação estadual faz menção especial e detalhada, inclusive, ao Centro de Reeducação do Jovem Adulto, entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um anos) de idade, em regime aberto e semiaberto. Eles devem permanecer, conseqüentemente, separados dos maiores de 21, devem receber tratamento psicológico e pedagógico especiais, em grupos de 20 (vinte) a 30 (trinta) sentenciados, o pessoal que cuida do centro deve ter formação profissional especializada e atualizada.

O termo presídio, conforme já se comprovou, não foi detectado em momento algum da legislação federal examinada, entretanto a Lei nº 11.404/94, componente da legislação estadual, o menciona em vários lugares, como no art. 71, I – “Presídio e cadeia pública, destinados à custódia dos presos à disposição do Juiz processante”; art. 79, parágrafo 2º – “O presídio e a cadeia pública se localizarão no meio urbano, respectivamente, na capital e em sedes de comarca com fácil acesso ao fórum local ou a varas criminais”. Por um lado, conforme se lê, há preocupação do legislador estadual com o cumprimento das prescrições da Lei nº 7.210/84, norma de execução federal, como a exigência de se separar os presos provisórios dos presos definitivamente condenados, o que se comprova com a seguinte expressão: “destinados à custódia dos presos à disposição do Juiz processante”. Por outro lado, a mesma lei, em nenhuma parte, distinguiu o presídio da cadeia pública, em todos os momentos em que essas duas expressões aparecem, elas se encontram sempre juntas e ligadas pela conexão *e*. A despreocupação da lei em não distingui-las permite interpretá-las como sendo sinônimas. O uso de presídio, em sentido geral, e cadeia pública, em sentido técnico, como palavras de mesmo significado, justificam-se, em parte, pelo costume ainda vigente em Comarcas do Estado de Minas Gerais, de se denominar as prisões para presos provisórios, ora como presídio e ora como cadeia pública, estando esta em maior conformidade com a lei federal.

O presídio na Legislação Estadual depois da SEDS

Há um contexto nacional de crescimento da criminalidade violenta e de formação de grupos organizados ligados a essa criminalidade atuando no interior do sistema prisional e em cadeia com outros existentes no mundo das pessoas livres. Esses grupos vão ganhando cada vez mais ramificações, consistência organizacional e financeira, com o acesso aos armamentos sofisticados e às novas tecnologias, sobretudo, às de informação. No Estado de São Paulo, principalmente na capital, o rosto mais visível destes grupos é mais conhecido como PCC – Primeiro Comando da Capital, no Rio de Janeiro, a maior visibilidade está com o CV – Comando Vermelho, isso

Delegada 117/07. Esta lei explicita entre suas finalidades e competências, no art. 2º, III – elaborar, coordenar e administrar a política prisional por meio da custódia dos indivíduos privados da liberdade, promovendo condições efetivas para sua reintegração social, mediante a gestão direta e mecanismos de cogestão.

Ao mencionar entre as finalidades e competências da SEDS – elaborar, coordenar e administrar a política prisional, a Lei Delegada 117/07 está dando início a uma radical transformação no gerenciamento dos estabelecimentos penais mineiros. Antes da SEDS tinha-se um sistema de duplo gerenciamento, ou seja, a Secretaria de Justiça e Direitos Humanos geria os estabelecimentos destinados ao cumprimento da pena privativa de liberdade e das medidas de segurança, e a Secretaria de Segurança Pública geria os estabelecimentos penais destinados aos presos provisórios. O duplo gerenciamento foi um dos fatores responsáveis pela superpopulação prisional nas cadeias públicas, distritos policiais, celas de delegacia e outros estabelecimentos mantidos sob a responsabilidade da Polícia Civil. A Secretaria de Justiça e Direitos Humanos evitava a superpopulação nos estabelecimentos sob sua responsabilidade, controlando com mão de ferro o número de vagas. A secretaria de Segurança Pública era obrigada a receber, nos estabelecimentos mantidos sob sua responsabilidade, todo e qualquer preso recolhido nas ruas e, inclusive, muitos dos já definitivamente condenados, porque não havia vagas nas penitenciárias.

Compondo a estrutura organizacional da SEDS, encontra-se a SUAPI – Subsecretaria de Administração Prisional, órgão encarregado de gerir as unidades prisionais do Estado de Minas Gerais, encerrando assim o longo e perverso ciclo histórico do duplo gerenciamento do sistema prisional mineiro. A unidade de gerenciamento do sistema prisional faz parte do processo de início de uma nova política de Segurança Pública objetivada em quatro eixos com metas específicas, entre os quais se destaca, para os propósitos deste artigo o eixo 1: reforma e profissionalização do sistema prisional; redução do déficit de vagas do sistema prisional; racionalização da gestão das unidades prisionais; transferência gradativa dos presos da polícia civil para a SUAPI, conforme H. S. Lima (2007, p. 46).

Na reforma e profissionalização do sistema prisional, destaca-se o sistema de segurança: antes exercido por guardas e policiais militares, quando se tratava de unidades sob o controle da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos, e por policiais civis e militares, quando se tratava de unidades sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública. Agora, com a SUAPI o sistema de segurança não é mais partido, mas unificado e feito por agentes de segurança, contratados ou concursados e treinados com a finalidade única de manter a ordem e a segurança do sistema prisional em seu todo.

Em relação à redução do déficit de vagas, a SUAPI, entre 2003 e 2012, fez crescer aproximadamente seis vezes este número, passando de 5.381 para 27.965, distribuídas por 128 unidades prisionais, entre complexos penitenciários, penitenciárias, presídios, casas de albergados, hospitais e centros de apoio. Apesar da ampliação de vagas, a superpopulação prisional, sobretudo, nos presídios e CERESPs, hoje é maior do que a anterior, e, infelizmente ela está contaminando

Os aspectos descritos permitem definir o presídio como um estabelecimento penal *sui generis*, ou seja, tem um rosto de penitenciária num corpo de cadeia pública.

O rosto de penitenciária revela-se através dos seguintes traços:

Os agentes penitenciários, num total de 45, cuidando de 121 internos, pertencem ao mesmo corpo da guarda, se revezam em turnos. São auxiliados por cães adestrados. Toda movimentação no interior do presídio com a finalidade de falar com o advogado, consultar o médico - presente na instituição 3 dias por semana - e saída do estabelecimento para ir ao dentista, ao médico em casos de urgência, ao fórum, ao hospital ou a outros lugares é feita com o presidiário algemado, escoltado por agente penitenciário, com o propósito de evitar fugas, agressões e outros inconvenientes. Este tipo de segurança é padrão para todos os estabelecimentos penais, conforme nos informou o diretor. A CTC atende aos presos provisórios de forma semelhante aos presos condenados.

O kit fornecido pelo Estado, o mesmo para todas as instituições prisionais mineiras, contém o básico para a sobrevivência (dois uniformes vermelhos, camisa, bermuda, sabonete, pasta de dentes, escova e um par de chinelos, além do direito ao corte mensal do cabelo). O regime de sacolas, que os familiares compartilham os presentes com seus internos, é idêntico ao das penitenciárias.

O trabalho, para poucos, 6 apenas, e a escola, frequentada pela maioria, número de 70 presos, permitem a remissão da pena pelo trabalho, ou seja, 1 dia de pena a menos, para cada dia trabalhado, e pelo estudo, 1 dia de pena a menos, para cada 12 horas de aula, em dias diferentes. Além da remissão da pena para os definitivamente sentenciados e os condenados do futuro, o estudo e o trabalho, também são fatores de disciplina e reintegração social. A visita íntima foi estendida aos presos provisórios, com direito a 3 horas de uso da suíte, acontece em ambiente digno não obstante as condições carcerárias.

A biometria, voltada mais para a garantia da segurança, poderá ser revertida para a individualização da pena no momento da decisão judicial, na fase da execução penal e da reeducação do preso provisório. A cela de triagem e a cela de seguro são universais no sistema prisional. A cela de triagem, onde o prisioneiro passa os primeiros 30 (trinta) dias era privilégio dos condenados. Essa mesma condição agora é estendida aos provisórios.

A comunicação com o mundo exterior é semelhante entre os estabelecimentos prisionais, destacando-se atualmente a questão do chip, do celular e de outros recursos eletrônicos, considerados o anjo do preso e o demônio da segurança. A posse ou o uso do celular pelo preso constitui falta grave, conforme o art. 50, VII, da LEP.

A autonomia das autoridades dirigentes, sobretudo, da direção geral, destaca-se, pois todas as iniciativas para a melhoria da casa são tomadas por ela. Ficou evidente para os visitantes que, além da sacola, da visita íntima e, às vezes, a própria visita de rotina, a televisão e o ventilador existentes, nas celas, são considerados pelo diretor geral também como regalias, ou seja, são benefícios não exigidos por lei, mas existem em função da sensibilidade e iniciativa da direção para tornar menos cruel o ambiente prisional. Sendo regalias, estes benefícios podem

de idosos, sobretudo, por ação de tráfico de drogas legalmente proibidas, tem crescido nas prisões.

O princípio constitucional, componente da legislação federal e naturalmente também da estadual referente à integridade física e moral em decorrência da atuação dos grupos defensores dos direitos humanos, das pastorais e mesmo dos Conselhos da Comunidade, tem usufruído de eficácia, porém a superpopulação facilita sua violação tanto institucional como por parte dos próprios presos, sobretudo dos colegas de cela.

Os demais princípios, como os referentes à separação dos presos conforme a natureza do delito e o da individualização da pena são cumpridos mais em nível do discurso do que da prática. Por exemplo, os presos em regime aberto têm cumprido a pena, em casa, por falta de espaço apropriado.

Foram detectados na LEP e descritos pormenorizadamente os diferentes tipos de estabelecimentos penais que, em linhas gerais, correspondem à expressão presídio, em sentido amplo, acompanhados das respectivas funções: a penitenciária, a colônia agrícola, industrial ou similar, a casa do albergado, a cadeia pública, o centro de observação e o hospital de custódia e tratamento.

Na legislação estadual, anterior à criação da SEDS, o termo presídio apareceu por diversas vezes, mas como sinônimo de cadeia pública, o que se pode justificar, em parte, pela influência da tradição mineira de usar, na denominação das prisões para presos provisórios os termos cadeia, cadeia pública e presídio com o mesmo significado.

Na legislação estadual, posterior à existência da SEDS, a palavra presídio foi encontrada em diferentes momentos, em substituição às expressões cadeia ou cadeia pública, todavia com significado, conteúdo e práticas específicas. O presídio hoje, em Minas Gerais, é uma minipenitenciária, porque contém em menor porte todos os recursos existentes numa prisão destinada ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

Quando a SEDS começou a assumir, através da SUAP, a administração das prisões mineiras, teve início o desaparecimento da dupla maneira de gerir o sistema prisional, juntamente com suas problemáticas consequências. No passado, a extinta SDJDH gerenciava os estabelecimentos destinados ao cumprimento das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança, e a extinta SSP gerenciava os estabelecimentos penais destinados aos presos provisórios: as cadeias públicas, os presídios e os CERESPSS. Após a SEDS, o sistema prisional ganhou unicidade, inclusive gerencial. Com a unificação do gerenciamento prisional muitos policiais militares e, principalmente civis, puderam voltar às respectivas funções.

Apesar do novo significado conferido ao termo presídio, do novo tipo de gestão detectado, dos agentes penitenciários disponíveis para a segurança interna e externa, da existência e funcionamento da CTC, do kit recebido pelos presos, em suma, de todas as melhorias para sua modernização, este estabelecimento penal traz, ainda, dentro de si a tragédia da superpopulação prisional, acompanhada de suas graves consequências, e entre elas destacam-se as diferentes formas de violência desenvolvidas no interior do espaço prisional, ora praticadas pelas autoridades ora praticadas pelos próprios presos.

A Câmara Municipal de Valença durante a transição da forma de Governo Monárquica para a República¹

Rodrigo Ciríaco Tjäder²

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar o papel da Câmara Municipal de Valença durante a transição da Forma de Governo Monárquico para o modelo Republicano, identificando as diferenças básicas entre estas duas formas e suas implicações diretas e indiretas nas Câmaras Municipais brasileiras e sobretudo na Valenciana. Diversos questionamentos surgem, como se houve participação política das Câmaras nesse processo transitório ou se apenas houve uma adaptação ao novo regime, como era o clima político Valenciano neste aspecto, se havia apoio para o fim da monarquia, se havia algum movimento de cunho republicano, o papel dos “homens bons” em todo esse processo.

Palavras-chave: Câmara Municipal; Valença; Monarquia; República.

Abstract

This article aims to analyze the role of the Municipality of Valencia during the transition of the Form of Government Monarchical for the Republican model, identifying the basic differences between these two forms and their direct and indirect implications in Brazilian municipalities and especially in Valença. Several questions arise, as if there was the political participation of this transient process Boards or if there was just an adaptation to the new regime, as was the political climate Valenciano this point, if there was support for the end of the monarchy, if there was some movement of stamp Republican, the role of “good men” in this whole process.

Keywords: City Hall, Valencia, Monarchy, Republic.

O presente artigo tem por objetivo geral analisar o panorama político em que está inserida toda a problemática da mudança de Forma de Governo no Brasil, devendo para isso entender a nuances que cercam as definições teóricas propriamente ditas, bem como as possíveis divergências surgidas ao estudar o assunto. A delimitação e definição do assunto facilitou o entendimento do quão

¹ Artigo científico apresentado como parte das exigências para a conclusão do curso de Licenciatura em História.

² Graduado pela Academia de Polícia Militar D. João VI em Segurança Pública. Bacharel em Direito e Graduando em História pela Fundação Educacional Dom André Arcoverde.

importante foi o processo de transformação política pelo qual passou o país ao final do século XIX com a Proclamação da República.

Como objetivos específicos optamos por analisar o papel da Câmara Municipal de Valença durante a transição da Forma de Governo Monárquico para o modelo Republicano – identificando as diferenças básicas entre estas duas formas e suas implicações diretas e indiretas – e responder aos seguintes questionamentos: houve participação política das Câmaras no processo transitório ou apenas uma adaptação ao novo regime? Como era o clima político Valenciano neste aspecto, havia apoio para o fim da monarquia? Havia algum movimento de cunho republicano? Qual era o papel dos “homens bons” em todo esse processo?

Na construção do artigo optamos pela pesquisa bibliográfica e descritiva, sendo utilizados como obras de referência, artigos científicos sobre o tema, notas de internet, livros sobre o período Imperial Brasileiro bem como o acervo da Câmara Municipal de Valença, disponível no Centro de Estudos Históricos da FAA.

Para compreender a transição da forma de Governo, buscamos sua definição nos estudos de Norberto Bobbio³. Segundo ele, a forma de governo ou sistema político é denominado pela ciência política como um conjunto de instituições políticas por meio das quais um Estado se organiza a fim de exercer o seu poder sobre a sociedade. Já o Sistema de Governo, é a maneira pela qual o poder político é dividido e exercido no âmbito de um Estado. O Sistema de Governo varia de acordo com o grau de separação dos poderes. Dessa forma, podemos observar que estão intimamente ligados, mas, são coisas bem distintas entre si. Existe ainda outra modalidade que deve ser observada e não deve ser confundida, a Forma de Estado (unitárias ou federalistas).

Ainda segundo Bobbio, tradicionalmente classificam-se as Formas de Governos ou Sistemas Políticos em três modalidades, a saber: Monarquia, República e Anarquia. Para Aristóteles, a divisão é mais profunda e divide-se em formas puras (Monarquia, Aristocracia e Democracia) e formas impuras (Tiranía, Oligarquia e Demagogia).

Ao longo da História Política da Humanidade surgiram variáveis de diversas modalidades de formas de governo bem como de sistemas de governo. Basicamente os principais ramos evolutivos são a Autocracia (Governo de um só), Oligarquia (Governo de poucos), Democracia (Governo do povo) e Teocracia (Governo sobre as regras de Deus ou religião). Assim, pode-se concluir que a Forma de Governo é regida na prática pelo sistema de Governo, ou seja, este materializa na prática o exercício político dentro de um modelo adotado.

Deve-se observar que tanto a ideologia de Democracia quanto o conceito de República são muito antigos e remontam Grécia e Roma. Ambos os conceitos regem os principais governos ao redor do mundo nos dias atuais, entretanto, não se deve confundir Democracia com República, pois tratam-se de conceitos distintos. Desta maneira, é possível concluir que nem toda forma Monárquica de governo é

³ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade* São Paulo: Paz e Terra, 1987.

autocrática e absoluta, como por exemplo, as Monarquias Parlamentaristas, e, que nem toda República é democrática como, por exemplo, as Ditaduras.

Além disso, recebemos influências de Montesquieu, que em sua obra “O espírito das Leis” plantou a ideia originalmente proposta por John Locke de tripartição dos poderes. Atualmente tal ideologia é amplamente aplicada nos países democráticos e tem como base a harmonia entre os poderes observando a independência entre si. A revolução Francesa impulsionou ainda mais tais ideias e as colocou em prática.

A par dessas definições podemos partir para a caracterização do Brasil na transição monárquica – republicana e discutir o papel desempenhado pelas Câmaras Municipais. Segundo alguns historiadores como José Murilo de Carvalho⁴ a transição do Brasil monárquico para o Brasil República foi ao mesmo tempo traumática e apática. Traumática, pois, os arsenais republicanos importados do modelo francês, tais como hino, bandeira, monumentos e heróis não surtiram o efeito desejado. Apática, pois, não contou com o envolvimento popular, ou seja, faltou legitimidade. Nesse ponto destacamos a marginalização das Câmaras Municipais que nesse processo tiveram participação quase nula e irrisória, mesmo sendo um importante centro de compilação de poder, ainda que local.

Para julgar as ações das Câmaras nesse período foi necessário voltar nossos olhares ao passado e entender a formação dessas instituições desde os primórdios da colonização brasileira.

A história das câmaras municipais brasileiras é curiosa e rica. Muitos fatos históricos se deram em razão de sua existência e sua atuação nas localidades que existiam. Sua organização, funcionalidade, administração e poder, têm origem nas câmaras municipais portuguesas como estrutura originária de poder local. As ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas (União Ibérica), foram as bases legais de formação das câmaras municipais coloniais. A adoção do modelo de atuação das Câmaras Municipais justificou-se pela dificuldade que a coroa portuguesa tinha de alcançar todas as questões locais. Segundo autores como Angelim⁵, o Reino de Portugal adotou tal modelo em todas as suas colônias que iam desde o extremo oriente com Goa e Macau conforme modelo descrito por Boxer, passando pelas colônias Africanas como Angola e chegando a América, no caso o Brasil.

O funcionamento de uma câmara municipal era amplo e ao mesmo tempo complexo, pois suas funções abarcavam conjecturas dos três poderes constituídos, ou seja, executivo, legislativo e judiciário. Sendo assim, observamos que as câmaras municipais transcendiam o poder, e exerciam tal concentração em uma única casa. A análise dessas funções demanda um trabalho mais aprofundado de

⁴ CARVALHO, José Murilo de. *A Formação das Almas: o imaginário da República no Brasil*. Companhia das Letras.

⁵ ANGELIM, Augusto N. Sampaio. *Dos homens bons aos vereadores e os primeiros juizes do Brasil*. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5323/dos-homens-bons-aos-veredores-e-os-primeiros-juizes-do-brasil#ixzz2MscAqNvP>> Acesso em: 30 janeiro/2013.

delineado, principalmente no que tange às funções do poder judiciário exercido pelas câmaras, que não é objeto do presente estudo, portanto, nos atamos à formação local das câmaras municipais e os papéis por elas desempenhados.

Verificamos que no período inicial de formação do Brasil, as Câmaras Municipais constituíam quase que a única forma de administração da colônia. Eram responsáveis por inúmeras atividades Estatais como, a coleta de impostos, a regulamentação do exercício de profissões e ofícios, regulamentação do comércio, preservação do patrimônio público, além de gerenciamento das prisões através dos julgamentos, condenações e absolvições.

Tal acúmulo de poder foi legitimado ao longo da história legal portuguesa pelas ordenações já citadas: Afonsinas, Manoelinas e mais tarde Filipinas, que delineavam a atuação das Câmaras Municipais. Possuíam, portanto, uma grande abrangência nos três campos da administração pública e dos poderes constituídos: executivo, legislativo e judiciário.

Além disso, muitas câmaras municipais no período do Brasil Colônia eram responsáveis por sua própria defesa, em virtude das guerras que a coroa central travava pelo mundo, seu déficit para manter e administrar as colônias, bem como as constantes invasões por povos estrangeiros como os Holandeses e Franceses no caso do Brasil.

Segundo Francisco Ribeiro da Silva⁶, inicialmente essa responsabilidade de defesa gerou uma crise entre os militares existentes e aqueles que custeavam a defesa, no caso, as Câmaras Municipais. Outro fator importante a ser notado é que a municipalidade adquiriu uma autonomia maior do que se era esperada, pois passou a criar impostos para suprir tal defesa, o que constituiu uma ameaça ao poder central da metrópole, pois o poder para criar impostos era um atributo exclusivamente real.

Nesse ínterim, vários estudos se dedicam a destrinchar o poder que as câmaras exerciam no Brasil colônia. Segundo Faoro⁷, o poder dos conselhos municipais era uma extensão de Portugal em terras brasileiras. Segundo ele, os municípios foram criados no Brasil colônia para fortalecer a monarquia portuguesa, aumentando o poder real da coroa, garantindo uma nova organização social diferente do feudalismo, em um modelo que não significaria entrave para a expansão do comércio. O fato é que diferente de Portugal, o município Brasileiro não nasceu por uma vontade do povo, nem sob sua representação em algum conselho em torno de um bem comum, foi por força de uma organização local que os municípios foram criados, ou seja, a necessidade da coroa em manter um braço da coroa portuguesa em terras brasileiras⁸, a vontade social foi sobrepujada pela ordem jurídica.

⁶ SILVA, Francisco Ribeiro da. O Porto e o Seu Termo (1580-1640). Os Homens, as Instituições e o Poder. 2 vol., Porto, Arquivo Histórico/Câmara Municipal do Porto, vol. II, 1888.

⁷ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formação do patrono político brasileiro*, vol.1. 10. ed. São Paulo: Editora Globo; Publifolha 2000.

⁸ Idem.

Já para Caio Prado Júnior⁹ as câmaras municipais transpareciam uma suposta rebeldia, e, eram as responsáveis pelo não desenvolvimento de um espaço nacional unificado do ponto de vista econômico, por outro lado, a rebeldia também poderia ser considerada como forma de resistência à Coroa, um desenho futuro pela luta de independência. Sob esses dois prismas a historiografia brasileira se baseava para esclarecer aspectos gerais da nação, porém estudos mais amplos e atuais como o de Antônio Manuel Hespanha¹⁰, nos mostram que cometemos um erro ao caracterizar a metrópole portuguesa como centralizadora. Hespanha muda o papel desempenhado pela metrópole em relação à colônia quando afirma que, a coroa portuguesa não é “um intruso estranho, agindo segundo um plano estrangeiro e imperialista, personificando interesses alheios, explorando as riquezas locais e levando a cabo uma política agressiva de genocídio em relação aos locais”¹¹.

Apesar das novas perspectivas, as câmaras municipais e seus respectivos conselhos, ainda são analisados como mecanismos de poder por parte da elite local e também da população que validava essa classe.

Os municípios aproveitavam de sua força para obter suas franquias e vantagens, que variaram de localidade para localidade, dependendo do poder que cada qual possuía e com base em qual foral anterior o seu era redigido, e essas vantagens consistiam na elevação da categoria da localidade, fazendo com que uma simples pobre aldeia pudesse passar à condição de município rudimentar; e os municípios que se encontrassem nessa situação poderiam passar para um status municipal superior¹².

Assim, da mesma forma que as Câmaras Municipais estavam intimamente ligadas ao poder local e ao cotidiano das pessoas comuns, as decisões de Estado afetavam os poderes municipais, seja no setor econômico, social e principalmente político.

É importante observar que somente as localidades com “status” de vila possuíam tais órgãos de poder, como é o caso da Vila de São Vicente, que em 1532 ao ser elevada a tal categoria eminentemente constituiu sua câmara municipal.

A criação de uma Vila imediatamente implicava a criação do chamado “Pelourinho”, marco da existência da vila, da autoridade e da justiça e imediatamente eram os “homens bons”, proprietários de terra, comerciantes, nobres e clérigos convocados para elegerem seus representantes, ou seja, os vereadores. “Pelourinho”, do latim medieval “pillorium” era uma construção de alvenaria central que figurava como marco central da administração e/ou como

⁹ PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

¹⁰ HESAPANHA, Antônio Manuel. *A constituição do império português*. Revisão de alguns envios correntes.

¹¹ Idem.

¹² BRAGA, Alencar Santana. *O poder político do município no Brasil Colônia*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 12 – jul./dez. 2008. p.182.

ponto central para castigo dos criminosos e escravos¹³. Já o título vereador, vem do verbo verear, que quer dizer administrar ou verificar, fiscalizar.

Cada município contava com um conselho de vereadores, estes em sua maioria se dedicavam a vida política a fim de atender os interesses de sua classe, Capistrano de Abreu¹⁴ afirma que as câmaras municipais eram órgãos de administração local, onde se reuniam os “homens bons”. Como personagem do município luso-brasileiro, e com poderes para votar e deliberar junto ao conselho, a conceituação é importante para se entender os “homens bons”.

Para Edmundo Zenha¹⁵, a origem remonta à Roma, onde os homens notáveis da sociedade colaboravam nos assuntos municipais e eram os que compunham a cúria. A evolução dos municípios carrega consigo essa instituição, porém, segundo o autor a classe dos homens-bons já chega ao Brasil em declínio, já que vinha existindo desde as Ordenações Afonsinas e que vinham se deteriorando com as ordenações seguintes. Alguns autores nos trazem que as Ordenações Afonsinas, são as primeiras ordenações compiladas em Portugal unificado e possuem base no Direito Canônico, logo, o termo “homens bons”, da mesma maneira advém do Direito Canônico, e portanto, possui uma origem religiosa que remetia àqueles homens que seriam bons aos olhos de Deus.

Ao Brasil chegaram reminiscências desta cúria municipal que não vingaram e muito menos conseguiram rejuvenescer-se. Isto, aliás, como resultado de vários fatores locais acrescidos à decrepitude de que vinha atingido o instituto. Nas próprias Ordenações as referências aos homens-bons são imprecisas e ligeiras dando a perceber que aparecem aí mais como restos de um instituto já desagregado, sem funções positivas pela época da codificação¹⁶.

Apesar das dificuldades que encontramos para conceituar os homens bons, o que podemos concluir é que eram considerados homens-bons aqueles que já haviam exercido função pública, ou, que fossem descendentes de algum oficial. Estes homens tinham como direito fazer parte dos conselhos e intervir em seus negócios, mas, como aponta Braga, essa definição ficava “disfarçada no Brasil”. Muitos que participavam dos conselhos municipais nunca tinham tido vínculo político. O autor considera esse aspecto como uma adaptação, ou flexibilização da legislação no Brasil, já que os conceitos e tradições portuguesas deram espaço à organização social local. Os homens bons existiram no Brasil, mas não foram as leis implantadas aqui que deram seu fundamento constitucional – político. O poder desses homens legitimou-se a partir da força necessária à defesa de seus interesses.

¹³ BRAGA, Alencar Santana. Op. Cit.

¹⁴ ABREU, Capistrano. *Capítulos de História Colonial*.

¹⁵ ZENHA, Edmundo. *O município no Brasil (1532-1700)*. São Paulo. Progresso, 1948.

¹⁶ BRAGA, Alencar Santana. Op. Cit.

Dessa maneira criou-se uma contradição, se por um lado era necessário manter a ordem e a administração, por outro a centralização tinha de enfrentar as dificuldades impostas pelas enormes distâncias e falta de funcionários, o que acabava dando uma autonomia forçada a estas instituições. Assim, funcionando inicialmente como braço legítimo da coroa portuguesa, as câmaras municipais foram aos poucos aumentando seu poder e tornando-se a mais importante instituição política do Brasil colônia, constituindo-se em verdadeiros centros de poder. Diante desse panorama é fácil concluir que os homens-bons se reconstruíram numa nova perspectiva própria brasileira.

Interessante é notar que, a medida que o Brasil vai sendo construído, a medida que novas ideologias políticas vão sendo implantadas, a medida que fatos históricos modificam a sociedade, a participação e atuação das Câmaras Municipais também sofrem modificações drásticas. Neste turbilhão de mudanças históricas, o Brasil se tornou independente em 7 de setembro de 1822, e já em 1824, com a promulgação da Constituição Imperial Brasileira, definiu-se ainda mais os papéis das Câmaras Municipais. Outrora dotadas de muito poder, veem-se diminuídas, embora não menos importantes nas questões locais. A modernização da estruturação do Estado proporcionou uma divisão das funções até então acumuladas tão somente pelas câmaras municipais.

Antes disso, porém, notou-se a diminuição dos poderes das câmaras municipais observada com a criação dos cargos de “juiz de fora”, o que foi aos poucos delimitando novamente a autoridade local em provimento da autoridade central. A criação de tal cargo vinha moralizar as decisões locais, muita das vezes dotadas de extrema parcialidade, injustiça e corrupção. Para Zenha, as Câmaras já entraram no século XIX sem a força política anterior, abaladas com a centralização gananciosa da coroa no passado ou conforme suas palavras: “Visado, durante todo o último século da Colônia, pelas mais variadas formas de ataque, o conselho – desfigurado e tímido – entra pelo século XIX já desprovido de todas as importantes funções que desempenhara.”¹⁷

Muitos autores discordam, afirmando que neste período o poder e prestígio das câmaras foi retomado, e estando na vanguarda da independência e exaltando o nacionalismo contribuíram com o movimento a fim de atender seus interesses primordiais, que se tratava antes de tudo o de defender as riquezas nacionais dos forasteiros:

Antes da Pátria, o conselho. Antes do todo, a parte. A luta da Independência devia, naturalmente, derivar do regionalismo exacerbado; a ideia nacional tinha de desembulhar-se da paixão municipal: esta se formará na *casa grande* fechada ao forasteiro¹⁸.

¹⁷ZENHA, Edmundo. Op. Cit.

¹⁸CALMON, Pedro. Apud BRAGA, Alencar Santana. Op. Cit.

Valença não fugiu à regra, depois de elevada a Vila em 17 de outubro de 1823 e efetivada a criação e instalação do pelouro e das autoridades em 12 de novembro de 1826, a Câmara Municipal Valenciana passou a exercer grande influência na Vila, através de seus representantes. Segundo Leoni Iório¹⁹, através do ouvidor da Comarca do Rio de Janeiro, Antonio Barreira Pedroso, e de José Ferreira Lima foi aberta uma subscrição popular para a compra de um edifício onde seriam realizadas as sessões da Câmara e também onde funcionaria a cadeia pública. Sobre a inauguração do pelourinho, ícone essencial para a criação das vilas, o autor descreve:

...inaugurava-se, na Vila, no dia 10 de novembro, o monumento denominado “pelourinho”, sustentando as competentes insígnias da jurisdição, a cujas solenidades ressoaram, por três vezes, vivas a Sua Majestade e à Nação. Entre entusiásticas aclamações do povo, o Ministro, que então se encontrava vestido com a sua toga, galgava os degraus da pequena escada que dava acesso ao “pelourinho”, levantado em uma das praças centrais da Vila, o qual, após prolongada salva de palmas, declarava solenemente inaugurada a Vila de Valença. O ato terminou com uma pequena alocução e vivas ao Imperador²⁰.

Os primeiros trabalhos da Câmara foram realizados nas casas das próprias autoridades constituídas. A primeira sessão de fato e oficial foi realizada na casa de residência do “Ouvidor Geral Corregedor da Comarca”, Doutor Antônio Pereira Barreto Pedroso no dia 12 de Novembro de 1826. Em 1827 inaugurou-se o primeiro prédio onde funcionou a Câmara dos Vereadores, tal prédio era de propriedade particular, que resultava em pagamento de aluguel, que era pago com dinheiro público. Dadas as acomodações necessárias, a primeira eleição foi realizada como descreve Iório:

...depois de preparados os pelouros, com todos os requisitos legais, em presença dos representantes do clero, da nobreza e do povo em geral, foram eles, em número de três, metidos dentro de um saquinho de sêda, de onde, por um menino, foi tirado um dos pelouros, que, aberto em público, acusava o seguinte resultado da eleição de autoridades para o exercício de 1827: para Juizes Ordinários – capitão-mor Custódio Ferreira Leite e José Tomaz de Aquino Cabral, e, para Juiz de órfãos – capitão Bernardo Vieira Machado; para vereadores – capitão José Pereira dos Santos, Joaquim Marques da Silva e Antônio Luiz Arêas; e, para procurador da Câmara – Romão Pinheiro de Lacerda, aos quais foi “deferido, pelo Ministro, o juramento dos Santos Evangelhos – de bem e verdadeiramente servirem aos cargos para os quais foram eleitos e legalmente empossados.”

¹⁹ IORIO, José Leoni. *Valença de Ontem e de Hoje*. Juiz de Fora: Cia Dias Cardoso, 1953.

²⁰ IORIO, José Leoni. Op. Cit.

Denominavam-se pelouros pequeninas bolas ocas, feitas de cera, em cujo interior colocavam-se pequenos pedaços de papel com os nomes dos candidatos, dos quais, então, se fazia a escolha para Juízes Ordinários e de Órfãos etc., representando tais bolas o mesmo papel das conhecidas cédulas eleitorais²¹.

O crescimento de Valença se dava de forma rápida e acelerada. Desde o início a Câmara Municipal tinha um papel fundamental no crescimento urbano da Vila, pois todas as decisões passavam pelo crivo da mesma. A construção de obras e de utilidades públicas eram marcantes e muitas ainda hoje estão de pé.

Assim para responder os questionamentos iniciais que constituíram a verdadeira problemática do artigo, buscamos compreender o significado da boa sociedade valenciana. Para tanto, lançamos mão de autores como Ilmar Mattos e Márcia Gonçalves²², demonstradores de que a classe senhorial brasileira se transformou na boa sociedade. Através de suas definições, traçamos um paralelo com o trabalho de Antonio Carlos da Silva²³, que estuda especificamente a boa sociedade valenciana. Em comum, os dois autores concordam que a classe da boa sociedade se encontrava em consonância com o poder que representavam, ou seja, uma classe mantida pela elite que buscava cada vez mais novos mecanismos de manutenção da ordem. Segundo Mattos, quando a classe senhorial brasileira se transforma no grupo da “boa sociedade” acaba por fundir dois poderes essenciais: o econômico e o político, tornando-se assim um grupo apto para assumir os assuntos do Estado Imperial²⁴.

O mais interessante é notar que Valença já se formava sob as insígnias da constituição imperial de 1824, portanto, observou as mudanças por ela trazidas. Ora, a própria vinda da família real portuguesa no ano de 1808 já implicara em mudanças tanto no campo do poder prático quanto na própria estrutura das Câmaras no Brasil, Mattos afirma que a transmutação da família real para o Brasil em 1808 foi de suma importância para criar condições de maior esclarecimento perante todo o aparato estatal, é o momento onde os grandes proprietários visionam a proximidade com o rei, ou seja, a possibilidade de estar a par das decisões políticas do país.

Para analisar a classe senhorial brasileira Ricardo Salles²⁵, construiu um modelo de representação onde os grandes proprietários ficavam ao centro e ao redor deles gravitavam pequenos proprietários e profissionais liberais. Além

²¹ Idem.

²² MATTOS, Ilmar Rohloff de. GONÇALVES, Márcia de Almeida. *O Império da boa sociedade. A consolidação do Estado Imperial brasileiro*. São Paulo: Atual, 2005

²³ SILVA, Antônio Carlos da. *A “boa sociedade” valenciana do século XIX: redes de sociabilidade (1829-1868)*, Vassouras: PPGH/USS, 2010.

²⁴ Idem.

²⁵ SALLES, Ricardo Henrique. *E o Vale era o escravo. Vassouras, século XIX. Senhores e escravos no coração do Império*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

desses, havia pequenos comerciantes, e intelectuais que constituíam as redes de sociabilidade. Essas redes eram de fundamental importância para que a classe senhorial estendesse seu poder impondo uma estratégia em prol do seu grupo.

Voltando a Mattos, a consolidação da classe senhorial se dá no período regencial. É neste momento que esse grupo torna-se a “boa sociedade”. Em busca de apoio político, ocorre uma ruralização do poder, pois D. Pedro I passou a olhar o capital político gerado pela elevação das Vilas. Antônio Carlos destaca que foi essa classe que se mobilizou em 1820 para manter o status de Reino Unido ante as estratégias de recolonização das cortes portuguesas. Aproveitando-se desse momento junto ao então príncipe regente, D. Pedro I, o grupo passa a assumir um papel importante e autônomo no cenário da política brasileira, eles se tornam antes de qualquer coisa, os patrocinadores da independência²⁶.

O pesquisador Antônio Carlos desenvolve ainda três hipóteses básicas para analisar a classe da “boa sociedade” valenciana, entendendo a origem do poder e prestígio dos pertencentes da mesma. Para ele a riqueza e o poder dos grandes proprietários locais estavam pautados na cafeicultura e na mão-de-obra escrava, portanto, era de interesse que essa classe se mantivesse no poder para que a expansão cafeeira e a exploração escrava fossem perpetuados²⁷, a partir dessa perspectiva parte para os espaços de atuação afirmando que a “boa sociedade” possuía locais de poder que fortaleciam a classe.

1- que a “boa sociedade” se espiralava pelas camadas intermediárias – os subalternos – em um processo de cooptação, através de cargos públicos ou honoríficos. Plasticamente, uma “espiral” social apresentava como ponta inicial a maior representação política e econômica local, exemplar dos interesses políticos e econômicos, mas também dos valores sociais da época;

2- que as relações que interligavam esses grupos, não somente fortaleciam uma consciência de distinção de classe, mas tornavam-se estratégicas para a manutenção do poder que permitiria a perpetuação de seus fundamentos, como a escravidão.

3- que o interesse maior de classe, a política de manutenção de poderes, também foi implementada, na criação e monopolização de “espaços de poder” no Município de Valença. Câmara Municipal, Jornais e a Irmandade Santa Casa de Misericórdia. São nesses locais onde os homens da boa sociedade se utilizavam de importantes instrumentos para seus objetivos como as leis, a voz pública nos debates de seus interesses e o poder de indicar cargos públicos e encargos honoríficos²⁸.

²⁶ SILVA, Antônio Carlos da. Op. Cit.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

A Câmara Municipal se configurou como principal lócus da sociedade valenciana, segundo Antônio Carlos. Além dos homens da boa sociedade representarem seus interesses econômicos, eram também os mantenedores dos valores sociais vigentes na época. Assim, além da esfera política, também tinham representação em jornais e na Irmandade Santa Casa de Misericórdia.

São nesses locais onde os homens da boa sociedade se utilizavam de importantes instrumentos para seus objetivos como as leis, a voz pública nos debates de seus interesses e o poder de indicar cargos públicos e encargos honoríficos²⁹.

Antonio Carlos acredita também que a aristocracia local começou a se legitimar através da primeira sessão da Câmara, pois esse espaço se configurava numa oportunidade de organização da classe senhorial local.

A Câmara oficializou o poder desses homens através de dispositivos legais, como as posturas municipais e regimentos internos. Esse era um local privilegiado de acesso ao poder local e regional. Não só o cargo de vereadores, mas os diversos cargos atrelados à Câmara constituíram-se com objetos de distinção social e moeda para acordos políticos³⁰.

De fato, mesmo após medidas restritivas da constituição de 1824 e maior tentativa de centralização do poder, as câmaras ainda detinham um equilíbrio pautado no interesse dos grupos privilegiados – que mesmo não podendo agir diretamente junto ao poder centralizador – se garantiam por uma autonomia das oligarquias locais. Esses grupos oligárquicos tinham geralmente representantes em todas as esferas do poder, eram deputados, senadores e governadores de província que mantinham estreita ligação com representantes locais.

A boa sociedade usava como aparato a estreita ligação com subalternos para angariar seu *status*, essa elite mantinha relações de compadrio e apadrinhamento a fim de ampliar seu poder. Sobre isso, Colussi³¹ afirma que “o domínio do poder local sobre a população ocorria não apenas pela influência econômica direta do coronel, mas, também, por meio da distribuição do poder entre sua parentela, visando à prestação de favores”³². O nobre e mais tarde coronel, nesse caso, representava a figura política do senhor de terras que usava os espaços públicos como uma extensão do privado³³.

²⁹ SILVA, Antônio Carlos da. Op. Cit..

³⁰ Idem.

³¹ COLUSSI, Eliane Lucia. *Estado Novo e Municipalismo Gaúcho*. Passo Fundo: Ediupf, 1996.

³² Idem.

³³ SILVA, Antônio Carlos da. Op. Cit.

Fica claro afinal, que o poder local comandado pela elite – em prol dos interesses de manutenção de classe – usou e muito as esferas públicas para legitimar-se no poder, essa elite ditou regras, patrocinou a independência, forçou a abdicação, aplaudiu a coroação de D. Pedro II, e finalmente moldou o processo republicano no país³⁴.

As primeiras tentativas do projeto republicano partiram dos liberais brasileiros que segundo Costa³⁵, foram os homens cujos interesses se relacionavam com a economia da exportação e importação. A manipulação dessa nova forma de governo ocorreu, pois ao mesmo tempo em que tentavam se libertar das restrições portuguesas ao livre-comércio, tentavam manter a estrutura social e econômica baseadas na “patronagem” e na escravidão³⁶.

Costa afirma que o maior desafio dos liberais brasileiros era encontrar uma maneira para lidar com esta contradição, e diferente do que se pensa, as ideias liberais das elites brasileiras não eram uma simples imitação do modelo liberal europeu, também não foi um capricho, eram na verdade “armas ideológicas com que pretendiam alcançar metas políticas e econômicas específicas”³⁷.

Para Faoro a propaganda republicana teve início com as eleições de 1860, que segundo ele, trouxeram uma nova perspectiva para o liberalismo, o Estado estaria então sufocado pelo triunfo centralizador, em suas palavras: “o peso da máquina centralizadora acabou por esmagar o império”³⁸.

Finalmente, após 70 anos de Monarquia, o Brasil, em 15 de novembro de 1889 se tornou uma República. Uma mudança de regime após longa tradição monárquica só pode ser explicado pela grande transformação que o país passava desde a segunda metade do século XIX. Essas transformações estavam pautadas principalmente na crise cafeeira do Vale do Paraíba, que viam a estrutura monárquica na qual se apoiavam ruir e abrir espaço aos emergentes cafeicultores do oeste paulista, que por sua vez necessitavam de um regime moderno e principalmente descentralizador.

Os propagandistas republicanos criticavam além da centralização, o caráter hereditário da monarquia, o poder excessivo de D. Pedro II, a vitalidade do Senado e o sistema político que excluía grande parte da população. Engrossando o pensamento republicano, o exército brasileiro se fazia mais popular contrapondo o elitismo do regime vigente. Principalmente após a Guerra do Paraguai, o exército consolidou-se como salvador da pátria, sendo ele responsável por solucionar todos os problemas.

³⁴ SANTIN, Janaína Rigo. O TRATAMENTO HISTÓRICO DO PODER LOCAL NO BRASIL E A GESTÃO DEMOCRÁTICA MUNICIPAL. Anais do II Seminário Nacional: Movimentos Sociais, Participação e Democracia. UFSC, Florianópolis, 2007.

³⁵ Costa, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 6.ed. – São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

³⁸ FAORO, Raymundo. Op. Cit.

Aos poucos, os militares foram se colocando contra a Monarquia, aproximando-se daqueles que já levantavam a bandeira da República. A abolição da escravidão, em 1888, foi o golpe de misericórdia. Os grandes fazendeiros, extremamente dependentes da mão-de-obra escrava, ressentiram-se contra a Monarquia. Esta, por sua vez, isolava-se cada vez mais ao perder, uma a uma, suas forças de sustentação – fossem civis ou militares³⁹.

Como sistema, a monarquia se mostrava incapaz de conciliar os setores conservadores à camada emergente urbana e dos militares, além dos fazendeiros do oeste paulista. Carvalho mostra que a República foi implantada sob a égide de uma ferrenha disputa ideológica, além dos liberais e positivistas também havia socialistas e anarquistas.

Entre os liberais radicais estava Silva Jardim, que tinha por objetivo aproximar o povo das atividades políticas envolvendo-os com o processo de mudança que ocorria no cenário brasileiro, vários motivos envolviam o sentimento dos radicais em prol dessa participação, por ser a primeira alteração de um regime político após a Independência os propagandistas dependiam que o sentimento republicano despertasse na população marginalizada.

Apesar de representar um regime ideologicamente de liberdade e igualdade, a república não atingiu êxito em seu propósito inovador, pois, segundo Carvalho, esta foi consolidada sobre uma mínima participação popular. A essa mudança conformada ele denomina que o movimento foi assistido pelo povo “bestializado”⁴⁰.

Na perspectiva nacional, Costa resume as críticas liberais ao sistema monárquico. Segundo a autora os liberais:

Esposando uma ideia já enunciada no Manifesto Republicano de 1870, consideram a Monarquia uma anomalia na América, onde só existem repúblicas. Repetindo as críticas feitas durante o Império ao Poder Moderador, afirmam que as liberdades foram cerceadas com grande prejuízo para a nação. Apontam as deficiências de D. Pedro como estadista. Criticam a centralização excessiva do governo monárquico, a vitaliciedade do Senado, a fraude eleitoral que possibilita ao governo vencer sempre as eleições, e consideram a República a solução natural para os problemas. A proclamação da República na opinião desses testemunhos foi a concretização de uma aspiração popular levada a efeito por um grupo de homens idealistas e corajosos que conseguiram integrar o país nas tendências do século⁴¹.

³⁹ ANGELO, Vitor Amorim de. Disponível no site: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/monarquia-e-republica-entenda-a-transicao-entre-essas-duas-formas-de-governo.htm>>. Acessado em: 17/10/2008.

⁴⁰ CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

⁴¹ COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à República: Momentos decisivos*. Grijalbo. São Paulo, 1977.

Em Valença, as primeiras aspirações liberais surgiram através de Saldanha Marinho, principal opositor dos ideais defendidos pela “boa sociedade” valenciana. Sob um clima de tensão política, foi provedor da Irmandade Santa Casa de Misericórdia entre 1854-1860.

Para o pesquisador Antonio Carlos, o liberal Saldanha Marinho representava um desconforto perante a política local⁴², porém, Iório o classifica como defensor das lutas políticas brasileiras. Segundo Iório, Marinho era invencível em seus ideais, e os defendia com bravura e coragem.

De 1861 a 1873 não houve nome mais conhecido nas lutas políticas do Brasil. Nenhum político – dizem as crônicas da época – o excedeu na bravura, na intrepidez, na impetuosidade e na veemência, quando defendia as suas ideias. Natural de Pernambuco, onde nasceu a 4 de maio de 1816, bacharelou-se em direito aos 21 anos de idade. Senador pelo Ceará, Saldanha Marinho mostrou grande versatilidade de talento, mesmo diante dos seus rivais de então⁴³.

No entanto, sua figura não era suficiente para implantar o sentimento republicano em Valença. Em Valença, os princípios da manutenção da ordem oligárquica estavam arraigados, mesmo sem grandes decisões da Câmara Municipal nesse período. Iório afirma que a propaganda republicana teve grande número de adeptos em Valença, pois “as vozes de alguns de seus filhos repercutiram bem alto os seus ideais de liberdade, respondendo aos sentimentos da Nação”⁴⁴.

O edifício imperial, mal construído, edificado para outros tempos e outros destinos, já não bastava às necessidades dos novos tempos. Incapaz de resistir à pressão das ideias, das coisas e dos homens novos já se tornara caduco e tinha seus alicerces abalados⁴⁵.

Ao mesmo tempo em que o autor afirma que Valença dispunha de homens com altivez burguesa, e que a cidade não se subjugasse perante bancos e ricos proprietários e sabendo como dar voz a seus cidadãos, ele condena a imparcialidade das ideias surgidas aqui, afirmando que pequenos núcleos também são passíveis de grande agitação, além disso, destaca a ação daqueles que desejam abafar esses movimentos por medo da democracia:

⁴² SILVA, Antonio Carlos da. Op. Cit.

⁴³ IORIO, José Leoni. Op. Cit.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Max Leclerc. *Cartas do Brasil*. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1942. In: Costa, Emília Viotti da. Op. Cit.

Valença não dispõe apenas de instrumento municipal, da atividade comercial e do espírito de negócios. Ela compreende e sabe praticar a vida política. Não se deixa subjugar nem pelo Banco nem pelos ricos proprietários. Procura a ideia pelo candidato, a coisa pelo nome, e suas eleições municipais são por vezes agitadas, embora sem sedição nem desordem. Alguns, que se dizem homens de Estado, costumam condenar esses animados escrutínios. Veem em todos os movimentos uma doença. E quer se trate de um povoado nacional ou das metrópoles revolucionárias, eles proclamam o anátema, desde que pressintam a alma das multidões e o sopro das ideias. Seu sono se perturba ao menor vento das ruas. Receiam e deploram o espírito democrático, esses dignos consulares⁴⁶.

Valença chegou à República – assim como outros municípios brasileiros, sob a égide de uma imparcialidade calculada – a mudança aconteceu e ninguém a discutiu. Taunay⁴⁷ a classificou como uma consequência do desgosto militar, e, apesar do discurso acalorado de Silva Jardim, no Teatro Glória, sobre os benefícios republicanos ter arrancado alguns “vivas”, certamente essa foi a máxima da participação valenciana na mudança de forma de governo, que se preocupava sobretudo em se reestruturar economicamente. Afinal, a verdadeira cumplicidade da classe cafeeira foi o silêncio e força da inércia⁴⁸.

Tentando moldar o projeto republicano, liberais moderadores optaram por aceitar os “novos tempos”. Em Damasceno⁴⁹, encontramos subsídios para acreditar que mesmo tendo a campanha republicana “gritado” aos ouvidos valencianos através de ativistas e pela imprensa, muitos senhores da elite preferiram ensurdecer em prol de uma unificação pacífica, que obviamente seria útil aos seus negócios, lembrando que a sociedade valenciana ressurgia economicamente através dos investimentos industriais. Como se verifica nos seguintes trechos:

1889 – Em princípio desse ano João Rodrigues Guião, fundava o “Amigo do Povo” – órgão de propaganda republicana e que imprimia em Vassouras, na tipografia do “Vassourense”. No dia 14 de julho daquele ano foi esse ardoroso periódico publicado em número especial, com a primeira página impressa em 3 cores, as da bandeira francesa e trazia a importante colaboração dos processos republicanos... foi durante sua existência que mais intensa se tornou a agitação republicana nesta cidade, pois o referido jornal batia-se com denode não receiando ameaças, violências ou ataques.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Visconde de Taunay In: Costa, Emília Viotti da. Op. Cit.

⁴⁸ LECLERC, Max. Op. Cit.

⁴⁹ FERREIRA, Luiz Damasceno. *História de Valença, Estado do Rio de Janeiro 1803-1924*. 2. ed., Editora Valença S.A. Valença, Rio de Janeiro, 1977.

1889 – Na sessão de 20 de novembro foi lida a seguinte proposta apresentada pelo Vereador Zacharias Vieira Machado da Cunha: – Proponho que esta Câmara dirija um ofício ao chefe da República dos Estados Unidos do Brasil, comunicando-lhe que esta Câmara, em sessão ordinária de hoje, adere ao Governo Provisório. Que se dirija um telegrama ao governo do Estado do Rio de Janeiro nos seguintes termos: – Os Vereadores desta Câmara saúdam a Pátria Livre e aderem ao Governo da República Federal. Posta em discussão essa proposta o Vereador Dr. Carlos Augusto de Oliveira Figueiredo, pediu a palavra e disse que dava o seu voto por escrito, pedindo que o mesmo fosse transcrito na ata, o qual é do teor seguinte: - “Como cidadão e como membro desta respeitável corporação submeto-me aos fatos consumados, não, simplesmente, porque o sejam, ou dominado pela impressão do terror, mas, simplesmente porque, hoje a resistência a eles de uma parte da Nação, seria origem de grandes calamidades públicas; faço os mais ardentes votos, para que a liberdade e a ordem se conservem e se fortaleçam, produzindo o engrandecimento da Pátria, a qual todos nós, seus filhos, quaisquer que sejam nossas crenças políticas, consagramos exclusivo culto⁵⁰.”

Na construção do artigo percebe-se que a noção da boa sociedade do século XIX foi além do significado dos homens bons transmutados de Portugal, cujo direito público provinha da nobreza do sangue. A boa sociedade se fez valer das relações de sociabilidades, angariando poder e prestígio nos campos político e social. Observamos também que muitos autores concordam que as câmaras municipais não passavam de uma extensão portuguesa e mais tarde com a proclamação da República, as câmaras municipais são dissolvidas e os governos estaduais passam a nomear os membros do “conselho de intendência”.

Em 1905, foi criada a figura do “intendente” que permaneceu até 1930 com o início da Era Vargas. Com a Revolução de 1930, criaram-se as prefeituras como conhecemos hoje, às quais foram atribuídas as funções executivas dos municípios e dessa forma as câmaras municipais passaram a ter especificamente o papel de casa legislativa.

Em Valença, os Presidentes da Câmara Municipal, portanto do órgão Legislativo, acumularam até o início dos anos 20 os dois cargos, o de Executivo e o de Legislativo, tamanha foi a confusão trazida pela República, que omitiu em sua Constituição de 1891 a questão de reestruturação municipal. Percebe-se então que os modelos permaneceram os mesmos do Império, ou seja, os mesmos desde a Constituição de 1824, e portanto, 100 anos, contrariando logo de início os ideais de modernização tanto apregoados pelos Republicanos.

⁵⁰ Idem.

A cultura política de Valença sempre foi de agitação, embora sem desordem ou violência. Segundo Charles Ribeyrolles⁵¹, “Valença sabia praticar a vida política sem se subjugar pelo dinheiro e buscando o candidato pela coisa do nome e da ideia”, portanto, a democracia em Valença sempre foi exercida com seu máximo fervor. No início dos anos 20, surge o novo cargo de Prefeito Municipal, de forma ainda um pouco diferente dos modelos atuais. Assim, Valença conheceu seu primeiro chefe do Executivo em tempos Republicanos, eleito inicialmente pelo parlamento, o Coronel Carlos Antônio Ferraz⁵², e mais tarde pela forma prevista na Constituição de 1891, ainda sem o voto direto.

Ainda hoje é possível notar que as eleições municipais em Valença são acirradas, concorridas e dignas do verdadeiro espírito democrático. Visto isso, se faz ideia de como era importante o cargo de presidente da câmara municipal de Valença, e como era disputado em suas eleições.

Ousa-se dizer, que a Câmara Municipal de Valença, é, de todas as instituições existentes, a mais Valenciana de todas. Nascida praticamente junta com a cidade fez com que Valença fosse colocada no mapa do Brasil já na época do Império onde tantas outras cidadezinhas despontavam com suas mais diversas vocações.

Casa do povo desde sua concepção, a câmara não renegou suas origens populares, teve voz nos proclamas republicanos e conseguiu ressurgir econômica e socialmente na primeira metade do século XXI, angariando melhorias em todos os setores.

Mesmo hoje, diante de tantas crises políticas e de tantas confusões jurídicas que infelizmente fazem seu humilde e pacato povo arcar com os prejuízos, a Câmara Municipal assume seu papel democrático colocando-se sempre que chamada a serviço do povo valenciano.

Referências bibliográficas

- ABREU, Capistrano. *Capítulos de História Colonial*.
 ANGELIM, Augusto N. Sampaio. *Dos homens bons aos vereadores e os primeiros juizes do Brasil*. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5323/dos-homens-bons-aos-vereadores-e-os-primeiros-juizes-do-brasil#ixzz2MscAqNvP>> Acesso em: Janeiro de 2013.
 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade* São Paulo: Paz e Terra, 1987.
 BRAGA, Alencar Santana. O PODER POLÍTICO DO MUNICÍPIO NO BRASIL COLÔNIA. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 12 – jul./dez. 2008.
 CARVALHO, José Murilo de. *A Formação das Almas: o imaginário da República no Brasil*. Companhia das Letras.
 CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
 COLUSSI, Eliane Lucia. *Estado Novo e Municipalismo Gaúcho*. Passo Fundo: Ediupf, 1996.
 COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 6.ed. – São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

⁵¹ Ribeyrolles apud IORIO, José Leoni. Op. Cit.

⁵² Tjäder, Rogério da Silva. *Uma Pequena História de Valença*. Valença: Editora Valença, 2003.

- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formação do patrono político brasileiro*, vol.1. 10. ed. São Paulo: Editora Globo; Publifolha 2000.
- FERREIRA, Luiz Damasceno. *História de Valença, Estado do Rio de Janeiro 1803-1924*. 2. ed. Editora Valença S.A. Valença, Rio de Janeiro, 1977.
- HESPANHA, Antônio Manuel. *A constituição do império português*. Revisão de alguns enviesamentos correntes. Disponível no site: <<http://efeitohistoria.blogspot.com.br/2008/07/constituiu-do-imprio-portugus-reviso-de.html>> Acessado em: 15/05/2013.
- IORIO, José Leoni. *Valença de Ontem e de Hoje*. Juiz de Fora: Cia Dias Cardoso, 1953.
- LECLERC, Max. *Cartas do Brasil*. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1942.
- MATTOS, Ilmar Rohloff de. GONÇALVES, Márcia de Almeida. *O Império da boa sociedade. A consolidação do Estado Imperial brasileiro*. São Paulo: Atual, 2005.
- PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- SALLES, Ricardo Henrique. *E o Vale era o escravo. Vassouras, século XIX. Senhores e escravos no coração do Império*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- SANTIN, Janaína Rigo. O TRATAMENTO HISTÓRICO DO PODER LOCAL NO BRASIL E A GESTÃO DEMOCRÁTICA MUNICIPAL. Anais do II Seminário Nacional: Movimentos Sociais, Participação e Democracia. UFSC, Florianópolis, 2007.
- SILVA, Antônio Carlos da. *A "boa sociedade" valenciana do século XIX: redes de sociabilidade (1829-1868)*. Vassouras, PPGH/USS, 2010.
- SILVA, Francisco Ribeiro da. *O Porto e o Seu Termo (1580-1640). Os Homens, as Instituições e o Poder*. 2 vol., Porto, Arquivo Histórico/Câmara Municipal do Porto, vol. II, 1888.
- Tjäder, Rogério da Silva. *Uma Pequena História de Valença*. Valença: Editora Valença, 2003.
- ZENHA, Edmundo. *O município no Brasil (1532-1700)*. São Paulo. Progresso, 1948.

Identificação humana através da Rugoscopia Palatina

Tayline de Oliveira Paiva Modesto¹
Enio Figueira Junior²

Resumo

Demonstra-se com este artigo a importância das rugosidades palatinas como meio de identificação de um indivíduo, quando outras técnicas mais usuais não encontram amparo, ou oportunidade de aplicação. As classificações a que as rugosidades estão sujeitas tornam-se obstáculos ao seu uso rotineiro, havendo por isso, a necessidade de uma padronização a ser amplamente aceita. A esfera civil, com relação principalmente ao ressarcimento de danos, e a esfera penal ou criminal, com relação à identificação de suspeitos e vítimas de crimes, são áreas de atuação que se revestem de grande importância a trazer mais informações dos indivíduos envolvidos.

Palavras-chave: Rugosidades; palatinas; identificação.

Abstract

It is demonstrated with this article the importance of the palatine rugae as middle of an individual's identification, when other more usual techniques don't find help, or application opportunity. The classifications the one that the rugae is subject becomes obstacles to it routine use, having for that, the need of standardization to be accepted thoroughly. The civil sphere, with relationship mainly to the payment for the damages, and the sphere criminal, regarding the suspects' identification and victims of crimes, they are areas of performance that are covered from great importance to bring the involved individuals' more information.

461

Keywords: Rugae; palate; identification.

Significância clínica

Verificada a importância da rugosidade palatina como método de identificação dos mais confiáveis, observa-se neste o preenchimento dos requisitos para que um método seja aceito, que são Unicidade ou individualidade, Imutabilidade, Perenidade, Praticabilidade, Classificabilidade. Diante disso, vê-se

¹ Cirurgiã-Dentista formada pela Faculdade de Odontologia de Valença - CESVA/FAA.

² MSc.; Esp. Odontologia Legal - Membro Consultor - Associação Brasileira de Ética e Odontologia Legal - ABOL Membro: IACME (International Association of Coroners & Medical Examiners) - Forensic Odontology; Forensic Science Group; Forensic Odontology - INTERPOL DVI-Working Group; International Organization for Forensic Odontostomatology. Professor das disciplinas de Odontologia Legal e Deontologia; e Bioética na Faculdade de Odontologia de Valença - CESVA/FAA. Endereço: Rua Luiz Pereira Graça, 165 - Cruzeiro - Valença/RJ - CEP: 27.600-000 - E-mail: efigueirajunior@gmail.com

que todo profissional a abrir um prontuário a cada paciente, deveria fazer constar também uma imagem da área, seja em fotogramas ou digitalização de modelos de gesso, como forma de alimentar bancos de dados, de início restritos aos consultórios e clínicas particulares, mas, no decorrer do tempo e com o advento do prontuário eletrônico, efetivamente nasceu um banco de dados totalmente confiável, possibilitando mais elementos nos processos que visem a identificação de pessoas.

Introdução

A identificação humana sempre apresentou um caráter fundamental para civilizações. Toda pessoa tem direito a uma identidade na sociedade, e este direito está diretamente relacionado ao exercício dos seus direitos e deveres civis de modo a trazer individualização de cada pessoa¹.

A identificação humana de maneira rápida e segura tem nos métodos de análise dos arcos dentais, a datiloscopia, porém em certos casos a utilização de tais técnicas torna-se inviável, então são aplicados alguns métodos menos *utilizados*, tais como a queiloscopia, rugoscopia palatina que, devido às suas características, podem ser aplicados com sucesso na identificação humana¹.

A identificação pessoal tem grande importância em Medicina Forense, tanto por razões legais como humanas, e é frequentemente iniciada antes mesmo de se determinar a causa da morte do indivíduo².

462

Por quase meio século, a identificação de corpos através de provas dentais tem sido possivelmente o mais confiável dentre os métodos de identificação usualmente empregados, em razão da sua resistência a fatores externos que tendem a provocar alterações em suas estruturas, ou mesmo as alterações que possam ocorrer no pós-morte³.

A Odontologia Legal é a especialidade que relaciona a odontologia com o direito, permitindo o fornecer esclarecimentos no sentido de se buscar resoluções de questões judiciais utilizando conhecimentos odontológicos. Estas questões podem estar relacionadas com as diversas áreas do direito, ações de indenização por erro odontológico, lides trabalhistas, processos éticos e criminais, como também se revestem de extrema importância para se chegar a uma identificação pessoal, mesmo em casos de vítimas de desastres⁴.

Mesmo os materiais odontológicos empregados nos procedimentos de restaurações dos elementos dentários apresentam resistência a agressões físicas ou químicas, tornando-os também fontes para o processo de identificação⁵.

A identificação de um cadáver tanto sob o aspecto civil, além do aspecto social, também se reveste do aspecto legal, na medida em que processo judicial como autorização para sepultamento de pessoa da família vem a trazer conforto para os demais membros familiares⁵.

Também sob a ótica criminal, tem importância com vistas à identificação de uma vítima, de forma a estabelecer responsabilidades para a compensação de

Identificação humana, enfim, é o processo pelo qual se determina a identidade de uma pessoa utilizando um conjunto de técnicas ou de fato um procedimento médico-legal para afirmar através de elementos antropológicos ou antropométricos que aquele indivíduo é ele mesmo e não outro, conforme destaca Caldas et al.¹³ (2005).

Portanto, o objetivo desse trabalho foi realizar uma revisão de literatura onde foram abordadas principais técnicas, com ênfase na identificação através das rugas palatinas, sua especificidade e sua aplicabilidade para uma perícia em Odontologia legal satisfatória.

Revisão de literatura

A perícia é a busca de provas de que a justiça precisa para esclarecer pontos que envolvem o acontecimento. Para Steagall e Silva⁷ (1996), pode ser classificada de acordo com a matéria a ser esclarecida (agrária, contábil, odontológica, médica etc.) e em função da relação que existe entre o perito e o examinando (perícia direta ou indireta).

Como bem afirmado por Daruge E et al.⁸ (1999), por ter sido elevada ao nível de especialidade, a Odontologia Legal tomou grande importância carreando conhecimentos das demais áreas da Odontologia com a finalidade de subsidiar a efetiva conclusão do trabalho a ser executado, porém, o conhecimento dessa área também é importante tanto para o aluno da graduação como para o clínico, já que qualquer cirurgião-dentista poderá ser solicitado a atuar como perito.

A identidade é um conjunto de caracteres que individualizam uma pessoa, ou uma coisa. E ainda é o processo de reconhecimento técnico através da comparação de um conjunto de caracteres, chegando a uma discussão, como afirmado por⁷, e corroborado por^{8, 13, 14}.

Melki et al.¹⁵ (2001) e Baraldi et al.¹⁶ (2008), também atestam a importância da Odontologia Legal nos processos de identificação e, para isto, torna-se indispensável a utilização dos métodos científicos, principalmente quando se dispõe apenas de restos humanos.

A boca para as pessoas é como a caixa preta é para o avião; algumas das características da cavidade oral, incluindo a sua resistência a destruição e decomposição, justificam essa avaliação⁹.

Na área Civil os tipos de perícias onde o odontologista pode atuar são: ressarcimento de danos, arbitramento judicial de honorários profissionais, exclusão de paternidade, estimativa da idade e avaliação de equipamentos odontológicos. Na área Criminal o odontologista pode atuar na identificação no vivo, no cadáver e em perícias antropológicas (no crânio esqueletizado). Atua também em perícias de lesões corporais, determinação da idade, perícias de manchas, determinação da embriaguez alcoólica e outros exames periciais⁵.

Dessa forma, uma análise mais precisa das alterações existentes na cavidade bucal pode trazer informações essenciais de cada indivíduo como a análise do osso

maxilar, mandibular, das arcadas dentárias e dos tecidos circunvizinhos, como também a existência da utilização de próteses, tornando as afirmativas acerca das ocorrências mais conclusivas⁴.

As técnicas são aplicadas e inseridas nas competências da odontologia legal tanto para constatação de agressões em região de cabeça e pescoço como nas situações em que os corpos se encontram em decomposição, esqueletizados, carbonizados ou mutilados, ou seja, situações que tendem a dificultar sua identificação. Nestes casos é comum a dentição se manter intacta e fornecer informações valiosas que permitem chegar a conclusões em identificação¹.

Também Ferreira da Silva et al.¹⁷, ressaltam a abrangência da Odontologia Legal nas consequências que podem advir dos fenômenos psíquicos, físicos, químicos e biológicos ao atingir o homem vivo, morto ou uma ossada humana, e mesmo fragmentos e vestígios, resultando lesões parciais ou totais reversíveis ou irreversíveis.

Os métodos de identificação humana mais usualmente utilizados, diante das peculiaridades de cada situação, métodos ratificados por outros, podem ser enumerados da seguinte forma¹⁸:

- método de reconhecimento do vestuário e dos pertences pelos familiares,
- impressões digitais,
- investigação médica, odonto-legal (lesões buco-dentais, características de dentição, rugoscopia palatina, mordedura)
- radiologia (superposição de imagem)
- DNA
- associação de técnicas odontológicas com outras com outras áreas
- protocolo pericial e prontuário odontológico.

Pelo fato das rugas palatinas serem imutáveis durante toda vida do indivíduo, desde o período intrauterino até certo período após a morte, esta é uma metodologia de identificação que apresenta êxito na sua utilização mesmo em condições desfavoráveis^{8, 11}.

A rugoscopia palatina pode aplicar-se para identificação tanto no cadáver recente como em indivíduos vivos. As rugas palatinas são formadas a partir do tecido conjuntivo que recobre o processo palatino do osso maxilar, por volta do terceiro mês de gestação¹⁹. As rugas palatinas são estruturas localizadas na mucosa do palato duro, que envolve papila incisiva, rafe mediana e as rugas palatais. Suas formas são semelhantes às nervuras das folhas de vegetais. Essas rugas aparecem no terceiro mês do período embrionário e permanecem imutáveis durante toda a vida do indivíduo e persistem vários dias após o óbito. Nos seres humanos esse conjunto de cristas é assimétrico enquanto em outras espécies de mamíferos é simétrico. Servem como meio de identificação, pois têm uma posição privilegiada no interior da cavidade oral, onde é protegida por mais tempo das variações de temperatura, mutilações, entre outros fatores²⁰.

Ohtani et al.²¹ (2008), referem-se a este método como o primeiro a ser sugerido por Allen em 1889 como um método identificatório. É também importante notar que estas rugosidades são obtidas, não só com impressão das mucosas, por si só, mas por meio de dispositivos protéticos.

Acredita-se que nem mesmo doenças, traumatismos e agressões químicas possam promover mudanças na forma das rugas palatinas e que quando são observadas são menos acentuadas que em outros órgãos²¹.

Ressalte-se que algumas circunstâncias podem contribuir para mudanças em seu padrão original primário, como a extrema sucção do dedo na infância e a constante pressão por ocasião de tratamento ortodôntico²².

O processo cuja finalidade é levantar uma identidade chama-se identificação, ela pode ser realizada por técnicos treinados ou por profissionais com conhecimentos diferenciados e específicos, e consiste na comparação dos caracteres, procurando as coincidências entre os dados previamente registrados e os obtidos no momento presente²³.

Os métodos de identificação disponíveis atualmente podem, em alguns casos, encontrarem-se bastante reduzidos se o cadáver que se pretende identificar não possuir dentes. Neste ponto verifica-se a importância da palatoscopia, pois nestes casos, pode-se obter o padrão de rugas palatinas existentes e que caracterizam o indivíduo de forma rápida e fácil: diretamente a partir do palato duro ou a partir da prótese que o cadáver possa ter^{24, 25, 26}.

As rugosidades palatinas estão localizadas num local estratégico, protegidas do trauma e altas temperaturas. Estas não se alteram com o contato das próteses dentárias, substâncias químicas ou traumatismos. De certa forma podemos afirmar que se encontram protegidas contra traumas pela língua, bochechas, lábios e pelo tecido conjuntivo subjacente às mesmas^{27, 28, 29}.

Diversos autores consideram que há uma correlação quando associamos um determinado padrão de rugas palatinas a uma população específica. Este fato torna-se bastante útil em acidentes em massa de forma a se conseguir associar o rugograma em questão a uma zona específica do globo. Esta característica aliada à individualidade e unicidade, resistência *post-mortem*, métodos de baixo custo e estabilidade ao longo do tempo, fazem com que a palatoscopia seja um parâmetro de identificação essencial à Medicina Forense^{26, 30, 4, 25, 31, 32}.

No que diz respeito a vítimas queimadas, métodos como o reconhecimento visual, análise de impressões digitais, queiloscopia, entre outros, são inefcazes, devido ao nível de destruição da camada identificável dos corpos. Sendo assim, a identificação dentária e a rugoscopia palatina são métodos relevantes e a considerar³³.

Foram realizados vários estudos de forma a avaliar os efeitos do calor nas rugas palatinas, e pode-se concluir que a maior parte das vítimas com queimaduras faciais de terceiro grau mantinham as características iniciais das rugas, e, quando observadas alterações, estas eram menos notórias quando comparadas às alterações sofridas por outras estruturas, como os lábios^{28, 30}.

No que diz respeito à taxa de modificação no padrão das rugas em corpos carbonizados, Angelis et al.³⁴ (2011) afirma que estaria em torno de 93%.

Quanto à sua classificação, existem várias formas de serem levadas a termo. As rugosidades palatinas por isso têm ganhado grande importância na identificação de vítimas de desastres e além de outras situações também de importância.

Vanrell²⁰ (2009) considerou a classificação de Carrea, em quatro categorias diferentes na sistematização das rugosidades palatinas:

- Tipo I: com rugas direcionadas medialmente e discretamente de trás para frente.
- Tipo II: com rugas direcionadas perpendicularmente à linha mediana.
- Tipo III: com rugas direcionadas medialmente e discretamente da frente para trás.
- Tipo IV: com rugas direcionadas em sentidos variados.

E considerou também uma classificação de cunho mais prático para se observar as características individuais, elaborada por Martins dos Santos, em 1946, e divididas conforme a sua localização da seguinte forma²⁰:

- Inicial: corresponde a ruga palatina mais anterior, à direita, sempre representada por letra maiúscula;
- Complementar: correspondem as demais rugas, à direita, sendo certo que cada papila é assinalada por um número.
- Subinicial: corresponde à ruga palatina mais anterior, à esquerda, e representada, também por uma letra de forma maiúscula;
- Subcomplementar: corresponde as demais rugas, à esquerda, em sequência à subinicial, cada papila assinalada por um número.

Tabela 1

Tabela de Classificação das Rugosidades Palatinas proposta por Vanrell (2009)²⁰

Ponto	0	P
Reta	1	R
Curva	2	C
Ângulo	3	A
	Ângulo agudo	Aa
	Ângulo reto	Ar
	Ângulo obtuso	Ao
Curva fechada	4	Cf
Sinuosa	5	S
Bifurcada	6	B
Trifurcada	7	T
Quebrada	8	Q
Anômala	9	Na

Quanto à classificação, também Basauri³⁵ (1961) veio a distinguir as rugas da seguinte forma: rugas principais – identificadas com letras; e rugas acessórias – identificadas com números. Seguindo este autor, configurou-se a seguinte tabela, como demonstrado abaixo:

Tabela 2

Ruga Principal	Ruga Acessória	Anatomia
A	1	Ponto
B	2	Linha
C	3	Ângulo
D	4	Sinuosa
E	5	Curva
F	6	Círculo
X	7	Polimórfica

De acordo com Vanrel²⁰ (2000), as rugosidades palatinas são identificações de elementos, estes existentes em uma dada superfície. Os examinadores concordaram parcialmente com esta afirmação. Com respeito à singularidade, imutabilidade e a perenidade, não há discordância. As rugas palatinas são únicas para cada indivíduo, não se modificam ao longo do tempo e apresentam durabilidade por um tempo considerável depois da morte.

No entanto, em relação à classificação das rugas palatinas, existe uma unanimidade somente relativa, em razão do grande número de classificações existentes, e reconhecidas como válidas, para sua classificação.

Existem várias formas de avaliar as rugosidades palatinas, sendo a inspeção intra-oral a mais utilizada, devido à facilidade e ao baixo custo³⁶.

Esta maneira de análise, porém, poderá criar dificuldades se, no futuro, houver a necessidade de realizar um exame comparativo.

Para sua obtenção com vistas a uma classificação algumas técnicas são de uso rotineiro em clínica odontológica, como as moldagens de arcadas dentárias totais utilizando os materiais indicados e os tipos de moldeiras a cada caso.

Algumas técnicas podem ser realizadas durante o atendimento odontológico, de modo que se possam preservar provas que facilitem uma análise comparativa, visto que a identificação visual e o uso de impressões digitais são limitados após a morte devido às mudanças associadas ao tempo, temperatura e umidade³⁷.

A colheita das amostras para a análise das rugas palatinas, tanto pode ser feita através de materiais de moldagem como o alginato ou silicone, ou por fotografia do palato com auxílio de um espelho, constituindo os resultados obtidos nos palatogramas.

Dentre as técnicas utilizadas para a classificação das rugas palatinas, a classificação a partir dos modelos de gesso traz grande praticidade, desde que os materiais empregados tenham boa qualidade e consigam imprimir detalhes dados às micropartículas de sua composição.

Nesta técnica, são feitas moldagens com alginato de boa qualidade ou silicone, obedecendo às técnicas de cada fabricante, de modo a obter modelos de gesso do arco superior do indivíduo a ser identificado. As rugas são contornadas com a grafite de uma lapiseira fina (0,5 mm) de forma a serem evidenciadas. Em seguida, realiza-se a cópia xerográfica do modelo em folha de papel A4, ou mesmo sua digitalização, que posteriormente será arquivada junto com os demais dados do indivíduo, e sendo possível, a respectiva classificação rugoscópica como bem destaca Sharma et al.³⁸ (2009).

A técnica de utilização de fotografia do palato é obtida com utilização de câmera fotográfica específica para fotografias intra-orais e espelho intra-oral, este devidamente posicionado. O indivíduo deve estar sentado e, posicionar o espelho com a mão embaixo do mesmo, no interior da boca, para que as rugas palatinas sejam refletidas. O cirurgião-dentista posiciona-se a sua frente e fotografa a imagem refletida no espelho, que será enantiomorfa, devendo também ser armazenada junto ao prontuário odontológico deste paciente¹².

No Brasil, uma prova da viabilidade desse procedimento de identificação repousa no fato de o Ministério da Aeronáutica exigir, e confeccionar, a identificação de cada piloto incluindo os dados obtidos da rugoscopia palatina como forma de facilitar a sua identificação em casos de acidentes aéreos.

Discussão

Aqui se resente o método de uma verdadeira padronização que seja aceita internacionalmente, nos moldes da impressão dactiloscópica.

As diversas técnicas que se apresentam a classificar as rugosidades palatinas guardam o seu valor, mas, há a necessidade de uma padronização de maneira a que se possa ter como um modelo a ser seguido por cada profissional quando em atendimento.

O próprio prontuário odontológico, ao tornar-se ferramenta obrigatória de uso pelo Cirurgião-dentista, nos termos do artigo 17 do Código de Ética Odontológico atualmente em vigor, procura criar uma rotina de atendimento que seja unificada, ou pelo menos, já inserida no dia-a-dia do consultório dentário obedecendo a certo padrão de conduta.

O paradigma de atuação inicialmente proposto, sugerindo o uso de um prontuário, ao tornar-se compulsório, procura criar meios de proteção e resguardar direitos e deveres tanto ao profissional como ao paciente.

A nosso ver, entretanto, poderia estar sendo incluído na coleta de dados do paciente no momento da anamnese, também a situação e aspectos das rugosidades palatinas, obtidas por meio de técnicas de moldagem. Essas informações, quando em uso o prontuário digital, revertem-se de característica ímpar com a possibilidade de inserções de fotogramas, demonstrando a situação pré-existente ao tratamento, tanto em relação aos elementos dentários como em relação às rugosidades palatinas, montando dessa um banco de dados inseridos no prontuário de cada paciente.

Conclusão

Em razão de a Aeronáutica, no Brasil, criar uma obrigatoriedade da coleta e armazenamento das características presentes nas rugosidades palatinas de seus pilotos em seus próprios bancos de dados possibilitou, em casos de acidentes aéreos, a identificação do militar num espaço de tempo menor que, em razão do maior número de dados armazenados, possibilita uma identificação mais precisa.

Espera-se que a rotina de armazenamento dessas informações pertinentes às rugosidades palatinas venha a fazer parte dos consultórios odontológicos, que com as informações alimentem banco de dados a exemplo das impressões digitais. Da mesma forma que o prontuário eletrônico se torne uma realidade no menor espaço de tempo, abrindo assim um campo de armazenamento de informações de cada paciente.

A partir da existência de um banco de dados, a busca da padronização a uma classificação única com vistas à identificação forense ganharia novo fôlego, e a Responsabilidade Social do cirurgião-dentista alcançaria mais um degrau ao dotar a área de atuação desta especialidade de meios cada vez mais específicos a elucidar dúvidas e incertezas quanto às identidades de vítimas, sejam elas fatais ou não.

Referências bibliográficas

1. Rezende EJC, Araújo TM, Moraes MAS, Santana JSS, Radicchi R. *Lesões buco-dentais em mulheres em situação de violência*. Rev Bras. Epidemiol 2007; 10(2):202-14.
2. Gruber J, Kameyama MM. O papel da Radiologia em Odontologia Legal. Pesquisa Odontol Bras 2001; 15(3):263-268.
3. Ferreira RA. Reconhecendo pela boca. Revista da APCD 1996; 50(6):464-73.
4. Nayak P, Acharya AB, Padmini AT, Kaveri H. Differences in the palatal rugae shape in two populations of India, Archives of Oral Biology 2007; 52:977-982.
5. Peres AS, Peres SHCS, Nishida CL, Grandizoli DK, Ribeiro IWJ, Gobbo LG et al. Peritos e perícias em Odontologia. Revista de Odontologia da Universidade Cidade de São Paulo 2007; 19 (3):320-4.
6. Van Der Linden FP. Changes in the position of posterior teeth in relation to rugae points. Am J Orthod 1978; 74(2):142-61.
7. Steagall W, Silva MA. Importância da dentística na identificação pelos dentes no arco dental. Revista Paulista de Odontologia 1996; 18(5):23-34.
8. Daruge E, Daruge Junior E, Miyajima F, Paranhos LR, Duz S. Identificação humana por meio da imagem da superposição de imagens: caso clínico. JCB 1999; 3(14):88-90.
9. Coma JRM. Antropologia Forense. Madrid Ministério de Justiça, 1999.
10. Figueira Junior E. A importância nos arcos dentários na identificação humana. (Monografia). ABO-RJ – Regional Niterói; 2010.
11. Barbieri AM, Agostini R, Naressi SCM, Francesquine-Júnior L, Daruge Júnior E. A identificação humana pela rugoscopia palatina em pacientes tratados com disjunção de maxila. Odontol. Soc. 2008; 10(1): 8-9.
12. Silva RF, Marinho DEA, Botelho TL, Caria PHF, Bérzin F, Daruge Júnior E. Estimativa da idade por meio de análise radiográfica dos dentes e da articulação do punho: relato de caso pericial. Arq. Odont. 2008; 44(02):45-50, 2008. ilus, tab.
13. Caldas JCFG, Paschini RC, Daruge Júnior E, Iwshita AR. Determinação da identidade

de uma ossada utilizando o prontuário odontológico: Relato de um caso. *Rev Odonto (São Bernardo do Campo)* 2005; 13(25):25-29.

14. Caldas JCFG, Iwashita AL, Daruge Junior AR, Paschini RC, Spadácio C. Identificação humana por meio da imagem sugestiva de lesão cística em uma radiografia póstero-anterior de crânio. *Relato de caso. Rev. Odont* 2006; 14(27):13/17.

15. Melki JD, Martin CCS, Simões AL. Procedimentos em exumações para investigação de vínculo genético em ossos. *Rev. Saúde Pública* 2001; 35(4):368-74.

16. Baraldi AM, Menezes LMB, Silva Junior JP, Oliveira RN. Panorama nacional do uso da técnica de identificação genética nos serviços oficiais de identificação e a participação do cirurgião-dentista. *RPG Rev Pós Grad* 2008; 15(4):261-65.

17. Ferreira da Silva R, Benta NG, Júnior ED, Machado do Prado M, Melo M. Importância pericial dos registros odontológicos decorrentes de tratamento protético. *Revista Odonto* 2008; 16 (32):37-43.

18. Daruge Jr E, Gonçalves RJ, Daruge E, Fracesquini MA, Fracesquini Jr MA. Identificação de humanos pelos eventos odontológicos e alteração dentárias através de um método computadorizado. *Rev Cons Reg odontol Pernambuco* 2001; 4 (2):99-106.

19. Venegas VH, Valenzuela JSP, López MC, Galdames ICS. Palatal Rugae: Systematic Analysis of its Shape and Dimensions for Use in Human Identification. *Int. J. Morphol* 2009; 27(3):819-825.

20. Vanrell JP. *Odontologia legal e antropologia forense*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 2009.

21. Ohtani M, Nishida N, Chiba T, Fukuda M, Miyamoto Y, Yoshioka N. Indication and limitations of using palatal rugae for Personal identification in edentulous cases. *Forensic Science International* 2008; 176 (2-3):178-182.

22. Kapali S, Townsend G, Richards L, Parish T. Palatal rugae patterns in Australian Aborigines and Caucasians. *Australian Dental Journal* 1997; 42(2):129-133.

23. Oliveira RN, Melani RF, Antunes JL, Freitas ER, Galvão LC. Contribuição da Odontologia Legal para a identificação post-mortem. *Rev Bras Odontol* 1998; 55(2): 117-22.

24. Bansode S, Kulkarni M. Importance of palatal rugae in individual Identification. *Journal of Forensic Dental Sciences* 2009; 1(2):78-81.

25. Kotrashetti VS, Hollikatti K, Mallapur MD, Hallikeremath SR, Kale AD. Determination of palatal rugae patterns among two ethnic populations of India by logistic regression analysis. *Journal of Forensic and Legal Medicine* 2011; 18(8):360-365.

26. Paliwal A, Wanjari S, Parwani R. Palatal rugoscopy: Establishing identity. *Journal of Forensic Dental Sciences* 2010; 2(1):27-31.

27. España L, Paris A, Florido R, Arteaga F, Solórzano E. Estudio de las características individualizantes de las rugas palatinas. Caso: Bomberos de la Universidad de Los Andes Mérida – Venezuela. *Cuadernos de Medicina Forense* 2010; 16(4):199-204.

28. Shukla D, Chowdhry A, Bablani D, Jain P, Thapar R. Establishing the reliability of palatal rugae pattern in Individual identification (following orthodontic treatment), *The Journal of Forensic Odonto-Stomatology* 2011; 29(1):20-29.

29. Fahmi F, Al-Shamrani S, Talic Y. Rugae pattern in a Saudi population sample of males and females. *Saudi Dental Journal* 2001; 13(2):92-95.

30. Jibi PM, Gautam KK, Basappa N, Raju OS. Morphological Pattern of Palatal Rugae in Children of Davengere. *Journal of Forensic Sciences* 2011; 56(5):1192-1197.

31. Santos C, Caldas I. Palatal Rugae Pattern in a Portuguese Population: A Preliminary Analysis. *Journal of Forensic Sciences* 2012; 57(3):786-788.

32. Gondivkar SM, Patel S, Gadbail AR, Gaikwad RN, Chole R, Parikh RV. Morphological study of the palatal rugae in western Indian Population. *Journal of Forensic and Legal Medicine* 2011; 18(7):310-312.

33. Valenzuela A, Martin-de las Heras S, Marques T, Exposito N, Bohoyo JM. The application of dental methods of identification to human burn victims in a mass disaster. *International Journal of Legal Medicine* 2000; 113:236-239.
34. De Angelis D, Riboli F, Gibeli D, Cappella A, Cattaneo C. Palatal rugae as an individualising marker: Reliability for forensic odontology and personal identification. *Journal of the Forensic Science Society: Science e Justice* 2011; 52(3):181-184.
35. Basauri C. Forensic odontology and identification. *Int Crim Police Rev.* 1961; 16:45-51.
36. Caldas IM, Magalhães T, Afonso A. Establishing identity using cheiloscopy and palatoscopy. *Forensic Sci Int.* 2007; 1:1-9.
37. Patil MS, Patil SB, Achary AB. Palatine Rugae and their significance in clinical dentistry: a review of the literature. *J Am Dent Assoc.* 2008; 139(11):1471-8.
38. Sharma P, Saxena S, Rathod V. Comparative reliability of cheiloscopy and palatoscopy in human identification. *Indian J Dent Res.* 2009; 20(4):453-7.

Agradecimentos

Agradeço a Deus por tudo pelas coisas boas e pessoas especiais que colocou em meu caminho.

Aos meus pais e também meu irmão que de algum lugar olha por mim, pelo carinho, educação e apoio que me dedicaram ao longo dessa trajetória, e por todo amor que me foi dado.

Aos meus amigos, que sempre estiveram ao meu lado, e pelos muitos momentos divididos.

Ao prof. Enio Figueira Junior grande incentivador para a execução deste trabalho, por sua paciência e dedicação.

Jurisprudência Internacional

Jurisprudência Internacional

Direitos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-17/2002

de 28 de agosto de 2002,

solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño

Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.doc

Acesso em 23/10/2013

Voto Concorrente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade

I

Presentación de la consulta

1. El 30 de marzo de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”), en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”, “la Convención” o “el Pacto de San José”), sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”) una solicitud de Opinión Consultiva (en adelante “la consulta”) sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

2. En criterio de la Comisión Interamericana la consulta tiene como antecedente que

[e]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la

- o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor[;]
- c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
 - d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor[; y]
 - e) [l]a determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación.

VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor de la adopción, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la presente Opinión Consultiva n. 17 sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, la cual constituye, a mi juicio, un nuevo aporte de su jurisprudencia reciente a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La consulta formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuadra perfectamente, a mi modo de ver, en la amplia base jurisdiccional de la función consultiva de la Corte Interamericana (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), ya por ésta claramente explicada y establecida en su Opinión Consultiva n. 15 sobre los *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (del 14.11.1997)¹. La Corte tiene, así, la competencia para interpretar las disposiciones relevantes (objeto de la presente consulta) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados que vinculan los Estados de la región, además de la responsabilidad y del deber - como lo determina la Convención Americana - de ejercer su función consultiva, cuya operación es materia de *ordre public* internacional.

I. Prolegómenos: Breves Precisiones Conceptuales.

2. El preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 advierte en su preámbulo que “en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles”, necesitando por lo tanto “especial consideración”. Los niños abandonados en las calles, los niños tragados por la delincuencia, el trabajo infantil, la prostitución infantil forzada, el tráfico de niños para venta de órganos, los niños involucrados en conflictos armados, los niños refugiados, desplazados y apátridas, son aspectos del cotidiano de la tragedia contemporánea de un mundo aparentemente sin futuro.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-15/99, Serie A, n. 15, pp. 3-25, párrs. 1-59, esp. pp. 13-19 y 24, párrs. 23-41 y puntos resolutivos 1-2.

apátridas, y no la apatridia. Y así por delante. Las limitaciones de la capacidad jurídica en nada subtraen a la personalidad jurídica. El titular de derechos es el ser humano, de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente.

7. Desde el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, – en el cual se enmarcan, a mi modo de ver, los derechos humanos del niño, – son los niños los titulares de derechos, y no la infancia o la niñez. Un individuo puede tener derechos específicos en virtud de la condición de vulnerabilidad en que se encuentre (v.g., los niños, los ancianos, las personas con discapacidad, los apátridas, entre otros), pero el titular de derechos sigue siendo siempre él, como persona humana, y no la colectividad o el grupo social al que pertenece por su condición existencial (v.g., la infancia o niñez, la vejez, la discapacidad, la apatridia, entre otros).

8. Es cierto que la personalidad y la capacidad jurídicas guardan estrecha vinculación, pero en el plano conceptual se distinguen. Puede ocurrir que un individuo tenga personalidad jurídica sin disfrutar, en razón de su condición existencial, de plena capacidad para actuar. Así, en el presente contexto, por personalidad se puede entender la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y por capacidad la aptitud para ejercerlos por sí mismo (capacidad de ejercicio). La capacidad encuéntrase, pues, íntimamente vinculada a la personalidad; sin embargo, si por alguna situación o circunstancia un individuo no dispone de plena capacidad jurídica, ni por eso deja de ser sujeto de derecho. Es el caso de los niños.

9. Dada la importancia transcendental de la materia tratada en la presente Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, me veo en el deber de dejar constancia de mis reflexiones sobre la materia, centradas en seis aspectos medulares, que considero de la mayor relevancia y actualidad, y que conforman una temática que me ha consumido años de estudio y meditación, a saber: primero, la cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano; segundo, la personalidad jurídica del ser humano como respuesta a una necesidad de la comunidad internacional; tercero, el advenimiento del niño como verdadero sujeto de derechos en el plano internacional; cuarto, el derecho subjetivo, los derechos humanos y la nueva dimensión de la personalidad jurídica internacional del ser humano; quinto, las implicaciones y proyecciones de la personalidad jurídica del niño en el plano internacional; y sexto, los derechos humanos del niño y las obligaciones de su protección *erga omnes*. Pasemos a un examen sucinto de cada uno de esos aspectos.

(inclusive el derecho de no verse sometidas a discriminación basada en la discapacidad), los cuales “dimanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”.

II. La Cristalización de la Personalidad Jurídica Internacional del Ser Humano

10. La cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano constituye, en mi entender⁶, el legado más precioso de la ciencia jurídica del siglo XX, que requiere mayor atención por parte de la doctrina jurídica contemporánea. En este particular, el Derecho Internacional experimenta hoy, al inicio del siglo XXI, de cierto modo un retorno a los orígenes, en el sentido que fue originalmente concebido como un verdadero *jus gentium*, el derecho de gentes. Ya en los siglos XVI y XVII, los escritos de los llamados fundadores del Derecho Internacional (especialmente los de F. Vitoria, F. Suárez y H. Grotius, además de los de A. Gentili y S. Pufendorf) sostenían el ideal de la *civitas maxima gentium*, constituida por seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad⁷.

11. Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del Derecho Internacional (consignadas notadamente en los escritos de los teólogos españoles y en la obra grociana), que lo concebían como un sistema verdaderamente *universal*⁸, vinieron a ser suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico, que personificó el Estado, dotándolo de “voluntad propia”, reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado a éstos “concedía”. El consentimiento o la voluntad de los Estados (según el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el Derecho Internacional, negando *jus standi* a los individuos, a los seres humanos⁹.

12. Ésto dificultó la comprensión de la comunidad internacional, y debilitó el propio Derecho Internacional, reduciéndolo a un derecho estrictamente interestatal, no más *por encima* sino *entre* Estados soberanos¹⁰. En efecto, cuando el ordenamiento jurídico internacional se alejó de la visión universal de los llamados “fundadores” del

⁶ A.A. Cançado Trindade, “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments”, *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l’homme à l’aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 317-374.

⁷ Es cierto que el mundo cambió enteramente, desde que Vitoria, Suárez, Gentili, Grotius, Pufendorf y Wolff escribieron sus obras, pero la aspiración humana sigue la misma. A.A. Cançado Trindade, “A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional”, in *Jornadas de Derecho Internacional* (UNAM, Ciudad de México, 11-14 de diciembre de 2001), Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2002, pp. 311-347.

⁸ C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; e cf. también R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l’histoire*, Paris, Economical UNESCO, 1986, pp. 164-165.

⁹ P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 36-37.

¹⁰ *Ibid.*, p. 37.

derecho de gentes (cf. *supra*), sucesivas atrocidades se cometieron contra el género humano. Las consecuencias desastrosas de esa distorsión son ampliamente conocidas.

13. Ya a finales de la década de los veinte, surgían las primeras reacciones doctrinales contra esta posición reaccionaria¹¹. Y a mediados del siglo XX la más lúcida doctrina jusinternacionalista se distanciaba definitivamente de la formulación hegeliana y neo-hegeliana del Estado como depositario final de la libertad y responsabilidad de los individuos que lo componían, y que en él [en el Estado] se integraban enteramente¹². Contra la corriente doctrinal del positivismo tradicional¹³, que pasó a sostener que solamente los Estados eran sujetos del Derecho Internacional¹⁴, se emergió una corriente opuesta¹⁵, sosteniendo, *a contrario sensu*, que, en última instancia, solamente los individuos, destinatarios de todas las normas jurídicas, eran sujetos del Derecho Internacional. Jamás hay que olvidar que, al fin y al cabo, el Estado existe para los seres humanos que lo componen, y no *vice-versa*.

14. Mientras tanto, persistía la vieja polémica, estéril y ociosa, entre monistas y dualistas, erigida en falsas premisas, que, no sorprendentemente, dejó de contribuir a los esfuerzos doctrinales en pro de la emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado. En efecto, lo que hicieron tanto los dualistas como los monistas, en este particular, fue “personificar” el Estado como sujeto del Derecho Internacional¹⁶. Los monistas descartaron todo antropomorfismo, afirmando la subjetividad internacional del Estado por un análisis de la persona jurídica¹⁷; y los dualistas¹⁸ no se contuvieron en sus excesos de caracterización de los Estados como sujetos únicos del Derecho Internacional¹⁹.

¹¹ Como, v.g. la luminosa monografía de Jean Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 66 y 33, y cf. p. 19. Ponderó el autor que, a contrario de lo que se desprendería de la doctrina hegeliana, el Estado no es un ideal supremo submisivo tan sólo a su propia voluntad, no es un fin en sí mismo, sino “un medio de realización de las aspiraciones y necesidades vitales de los individuos”, siendo, pues, necesario proteger el ser humano contra la lesión de sus derechos por su propio Estado. *Ibid.*, p. 55; una evolución en ese sentido, agregó, habría que aproximarnos del ideal de la *civitas maxima*.

¹² W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, p. 247.

¹³ Formada, además de Triepel y Anzilotti, también por K. Strupp, E. Kaufmann, R. Redslob, entre otros.

¹⁴ Postura que también vino a ser adoptada por la llamada doctrina soviética del Derecho Internacional, con énfasis en la “coexistencia pacífica” inter-estatal; cf., v.g., Y.A. Korovin, S.B. Krylov, *et alii*, *International Law*, Moscow, Academy of Sciences of the USSR/Institute of State and Law, [s/f], pp. 93-98 y 15-18; G.I. Tunkin, *Droit international public - problèmes théoriques*, Paris, Pédone, 1965, pp. 19-34.

¹⁵ Formada por L. Duguit, G. Jèze, H. Krabbe, N. Politis y G. Scelle, entre otros.

¹⁶ Cf. C.Th. Eustathiades, «Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale - Nouvelles tendances», 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953) p. 405.

¹⁷ *Ibid.*, p. 406.

¹⁸ A ejemplo sobre todo de H. Triepel y D. Anzilotti.

¹⁹ Para una crítica a la incapacidad de la tesis dualista de explicar el acceso de los individuos a la jurisdicción internacional, cf. Paul Reuter, «Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en Droit international public», *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 1950, pp. 542-543 y 551.

15. Con el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano en el plano internacional, el Derecho Internacional pasó a configurarse como un *corpus juris* de emancipación. No hay “neutralidad” en el Derecho; todo Derecho es *finalista*, y los destinatarios últimos de las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales son los seres humanos. A mediados del siglo XX, la propia experiencia jurídica contradecía categóricamente la teoría infundada de que los individuos eran simples *objetos* del ordenamiento jurídico internacional, y destruía otros prejuicios del positivismo estatal²⁰. En la doctrina jurídica de entonces se tornaba patente el reconocimiento de la expansión de la protección de los individuos en el ordenamiento jurídico internacional²¹, como verdaderos sujetos de derecho (del *law of nations*)²².

16. En la ponderación de René Cassin, escribiendo en 1950, por ejemplo, son sujetos de derecho “todas las criaturas humanas”, como miembros de la “sociedad universal”, siendo “inconcebible” que el Estado venga a negarles esta condición²³. Los derechos humanos se concibieron como *inherentes* a todo ser humano, independientemente de cualesquiera circunstancias en que se encuentre. Ya entonces, el individuo pasaba a ser visto como sujeto *jure suo* del Derecho internacional, tal como sostenía la doctrina más lúcida, desde la de los llamados fundadores del derecho de gentes (*droit des gens*)²⁴.

17. También en el continente americano, aún antes de la adopción de las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos de 1948, florecieron manifestaciones doctrinales en pro de la personalidad jurídica internacional de los individuos, como las que se encuentran, por ejemplo, en las obras de Alejandro Álvarez²⁵ y Hildebrando Accioly²⁶. En efecto, estudios sucesivos sobre los instrumentos internacionales de protección internacional pasaron a enfatizar precisamente la importancia histórica del reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de los individuos²⁷.

²⁰ Cf. G. Sperduti, *L'Individuo nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè Ed., 1950, pp. 104-107.

²¹ C. Parry, «Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law», 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) p. 722.

²² H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 69, 61 y 51; y, anteriormente, H. Lauterpacht, «The International Protection of Human Rights», 70 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1947) pp. 11, 6-9 y 104.

²³ R. Cassin, «L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle», in *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 81-82.

²⁴ P.N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 223 e 215.

²⁵ A. Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 46-47 y 457-463, y cf. pp. 81, 91 y 499-500.

²⁶ H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, 1a. ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, pp. 71-75.

²⁷ Cf., e.g., R. Cassin, “Vingt ans après la Déclaration Universelle”, 8 *Revue de la Commission internationale de juristes* (1967) n. 2, pp. 9-17; W.P. Gormley, *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, The Hague, Nijhoff, 1966, pp. 1-194; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 26-33 y 82-172; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule*

18. Todo el nuevo *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido construido sobre la base de los imperativos de protección y los intereses superiores del ser humano, independientemente de su vínculo de nacionalidad o de su estatuto político, o cualquiera otra situación o circunstancia. De ahí la importancia que asume, en ese nuevo derecho de protección, la personalidad jurídica del individuo, como sujeto del derecho tanto interno como internacional²⁸. Hoy se reconoce la responsabilidad del Estado por todos sus actos - tanto *jure gestionis* como *jure imperii* - y todas sus omisiones, lo que pone de relieve la personalidad jurídica de los individuos y su acceso directo a la jurisdicción internacional para hacer valer sus derechos (inclusive contra el propio Estado)²⁹.

of Exhaustion of Local Remedies in International Law, Cambridge, University Press, 1983, pp. 1-445; A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327; F. Matscher, "La Posizione Processuale dell'Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", in *Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 601-620; A.Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-34 e 341; P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1992 [reprint], pp. 38-54; J.A. Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a Barbarie - La Declaración Universal de Derechos Humanos, Cincuenta Años Después*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 27-145; E.-I.A. Daes (rapporteur spécial), *La condition de l'individu et le Droit international contemporain*, ONU doc. E/CN.4/Sub.2/1988/33, de 18.07.1988, pp. 1-92; J. Ruiz de Santiago, "Reflexiones sobre la Regulación Jurídica Internacional del Derecho de los Refugiados", in *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo* (ed. J. Irigoien Barrenne), Santiago, Universidad de Chile, 1991, pp. 124-125 e 131-132; R.A. Mullerson, "Human Rights and the Individual as Subject of International Law: A Soviet View", 1 *European Journal of International Law* (1990) pp. 33-43; A. Debricon, "L'exercice efficace du droit de recours individuel", in *The Birth of European Human Rights Law - Liber Amicorum Studies in Honour of C.A. Norgaard* (eds. M. de Salvia y M.E. Villiger), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 237-242.

²⁸ Sobre la evolución histórica de la personalidad jurídica en el derecho de gentes, cf. H. Mosler, "Réflexions sur la personnalité juridique en Droit international public", *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9-268; G. Scelle, "Some Reflections on Juridical Personality in International Law", *Law and Politics in the World Community* (ed. G.A. Lipsky), Berkeley/L.A., University of California Press, 1953, pp. 49-58 e 336; J.A. Barberis, *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17-35; J.A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", 179 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1983) pp. 157-238; A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts", *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/Asser Instituut, The Hague, July 1995), The Hague, Asser Instituut, 1996, pp. 157-162 e 166-167; C. Dominicé, "La personnalité juridique dans le système du droit des gens" *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 147-171; M. Virally, «Droits de l'homme et théorie générale du Droit international», *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. IV, Paris, Pédone, 1972, pp. 328-329.

²⁹ S. Glaser, «Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif», *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, p. 117, y cf. pp. 105-106, 114-118 y 123.

19. El Estado, creado por los propios seres humanos, y por ellos compuesto, para ellos existe, para la realización de su bien común. Para este reconocimiento han contribuído decisivamente, en el plano internacional, la considerable evolución en las cinco últimas décadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁰, a la cual se puede agregar del mismo modo la del Derecho Internacional Humanitario; también este último considera las personas protegidas no como simples objeto de la reglamentación que establecieron, sino como verdaderos sujetos del Derecho Internacional³¹. Al fin y al cabo, todo el Derecho existe para el ser humano, y el derecho de gentes no hace excepción a ésto, garantizando al individuo sus derechos y el respeto de su personalidad³².

20. El “eterno retorno” o “renacimiento” del jusnaturalismo ha sido reconocido por los propios jusinternacionalistas³³, contribuyendo en mucho a la afirmación

³⁰ Cf. M. Ganji, *International Protection of Human Rights*, Genève/Paris, Droz/Minard, 1962, pp. 178-192; A.A. Cançado Trindade, “Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435; P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-23.

³¹ Es lo que se desprende, v.g., de la posición de las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949, erigida a partir de los derechos de las personas protegidas (v.g., III Convención, artículos 14 y 78; IV Convención, artículo 27); tanto es así que las cuatro Convenciones de Ginebra prohíben claramente a los Estados Partes derogar - por acuerdos especiales - las reglas en ellas enunciadas y en particular restringir los derechos de las personas protegidas en ellas consagrados (I, II y III Convenciones, artículo 6; y IV Convención, artículo 7); cf. A. Randelzhofer, “The Legal Position of the Individual under Present International Law”, *State Responsibility and the Individual - Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights* (eds. A. Randelzhofer y Ch. Tomuschat), The Hague, Nijhoff, 1999, p. 239. - En realidad, las primeras Convenciones de Derecho Internacional Humanitario (ya en el paso del siglo XIX al XX) fueron pioneras al expresar la preocupación internacional por el destino de los seres humanos en los conflictos armados, reconociendo el individuo como beneficiario directo de las obligaciones convencionales estatales. K.J. Partsch, “Individuals in International Law”, *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 2, Elsevier, Max Planck Institute/North-Holland Ed., 1995, p. 959; y cf. G.H. Aldrich, “Individuals as Subjects of International Humanitarian Law”, *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 857-858.

³² F.A. von der Heydte, «L'individu et les tribunaux internationaux», 107 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1962) p. 301; cf. también, al respecto, v.g., E.M. Borchard, «The Access of Individuals to International Courts», 24 *American Journal of International Law* (1930) pp. 359-365.

³³ J. Maritain, *O Homem e o Estado*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Agir, 1966, p. 84, y cf. pp. 97-98 y 102; A. Truyol y Serra, «Théorie du Droit international public - Cours général», 183 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 142-143; L. Le Fur, «La théorie du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne», 18 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1927) pp. 297-399; C.J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 y 207; J. Puente Egidio, «Natural Law», in *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute), vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 344-349. - Y, para un estudio general, cf. A.P. d'Entrèves, *Natural Law*, London, Hutchinson Univ.

y la consolidación de la primacía en el orden de los valores³⁴, de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, y del reconocimiento de su necesario cumplimiento *vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo³⁵. Esta última, testimoniando la moralización del propio Derecho, asume la vindicación de los intereses comunes superiores³⁶. Gradualmente se ha vuelto a concebir un sistema jurídico verdaderamente *universal*.

III. La Personalidad Jurídica del Ser Humano como Respuesta a una Necesidad de la Comunidad Internacional.

21. Así, el propio Derecho Internacional, al reconocer derechos inherentes a todo ser humano, ha desautorizado el arcaico dogma positivista que pretendía autoritariamente reducir tales derechos a los “concedidos” por el Estado. El reconocimiento del individuo como sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional, representa una verdadera revolución jurídica, - a la cual tenemos el deber de contribuir en la búsqueda de la prevalencia de valores superiores, - que viene en fin dar un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional. Esta transformación, propia de nuestro tiempo, corresponde, a su vez, al reconocimiento de la necesidad de que todos los Estados, para evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, respondan por la manera como tratan a todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción.

22. Esta prestación de cuentas simplemente no hubiera sido posible sin la consagración del derecho de petición individual, en medio al reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones positivas de protección y a la aceptación de la garantía colectiva de cumplimiento de las mismas. Es este el sentido real del *rescate histórico* del individuo como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es por esto que, en mi Voto Concurrente en el caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú* (Excepciones Preliminares, Sentencia del 04.09.1998), instado por las circunstancias del *cas d'espèce*, me permití examinar la evolución y cristalización

Libr., 1970 [reprint], pp. 13-203; Y.R. Simon, *The Tradition of Natural Law - A Philosopher's Reflections* (ed. V. Kuic), N.Y., Fordham Univ. Press, 2000 [reprint], pp. 3-189.

³⁴ Gustav Radbruch, particularmente sensible - sobre todo en la edad madura - al valor de la justicia, resumió las diversas concepciones del derecho natural como presentando los siguientes trazos fundamentales comunes: primero, todas proveen ciertos “juicios de valor jurídico con un determinado contenido”; segundo, tales juicios, universales, tienen siempre como fuente la naturaleza, o la revelación, o la razón; tercero, tales juicios son “accesibles al conocimiento racional”; y cuarto, tales juicios priman sobre las leyes positivas que les sean contrarias; en suma, “el derecho natural debe siempre prevalecer sobre el derecho positivo”. G. Radbruch, *Filosofia do Direito*, vol. I, Coimbra, A. Amado Ed., 1961, p. 70.

³⁵ J.A. Carrillo Salcedo, “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, 22 *Isegoría - Revista de Filosofía Moral y Política* - Madrid (2000) p. 75.

³⁶ R.-J. Dupuy, «Communauté internationale et disparités de développement - Cours général de Droit international public», 165 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1979) pp. 190, 193 y 202.

situación de riesgo, como los 'niños de la calle', los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad⁴⁰, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida⁴¹.

25.El ser humano irrumpe, en fin, aún en las condiciones más adversas, como sujeto último del Derecho tanto interno como internacional. El caso de los "Niños de la Calle", decidido por la Corte Interamericana, en que los marginados y olvidados del mundo lograron recurrir a un tribunal internacional para hacer valer sus derechos como seres humanos, es verdaderamente paradigmático, y da un testimonio claro e inequívoco de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha alcanzado su madurez.

26.La corriente doctrinal que todavía insiste en negar a los individuos la condición de sujetos del Derecho Internacional se basa en una rígida definición de estos últimos, de ellos exigiendo no sólo que posean derechos y obligaciones emanados del Derecho Internacional, sino también que participen en el proceso de creación de sus normas y del cumplimiento de las mismas. Ocurre que esta rígida definición no se sostiene siquiera en el plano del derecho interno, en el cual no se exige - jamás se exigió - de todos los individuos participar en la creación y aplicación de las normas jurídicas para ser titulares de derechos, y ser vinculados por los deberes, emanados de tales normas.

27.Además de insostenible, aquella concepción se muestra contaminada de un dogmatismo ideológico nefasto, que tuvo como consecuencia principal alienar el individuo del ordenamiento jurídico internacional. Es sorprendente - si no espantoso, - además de lamentable, ver aquella concepción repetida mecánicamente y *ad nauseam* por una parte de la doctrina, aparentemente pretendiendo hacer creer que la intermediación del Estado, entre los individuos y el ordenamiento jurídico internacional, sería algo inevitable y permanente. Nada más falso. En el breve período histórico en que prevaleció aquella concepción estatista, a la luz - o, más precisamente, en medio a las tinieblas - del positivismo jurídico, se cometieron sucesivas atrocidades contra el ser humano, en una escala sin precedentes.

28.Resulta hoy clarísimo que nada hay de intrínseco al Derecho Internacional que impida o imposibilite a actores no-estatales disfrutar de la personalidad jurídica internacional. Nadie en sana conciencia osaría hoy negar que los individuos efectivamente poseen derechos y obligaciones que emanan directamente del Derecho Internacional, con el cual se encuentran, por lo tanto, en contacto directo.

⁴⁰ Al cual se refiere el preámbulo (párr. 6) de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

⁴¹ CtIADH, Serie C, n. 63, pp. 78-79, párr. 191.

personalidad jurídica de los niños, como verdaderos sujetos de derecho y no simples objeto de protección.

32. La categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional no se ha mostrado insensible a las *necesidades* de la comunidad internacional, entre las cuales figura con destaque la de proveer protección a los seres humanos que la componen, en particular los que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, como son los niños. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre la materia sostienen que los propios sujetos de derecho en un sistema jurídico son dotados de atributos que atienden a las necesidades de la comunidad internacional⁴⁵.

33. De ahí que, - como señala con perspicacia Paul de Visscher, - mientras que “el concepto de persona jurídica es unitario como concepto”, dada la unidad fundamental de la persona humana que “encuentra en sí misma la justificación última de sus propios derechos”, la capacidad jurídica, a su vez, revela una variedad e multiplicidad de alcances⁴⁶. Pero tales variaciones del alcance de la capacidad jurídica, - inclusive sus limitaciones en relación con, v.g., los niños, los ancianos, las personas con discapacidad mental, los apátridas, entre otros, - en nada afectan la personalidad jurídica de todos los seres humanos, expresión jurídica de la dignidad inherente a ellos.

34. Así, en suma, toda persona humana es dotada de personalidad jurídica, la cual impone límites al poder estatal. La capacidad jurídica varía en razón de la condición jurídica de cada uno para realizar determinados actos. Sin embargo, aunque varíe tal capacidad de ejercicio, todos los individuos son dotados de personalidad jurídica. Los derechos humanos refuerzan este atributo universal de la persona humana, dado que a todos los seres humanos corresponden de igual modo la personalidad jurídica y el amparo del Derecho, independientemente de su condición existencial o jurídica.

IV. El Advenimiento del Niño como Sujeto de Derechos en el Plano Internacional.

35. En la base de todo ese notable desarrollo, encuéntrase el principio del *respeto a la dignidad de la persona humana*, independientemente de su condición existencial. En virtud de ese principio, todo ser humano, independientemente de la situación y las circunstancias en que se encuentra, tiene derecho a la dignidad⁴⁷. Este

⁴⁵ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre las *Reparaciones de Daños*, ICJ Reports (1949) p. 178: - “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States”.

⁴⁶ Paul de Visscher, «Cours Général de Droit international public», 136 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1972) p. 56, y cf. pp. 45 y 55.

⁴⁷ Sobre ese principio, cf., recientemente, v.g., B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-Marseille/Paris, CERIC,

principio fundamental encuéntrase invocado en los preámbulos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 así como de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Figura igualmente en el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales e Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988), entre otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

36. También se encuentra recogido, - como no podría dejar de ser, - en la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, cuando esta ubica, en la escala de los *valores fundamentales*,

“la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la sociedad y con respecto al Estado” (párr. 93).

37. Es cierto, como lo señala la Corte en la presente Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, que solamente a lo largo del siglo XX se articuló el *corpus juris* de los derechos del niño, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (párrs. 26-27), concebido el niño como verdadero sujeto de derecho. Ésto ocurrió con el impacto notadamente de las supracitadas Declaración (1959)⁴⁸ y Convención (1989) sobre los Derechos del Niño, así como de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Beijing, 1985), y sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Tokio, 1990), y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Riad, 1990), - además de los tratados generales de derechos humanos.

38. O sea, los derechos del niño en fin se desprendieron de la *patria potestas*⁴⁹ (del derecho romano) y de la concepción de la indisolubilidad del matrimonio (del derecho canónico). En el propio derecho de familia, - enriquecido por el reconocimiento, en el siglo XX, de los derechos del niño, en el plano internacional, - el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el “interés superior del niño”, cuyo estatuto o condición jurídica adquiere en fin autonomía propia⁵⁰.

1999, pp. 7-491; [Varios Autores.] *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine* (Actes du Séminaire de Montpellier de 1998), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 15-113; E. Wiesel, «Contre l'indifférence», in *Agir pour les droits de l'homme au XXIe. siècle* (ed. F. Mayor), Paris, UNESCO, 1998, pp. 87-90.

⁴⁸ Precedida por la Declaración de 1924 de la Sociedad de Naciones sobre la materia.

⁴⁹ Obsérvese que, en el siglo XVII, John Locke ya dispensaba atención al tratamiento a ser dispensado a los niños, aunque desde la perspectiva de los derechos parentales, y en particular de los deberes de protección de los niños (y no del desarrollo de su estatuto jurídico); tanto es así que dedicó, v.g., todo un capítulo (VI) de su *Ensayo sobre el Gobierno Civil* (además de sus escritos sobre la educación) al *patria potestas*; a pesar de este avance, los niños todavía no habían irrumpido como verdaderos sujetos de derecho.

⁵⁰ D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2002, pp. 2-5, 9, 14, 18-27 y 77.

39. Es sorprendente que, frente a este notable desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea, todavía exista una corriente doctrinal que insiste en que la Convención sobre los Derechos del Niño se limita a crear obligaciones estatales. Esta postura me parece inconvincente y jurídicamente infundada, por cuanto tales obligaciones existen precisamente en razón de los *derechos humanos del niño* consagrados en aquella Convención de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

40. Además, aquella corriente de pensamiento deja de apreciar precisamente la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea en el presente dominio de protección, a saber, la consagración del niño como *sujeto de derecho*. Es este, a mi juicio, el *Leitmotiv* que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño “como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección” (párr. 28).

41. El niño pasa así a ser tratado como verdadero sujeto de derecho, reconocida de ese modo su personalidad propia, distinta inclusive de las de sus padres⁵¹. Así, la Corte Interamericana sostiene, en la presente Opinión Consultiva, la preservación de los derechos sustantivos y procesales del niño en todas y cualquiera circunstancias (párr. 113). La concepción kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente los niños, todos los seres humanos *independientemente de las limitaciones de su capacidad juridical (de ejercicio)*.

42. Todo ese extraordinario desarrollo de la doctrina jusinternacionalista al respecto, a lo largo del siglo XX, encuentra raíces, - como suele suceder, - en algunas reflexiones del pasado, en el pensamiento jurídico así como filosófico⁵². Ésto es inevitable, por cuanto refleja el proceso de maduración y refinamiento del propio espíritu humano, que torna posibles los avances en la propia condición humana.

43. Así, en cuanto al dominio jurídico, me limito a rescatar un pasaje de un magistral curso dictado por Paul Guggenheim en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1958. En la ocasión, recordó aquel jurista, con pertinencia, que, ya en el siglo XVII, Hugo Grotius, que tanto contribuyera a la *autonomía del jus gentium* (desvinculándolo del pensamiento escolástico), sostenía que las reglas relativas a la capacidad de los niños en materia civil⁵³ pertenecían al propio *derecho de gentes*⁵⁴.

⁵¹ F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, 5a. ed., Paris, PUF, 2001, pp. 4-6 y 61; D. Youf, *op. cit. supra* n. (46), p. 134; J.-P. Rosenczveig, “The Self-Executing Character of the Children’s Rights Convention in France”, *Monitoring Children’s Rights* (ed. E. Verhellen), Ghent/The Hague, Univ. Ghent/Nijhoff, 1996, p. 195, y cf. pp. 187-197.

⁵² Para un examen de la subjetividad individual en el pensamiento filosófico, cf., v.g., A. Renaut, *L’ère de l’individu - Contribution à une histoire de la subjectivité*, [Paris,] Gallimard, 1991, pp. 7-299.

⁵³ V.g., sucesiones, bienes y propiedad, prescripción adquisitiva.

⁵⁴ P. Guggenheim, «Contribution à l’histoire des sources du droit des gens», *94 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1958) pp. 30 y 32-34.

44. En cuanto al pensamiento filosófico, en su *Tratado de la Educación* (más conocido como el *Emilio*, 1762), Jean-Jacques Rousseau se posiciona como un precursor de la conceptualización moderna de los derechos del niño, al advertir, con gran sensibilidad, que hay que respetar la infancia, dejar “obrar a la naturaleza”, que quiere que los niños sean niños (con su propia manera de ver, pensar y sentir) antes de ser adultos⁵⁵. La inteligencia humana, - sigue advirtiendo Rousseau, - tiene sus límites, no puede aprender todo, y el tiempo existencial es breve. Al principio “no sabemos vivir, pronto ya no podemos”; la razón y el juicio “vienen lentamente”, mientras que “los prejuicios acuden en tropel”⁵⁶. Hay, pues, que no perder de vista el pasar del tiempo, hay que tenerlo siempre presente, y que saber respetar las edades de la existencia humana.

VI. El Derecho Subjetivo, los Derechos Humanos y la Nueva Dimensión de la Personalidad Jurídica Internacional del Ser Humano.

45. No hay cómo disociar el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional del individuo de la propia dignidad de la persona humana. En una dimensión más amplia, la persona humana se configura como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí misma, y que lo cumple a lo largo del camino de su vida, bajo su propia responsabilidad. En efecto, es la persona humana, esencialmente dotada de dignidad, la que articula, expresa e introduce el “deber ser” de los valores en el mundo de la realidad en que vive, y sólo ella es capaz de eso, como portadora de dichos valores éticos. La personalidad jurídica, a su vez, se manifiesta como categoría jurídica en el mundo del Derecho, como la expresión unitaria de la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y las relaciones humanas reglamentadas⁵⁷.

46. Cabe recordar, en el presente contexto, que la concepción de *derecho subjetivo* individual tiene ya una amplia proyección histórica, originada en particular en el pensamiento jusnaturalista en los siglos XVII y XVIII, y sistematizada en la doctrina jurídica a lo largo del siglo XIX. Sin embargo, en el siglo XIX e inicio del siglo XX, aquella concepción siguió enmarcada en el derecho público interno, emanado del poder público, y bajo la influencia del positivismo jurídico⁵⁸. El derecho subjetivo era concebido como la prerrogativa del individuo tal como definida por el ordenamiento jurídico en cuestión (el derecho objetivo)⁵⁹.

⁵⁵ J.-J. Rousseau, *Emilio, o De la Educación*, Madrid, Alianza Ed., 2001 (reed.), pp. 145-146 y 120.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 241, 311 y 250.

⁵⁷ Cf., en ese sentido, v.g., L. Recaséns Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12a. ed., México, Ed. Porrúa, 1997, pp. 150-151, 153, 156 y 159.

⁵⁸ L. Ferrajoli, *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, 5a. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2001, pp. 912-913.

⁵⁹ Ch. Eisenmann, «Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin»,

47. Sin embargo, no hay como negar que la cristalización del concepto de derecho subjetivo individual, y su sistematización, lograron al menos un avance hacia una mejor comprensión del individuo como *titular* de derechos. Y tornaron posible, con el surgimiento de los derechos humanos a nivel internacional, la gradual superación del derecho positivo. A mediados del siglo XX, quedaba clara la imposibilidad de la evolución del propio Derecho sin el derecho subjetivo individual, expresión de un verdadero “derecho humano”⁶⁰.

48. Tal como me permití sostener en mi Voto Concurrente en la histórica Opinión Consultiva n. 16 de esta Corte sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (del 01.10.1999), actualmente testimoniamos

“el proceso de *humanización* del derecho internacional, que hoy alcanza también este aspecto de las relaciones consulares. En la confluencia de estas con los derechos humanos, se ha cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular, de que son titulares todos los seres humanos que se vean en necesidad de ejercerlo: dicho derecho individual, situado en el universo conceptual de los derechos humanos, es hoy respaldado tanto por el derecho internacional convencional como por el derecho internacional consuetudinario” (párr. 35).

49. La emergencia de los derechos humanos universales, a partir de la proclamación de la Declaración Universal de 1948, vino a ampliar considerablemente el horizonte de la doctrina jurídica contemporánea, desvendando las insuficiencias de la conceptualización tradicional del derecho subjetivo. Las necesidades apremiantes de protección del ser humano en mucho fomentaron ese desarrollo. Los derechos humanos universales, superiores y anteriores al Estado y a cualquier forma de organización político-social, e inherentes al ser humano, afirmáronse como oponibles al propio poder público.

50. La personalidad jurídica internacional del ser humano se cristalizaba como un límite al arbitrio del poder estatal. Los derechos humanos liberaron la concepción del derecho subjetivo de las amarras del positivismo jurídico. Si, por un lado, la categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional del ser humano contribuyó a instrumentalizar la reivindicación de los derechos de la persona humana, emanados del Derecho Internacional, - por otro lado el *corpus juris* de los derechos humanos universales proporcionó a la personalidad jurídica del individuo una dimensión mucho más amplia, ya no más condicionada al derecho emanado del poder público estatal.

60 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1954) pp. 753-774, esp. pp. 754-755 y 771.

⁶⁰ J. Dabin, *El Derecho Subjetivo*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 64.

VII. Implicaciones y Proyecciones de la Personalidad Jurídica del Niño en el Plano Internacional.

51.No hay que pasar desapercibida la convergencia de los puntos de vista, expresados en el curso del presente procedimiento consultivo, tanto por escrito como en los alegatos orales ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública del 21 de junio de 2002, en sustentación de la posición de los niños como verdaderos *sujetos de derecho* y no como simples objeto de protección. En ese mismo sentido se manifestaron, v.g., los dos Estados intervinientes, México y Costa Rica, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, además de organismos especializados como el Instituto Interamericano del Niño, el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de Naciones Unidas (ILANUD), además de organismos no-gubernamentales, como el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y la Fundación Rafael Preciado Hernández (de México). Esta convergencia de puntos de vista en cuanto a la condición jurídica de los niños como titulares de derechos consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es altamente significativa, por cuanto tal reconocimiento, además de reflejar un verdadero cambio de paradigma, representa, al fin y al cabo, la *opinio juris communis* en nuestros días sobre la materia.

52.Pero no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sea, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad. De ahí la trascendental importancia de la educación en general⁶¹, y de la educación en derechos humanos en particular, debidamente reconocida en la presente Opinión Consultiva (párrs. 84-85 y 88). No son de difícil constatación las manifestaciones precoces de algunas grandes vocaciones, a veces muy temprano en la vida. Todo niño tiene efectivamente el derecho de crear y desarrollar su propio *proyecto de vida*⁶². A mi juicio, la adquisición del conocimiento es una forma – quizás la más eficaz – de emancipación humana, e

⁶¹ Consagrado en los artículos 13 y 16 (*in fine*) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988).

⁶² En la presente Opinión Consultiva n. 17, el propio derecho fundamental a la vida (artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es entendido *lato sensu*, abarcando igualmente las condiciones dignas de vida (punto resolutivo n. 7). En esta misma línea de razonamiento, la Corte ponderó, en su Sentencia de fondo en el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, del 19.11.1999) que “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. (...) En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él” (Serie C, n. 63, pp. 64-65, párr. 144).

imprescindible para la salvaguarda de los derechos inherentes a todo ser humano⁶³.

53. El *corpus juris* de los derechos humanos del niño se ha conformado como respuesta de la conciencia humana a sus necesidades de protección. El hecho de que los niños no disfrutaran de plena capacidad jurídica para actuar⁶⁴, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño, v.g., a las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Especial relevancia ha sido atribuida al respeto a los puntos de vista del niño, estipulado en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la cual, a su vez, ha fomentado una visión holística e integral de los derechos humanos⁶⁵.

54. Además del amplio alcance de ese deber, tal como formulado en el artículo 12 de la Convención de 1989, - abarcando el derecho del niño a ser oído (directamente o mediante un representante legal) en procedimientos judiciales o administrativos en que participe, y de tener sus puntos de vista tomados en consideración, - en la práctica el Comité sobre Derechos del Niño (de Naciones Unidas) le ha atribuido importancia capital, reflejada en sus directrices generales para la elaboración de los informes (estatales) inicial y periódicos⁶⁶. En circunstancias de comisión de un delito, el enfoque de aquel *corpus juris* de los derechos del niño en relación con el menor infractor no deja de ser garantista, orientado hacia el desarrollo de la responsabilidad de éste⁶⁷; en ninguna circunstancia, - como se desprende de la presente Opinión Consultiva, - encuéntrase el niño privado de su personalidad jurídica, con todas las consecuencias jurídicas de ahí resultantes.

55. A la luz de lo anteriormente expuesto, es innegable que la subjetividad jurídica internacional del ser humano se ha afirmado y expandido en las últimas décadas (cf. *supra*), y que el niño (como titular de derechos) no hace excepción a ésto. Frente a las limitaciones de capacidad jurídica del niño (para ejercer por sí mismo sus derechos), se le reconoce un representante legal. Pero independientemente de dichas limitaciones, la personalidad jurídica del niño, - como de todo ser humano, - se proyecta en el plano internacional. Como no es posible concebir derechos - emanados directamente del Derecho Internacional - sin la prerrogativa de reivindicarlos, toda la evolución de la

⁶³ Y como nuestra capacidad de conocimiento es ineluctablemente limitada, la conciencia de esa finitud es el mejor remedio para luchar contra los dogmatismos, la ignorancia y los fanatismos, tan comunes en nuestros días.

⁶⁴ Sobre el *décalage*, si no paradójica, sobre la incapacidad del niño en materia civil (v.g., derecho de los contratos), para evitar que asume obligaciones sin discernimiento, y la retención de su responsabilidad (civil y penal) cuando comete un delito, cf. F. Dekeuwer-Défossez, *op. cit. supra* n. (47), pp. 22-23; y cf. D. Youf, *op. cit. supra* n. (46), pp. 109-110 y 118-119.

⁶⁵ Sobre este último punto, cf. N. Cantwell, "The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child", in *The United Nations Convention on the Rights of the Child - A Guide to the 'Travaux Préparatoires'* (ed. Sh. Detrick), Dordrecht, Nijhoff, 1992, p. 27.

⁶⁶ Sh. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, M. Nijhoff, 1999, pp. 213-214 y 222.

⁶⁷ Limitada en razón directa de su inmadurez y vulnerabilidad.

materia se ha orientado hacia la consagración del derecho del individuo – inclusive el niño – de recurrir directamente a las jurisdicciones internacionales⁶⁸.

56. La experiencia de la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos provee ejemplos de casos concretos en que niños han efectivamente hecho uso del derecho de petición individual internacional bajo la Convención. Así, por ejemplo, los dos peticionarios en el caso *X y Y versus Holanda* (1985)⁶⁹ ante la Corte Europea de Derechos Humanos fueron una niña (de 16 años de edad) y su padre (cf. *infra*). Más recientemente, en los casos *Tanrikulu versus Turquía* (1999)⁷⁰, *Akdeniz y Otros versus Turquía* (2001)⁷¹, y *Oneryildiz versus Turquía* (2002)⁷², adultos y niños figuraron como peticionarios conjuntamente, en denuncias de violaciones del derecho a la vida⁷³. En el caso *A versus Reino Unido* (1998)⁷⁴, actuó como peticionario un niño de 9 años de edad (cf. *infra*).

57. De ese modo, un niño, aunque no disponga de capacidad jurídica en el sistema jurídico nacional en cuestión, puede, sin embargo, hacer uso del derecho de petición individual a las instancias internacionales de protección de sus derechos. Pero una vez interpuesta la petición, debe, naturalmente, contar con un representante legal⁷⁵, si es legalmente incapaz. Dicha representación no tiene por qué estar condicionada por disposiciones de cualquier derecho interno. Tal como me permití señalar en mi supracitado Voto Concurrente en el caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú* (Excepciones Preliminares, 1998) ante la Corte Interamericana, las condiciones para el ejercicio del derecho de petición individual internacional no coinciden necesariamente con los criterios de derecho interno relativos al *locus standi*, y hay toda una *jurisprudencia constante* en claro apoyo a la *autonomía* del derecho de petición individual en el plano internacional *vis-à-vis* conceptos y disposiciones del derecho interno (párrs. 21-22).

VIII. Los Derechos Humanos del Niño y las Obligaciones de Su Protección *Erga Omnes*.

58. Las consideraciones anteriores me conducen a mi última línea de reflexiones, atinente al punto resolutivo n. 9 de la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, el cual dispone que

⁶⁸ M. Pilotti, «Le recours des particuliers devant les juridictions internationales», in *Grundprobleme des internationalen Rechts - Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., [1957], p. 351, y cf. pp. 351-362; y cf. S. Sfériadès, «Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales», 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1935) pp. 23-25 y 54-60.

⁶⁹ Caso n. 16/1983/72/110, originado de la petición n. 8978/80.

⁷⁰ Originado de la petición n. 23763/94.

⁷¹ Originado de la petición n. 23954/94.

⁷² Originado de la petición n. 48939/99.

⁷³ Involucrando homicidios y desapariciones forzadas de personas.

⁷⁴ Caso n. 100/1997/884/1096, originado de la petición n. 25559/94.

⁷⁵ La Corte Europea de Derechos Humanos ha adoptado un enfoque amplio y flexible de dicha representación legal, - la cual se encuentra prevista en el artículo 36 de su Reglamento vigente.

“los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales”.

59. Al respecto, en su Sentencia en el ya mencionado caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, del 19.11.1999), en que se estableció “un contexto de mucha violencia contra los niños y jóvenes que vivían en las calles” (párrs. 167 y 79), la Corte Interamericana, señaló

“la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”⁷⁶.

60. Los avances, en el presente contexto, en el plano jurídico (cf. *supra*), no nos pueden hacer olvidar el actual deterioro de las políticas sociales básicas en toda parte, agravando los problemas económico-sociales que tanto afectan a los niños, y que transforman la necesidad de asegurarles el derecho a crear y desarrollar su proyecto de vida una innegable cuestión de justicia⁷⁷. Los problemas recurrentes, y agravados, que hoy día afectan a los niños (sumados a la tragedia de los niños refugiados, desplazados y apátridas, y de los niños involucrados en conflictos armados), advierten que continuamos lejos de su “protección integral”. Sin embargo, hay que perseverar en los esfuerzos en pro de la prevalencia del principio general del “interés superior del niño”, – recogido en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y evocado en la presente Opinión Consultiva (párrs. 56-61), – el cual emana de su dignidad como seres humanos.

61. En el supracitado caso *X y Y versus Holanda* (1985) ante la Corte Europea de Derechos Humanos, concerniente a abuso sexual en perjuicio de una niña, de 16 años de edad y con discapacidad mental, – con consecuencias traumáticas para la víctima directa, agravando sus disturbios mentales, – la Corte Europea señaló que el concepto de “vida privada” (bajo el artículo 8 de la Convención Europea) abarcaba la integridad física y moral de la persona (inclusive su vida sexual). En el caso, – agregó la Corte, – “valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada” estaban en cuestión, y requerían la adopción de medidas positivas por parte del Estado para asegurar el respeto por la vida privada *también en la esfera de las relaciones*

⁷⁶ CtIADH, Serie C, n. 63, p. 65, párr. 146.

⁷⁷ Cf., en ese sentido, E. García Méndez, “Infancia, Ley y Democracia: Una Cuestión de Justicia”, in *Infancia, Ley y Democracia en América Latina* (eds. E. García Méndez y M. Beloff), Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998, pp. 9-28, esp. p. 28.

derechos de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias. La Opinión Consultiva afirma categóricamente el deber general de los Estados Partes en la Convención Americana, como garantes del bien común, de organizar el poder público para garantizar a todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionalmente protegidos, – obligación ésta exigible no sólo en relación con el poder estatal sino también en relación con “actuaciones de terceros particulares” (párr. 87).

66. En un momento en que lamentablemente se diversifican las fuentes de violaciones de los derechos de la persona humana, el entendimiento de la Corte no podría ser diferente. Es ésta la interpretación que se impone, en conformidad con la letra y el espíritu de la Convención Americana, y capaz de contribuir a la realización de su objeto y fin. Al igual que la Corte sostuvo en su reciente Resolución sobre Medidas Provisionales de Protección (del 18.06.2002) en beneficio de los miembros de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Colombia), y de las personas que prestan servicios a ésta, en la presente Opinión Consultiva n. 17 la Corte vuelve a subrayar, correctamente, que la protección de los derechos de la persona humana se aplica *erga omnes*.

67. Es este un imperativo de *ordre public* internacional, que implica el reconocimiento de que los *derechos humanos constituyen el fundamento básico, ellos propios, del ordenamiento jurídico*. Y los valores, que le son siempre subyacentes, – además de perfectamente identificables⁸², – cuidan de darles expresión concreta. No hay que pasar desapercibido, por ejemplo, que ya el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 invocaba la “conciencia de la humanidad”. Y, una década después, el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 advertía con toda propiedad que “la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”.

68. En suma, en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, movido por consideraciones de *ordre public* internacional, estamos ante valores comunes y superiores, verdaderamente fundamentales e irreductibles, captados por la conciencia humana. Esta última encuéntrase siempre presente, ha acompañado e impulsado toda la evolución del *jus gentium*, del cual – tengo la plena convicción – es la *fuerza material* por excelencia.

69. Al concluir este Voto Concurrente, permítome retornar a mi punto de partida. Todos vivimos en el tiempo. Cada uno vive en su tiempo, que debe ser respetado por los demás. Importa que cada uno viva en su tiempo, en armonía con el tiempo de los demás. El niño vive en el minuto, el adolescente vive en el día, y el ser adulto, ya “impregnado de historia”⁸³, vive en la época; los que ya partieron, viven en

⁸² A lo largo de la parte operativa de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, pero explicitados sobre todo en sus preámbulos, que tienden a invocar los ideales que inspiraron dichos tratados e instrumentos, o a enunciar sus fundamentos o principios generales. N. Bobbio, “Il Preambolo della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”, 57 *Rivista di Diritto Internazionale* (1974) pp. 437-440.

⁸³ En la feliz caracterización de Bertrand Russell, *A Última Oportunidade do Homem*, Lisboa, Guimaraes Ed., 2001, p. 205.

la memoria de los que quedan y en la eternidad. Cada uno vive en su tiempo, pero todos los seres humanos son iguales en derechos.

70. Desde la perspectiva de un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte Interamericana, hay que afirmar los derechos humanos de los niños (y no los llamados “derechos de la niñez o infancia”), a partir de su condición jurídica de verdaderos sujetos de derecho, dotados de personalidad jurídica internacional; hay, además, que desarrollar todas las potencialidades de su capacidad jurídica. Siempre he sostenido que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos alcanzará su plenitud el día en que se consolide en definitivo el reconocimiento no sólo de la personalidad, sino también de la capacidad jurídica internacional de la persona humana, como titular de derechos inalienables, en todas y cualesquiera circunstancias. En el *jus gentium* de nuestros días, la importancia de la consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del individuo, independientemente de su tiempo existencial, es mucho mayor de lo que pueda uno *prima facie* suponer.

71. En efecto, como el Derecho reconoce ineluctablemente la personalidad jurídica a todo ser humano (sea él un niño, un anciano, una persona con discapacidad, un apátrida, o cualquier otro), independientemente de su condición existencial o de su capacidad jurídica para ejercer sus derechos por sí mismo (capacidad de ejercicio), - podemos, de ese modo, visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico (en los planos tanto interno como internacional) que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana⁸⁴. El reconocimiento y la consolidación de la posición del ser humano como sujeto pleno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye, en nuestros días, una manifestación inequívoca y elocuente de los avances del proceso en curso de *humanización* del propio Derecho Internacional (*jus gentium*), al cual tenemos el deber de contribuir, tal como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la presente Opinión Consultiva n. 17 sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

⁸⁴ A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2002, capítulo XX (en prensa).

Este livro foi impresso em dezembro de 2014 por
Editar Editora Associada Ltda.
Juiz de Fora/MG - Tel.: (32) 3213-2529
www.editar.com.br