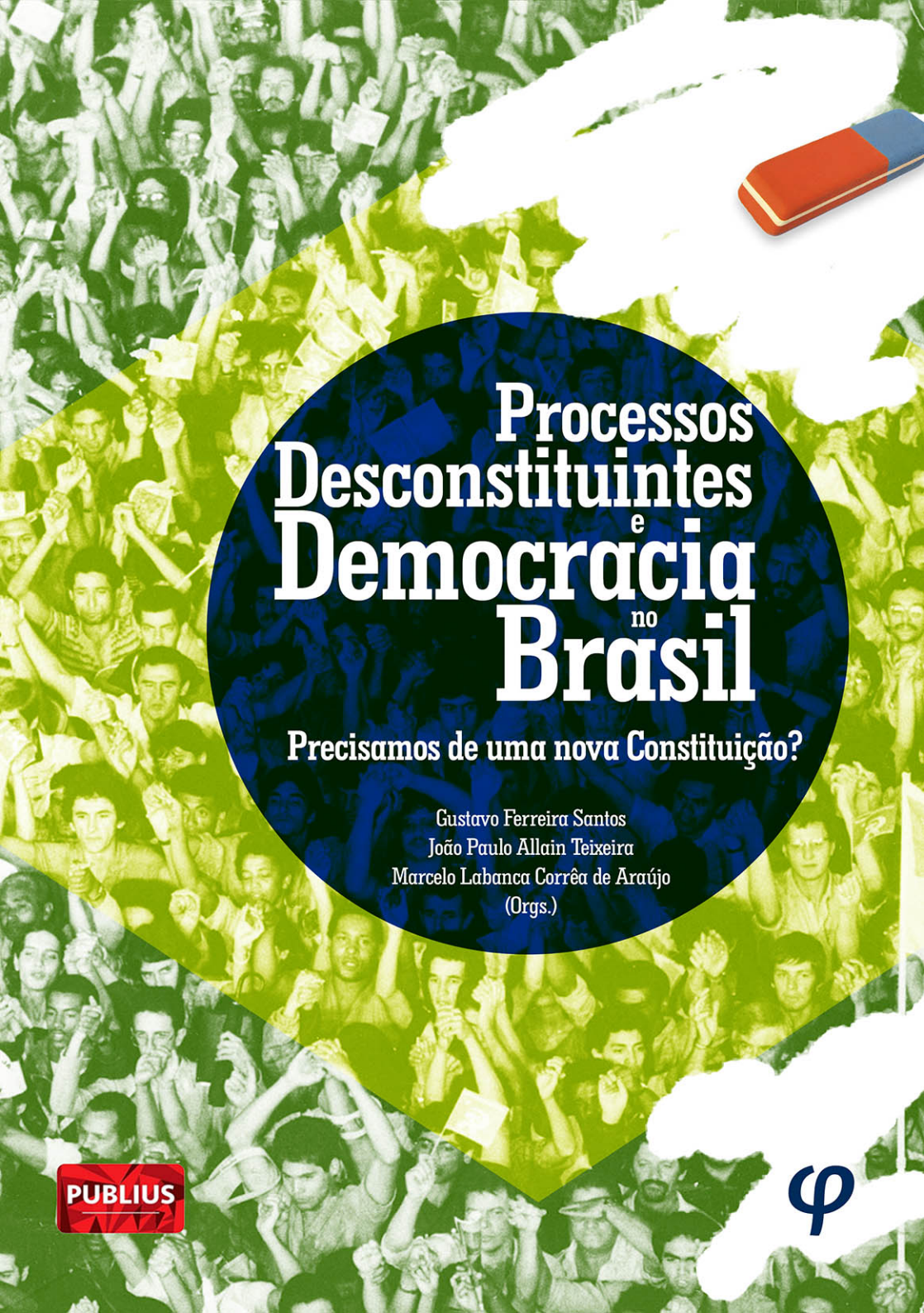




Processos Desconstituintes e Democracia no Brasil

Precisamos de uma nova Constituição?

Gustavo Ferreira Santos
João Paulo Allain Teixeira
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo
(Orgs.)

PUBLIUS

φ

O presente livro reúne os trabalhos apresentados nos diversos GTs da edição 2017 do Congresso PUBLIUS que aconteceu entre os dias 11 e 17 de setembro. O Congresso Publius teve a sua primeira edição em 2011 sendo realizado anualmente desde então na cidade do Recife-Pernambuco. O evento é fruto da iniciativa de professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNICAP, viabilizando uma profícua discussão sobre temas emergentes no âmbito do direito constitucional. A edição 2017 do Congresso Publius teve como eixo temático central "Processos Desconstituintes e Democracia no Brasil: Precisamos de uma Nova Constituição?". A proposta do evento consistiu em aprofundar a discussão sobre os processos desconstituintes em curso no Brasil, abordando os limites externos e internos de criação do Juiz e a relação entre este e o Legislador. A problemática teve abordagem no contexto das ações erosivas ao texto de 1988 e indagando se seria, ou não, necessária uma nova Constituição. Os processos desconstituintes atuam desde a promulgação da constituição, já que ela é um compromisso entre as forças democráticas e as forças autoritárias. Tais tensões, inerentes à transição mal-acabada, se intensificaram com as jornadas de junho de 2013, fazendo com que o debate que se propõe agora ganhe cada vez mais força e faça-se cada vez mais necessário para descortinar aspectos que aparentemente fomentam ares de uma crise institucional como há muito não se via em nosso cenário político-jurídico. Ademais, a ideia de Constituição como fruto de um processo aberto onde diversos intérpretes podem atuar na construção plural do significado do texto é algo que deve ser trabalhado. Isto porque, parte-se do pressuposto de que o texto da norma não se confunde com a própria norma, que é produto da interpretação do texto aliada à interpretação de fatos, contextualizados em uma atmosfera cultural. Então, o aspecto cultural de uma sociedade não pode, portanto, ser desprezado como um elemento de dimensão pública para a construção da própria ideia de Constituição. Uma dimensão cultural da Constituição termina evitando o arbítrio no processo interpretativo. Nesse sentido, essa dimensão cultural pode funcionar tanto como limite quanto como incentivo ao poder criativo do juiz. É possível, por outro lado, identificar juízes que se fundamentam em dimensões culturais para exercer a atividade criativa densificando direitos.



Processos Desconstituintes e Democracia no Brasil

Processos Desconstituintes e Democracia no Brasil

Precisamos de uma nova Constituição?

Organizadores:

Gustavo Ferreira Santos

João Paulo Allain Teixeira

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

φ editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.)

Processos Desconstituintes e Democracia no Brasil: precisamos de uma nova Constituição? [recurso eletrônico] / Gustavo Ferreira Santos; João Paulo Allain Teixeira; Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

893 p.

ISBN - 978-85-5696-433-5

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Democracia; 3. Brasil; 4. Constituição; 5. Lei; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação.....	15
1.....	17
Democratização do acesso à cultura por novos caminhos da propriedade intelectual na cibercultura	
Alexandre Henrique Tavares Saldanha	
Ludmila Lina Nascimento Pontes	
2.....	41
A promoção das bicicletas no ambiente urbano como instrumento de concretização do direito à cidade acessível, democrática e sustentável.	
Alexandre Moura Alves de Paula Filho	
Mayara Nunes Medeiros de Souza	
3.....	61
O princípio da cooperação: elemento que une o código de processo civil de 2015 à constituição federal de 1988.	
Alexandre Moura Alves de Paula Filho	
4.....	77
Supremo tribunal federal entre autonomia política e direitos fundamentais: o caso da liberação de verbas do fundo penitenciário	
Anne Cristine Silva Cabral	
André Felipe de Lima Costa	
Lysllem Hellem de Oliveira Pessoa de Sá	
5.....	95
Mulheres com deficiência: a autonomia sobre seus corpos x a esterilização compulsória	
Ariadne Cavalcanti Valença	
Thalyne Rose Cavalcante de Queiroz	
Victória Regina das Neves Ferreira	

6	119

A legitimação democrática do poder judiciário: contraditório efetivo e dever de fundamentação das decisões judiciais.

Bonnyeck Mayk Xavier da Silva

Edilisse Maria de Almeida Rodrigues

7	133

A permanência ininterrupta dos efeitos do protesto notarial do nome do devedor de pensão alimentícia no brasil como medida de efetivação do dever constitucional de prestar alimentos

Bruna Maria Jacques Freire de Albuquerque

Aline Inocêncio de Sousa

Lucas Evangelista Costa

8	151

Transgeneridade, encarceramento e vulnerabilidade: o direito ao reconhecimento da identidade de gênero como uma questão de direitos fundamentais

Carlos Henrique Félix Dantas

Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto

Ana Beliza Gomes Lima Vasconcelos

9	169

Geração Z: um ensaio sobre o empoderamento social presente na atual política brasileira

Carolina Celestina da Silva

Leila Mitzi Rodrigues Nunes

Victor Matheus Santos Nogueira de Souza

10	183

O poder judiciário e o sujeito adolescente: ranços menoristas e garantias constitucionais

Carolina Braga Cavalcanti da Cunha

Elaine Barros de Castro Nunes

Érica Babini L. Do A. Machado

Gisele Vicente Meneses do Vale

11	209

Redes sociais: um novo caminho para a propaganda eleitoral

Catarina de Sá

Luana Paiva

12	219

Direito fundamental a acessibilidade

Cynara Moury Fernandes Barros e Silva Ribeiro

José Renato Pereira Ribeiro Filho

13	235

Itinerário da juristocracia brasileira

Edson João de Luna

14	249

Reforma trabalhista e a extinção da contribuição sindical: manutenção das entidades e neopeleguismo, pontos para discussão

Emelly Moura da Silva

Fábio Túlio Barroso

15	265

Pactos quanto à jornada de trabalho após a reforma trabalhista: retrocesso no constitucionalismo social?

Felipe da Costa Lima Moura

Fábio Túlio Barroso

16	285

Inconstitucionalidade por vício de formação de vontade nas votações do congresso nacional

Fellipe Domingues de Barros Freitas

Letícia Varela de Aragão Farias

17	299

Protagonismo dos tribunais constitucionais na legalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo: um estudo comparado entre as experiências brasileira e colombiana

Gustavo Pires de Carvalho

18	313

Intercâmbio de informações fiscais no âmbito internacional: a necessidade de harmonização entre o combate à elusão fiscal e a proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes no Brasil

Idalina Cecília Fonseca da Cunha Hinrichsen

19	327

Tráfico de drogas e mulheres: entre autoritarismos, seletividades e permanências

Iricherlly Dayane da Costa Barbosa

Érica Babini L. do A. Machado

20.....	347
Tratamento jurídico fornecido aos transgêneros à luz da jurisprudência do STF	
Isabella Torres Monteiro	
Luís Felipe Andrade Barbosa	
Rayanne de Moura Medeiros	
21	363
O Princípio do Contraditório nas Ações Possessórias: análise da constitucionalidade do artigo 557 do Código de Processo Civil	
João Carlos Rangel Moreira Filho	
22.....	375
Um diálogo sobre garantismo diante de uma proposta “pós garantista” em matéria penal e processual penal	375
João André da Silva Neto	
Thalita Bezerra Souto Maior	
Pedro Henrique Ramos Coutinho dos Santos	
23.....	385
Endividamento dos estados e federalismo fiscal: uma análise sob a perspectiva da auditoria cidadã da dívida pública	
José Lafayette Pires Benevides Gadelha	
24.....	415
A situação do negro no brasil à luz dos conceitos de igualdade, desigualdade e diferença e uma análise da ADPF 186	
José Lafayette Pires Benevides Gadelha	
25.....	435
Direito a visita íntima durante o cumprimento da pena privativa de liberdade	
João Firmo Neto	
José Lafayette Pires Benevides Gadelha	
Keoma Polyenne Mariz Rodrigues	
26.....	455
Notas sobre o controle judicial do mérito das políticas públicas de saúde: mínimo existencial, reserva do possível e eficiência administrativa	
Flávia Danielle Santiago Lima	
José Lázaro Alfredo Guimarães Neto	

27.....	469
O sindicato como protagonista das relações coletivas	
Juliana Teixeira Esteves	
Amaro Clementino Pessoa	
28.....	503
Sigilo bancário: o liame entre as garantias constitucionais do cidadão e uma arrecadação fiscal justa	
Kamilla Michiko Yazawa	
29.....	523
Direito fundamental de acesso à justiça no Supremo Tribunal Federal	
Laís Mattoso	
Sergio Torres Teixeira	
30.....	535
Negociado sobre o legislado e a desconstrução do direito do trabalho	
Lara Raquel Paulino de Brito	
Fábio Túlio Barroso	
31	549
A anistia e o direito ao esquecimento: uma perspectiva brasileira a partir do caso Ustra	
Luiz Cláudio Cardona	
Daniel Guedes Silva Daher	
32.....	567
Reflexos da transnacionalização no direito constitucional contemporâneo	
Maria Clara Cruz de Albuquerque	
Luísa Castelo Branco Nejaim	
33.....	581
Análise crítica sobre as razões da instituição do foro por prerrogativa de função	
Maria Helena Lemos do Monte Câmara	
34.....	593
Cultura policial e direitos fundamentais: paradoxos para o adolescente em conflito com a lei	
Érica Babini L. do A. Machado	
Maria Júlia Moura	

35.....	607
Vitimização Secundária e Lei Maria da Penha: um grito em silêncio no processo penal	
Maria Júlia Poletine Advincula	
36.....	621
Política e ativismo judicial: intervenções judiciais nas regras do jogo democrático	
Glauco Salomão Leite	
Marina Falcão Lisboa Brito	
37.....	639
Análise das adis 1351 e 1354: o Supremo Tribunal Federal como corte contramajoritária?	
Marina Falcão Lisboa Brito	
38.....	653
Democracia judicial e estado de direito: Uma crítica ao ativismo judicial na ADI 5.081/DF	
Glauco Salomão Leite	
Marina Falcão Lisboa Brito	
Matheus Bezerra de Moura Lago	
39.....	669
Quanto custa o acesso à justiça? A arbitragem como opção à solução de conflitos tributários	
Mayara Nunes Medeiros de Souza	
40.....	685
Doutrina da proteção integral na realidade brasileira sob uma perspectiva decolonial: discricionariedade convertida em autoritarismo	
Milena Trajano dos Anjos	
José Manoel da Mota Silveira	
Érica Babini Lapa do Amaral Machado	
41.....	699
Os conflitos da capacidade civil dos filhos surdos advindos de famílias ouvintes	
Mirella Correia e Sá Cavalcanti	

42.....	719
Judicialização da política ou politização da justiça: Estaria o direito virando mero artifício de manipulação política? Análise do julgamento histórico da cassação da chapa Dilma Temer e seus reflexos para o enfraquecimento da supremacia constitucional	
Mirella Luiza Monteiro Coimbra	
43.....	737
Autocontenção e ativismo judicial: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 402/DF	
Pablo Diego Veras Medeiros	
44.....	751
Interpretação constitucional garantidora dos dissensos conteudísticos: análise da atuação do STF no caso da Vaquejada	
Pedro de Oliveira Alves	
45.....	763
O outro lado da questão: análise do conceito de justiça fiscal na despesa pública	
Priscila Emanuele Falcão de Oliveira Menezes	
46.....	775
A concretização da tutela do direito fundamental do consumidor no plano estadual brasileiro	
Renata Gonçalves Perman	
47.....	795
Jurisdição constitucional e independências entre os poderes: a ADPF 442 e a crise legislativa	
Ricardo Côrte Real Braga Filho	
Glauro Salomão Leite	
48.....	805
Juristocracia e proteção das minorias	
Ricardo Côrte Real Braga Filho	
Glauro Salomão Leite	
49.....	817
Medidas provisórias no estado democrático de direito: um instrumento para implementação de políticas públicas	
Rosane Andréa Tartuce	
Roberto Correia da Silva Gomes de Caldas	

50..... 837

Soberania e território em processos de (des) construção: caminhos para a justiça no século XXI em termos de escala global

Rosa Maria Freitas do Nascimento

Arthur de Oliveira Xavier Ramos

Maria Eduarda Matos de Paffer

51..... 855

A gênese da teoria do estado de coisas inconstitucional na colômbia: uma análise à luz da nova separação de poderes

Thays Regina Oliveira Barbosa de Melo

Flávia Danielle Santiago Lima

52..... 867

A aplicação dos princípios da insignificância e da proporcionalidade na política de drogas brasileira

Victor de Goes Cavalcanti Pena

53..... 883

(Im)parcialidade do juiz diante da ausência do ministério público à audiência de instrução: retrocesso ao modelo inquisitório?

Victor de Lemos Pontes

Apresentação

O presente livro reúne os trabalhos apresentados nos diversos GTs da edição 2017 do Congresso PUBLIUS que aconteceu entre os dias 11 e 17 de setembro. O Congresso Publius teve a sua primeira edição em 2011 sendo realizado anualmente desde então na cidade do Recife-Pernambuco. O evento é fruto da iniciativa de professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNICAP, viabilizando uma profícua discussão sobre temas emergentes no âmbito do direito constitucional.

A edição 2017 do Congresso Publius teve como eixo temático central “Processos Desconstituintes e Democracia no Brasil: Precisamos de uma Nova Constituição?”. A proposta do evento consistiu em aprofundar a discussão sobre os processos desconstituintes em curso no Brasil, abordando os limites externos e internos de criação do Juiz e a relação entre este e o Legislador. A problemática teve abordagem no contexto das ações erosivas ao texto de 1988 e indagando se seria, ou não, necessária uma nova Constituição.

Os processos desconstituintes atuam desde a promulgação da constituição, já que ela é um compromisso entre as forças democráticas e as forças autoritárias. Tais tensões, inerentes à transição mal-acabada, se intensificaram com as jornadas de junho de 2013, fazendo com que o debate que se propõe agora ganhe cada vez mais força e faça-se cada vez mais necessário para descortinar aspectos que aparentemente fomentam ares de uma crise institucional como há muito não se via em nosso cenário político-jurídico.

Ademais, a ideia de Constituição como fruto de um processo aberto onde diversos intérpretes podem atuar na construção plural do significado do texto é algo que deve ser trabalhado. Isto porque,

parte-se do pressuposto de que o texto da norma não se confunde com a própria norma, que é produto da interpretação do texto aliada à interpretação de fatos, contextualizados em uma atmosfera cultural. Então, o aspecto cultural de uma sociedade não pode, portanto, ser desprezado como um elemento de dimensão pública para a construção da própria ideia de Constituição. Uma dimensão cultural da Constituição termina evitando o arbítrio no processo interpretativo. Nesse sentido, essa dimensão cultural pode funcionar tanto como limite quanto como incentivo ao poder criativo do juiz. É possível, por outro lado, identificar juízes que se fundamentam em dimensões culturais para exercer a atividade criativa densificando direitos.

Outra discussão enfrentada tendo em vista o contexto nacional foi o tema da relação do juiz com a opinião pública e com a mídia. Se é certo que a atuação de uma Corte Constitucional se dá no plano contra majoritário, então não há necessidade de essa mesma Corte receber a aprovação ou submeter-se ao crivo da opinião pública. Todavia, questiona-se até que ponto o juiz exerce a sua atividade criativa não se importando com a opinião pública representada pela mídia. Esse tema passa pela análise do nível de exposição do juiz e da decisão que ele profere. Isso recai de sobremaneira em uma possível interferência midiática na decisão tomada pelo Juiz.

Na edição de 2017 o evento registrou participação de pesquisadores em doze GTs, com diferentes contribuições sobre os temas sugeridos pelas mesas do evento. O livro que agora vem à lume, reúne os trabalhos submetidos e aprovados para apresentação pelos pesquisadores que participaram do evento.

Recife, setembro de 2018
Os organizadores

Democratização do acesso à cultura por novos caminhos da propriedade intelectual na cibercultura

Alexandre Henrique Tavares Saldanha¹

Ludmila Lina Nascimento Pontes²

1 Introdução

Este trabalho tem como proposta contribuir no debate sobre a relação que existe entre Democracia, Direitos Humanos e identidade cultural participativa, considerando o contexto da cibercultura, com técnicas, tecnologias e anseios sociais específicos, tais como exigências cidadãos de participação em setores que até então não permitia grandes graus de interatividade. O problema discutido no texto envolve tudo isso com as regras legais da propriedade intelectual, mais especificamente as formas tradicionais de concessão de direitos autorais e de uso de obras protegidas por eles.

Isto porque as amplas possibilidades de acesso democrático a bens culturais e de interatividade cidadã promovidas pelas ferramentas que criam o contexto da cibercultura podem ser

¹Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Católica de Pernambuco e da Universidade de Pernambuco. Membro do grupo de estudos LOGOS.

² Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Aluna pesquisadora do PIBIC na mesma instituição.

mitigadas pela clausura que fundamenta o sistema legal de proteção autoral. Uma das questões que permeiam o problema é sobre como permitir participação popular e cidadã na criação de produtos culturais, utilizando as possibilidades surgidas com a navegação e interatividade promovidas pela rede mundial de computadores e satisfazendo exigências sociais por maior cultura participativa, diante dos rigores das normas de propriedade intelectual e seu potencial para criar monopólios e oligopólios sobre bens culturais.

Esta “cultura de fechamento”, que serviu como fundamento para a criação dos direitos da propriedade intelectual, torna-se incompatível tanto com o estado da arte da tecnologia da informação quanto com as demandas sociais por bens culturais e por participação na criação de um patrimônio cultural. Isto faz com que as ferramentas legais tradicionais se tornem anacrônicas e faz com que surjam alternativas paralegais sobre controle dos direitos inerentes à criação cultural.

A hipótese trabalhada no presente artigo é a de considerar que movimentos como Software livre, *Creative Commons* e *Crowdfundins* surgem em decorrência da incompatibilidade do modelo legal de direitos autorais com as características da cultural digital contemporânea, e isto poderá permitir que tal modelo normativo seja revisto, e possivelmente reformulado, se adaptando às circunstâncias da cibercultura. Daí que os resultados pretendidos estão relacionados com o diagnóstico de um cenário em que novas diretrizes legais são necessárias. A ideia passa por abolir certas características do modelo legal vigente, considerando a hipótese de sua incompatibilidade com a cibercultura, recriando o sistema de direitos autorais para que se aproxime de demandas sociais, já existentes.

2 Normas de propriedade intelectual e incompatibilidade com exigências sociais da cibercultura

Pelas normas tradicionais que regulamentam a propriedade intelectual entende-se que fica concentrado na figura do autor todo o controle sobre o produto cultural criado, devendo qualquer utilização da obra ser autorizada previamente, ou não, por ele, seja qual for o uso a ser realizado de sua obra, isto em regra geral, já que a legislação traz algumas, poucas, exceções a esta necessidade de prévia autorização. Além de todo este controle sobre a obra exercido pelo autor em vida, após seu falecimento o produto cultural permanece inacessível para uso alheio não autorizado por longos anos, até que se torne o que se convencionou chamar de domínio público.

Em linhas bastante gerais, o controle prévio da reprodução das obras culturais e sua manutenção mesmo após falecimento do autor representam fundamentos do modelo legal de proteção dos direitos autorais, e tais regras poderiam parecer razoáveis, considerando a necessidade do autor, e de sua família, receber benefícios financeiros decorrente de seus esforços criativos, se com base nesta lógica não houvesse problemas e exageros na interpretação e aplicabilidade de tais normas.

Um dos problemas está no fato do responsável pela criação de uma obra quase nunca detém direitos autorais sobre a reprodução de suas criações, pois tal controle está, na maioria das vezes, nas mãos de empresas e corporações, personagens por muito tempo necessários para que as obras chegassem ao público consumidor do produto cultural. Isto ocorre por causa da separação que o sistema jurídico faz entre direitos autorais de diferentes naturezas. Um, o direito autoral moral, exclusivo do criador da obra, garantindo-lhe, em resumo, direito absoluto de ser creditado como autor e de preservar a integridade de sua criação. Dois, os direitos autorais patrimoniais, que consiste nos direitos sobre a reprodução da obra, sendo transmissíveis e negociáveis.

Numa circunstância histórica em que o criador precisa de intermediários para fazer com que sua obra alcance o público, situação decorrente dos altos custos de produção e da ausência de meios acessíveis de ampla difusão de conteúdo, os direitos sobre a reprodução da obra recaem não sobre o autor propriamente dito, ficando com corporações (editoras, gravadoras, produtoras etc.) que passaram a controlar a difusão cultural uma vez que aos autores restava seu direito de crédito, criando assim uma espécie de oligopólio na exploração e no acesso ao patrimônio cultural, dificultando, dentre outras coisas, a possibilidade de criação derivada da obra original, o amplo acesso à cultura e à informação. Daí ser possível dizer que este oligopólio gerado pela alta concentração dos direitos autorais dificulta, ou até impossibilita, outras atividades criativas, que seriam possíveis se existisse uma maior liberdade para tal.

Além deste problema do rígido controle da criação, inibindo criações posteriores, as regras tradicionais de propriedade intelectual podem ser interpretadas e aplicadas de uma forma tal que práticas contemporâneas bastante comuns na atualidade, como fazer *downloads* de músicas, podem ser consideradas ilícitas e capazes de gerar indenizações judiciais, se não forem praticadas por meios considerados lícitos, associados com interesses de grandes empresas (a exemplo dos serviços de conteúdo por *streaming*).

Ou seja, além das normas jurídicas tradicionais de direitos autorais não se adaptarem a exigências sociais por mais cultura e mais informação, ainda beneficiam interesses econômicos privados, ainda que as ferramentas contemporâneas das tecnologias da informação permitam outra dimensão de acesso ao patrimônio cultural. Em outra perspectiva, a rígida concentração dos direitos autorais em pessoas específicas que controlam a reprodução das obras, pode ser considerada antidemocrática, uma vez que inibe outras manifestações criativas baseadas na original e cria uma situação de “segregação” no acesso à cultura, pois só quem puder

pagar por aquele valor cobrado pelo titular dos direitos poderá usufruir da manifestação artístico-cultural em foco.

Se uma pessoa de poucos recursos tiver uma brilhante ideia com base em uma história, um personagem, uma música de outro autor, ela só poderá explorar a sua própria ideia se tiver condições de contratar advogado para pedir autorização a quem detém direitos autorais, que só liberará mediante pagamento. O que pode não acontecer e daí a brilhante ideia ou não será desenvolvida, ou seu criador terá que seguir trilhas que passam por clandestinidade, pirataria e outras práticas que recebem punição normativa. Deste simples fato, que pode acontecer inúmeras vezes, surgem questionamentos como: não seria democrático ter dado oportunidade para esta pessoa apresentar sua ideia? Será que quem teve esta ideia não teria um direito fundamental de demonstrá-la e assim ter sua cota na participação de atividades culturais? Atualmente, esta questão da detenção do controle de Direitos Autorais está longe de ser respondida de forma definitiva.

De um lado existem correntes, tanto empresariais quanto jurídicas, que defendem a manutenção e reforço dos direitos de controle total a quem detiver a propriedade (a exemplo dos que arguem por uma revisão “pró-mais fechamento” dos termos baseados no *copyright*, principalmente considerando a troca de conteúdo pela *internet*), do outro lado há iniciativas empresariais e movimentos doutrinários que se opõem ao primeiro, defendendo abertura total, ou parcial, dos direitos autorais patrimoniais (como o movimento do *copyleft*, *free software* etc.).

Neste segundo lado, tanto mais subversivo quanto aos moldes tradicionais da base normativa dada à propriedade intelectual, há abolicionistas do direito autoral, como se defendendo a extinção da propriedade privada do patrimônio cultural, e há outras que, a despeito de criticar os primeiros, não o fazem de forma tão radical quanto estes antes mencionados. Nesta posição menos radical estão aqueles que buscam um sistema alternativo de detenção de direitos autorais no qual haja a propriedade, mas não

tão fechada e não permissiva a usos e fruições (como os defensores das licenças *creative commons*).

Sobre o tema, Lawrence Lessig apresenta argumentos a favor de uma reanálise da aplicação das normas que regem a propriedade intelectual, sendo esta obra um dos fundamentos da criação do *creative commons*. Ao fazer uma análise histórico-crítica dos direitos autorais o autor defende ostensivamente que há desvios na propriedade intelectual:

[...] em nossa tradição, a propriedade intelectual é um instrumento. Ela estabelece as bases para uma sociedade muito criativa, mas permanece subordinada ao valor da criatividade. O debate atual inverteu as coisas. Andamos tão preocupados em proteger o instrumento que estamos perdendo de vista o valor. A fonte dessa confusão é uma distinção que a lei não se importa mais em traçar – a distinção entre republicar a obra de alguém e, por outro lado, criar a partir ou transformar essa obra em outra. (LESSIG, 2005, p. 36).

Partindo desta não distinção feita pelos direitos autorais do que é copiar e o que é criar a partir do que foi criado anteriormente, é possível defender que esta forma de aplicar a regra limita e inibe a criatividade, a partir do momento que é capaz de impedir legalmente que bons produtos culturais surjam com inspiração em outra obra. Além disto, este modelo pode gerar acesso à cultura aos mais favorecidos financeiramente, pois terão condições de arcar com gastos necessários tanto para acesso, quanto para as autorizações de uso derivado.

A consequência dessa incerteza legal, amarrada a penalidades extremamente altas, é que ou uma quantidade imensa de criatividade nunca será exercida, ou nunca será exercida publicamente. Nós conduzimos este processo de criatividade de forma escondida, elegendo os “piratas” Walt Disney dos tempos modernos. Impossibilitamos que executivos confiem em domínios públicos, porque as fronteiras de um domínio público são projetadas para não serem claras. Não vale a pena fazer nada a não

ser pagar pelo direito de criar, e apenas aqueles que podem pagar têm o direito de criar. (LESSIG, 2005, p. 185).

Usando de determinadas medidas judiciais, manobras empresariais e interpretações normativas mantém-se a propriedade intelectual numa perspectiva privada, mantendo também a produção cultural sob controle de corporações, impedindo assim novas criações e novos criadores. Esta discussão envolve questões de excessos na interpretação dos direitos autorais. Há quem defenda que fazer um *download* é crime, e há fundamentos para tal. É possível imaginar casos judiciais em que pessoas são condenadas a pagar indenizações altíssimas por uso simples e “inofensivo” de uma imagem de um super-herói.

Provavelmente, há pessoas capazes de criar uma história, uma poesia, uma música com base em criações alheias, mas que pelo regramento atual não poderá se não pagar para receber autorização. Estas interpretações podem ser revistas após a inclusão do argumento dos direitos humanos e da democracia na discussão. Em perspectiva teórica, as questões controversas apresentadas podem fazer ressurgir a característica “rebelde” dos argumentos dos direitos humanos.

É importante que os argumentos dos direitos humanos deixem de ser usados como ferramentas para entes que já detém poder e que volte a poder ser usado num contexto de revolução e transgressão, no sentido emancipatório, como é o destas relações entre propriedade intelectual, cultura livre e novas tecnologias. Quando se fala que há um novo contexto envolvendo novas tecnologias, frisa-se que os impactos do desenvolvimento das recentes tecnologias da informação fazem surgir uma nova cultura, um novo parâmetro de relacionamento entre pessoas e máquinas de processamento de dados.

Tecnologias derivadas do amadurecimento da rede mundial de computadores, tais como os computadores pessoais, smartphones, tablets e outros, criam uma cultura própria e esta, por

sua vez, redimensiona demandas sociais, aqui na pesquisa, falando especificamente em informação e cultura. Vive-se uma época de acesso a uma quantidade até pouco atrás inimaginável de informações, fazendo com que alguns intelectuais a nomeiem como a “era da informação”, ou da “sociedade informacional” ou qualquer expressão semelhante, que represente o redimensionamento e aumento da complexidade dos acessos acima mencionados, que representam garantias previstas nas constituições como algo inerente ao pleno exercício da dignidade humana e da cidadania contemporânea.

Este acesso à informação é uma característica da chamada cibercultura, esta representando os impactos socio-culturais das tecnologias digitais na sociedade. Pierre Lévy usa a expressão “dilúvio de informação” na contemporaneidade, defendendo inclusive que trata-se de um caminho sem volta, característica da qual os tradicionais institutos sociais devem ficar acostumados e assim saber conviver. (LÉVY, 2010, p. 163). Certamente, um dos sistemas sociais que mais precisa se adequar às características da cibercultura é o ordenamento jurídico, mas não somente este sistema, pois este novo padrão cultural envolve transformações de diversas naturezas, a exemplo das mudanças na dinâmica econômica, passando de uma economia de escassez para uma economia digital da abundância, e da própria transformação da moeda, já que passa a existir uma moeda virtual “cibercultural”.

A questão econômica é pontuada aqui no intuito de mostrar como economia e direito se encontram quando a discussão envolve gestão e dinâmica da propriedade intelectual. Apesar da finalidade de proteger obras e criatividade, tanto os direitos autorais quanto as normas de propriedade industrial possuem forte conotação econômica, a exemplo da separação entre direito autoral moral e patrimonial. Desta forma, se existe um novo padrão cultural decorrente das transformações nas tecnologias da informação, se esta cibercultura envolve direito, economia e participação econômica, e se as formas tradicionais de regulamentação da

propriedade intelectual não são adequadas para este contexto, é necessário repensar a legislação que a tutela, podendo se espelhar em ferramentas e movimentos surgidos na contemporaneidade, que buscam caminhos diferentes do padrão legal para administrar as trocas culturais e o acesso à cultura. Tais ferramentas e movimentos buscam ampliar os aspectos democráticos que estão presentes no contexto do surgimento da internet, mas para que passem a influir na criação de modelos legais, é necessário que seja diagnosticada a natureza antidemocrática na forma como a propriedade intelectual se relaciona com a internet e a demanda popular por mais acessos e mais participação.

3 A característica antidemocrática dos usos das normas tradicionais de propriedade intelectual no contexto da cibercultura

Por mais definições que lhe caiba, e por mais conceitos a que esteja associada, a ideia de liberdade está interligada à de democracia. Isto porque, “Entre os muitos conceitos e categorias do pensar atingidos pela propagação e arraigamento da democracia e dos ideais democráticos, está evidentemente a noção de liberdade”. (SALDANHA, 1969, p. 120).

Porém esta ideia por sua vez não pode ser analisada em abstrato, sem uma circunstância histórica que lhe dê sentido. “Na verdade, toda história da liberdade deverá ser história das situações institucionais de liberdade, permanecendo sempre como algo aproximativo a compreensão, com base na história das condições, do sentido próprio da vivência da liberdade” (SALDANHA, 1969, p. 120). E ainda:

Valorizar a liberdade, tê-la como requisito indispensável da vida pública, não impede de compreender que ela tem vida histórica, e que para completar a generalidade de sua estimação abstrata são sempre necessários processos de adequação institucional, que lhe trazem nuances e refrações. (SALDANHA, 1969, p. 125).

Seguindo esta linha de raciocínio verifica-se que, de certa forma, as regras tradicionais de propriedade intelectual, ao inibirem criações derivadas, tolhem a liberdade de criação e o acesso a bens culturais, recaindo desta forma numa hipótese de prática antidemocrática. Ainda seguindo a linha de raciocínio proposto, esta antidemocracia é circunstancial, fruto de épocas diferentes nas quais uma lógica jurídica de outra época tenta ser mantida na contemporaneidade. O fechamento absoluto da propriedade intelectual privada e privativa talvez tenha sido necessária, ou adequada, ou até eficaz, numa determinada circunstância.

Porém, as tecnologias digitais e a virtualidade nas práticas sociais relativizou este fechamento, tornando-o relativo. Essa “captura e compartilhamento” digital é em parte uma extensão da captura e compartilhamento que sempre foram integrados à nossa cultura, e também é em parte algo novo. É a continuação da Kodak, mas destrói barreiras das tecnologias do gênero. A técnica de “captura e compartilhamento” digital promete um mundo de criatividade incrivelmente diversa que pode ser fácil e amplamente compartilhada. E, à medida que tal criatividade se aplicar à democracia, será possível que uma vasta parcela de cidadãos utilizem-na para expressar, criticar e contribuir com a cultura que os rodeia. (LESSIG, 2005, p. 184).

Estas expressões, críticas e contribuições com a cultura mencionadas, só serão possíveis com a reinterpretação das normas que regem a propriedade intelectual. Isto por causa da intrínseca relação existente entre democracia e liberdade. Se não houver liberdade para criar, não há espaço democrático neste sentido.

Por mais complexo que seja a expressão liberdade (do ponto de vista jurídico) reflete sempre um relacionamento entre condutas e tratamentos legais, uma interação entre pessoas e entre pessoas e instituições. Reflete um esquema entre comportamentos permitidos (as liberdades) e os proibidos por lei (as não-liberdades) e é

justamente este esquema que vai caracterizar a sociedade “livre” e a relação que existe entre liberdade e estado democrático.

Muitos crêem ser a democracia “uma sociedade livre”. Todavia, as sociedades organizadas de estruturam mediante uma complexa rede de relações particulares de liberdade e não-liberdade (nada existe parecido com a liberdade em geral. Os cidadãos de uma democracia podem ter a liberdade política de participar do processo político mediante eleições livres. Os eleitores, os partidos e os grupos de pressão têm, portanto, o poder de limitar a liberdade dos candidatos que elegeram. A democracia exige que as “liberdades civis” sejam protegidas por direitos legalmente definidos e por deveres a eles correspondentes, que acabam implicando limitações da liberdade. (BOBBIO, 1986, p. 710).

Levando em consideração que a mencionada cibercultura não representa apenas um movimento de transformação tecnológica, mas sim todo um processo de transformações sociais, é possível então arguir que há exigências para mais liberdade e, consequentemente mais espaços democráticos. A expressão cibercultura representa algo além de formas de conexão entre comportamento humano e novas tecnologias, pois envolve aspirações pela construção de novos laços sociais, não fundados em circunstâncias territoriais, ou em instituições e poderes, mas baseados em novos interesses coletivos de compartilhamento, cooperação e processos abertos de informação e colaboração. (LÉVY, 1999, p. 132). Não são as novas tecnologias com suas respectivas máquinas que criam a cibercultura, mas sim os usos humanos dessas e consequentes comportamentos que assim o fazem.

O que o desenvolvimento tecnológico permite é o surgimento de novas exigências sociais, novas formas de interação entre particulares e entre particulares com poderes públicos. Surgem com as transformações decorrentes dos avanços nas tecnologias da informação, movimentos propondo alternativas às formas tradicionais de regulamentação da propriedade intelectual,

justamente por causa das acima mencionadas alterações nos desejos por mais liberdade e mais espaços democráticos.

Todos os movimentos ou ferramentas surgidas com a esta proposta justificam sua alternativa ao modelo tradicional por buscarem caminhos mais compatíveis com os valores que influenciaram os engenheiros das transformações tecnológicas, o que não significa que a ideia é “piratizar” tudo, mas sim dar mais abertura, mais liberdades. Um destes movimentos, por exemplo, é o *Software Livre*, pois:

[...] o movimento do software livre representa um significativo passo no sentido da possibilidade de inovação das instituições jurídicas, bem como de fomentar a participação coletiva nessa atividade: por meio de um exercício de imaginação institucional, o movimento do software livre foi bem sucedido em conclamar a participação/integração de quaisquer indivíduos interessados no âmbito da coletividade como um todo, quebrando a distinção entre membros e não-membros, agentes e pacientes, aperfeiçoadores e usuários, de um modo que, sob os auspícios do modelo tradicional de propriedade intelectual, não teria sido possível. (LEMOS, 2005, p. 73).

Participação coletiva, possibilidades de inovação e descentralização são expressões associadas à liberdade de criação, que por sua vez é uma ideia inerente à democracia. Associando a ideia de liberdade com a de democracia, é possível criar um argumento no qual o tolhimento à liberdade realizado pelas regras tradicionais do direito autoral é um dos fatores que dificultam o cumprimento desta promessa e que a promessa de quebra de oligarquias não fora cumprida, ao menos não no que diz respeito à exploração da criação artística.

Esta ideia permite a indagação de se há espaços para a criação democrática, para a participação coletiva no desenvolvimento de produtos culturais e encontra obstáculo nas regras de propriedade intelectual. Assim, alterando tais normas,

aumentariam os espaços democráticos, e, consequentemente, os legitimados a participar do processo criativo do patrimônio cultural.

[...] quando se deseja saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país, o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos que têm o direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito. (BOBBIO, 2000, p.40).

É possível arguir que a hegemonia na criação de culturas, criada pela propriedade intelectual privada, representa um poder invisível que funciona como barreira na criação de um domínio público da cultura, e que deve ser combatido por argumentos também jurídicos, como o é o dos direitos humanos.

4 Direitos Humanos como força de transformação dos direitos autorais na cibercultura

Para este “combate” mencionado ao final do tópico anterior é necessário reavaliar a natureza de certos institutos relacionados com a democracia e reinterpretar o próprio sentido da democracia. A democracia surge com conteúdo revolucionário, regularmente associado com novas mentalidades e quebra de paradigmas, “Para compreender a importância da revolução democrática (que Tocqueville sentiu e estudou como criadora de uma nova era histórica), basta notar que ela aparece, na vida do Ocidente, não como simples regime, mas como uma nova mentalidade”. (SALDANHA, 1969, p. 141).

O mesmo autor continua, “[...] o status nascente da democracia era o de regime polêmico, surgido dentro da argumentação contra outro regime, com a obrigação antecipada de justificar-se como derrubador de leis e modificador da história”. (1969, p. 141). E ainda, “[...] a própria ideia de revolução – é importante – foi adotada pela mentalidade democrática [...]” (1969, p. 142). É necessário rebuscar este conteúdo revolucionário e

derrubador de lei da ideia de democracia para fundamentar a abertura da propriedade intelectual e da participação na criação de produtos culturais.

Somado a isto, deve-se também buscar conteúdo rebelde no discurso dos direitos humanos para ser usado na discussão proposta neste trabalho. Não existe um conteúdo fixo e definitivo de quais são os direitos considerados humanos, ou fundamentais (pois neste contexto a diferença de termos é irrelevante), sendo sua determinação depende mais de circunstâncias sócio-político-culturais do que de previsões normativas. Esta característica dos direitos humanos permite que sejam criados diversos argumentos neles fundamentados, podendo variar conforme diversos fatores, incluindo posturas políticas e ideológicas.

Sendo assim, ao mesmo tempo que a expressão direitos humanos fundamenta uma série de movimentos realmente interessados em desenvolver políticas humanistas fundamentais, ela pode ser usada por uma corporação, por campanhas políticas, por estados estrangeiros, no intuito de camuflar outros interesses no mais das vezes privados.

Esta característica polissêmica dos direitos humanos pode assim permitir falar num direito fundamental de criação, ou acesso à criação, de culturas. “O acesso à cultura é objeto de direito fundamental.” (ASCENÇÃO, 2011, p. 9). Se é possível arguir por um direito humano fundamental de participação na criação do domínio público cultural, a lógica das regras tradicionais de propriedade intelectual, inibindo atividades criativas, seria então um limite a este direito. E assim, a abertura da cultura livre funcionaria como instrumento de realização, ou satisfação, deste direito. Para corroborar:

Comparando o direito de acesso à cultura com o direito de autor, devemos reconhecer a superioridade hierárquica do direito de acesso à cultura. [...] o acesso à cultura tem um evidente fundamento de interesse social e de desenvolvimento, neste caso cultural, do país. A proteção meramente patrimonial do direito do

autor coloca-lo em inferioridade hierárquica perante os direitos ligados à promoção cultural.

[...] não basta afirmar que o direito de autor fomenta a criatividade, que sem criatividade não há cultura, não basta esta visão unilateral, porque sem acesso ao patrimônio cultural também não há cultura. Só se desenvolve o diálogo se as pessoas estiverem em condições de efetivamente participar. Então surge a necessidade de encontrar em concreto os pontos de equilíbrio que resolvam o conflito no nível mais alto de satisfação recíproca dos interesses em presença. (ASCENÇÃO, 2011, p. 18/20).

Esta diferença hierárquica defendida pelo autor acima citado é relevante para colocar o argumento do direito humano de acesso à cultura frente a outros argumentos que bloqueiam este acesso. Em outros termos, para falar em acesso livre à cultura, ou em acesso à cultura livre, é discutir também rupturas de padrões legais, quebras de mentalidades e renovações sociais. Para isto, é necessário lembrar, como dito no início do tópico, que a própria ideia de democracia surge com conteúdo revolucionário capaz de derrubar instituições, e institutos, consolidados. E da mesma forma ocorreu com o discurso dos direitos humanos. Discutir direitos humanos precisa partir da ideia de quebras, revoluções e crises, para que estes argumentos não sejam usados como discurso retórico, que ao final das contas mantém as coisas como estão.

O pensamento e a ação oficiais quanto aos direitos humanos têm sido entregues aos cuidados de colonistas triunfalistas, diplomatas entediados e abastados juristas internacionais em Nova York e Genebra, gente cuja experiência com as violações de direitos humanos está confinada a que lhe seja servido vinho de péssima safra. No frigir dos ovos, os direitos humanos foram transformados de um discurso de rebeldia e divergência em um discurso de legitimidade do Estado. [...] Enquanto isso, a democracia e o Estado de direito são cada vez mais usados para garantir que as forças econômicas e tecnológicas não estejam sujeitas a qualquer outro fim que não o da sua própria expansão contínua. (DOUZINAS, 2009, p. 25).

Até aqui, em resumo, os argumentos são expostos para defender que o discurso dos direitos humanos possui validade em diversos contextos diferentes, servindo tanto para revolucionar, alterar sistemas e quebrar regras, quanto para manter apatias, hegemonias e dogmas. “O hiato entre o triunfo da ideologia dos direitos humanos e o desastre da sua aplicação é a melhor expressão do cinismo pós-moderno, a combinação de iluminismo com resignação e apatia [...]” (DOUZINAS, 2009, p. 30).

Associando esta ideia ao problema apresentado nesta pesquisa, o discurso dos direitos humanos pode ser usado, em sua verve revolucionária, para alterar a forma como a propriedade intelectual vem sendo regida, democratizando o acesso à cultura. Para isto não se foge da complexidade da equação necessária de usar um argumento jurídico, os direitos humanos, para quebrar outro, o domínio privatista da propriedade intelectual. Tornando-se ainda mais complicada se a noção de liberdade for a de liberdade concedida por lei, como, por exemplo:

[...] a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado Constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais [...]

(SARLET, 2012, p. 59).

Estas ideias de proteção juridicamente mediada, programada e controlada por órgãos, ao mesmo tempo que legitimam racionalmente os direitos de liberdade, podem servir para manter, preservar e até bitolar também as liberdades, o que por sua vez pode ser útil para satisfazer interesses de diversas naturezas. O argumento da proteção juridicamente controlada dos direitos humanos falha perante uma situação para a qual não há reconhecimento jurídico (ou legal) da existência de um determinado

direito humano. Como exemplo, o acesso à cultura livre não é pacificamente reconhecido como direito fundamental humano, mas uma oposição a uma barreira de criação livre pode ser feita levando em consideração outros argumentos senão o normativo.

Princípios e direitos fazem parte da lei, não apenas porque se ajustam a escolhas e decisões jurídicas passadas, mas também porque as justificam a partir do ponto de vista da moralidade política substantiva. Se eu me oponho, portanto a um ato como violação de direitos humanos, embora ele não tenha sido legalmente reconhecido como tal, devo empregar um tipo de argumento que explique que o ato contestado não condiz com compromissos ou princípios profundos, os quais nosso sistema jurídico e político altamente valoriza. (DOUZINAS, 2009, p. 255).

Assim, se o discurso dos direitos humanos pode servir para fundamentar uma série de atos, políticas e normas que talvez não representem um valor, ou compromisso profundo com o autor acima, pode também fundamentar a quebra de parâmetros na propriedade intelectual e exploração cultural, uma vez que isto representaria uma pretensão de maior liberdade criativa e democratização do acesso à cultura. Ideais possivelmente mais associados com compromissos históricos. E se houver necessidade de impor ao início deste discurso a demonstração da existência de instrumentos jurídicos legítimos capazes de atingir tais objetivos (criação livre e fruição democrática de cultura), felizmente, para justificação da tese aqui defendida, eles existem.

Como analisado, as regras tradicionais de direitos autorais e propriedade intelectual mantém todos os direitos da criação reservados ao autor. Acontece que nem sempre o real autor é o beneficiário destes direitos e esta reserva impede criatividade e participação na criação, assim ofendendo aspectos democráticos do acesso a bens culturais. Ocorre, na verdade, que, independente da associação com direitos humanos, os direitos autorais já vêm sendo redimensionados, tanto teórica quando praticamente. Isto em

decorrência das práticas digitais, ou da era digital como querem alguns, que gera novos problemas, questões e também soluções. Associando com o tema discutido:

A era digital confronta-nos com grandes questões no que respeita ao acesso à cultura. Altera radicalmente as comunicações. Traz potencialidades inimaginadas para a criação, expansão e acesso à cultura. Possibilita novos usos criativos na internet. [...] Os meios radicalmente novos exigiam um novo Direito, o que só lentamente se vai fazendo. (ASCENÇÃO, 2011, p. 31).

É inevitável que a digitalização e a automação de algumas práticas sociais fazem surgir novos desafios para a aplicabilidade das normas jurídicas, pois as novas tecnologias trazem algo de revolucionário, de transformador de parâmetros.

Dentro do tema direito e realidade em face da evolução tecnológica, a questão do software livre e do software proprietário é uma das mais paradigmáticas. Ela deixa claro que um dos principais desafios do jurista de hoje é pensar sobre a repercussão do direito de propriedade intelectual sobre circunstâncias de fato completamente novas, ponderando sobre caminhos para sua transformação e as consequências das opções jurídicas. (LEMONS, 2005, p. 65).

Nestas opções jurídicas está uma questão: diante das novas tecnologias de transmissão e armazenamento de dados, ainda é adequada a razão jurídica tradicional dos direitos autorais reservados? Se a opção for pelo sim, interpretações exageradas, como a prisão de alguém fazendo um download, serão legítimas. Por motivos óbvios parece adequado buscar alternativas. De certa forma elas já existem. O *Creative Commons* representa um modelo alternativo de registrar propriedades intelectuais diferente do tradicional modelo de “todos os direitos reservados”.

É um projeto internacional que disponibiliza licenças flexíveis, ou seja, permitem que o autor escolha reservar alguns

direitos mas disponibilize outros para uso alheio. Oferece, ao mesmo tempo, garantia aos autores e liberdade de criação.

[...] o Creative Commons cria instrumentos jurídicos para que um autor, um criador ou uma entidade diga de modo claro e preciso, para as pessoas em geral, que uma determinada obra intelectual sua é livre para distribuição, cópia e utilização. Essas licenças criam uma alternativa ao direito da propriedade intelectual tradicional, fundada de baixo para cima, isto é, em vez de criadas por lei, elas se fundamentam no exercício das prerrogativas que cada indivíduo tem, como autor, de permitir o acesso às suas obras e a seus trabalhos, autorizando que outros possam utiliza-los e criar sobre eles. (LEMOS, 2005, p. 83).

Em determinada perspectiva, ao estar associado com a ideia de cultura livre, acesso e incentivo à criatividade, o *Creative Commons* se aproxima bastante da ideia de democracia, como analisado anteriormente. O problema é que este movimento, apesar de reconhecidamente legal e legítimo, depende da livre iniciativa do autor, pois não é oficial, ou seja, não é reconhecido por lei como sendo o modelo do estado para a propriedade intelectual. Daí a oportunidade de reforçá-lo com a rebeldia do discurso dos direitos humanos para quebrar dogmas e modelos, e difundir seu uso.

Somado ao *Creative Commons* está outro movimento que vem crescendo também em nível internacional no intuito de diminuir o controle de grandes produtoras e corporações dos eventos culturais, promovendo uma abertura democrática no processo de fomento a estes tipos de eventos. O *Crowdfunding*, portuguêsado para financiamento coletivo ou colaborativo, é uma prática na qual um grupo de pessoas interessadas num evento cultural capta em diversas fontes de investimento recursos necessários para realização deste. Ao entrar no site www.catarse.me, por exemplo, verifica-se com facilidade a proposta do *crowdfunding*: “Faça acontecer os projetos em que você acredita. Financie projetos de maneira colaborativa e torne-se parte de algo maior”.

Existe algo de democrático em ajudar a financiar o próprio evento cultural que pretende curtir sem ter uma megacorporação como intermediária. Isto pode inclusive diminuir os custos e assim promover melhor acesso à cultura. Então, o *creative commons* age no sentido de abrir a cultura enquanto o *crowdfunding* no sentido de democratizar a fruição de culturas. E o discurso dos direitos humanos para quebrar paradigmas e legitimar ambos. Cabe frisar um aspecto relevante deste debate.

Estas técnicas de “abertura cultural” examinadas logo acima além de democratizarem o acesso à cultura e retomar a possibilidade de um discurso subversivo dos direitos humanos promove também algo com conteúdo democrático que é o de impedir domínios e hegemonias culturais indesejáveis. O domínio e manutenção desta cultura interessam aos grupos oligárquicos que controlam a produção cultural, que têm nas regras tradicionais de direitos autorais instrumentos fortes para seus objetivos.

Objetivos estes que provavelmente não estão relacionados com a democratização da criação. [...] os *mass media* encorajam uma visão passiva e acrítica do mundo. Desencoraja-se o esforço pessoal pela posse de uma nova experiência. (ECO, 2004, p. 41). Não incentivado a participar da criação cultural, ciente de que se usar de obra alheia poderá sofrer graves penalidades judiciais, cabe ao cidadão fruir de qualquer cultura que lhe seja apresentada como sendo sua.

Logo perceberá que seu projeto tropeça no do próximo, como a vida do próximo restringe a sua. [...] o desânimo o levará a renunciar não só a todo ato, mas até mesmo a todo desejo pessoal, e ele buscará a solução oposta: imaginará uma vida *standard*, composta de desiderata comuns a todos, e verá que para conseguirla será necessário solicitá-la ou exigi-la coletivamente com os demais. Daí a ação em massa. (ORTEGA Y GASSET, 2007, p. 28).

Porém, este controle da produção cultural e a imposição de uma cultura de massa esbarram no desenvolvimento de novas

mentalidades e de novas tecnologias que habilitam a participação individual e coletiva na criação. O indivíduo estável e indócil que satisfaz os interesses oligárquicos pode agora querer criar sua cultura.

A assim chamada “crise de identidade” é vista como parte de um processo mais amplo de mudança, que está descolando as estruturas e processos centrais das sociedades modernas e abalando os quadros de referência que davam aos indivíduos uma ancoragem estável no mundo social (HALL, 2005, p. 7).

A identidade antes vendida como produto de consumo passa a ser encarada como uma “comunidade imaginada” (HALL, 2005. p. 51). E assim as ideias se encaixam com a disponibilidade das novas técnicas e tecnologias mencionadas. Pensar no controle da cultura por uma imposição de produtos de identidade discutível, impedir que cidadão participe da criação e tenha pleno acesso à cultura e restringir a quantidade de autores criativos estão longe de caracterizar aspectos democráticos. As ferramentas já foram mencionadas. O *Creative Commons* é capaz de abrir o leque de ações criativas, permitindo que mais criações sejam realizadas em cadeia.

O *Crowdfunding* permite que pessoas em conjunto criem seus eventos culturais, sem necessidade de imposições por intermediários. Ambos chocam com a ideia da passividade do cidadão, pois este passa a poder efetivamente criar e participar de criações, permite que ele seja inserido numa comunidade democrática de criação cultural.

Para ter um respaldo jurídico estas ideias fazem ressurgir o conteúdo subversivo dos direitos humanos, pois regras precisarão ser relativizadas e mercados precisarão ser remoldados. Nada diferente do que já foi feito sob o argumento dos direitos humanos.

5 Considerações Finais

Este trabalho se propôs a realizar uma espécie de provocação para a reflexão sobre a necessidade de uma nova legislação para a propriedade intelectual, seja na vertente direitos autorais, seja na propriedade industrial ou demais. Esta necessidade deriva das alterações de comportamento e de valores decorrentes do surgimento da sociedade da informação com sua cibercultura como padrão, pois com isto surgiram também novas demandas sociais, devendo ser acompanhadas pelo ordenamento jurídico.

A propriedade intelectual possui relação não somente com a difusão das artes e das criações intelectuais, mas também com a proteção (abertura ou fechamento) de informações necessárias e úteis para o crescimento pessoal e para a satisfação pessoal por cultura. Em época de produção intelectual por suportes e distribuição físicos, a legislação gera direitos de acesso e uso exclusivos, mas isto não é mais compatível com a contemporaneidade tão envolvida com o ambiente digital e com a navegação pelo fluxo abundante de informações presente na rede mundial de computadores.

É necessário recriar modelos de direitos autorais, talvez abolindo os de natureza patrimonial, bem como é necessário repensar a propriedade industrial, talvez diminuindo o período de exclusividades, tudo isto levando em consideração a preservação do que tem de humano no objetivo da legislação da propriedade intelectual que é a satisfação pessoal de ser informado, de poder usar de sua criatividade de forma livre e assim exercer plenamente suas liberdades fundamentais.

Se os ordenamentos jurídicos não acompanharem as transformações tecnológicas, há o risco de serem ultrapassados por mecanismos não-legais (como os vistos acima) que seduzem aqueles que buscam caminhos mais compatíveis com os valores da contemporaneidade. Há mercados fonográficos que amadurecem às margens dos direitos autorais, há inúmeros casos de patentes que

são compulsoriamente extintas por causa de interesses públicos e diversos casos de movimentos em prol das liberdades de navegação em ambiente digital, que demonstram que existe uma movimentação social suficientemente forte ao ponto de fazer gerar novas leis.

Os direitos humanos envolvidos na questão deverão servir não apenas para “quebrar” a lógica da legislação tradicional, quebrando os monopólios que surgem sob sua tutela, mas também deverão influir na criação de uma legislação que contemple os desejos humanos de um contexto cibercultural benéfico difusamente, não apenas que traga benefícios econômicos a quem historicamente já os recebe.

6 Referências

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. IN: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org.). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011. Páginas 09 a 44.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: editora universidade de Brasília, 1986.

_____. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

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

ECO, Umberto. **Apocalípticos e integrados**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre: como a Grande Mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a Cultura e controlar a criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 2010.

ORTEGA Y GASSET. **A rebelião das massas**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SALDANHA, Nelson. **Temas de História e Política**. Recife: UFPE, 1969.

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

A promoção das bicicletas no ambiente urbano como instrumento de concretização do direito à cidade acessível, democrática e sustentável.

Alexandre Moura Alves de Paula Filho¹

Mayara Nunes Medeiros de Souza²

1. Introdução.

Desde as últimas décadas, as cidades brasileiras têm vivenciado grande expansão. O crescimento, em algumas delas demasiadamente acelerado e desordenado, trouxe à realidade dessas cidades problemas jamais experimentados, como, por exemplo, ocupação irregular do solo, poluição, serviço público incapaz de atender à demanda de toda a população e crise da mobilidade urbana, esta última atribuída a diversos fatores, dentre os quais o aumento exacerbado da quantidade de veículos automotores na via pública.

Uma das razões para expansão do veículo motorizado particular está na destinação de recursos públicos a obras que só favorecem o usuário de veículo motorizado particular. Com isso, os demais meios de transportes tendem a sofrer uma atrofia, ou serem usados pelo fato de o cidadão não ter alternativa.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado.

² Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogada.

Para ilustrar esse crescimento, um estudo feito com dados coletados junto ao Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN), aponta que, de 2001 a 2011, a frota de automóveis cresceu, aproximadamente 77,8%. Já a de motocicletas foi de 289,4% (RODRIGUES, 2012). A título comparativo, em período semelhante (2000 a 2010), a população brasileira cresceu pouco mais de 12%, de acordo com números do censo demográfico de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).³

Como se sabe, o uso desenfreado do automóvel particular repercute negativamente em alguns aspectos da vida urbana, tais como congestionamento das vias, crescimento no número de acidentes fatais no trânsito e poluição atmosférica.

Nesse contexto, é de fundamental importância evitar as políticas públicas que se destinam exclusivamente ao carro. Assim, a bicicleta surge como meio viável para, além de desafogar a cidade dos recorrentes problemas de mobilidade urbana e poluição atmosférica, democratizar o espaço público. Isso porque, pelo fato de ser um meio de transporte de baixo custo para o usuário, gera inclusão social visto que amplia as possibilidades de deslocamento ao cidadão que não tem carro.

Em 2009, o Brasil já era o 3º maior produtor mundial de bicicletas, atrás apenas de China e Índia.⁴ Todavia, a cultura da bicicleta ainda não encontra, no espaço público das cidades grandes brasileiras, o ambiente propício para seu desenvolvimento. Nessas cidades, a bicicleta tem quatro imagens: a de objeto de lazer aos finais de semana; a de objeto com largo uso junto à criança; a de modalidade esportiva praticada em sua maioria pela classe média;

³ O salto populacional foi de 20.956.629 pessoas, com crescimento de 169.799.170 para 190.755.799. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000008473104122012315727483985.pdf>>

⁴ Segundo pesquisa mais recente realizada pela Associação Brasileira dos Fabricantes de Motocicletas, Ciclomotores, Motonetas, Bicicletas e Similares (ABRACICLO). Disponível em: <<http://www.abraciclo.com.br/images/pdfs/producao-mundial.pdf>> Acesso em 13 de março de 2015.

e, por fim, a mais forte e predominante na sociedade: a de meio de transporte da população de baixa renda (BRASIL, 2007a, p. 65).

Realidade diferente das cidades de até 50 mil habitantes, onde principal meio de transporte é a bicicleta. Isso porque o transporte coletivo é praticamente inexistente e a condição financeira de considerável parcela da população não permite a aquisição de automóvel particular (BRASIL, 2007b, p. 88).

Mudar esse quadro, expandindo a cultura da bicicleta nas grandes cidades brasileiras é um importante desafio para a promoção da mobilidade urbana sustentável a toda a população, como será elucidado ao longo deste artigo.

Assim, para garantir uma base legislativa, a Lei de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012), determinou como diretriz a “prioridade dos modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado”, disposta em seu art. 6º, II.

Conforme se observa no art. 2º desse mesmo texto legal, a existência de uma Política Nacional de Mobilidade Urbana tem o escopo de garantir, além da concretização dos princípios, diretrizes e objetivos elencados no dispositivo legal, o acesso universal à cidade, que efetiva o direito à cidade.

Nessa senda, observa-se que o direito à cidade não pode prescindir da mobilidade urbana, porquanto a vida na cidade requer o deslocamento pelo tecido urbano com facilidade, velocidade, segurança e a um custo razoável que permite ao cidadão extrair das cidades os benefícios que elas, em sua essência, devem oferecer à coletividade (MARRARA, 2014, p. 166). Portanto, quanto pior for a mobilidade, mais direitos inerentes à cidade restarão sem qualquer efetividade.

2. A promoção da bicicleta no ambiente urbano: pelo fomento de uma “cultura de bicicletas”.

A partir do momento em que as “magrelas” são largamente utilizadas, mesmo que em fins diversos do transporte, temos a existência de uma cultura que proporciona deslocamentos saudáveis, opções de lazer, conscientização do não-usuário e maior interesse político. Essa cultura, que conta com a inserção das bicicletas no ambiente urbano é o que chamamos de cultura de bicicletas. Através dela, não só se possibilita que haja cada vez mais ciclistas nas ruas, mas também que eles sejam mais respeitados e seu espaço seja devidamente reconhecido pelos demais cidadãos.

Assim, a expansão da cultura de bicicletas é impactada diretamente pelo fomento de seu uso dentro da via pública, como verdadeiro meio de transporte urbano. Como consequências da inserção deste modal na via pública tem-se uma série de benefícios para toda a cidade, e não somente ao seu usuário, como será melhor explanado no tópico seguinte.

Esta cultura, porém, encontra diversos óbices à sua expansão em nosso país, como, notadamente, as facilidades aparentes que o brasileiro vê no uso exclusivo e desenfreado do transporte individual motorizado, o que resulta, por sua vez, em desinteresse por parte do Poder Público em investir na bicicleta dentro do ambiente urbano.

Nessa perspectiva, a ação estatal mostra-se como importante ferramenta para impulsionar o uso das bicicletas na via. O primeiro passo nesse sentido é a implantação de ciclovias e pontos onde se pode guardar as bicicletas (paraciclos e bicicletários). Isso porque, se não houver segurança no deslocamento e no estacionamento não haverá estímulo para o cidadão optar pelas “magrelas” em detrimento do carro. Senão, vejamos:

A preocupação com a segurança é fundamental para o estímulo ao uso da bicicleta. É muito difícil que as pessoas adotem um meio de transporte que ameace sua integridade física. Por isto, muitos que usam regularmente bicicletas em áreas protegidas (parques

públicos e zonas costeiras onde já existem ciclovias) resistem em adotá-las como meio de transporte cotidiano. Além de segurança pessoal, a preocupação com o patrimônio material também desestimula o uso da bicicleta. Isto é importante porque quando a população de baixa renda passa a utilizá-la como meio de transporte diário ou como instrumento de trabalho, torna-se dependente dela (BRASIL, 2007b, p. 126).

De mais a mais, por se tratar de um modal que inviabiliza grandes deslocamentos (o que é bastante comum nas grandes cidades brasileiras), é importante que a malha cicloviária seja coesa e corresponda às principais demandas de deslocamentos (parques, faculdades, escolas, terminais ônibus, *shoppings centers*). Também merece destaque, nesse sentido, a necessidade de integração com o transporte público, que proporciona a redução de distâncias e gastos com deslocamento.

Ainda dentro das ações estatais convenientes à ampliação da cultura de bicicletas, o sistema de aluguel de bicicletas públicas apresenta-se como uma alternativa de grande utilidade, pois, considerada a falta de segurança, patente em cidades grandes do nosso país, é uma alternativa que não expõe a riscos o patrimônio particular do cidadão.

Por fim, os programas de criação de ciclofaixas temporárias, que vêm sendo cada vez mais explorados aos finais de semana. Apesar de, nesses tipos de projeto, a bicicleta ser majoritariamente um instrumento de lazer, não se pode ignorar que esses programas proporcionam um convívio entre meios de transporte motorizados e a bicicleta, resultando, quando bem executados, na ampliação do respeito ao ciclista e seu espaço.

Um estudo realizado acerca dos impactos iniciais de um projeto de implantação de ciclofaixas aos finais de semana em Campinas/SP mostrou, em poucos meses, forte redução no número de cones danificados (584 ao total, gerando uma média de 21 por operação, sendo, todavia, 115 somente no primeiro dia de operação). O estudo apontou também uma queda no número de cones

utilizados por operação de 2.700 para 2.000, após alguns meses de operação, em razão do reconhecimento do percurso e respeito ao espaço do ciclista (PEREIRA, 2011, p. 307).

Entretanto, quando se trata da propagação de uma cultura, a ação estatal, necessita de apoio e participação popular. A participação de qualquer munícipe interessado resulta em melhor aproveitamento das medidas tomadas, assegurando, nos dizeres de Maria Paula Dallari Bucci, que elas “não serão meras ferramentas a serviço de concepções tecnocráticas, mas, ao contrário, verdadeiros instrumentos de promoção do direito à cidade para todos, sem exclusões” (BUCCI, 2014, p. 346).

Os principais instrumentos de garantia da aproximação do cidadão com o Poder Público estão dispostos no Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001), com destaque para o artigo 43 ⁵.

Em síntese, a cultura de bicicletas trata-se de inserir as *bikes* na sociedade, notadamente visando à expansão de seu uso como meio de transporte. Ela depende de uma ação conjunta de Poder Público e sociedade a fim de que se crie estrutura e conscientização acerca da importância do alargamento do uso das bicicletas nas vias públicas. Com isso, a cultura de bicicletas passará a se avolumar, tornando-se não só mais uma alternativa de deslocamento, mas uma saída viável e barata para solucionar diversos problemas urbanos, o que certamente efetivará uma gama de direitos fundamentais mitigados pelo caos encontrado na via urbana grandes cidades brasileiras.

⁵ Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

V – (VETADO).

3. A cultura da bicicleta como instrumento de efetivação do direito à cidade.

Uma vez dito que a implementação de uma cultura permanente de utilização de bicicletas como meio de transporte é uma forma de promover a concretização de direitos, havemos de esclarecer como, por que e de que direitos se trata. Desta feita, cabe observar a importância da supracitada cultura na concretização de vários direitos fundamentais, com destaque para o direito à cidade.

Dentro da perspectiva do direito à cidade, que por sua vez não se restringe ao espaço urbano, mas abrange também o meio rural, a construção de ciclovias tem grande e importante impacto na sua efetivação, especialmente por mexer com toda a dinâmica do tráfego local. A respeito desse direito, temos as disposições elucidativas trazidas pela Carta Mundial pelo Direito à Cidade, cujo artigo I traz não apenas uma definição para o mesmo, mas também algumas características, estabelecendo, inclusive, uma relação de interdependência com todas as categorias de direitos humanos:

O Direito a Cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais que já estão regulamentados nos tratados internacionais de direitos humanos (BRASIL, 2005).

O mesmo documento, em seu artigo XIII, trata o direito à cidade como um conjunto de direitos, dos quais fazem parte o direito ao transporte e à mobilidade urbana, sendo apresentado como meio

de garantia do cumprimento desses direitos o uso de veículos não contaminantes (tais quais as bicicletas), conforme segue:

1. As cidades devem garantir a todas as pessoas o direito à mobilidade e circulação na cidade através um sistema de transporte público acessível e a preços razoáveis, segundo um plano de deslocamento urbano e interurbano, através de meios de transportes adequados às diferentes necessidades ambientais e sociais (de gênero, idade, incapacidades).
2. Será estimulado o uso de veículos não contaminantes e serão estabelecidas áreas reservadas aos pedestres de maneira permanente ou para certos momentos do dia.

Outro documento importante na compreensão do direito à cidade e consequentemente do papel significativo que tem a cultura das bicicletas na realização desse direito é a Declaração pelo Direito à Cidade como Paradigma para a Existência de Cidades Democráticas, Justas, Sustentáveis e Humanas, que dispõe:

O Direito à Cidade é o direito coletivo de todas as pessoas a uma cidade sem discriminação de gênero, idade, raça, condições de saúde, renda, nacionalidade, etnia, condição migratória, orientação política, religiosa ou sexual, assim como de preservarem sua memória e identidade cultural.

O reconhecimento do Direito à Cidade, como direito coletivo como paradigma para existência de cidades democráticas, justas, sustentáveis e humanas é estratégico para:

[...]

Priorização de políticas de mobilidade urbana sustentáveis como transporte público coletivo, incentivo ao uso de transporte com tecnologia não poluente, incentivo ao uso de bicicletas mediante implantação de ciclovias, acessibilidade das vias públicas e espaços públicos à população pedestre; (FÓRUM URBANO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010).

É possível observar, portanto, a ligação direta que há entre a implantação de ciclovias e o fomento da utilização de bicicletas como meio de transporte para a concretização do direito à cidade. Ligado

à esse, temos o direito ao desenvolvimento sustentável, que envolve para além da necessidade de políticas voltadas diretamente para o cidadão e suas atividades mais práticas, o cuidado do meio ambiente em geral que o envolva.

Dar aos indivíduos a chance de transitar pela cidade com segurança, conforto, dignidade e todas as prerrogativas que lhes caibam, é dever do Estado na medida em que é direito da pessoa humana. As ciclovias são, por sua vez, um modo não apenas eficiente, mas sustentável, de proporcionar ao cidadão o exercício desse direito que lhe é inerente.

Nessa linha, este trabalho desenvolverá as diversas facetas do direito à cidade que são viabilizadas numa sociedade onde se valoriza a bicicleta como modal. Este tópico se destina a mostrar que as cidades grandes brasileiras, notoriamente precárias na disponibilização de meios eficientes para a cultura da bicicleta, podem prover uma malha urbana acessível, democrática e sustentável, com a mobilidade urbana e todos os direitos inerentes à cidade preservados, caso revertam esta situação. Serão explorados os aspectos do direito à cidade no âmbito da mobilidade urbana: os direitos à cidade acessível, democrática e sustentável.

3.1. Do direito à cidade acessível.

O implemento da cultura de bicicletas tem, entre seus diversos benefícios aos cidadãos como tal, o quinhão de proporcionar a expansão do exercício do direito fundamental de ir e vir.

O direito à liberdade de locomoção, como também é chamado aquele cuja determinação encontra-se no Artigo 5º, XV, da Carta Magna brasileira⁶, não se trata apenas da possibilidade de transitar pelos espaços públicos sem que algo ou alguém o esteja impedindo

⁶ Assim dispõe a Constituição: "É livre a locomoção no Território Nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens". BRASIL, Constituição Federal. 1988.

expressa e deliberadamente. Trata-se, para além disso, da oportunidade concreta de fazê-lo do modo como melhor convier a cada um, seja esse a pé, por meio de uma cadeira de rodas, carros, ou bicicletas.

Através da possibilidade de transitar como melhor lhe aprouver e por onde precisar ou quiser ir, o indivíduo está sendo sujeito de um processo que além de outras coisas, passa pelo empoderamento social, ganhando autonomia no que concerne à mobilidade urbana. Não apenas isso, mas os benefícios da utilização desse meio de transporte limpo, possíveis através da implantação de rotas próprias ao seu tráfego, contribuem para a melhoria da mobilidade urbana geral, uma vez que ao tirar um carro das ruas para utilizar a bicicleta, gera-se espaço útil à vida social cotidiana.

Apesar de mobilidade urbana não se confundir com o direito constitucional de ir e vir, a mesma encontra-se intimamente ligada à concretização desse direito, bem como de outros mais, a exemplo da liberdade. Isso porque, uma vez garantida a autonomia do indivíduo em relação a quando, como e aonde ir, garante-se que o mesmo exerça sua autonomia da vontade, não tendo então tolhida ou restringida a sua possibilidade de transitar no espaço público em função da falta de alternativas para tanto.

De acordo com a Lei de Mobilidade Urbana (nº 12.587/12), art. 4º, I, mobilidade urbana é: “condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano;”. Considerando isso e a situação observada nas ruas, avenidas, espaços públicos das grandes cidades em geral, tem-se que é patente a precariedade (quase ausência) da mobilidade urbana, o que acaba por limitar sensivelmente a liberdade de locomoção.

Essa é uma das consequências da expansão desenfreada do uso do automóvel particular. Com as vias obstruídas, majoritariamente por carros, o tempo de deslocamento do cidadão tem aumentado nos últimos anos. Entre 2003 e 2012, tivemos um aumento de 26,5% (de 17,7 a 22,4 bilhões de hora por ano) no tempo perdido no trânsito, tendo se perdido mais tempo em todos os

modais, não só no carro (ANTP, 2014a, p. 20). Esses dados mostram que a atual situação de pouca mobilidade nas vias impede o exercício da liberdade do cidadão independentemente do meio de transporte escolhido.

Numa sociedade projetada para o trânsito de automóveis, quem não os têm encontra-se em séria desvantagem na perspectiva do trânsito, mas não apenas pelo complicador da distância, senão pela ausência de espaços próprios destinados ao seu deslocamento não motorizado. Ao perceber que o direito de ir e vir decorre nada menos do que do direito à liberdade, sendo assim fundamental e inerente à condição humana, não basta a omissão do Estado para que esta garantida não seja tolhida. *In casu*, é necessária a atuação dos órgãos estatais na promoção de meios que venham a viabilizá-lo de maneira eficaz.

Nesse contexto, a criação de ciclovias, não está atrelada apenas à promoção de diversão, mas especialmente de segurança, e assim à concretização da possibilidade de exercício do direito de ir e vir através da utilização das bicicletas, uma vez que elas são capazes de desobstruir as ruas, otimizando a liberdade de locomoção não apenas do seu usuário, mas de toda a população.

A utilização das bicicletas é um meio extremamente vantajoso do ponto de vista da promoção de mobilidade urbana, mas não só isso. Ao substituir carros por bicicletas, as melhorias no trânsito – atualmente em nível caótico – são claras e consideráveis, especialmente considerando-se que o espaço ocupado por um carro pode comportar até dez bicicletas (HELM, 2011), que além de colaborarem para a saúde dos que as utilizam, melhoram o ambiente para os demais, diminuindo a poluição, acidentes e estresse.

3.2. Do direito à cidade democrática.

Outra importantíssima contribuição à cidade, oriunda das políticas públicas que fomentam o uso da bicicleta no espaço público,

é a democratização do seu acesso. Esse fenômeno se dá em razão de o cidadão ter mais possibilidades de deslocamento na malha urbana, garantindo-se o direito à cidade a mais pessoas.

Para se ter uma ideia de como o acesso à cidade não é democrático nos grandes centros urbanos do Brasil, o relatório do Sistema de Informações da Mobilidade Urbana da Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP) referente ao ano de 2012 (ANTP, 2014b) apontou que, nas cidades com mais de 1 milhão de habitantes, 74% da frota de veículos é composta por automóveis particulares, 15% por motocicletas e os 12% restantes da frota são relativos a todos os demais meios de transporte (em valores aproximados). Contudo, quando se analisa a divisão modal por viagem nessas cidades, nota-se que menos de 33% das viagens são realizadas de carro ou moto. Temos, por conseguinte, um panorama no qual carros e motos chegam a quase 90% da frota, mas que apenas um terço das viagens realizadas pela população são feitas por esses modais.

Somado a isso, temos outra situação excludente, desta vez, motivada pelos gastos financeiros arcados pelo usuário do transporte individual motorizado. O mesmo relatório da ANTP constatou que o veículo motorizado individual gera um ônus médio de R\$ 5,65 por dia para cada usuário, ao passo que o transporte coletivo onera em R\$ 1,55. Numa comparação envolvendo gastos pessoais e públicos com o transporte individual e coletivo, tem-se que 75% (o equivalente a cerca de 71 milhões de reais) decorrem apenas dos custos pessoais com o transporte individual motorizado.

Portanto, temos dois problemas que, juntos, dificultam o aproveitamento do espaço público de forma verdadeiramente democrática e gratuita: a maior destinação do espaço para um modal usado pela minoria e os altos custos decorrentes do uso deste modal. Com isso, a partir do momento em que a atenção estatal é dirigida para um modal que a maioria não tem acesso, principalmente em razão do seu custo, viola-se o princípio da gestão democrática da cidade, que não só visa oferecer meios de

participação popular, mas também que as medidas tomadas pelo Poder Público beneficiem o maior número de pessoas.

As consequências desse privilégio dado ao carro são as mais diversas. Além de um ambiente urbano caótico, com mobilidade reduzida e poluição em larga escala a elevação do número de carros está diretamente ligada ao crescimento no número de acidentes. No ano de 2003, os custos pessoais com acidentes eram da ordem de 4,2 bilhões, enquanto os públicos giravam em torno de 0,7 bilhões. Em 2012, constatou significativo aumento em ambos os parâmetros: os custos pessoais foram calculados na faixa dos 13 bilhões, enquanto os públicos em 2,2 bilhões (ANTP, 2014a, p. 32).

Desse modo, hodiernamente, a situação da malha urbana está longe de suprir as necessidades do cidadão, pois não há garantia de qualidade de vida (principalmente no tocante ao perigo das vias, como demonstrado) e justiça social (já que os investimentos são quase sempre voltados para um modal que não é utilizado pela maioria).

O investimento em políticas que viabilizem o uso do espaço público, em especial no que tange ao deslocamento das pessoas, de forma barata, senão gratuita, tem o condão de garantir uma malha urbana mais inclusiva. Mais pessoas poderão se deslocar a um custo mais baixo e de maneira segura, independente do meio de transporte escolhido. Exemplo de investimento primordial nesse sentido é a construção de espaços seguros e segregados dos veículos automotores para o ciclista deslocar-se na malha urbana, traduzidos em ciclovias, ciclofaixas, ciclorrotas ou calçadas compartilhadas.

O acesso democrático à cidade pressupõe o acesso aos serviços independente de renda como pressuposto do próprio exercício da liberdade e da cidadania. Nesse sentido é a lição de Amartya Sen:

o desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática

nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo (SEN, 2007, p. 29).

3.3. Do direito à cidade sustentável.

Outro aspecto importante do direito à cidade é a necessidade de um espaço urbano sustentável. Um dos pré-requisitos para que a cidade cumpra sua função social, listado no Estatuto da Cidade, como já vimos, é a qualidade de vida. Assim, é importante demonstrar de que forma a cultura da bicicleta pode proporcionar qualidade de vida, contribuindo para a concretização do direito à cidade sustentável.

Com o advento Capítulo II do Título VII da Constituição Federal de 1988⁷, o legislador prevê a realização de políticas urbanas que promovam o desenvolvimento de cidades sustentáveis e planejadas, com artifícios como o Estatuto da Cidade e o Plano Diretor para concretizar esse direito, cujas características integram-no à categoria de direitos difusos.

É nesse sentido de transcendência que se considera a necessidade e a importância da sustentabilidade no âmbito citadino, uma vez que no Brasil quase a totalidade das cidades não foram planejadas, mostrando-se imprescindível a adoção de políticas públicas que promovam seu desenvolvimento de maneira sustentável. Por desenvolvimento sustentável, entenda-se o conceito adotado pela ONU, apresentado no Relatório de Brundtland:

Em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas (NAÇÕES UNIDAS, 1987, p. 43).

⁷ Aqui, merece destaque o *caput* do art. 182, que dispõe: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”. BRASIL. **Constituição Federal da República**. 1988.

Ou seja, para que uma cidade possa ser considerada sustentável, ela deve atender a requisitos mínimos em que se observe o seu desenvolvimento, da sua economia, atividades, vida social e cultural, sem que se esgotem os recursos disponíveis, mas ao contrário, utilizando meios que permitam a conservação do ambiente para as gerações futuras.

Nesse contexto de responsabilidade no que tange ao desenvolvimento urbano, atendendo às boas práticas ambientais, tem-se a preocupação com a mobilidade urbana. Cabe, pois, diferenciar dois conceitos importantes: o de mobilidade urbana e o de mobilidade urbana sustentável. O primeiro, de caráter genérico, “designa o grau de movimento possível na cidade, ou melhor, a facilidade com a qual pessoas se locomovem e cargas são transportadas no tecido urbano” (MARRARA, 2014, p. 165), o segundo, por sua vez, esmiúça-se na hodierna necessidade de associar mobilidade urbana a qualidade de vida, como é perceptível no conceito formulado pelo Ministério das Cidades do Brasil:

A mobilidade urbana sustentável pode ser definida como resultado de um conjunto de políticas de transporte e circulação que visa proporcionar o acesso amplo e democrático ao espaço urbano, através da priorização dos modos não motorizados e coletivos de transporte, de forma efetiva, que não gere segregações espaciais, socialmente inclusiva e ecologicamente sustentável. Ou seja, baseado nas pessoas e não nos veículos (BRASIL, 2004, p. 13).

Um dos principais empecilhos para a efetivação da mobilidade urbana sustentável nas cidades brasileiras é a poluição sonora e atmosférica oriunda da abundância dos automóveis particulares nas vias. Para se ter uma ideia, nas cidades brasileiras com mais de um milhão de habitantes, a emissão de poluentes nos meios de transporte motorizados, individuais ou coletivos, é de 1.367 gramas por habitante por dia. Desses, 921 gramas são dispensados apenas

pelo usuário do automóvel particular, o equivalente a mais de 67% do montante (ANTP, 2014b).

Diante da realidade de poluição, ruídos, acidentes e desgaste ambiental gerado pela cultura do carro, a utilização de bicicletas como meio de transporte apresenta-se como uma das melhores alternativas à promoção do desenvolvimento de uma cidade sustentável. Através dessa prática gera-se um melhor aproveitamento das vias e demais espaços públicos, reduz-se drasticamente a poluição, uma vez que se trata de modal que não emite poluente na atmosfera e contribui para a redução do caos sonoro no espaço público.

Outrossim, a qualidade de vida resultante do uso da bicicleta transcende a redução da poluição no espaço urbano. Ela traz benefícios à saúde do usuário que insere em seu deslocamento cotidiano uma atividade física, o que possibilita a prevenção de diversos problemas relacionados à saúde em curto prazo, como a obesidade, e em longo, como a redução do risco de diabetes tipo 2, doença coronariana e acidente vascular cerebral ⁸.

Por fim, vale destacar mais um ponto em que a cultura de bicicleta melhora a qualidade de vida na cidade: a segurança do ciclista. Uma vez gerada essa condição, os cidadãos se sentirão mais à vontade para aproveitar melhor a cidade nos seus diferentes aspectos, visto que sua integridade estaria mais bem resguardada, e a confiança nessa premissa gera bem-estar social. Da mesma forma, uma vez que sustentabilidade trata-se da interação do progresso com o meio ambiente e a preocupação com as gerações futuras, a promoção de um ambiente citadino seguro gera um bom convívio, e uma relação sustentável entre pedestres, bicicletas e veículos automotores, em que se pode transitar de maneira mais segura, diminuindo os acidentes e assim estimulando as boas práticas que

⁸ Para melhor tratamento acerca dos benefícios da atividade física no contexto deslocamentos diários, recomenda-se: SANTOS; BARBOSA; CHENG; WANDERLEY JÚNIOR; BARROS, 2009.

requerem essa condição, para que se perpetuem nas próximas gerações.

Para isso, a melhor saída é que os entes públicos reservem o espaço destinado à bicicleta no espaço urbano, a fim de evitar ao máximo que motoristas e ciclistas dividam o mesmo espaço na via, porquanto estes terão riscos bem maiores à sua integridade física. Devido a inúmeras intervenções urbanas para integração e melhoramento das ciclovias na Alemanha, entre 1975 e 1998, o aumento do número de ciclistas foi de 30% enquanto o a redução de acidentes fatais foi de 66% (SECRETARIA MUNICIPAL DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE SÃO PAULO, 2013).

Assim, a cultura de bicicletas em substituição à de carros é medida que se adequa ao conceito moderno de mobilidade urbana, que preza pelo acesso justo, rápido e sustentável, afinal “não existe sustentabilidade possível se as políticas urbanas e ambientais não forem tratadas de forma integrada para a construção de uma sociedade justa e ambientalmente equilibrada” (FREIRE, 2008, p. 2323).

4. Conclusão.

Ao longo dessa exposição, buscou-se demonstrar os impactos favoráveis da inserção da cultura da bicicleta nas cidades brasileiras, notadamente nas que sofreram maior expansão e expõem a necessidade de implantação de políticas públicas voltadas à melhoria da mobilidade urbana. A premência dessas medidas é resultado de uma malha urbana que, além de mal planejada, continua até hoje concentrando seus esforços políticos e financeiros em medidas voltadas majoritariamente para os carros.

O direito à cidade pressupõe o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. Não se pode pensar em garantir este direito sem agir no sentido de possibilitar o cidadão de se deslocar com liberdade, gratuitamente ou a baixo custo e de maneira saudável para si e para

seus concidadãos, e está consolidado ⁹ que uma medida importante para viabilizar esses direitos é o investimento no transporte individual não-motorizado.

Ante todo o exposto, nota-se que o fomento da bicicleta no espaço urbano traz diversos benefícios ao cidadão, seja ele ciclista ou não. Assim, a atenção do Poder Público a este modal, através da aplicação de políticas públicas convenientes à gradativa expansão de sua utilização na via urbana, mostra-se de suma importância para a efetivação de uma gama de direitos e garantias fundamentais, notadamente os inerentes ao direito à cidade.

Referências.

- 1.a. ANTP. **Sistema de Informações da Mobilidade Urbana - Relatório Comparativo 2003-2012**. São Paulo: Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), 2014. Disponível em: http://www.antp.org.br/_5dotSystem/userFiles/SIMOB/Comparativo_2003_2012_com_adendo.pdf
- 1.b. ANTP. **Sistema de Informações da Mobilidade Urbana - Relatório Geral 2012**. São Paulo: Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP), 2014. Disponível em: http://antp.org.br/_5dotSystem/download/dcmDocument/2014/08/01/CBo6D67E-03DD-400E-8B86-D64D78AFC553.pdf
2. BRASIL. **Carta Mundial do Direito à Cidade**. V Fórum Social Mundial. Porto Alegre. 2005. A Carta Mundial pelo Direito à Cidade é um documento produzido a partir do Fórum Social Mundial de 2006, no Rio Grande do Sul. Articulada pela Coalizão Internacional para o Hábitat (HIC), Fórum Nacional de Reforma Urbana (Brasil), e Cohre. Disponível em: <http://normativos.confea.org.br/downloads/anexo/1108-10.pdf>
Acesso em: 14/03/2015.

⁹ Foram citados documentos oriundos de fóruns mundiais que tratam do direito à cidade e propõem medidas capazes de concretizar este direito, em seus diversos aspectos, a exemplo da mobilidade urbana.

- 3.a. BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana. **Caderno de referência para elaboração de Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades**. Brasília, 2007.
- 3.b. BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana. **Caderno de Referência para Elaboração de Plano de Mobilidade Urbana: PlanMob – construindo a cidade sustentável**. Brasília, 2007.
4. BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana. Departamento de Mobilidade Urbana. **Política nacional de mobilidade urbana sustentável**, 6. Brasília: Gráfica Brasil, 2004.
5. BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). **ESTATUTO DA CIDADE (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
6. FÓRUM URBANO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 5., 2010, Rio de Janeiro. **Declaração pelo Direito à Cidade como Paradigma para a Existência de Cidades Democráticas, Justas, Sustentáveis e Humanas**. Rio de Janeiro: ONU, 2010. Disponível em: <http://www.fenae.org.br/portal/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=3DFEE6822964D76B01296535885A7C3D>> Acesso em: 14/03/2015.
7. FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda. Direito à Cidade Sustentável. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 17., 2008, Brasília. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Brasília: CONPEDI, 2008, p. 2311-2334.
8. HELM, Joanna. **Onde cabe um carro cabem 10 bicicletas/Londres - Inglaterra**. Brasil: ArchDaily Brasil, 8 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.archdaily.com.br/7653/onde-cabe-um-carro-cabem-10-bicicletas-londres-inglaterra>> Acessado 15 de Março 2015.
9. MARRARA, Thiago. Transporte público e desenvolvimento urbano: aspectos jurídicos da Política Nacional de Mobilidade. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 163-183, jul./dez. 2014.

10. NAÇÕES UNIDAS. **Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future**. Noruega: UN Documents: Gathering a Body of Global Agreements, 1987, p. 43. Disponível em: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>> Acesso em 20/03/2015.
11. PEREIRA, Denise. **O desafio da adesão social às novas redes cicloviárias – o papel da comunicação no projeto Ciclofaixa Campinas “Cidadania em Movimento”**. 2011. Trabalho apresentado no 18. Congresso Brasileiro de Transporte e Trânsito, Rio de Janeiro, 2011. Comunicação Técnica nº 42. P. 302-309.
12. RODRIGUES, J. M. **Metrópole em números: crescimento da frota de automóveis e motocicletas nas metrópoles brasileiras 2001/2011**. Brasília: Observatório das Metrópoles, 2012. Disponível em: http://observatoriodasmetrosoles.net/download/relatorio_automotos.pdf>
13. SANTOS, Carla Meneses; BARBOSA, Jessyka Mary Vasconcelos; CHENG, Luanna Aalexandra, WANDERLEY JÚNIOR, Rildo de S.; BARROS, Mauro Virgílio Gomes de. Atividade física no contexto dos deslocamentos: revisão sistemática dos estudos epidemiológicos realizados no Brasil. **Revista Brasileira de Atividade Física & Saúde**, Pelotas, v. 14, n. 1, 2009. Disponível em: <http://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/RBAFS/article/viewFile/749/757>>
14. SECRETARIA MUNICIPAL DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE SÃO PAULO. **CICLOVIAS – UTOPIA OU REALIDADE**. São Paulo: Aula São Paulo - Transporte Sustentável, n. 3, 2013. Disponível em: <http://www.aulasaopaulo.sp.gov.br/transportesustentavel3.htm>> Acesso em: 05 de março de 2015.
15. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

O princípio da cooperação: elemento que une o código de processo civil de 2015 à constituição federal de 1988.

Alexandre Moura Alves de Paula Filho¹

1. A constituição federal de 1988, o código de processo civil de 2015 e o formalismo constitucional democrático.

Quando da promulgação da Constituição Federal, vigorava em nosso ordenamento jurídico o Código de Processo Civil de 1973, legislação processual com traços predominantemente privatistas, uma vez que fundada na “Teoria do Processo como Relação Jurídica”, idealizada por Oskar von Bülow, que, trazendo ao processo fortes traços do direito obrigacional romano, defendeu ser o processo “formado por uma relação jurídica de direito público de subordinação entre autor e réu, sendo que ambos permanecem subordinados ao juiz, detendo o último proeminência endoprocessual” (CHAVES, VIANA, 2015, p. 296).

Logo, o diploma processual de 1973 resultou “na construção de um processo individualista, patrimonialista, dominado pelos valores da liberdade da segurança, pensado a partir da ideia de dano e vocacionado tão somente a prestação de uma tutela jurisdicional repressiva” (MITIDIERO, 2010, p. 191), o que trouxe à atividade

¹ Mestrando em direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado.

jurisdicional consequências indesejáveis sob o prisma constitucional.

Isso porque, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, observou-se na prática um modelo de juiz detentor de muita liberdade em diversos aspectos de sua atividade jurisdicional. Alicerçado na “ideologia do julgamento justo, o juiz tem liberdade para valorar provas e conduzir toda a instrução processual de modo a formar seu convencimento. Ressalta-se que esse convencimento do julgador normalmente materializa a concepção através da qual a decisão precisa ser justa, mesmo que seja necessário utilizar-se de critérios metajurídicos como referenciais para decidir” (COSTA, 2015, p. 213).

Como resposta a esse cenário, o Novo Código de Processo Civil, aprovado em 2015 e já em vigor, buscou um alinhamento às garantias fundamentais processuais da nossa *Lex Mater*. A adoção do modelo cooperativo (art. 6º, CPC) é o marco de um processo baseado no diálogo entre todos os sujeitos processuais, sem haver qualquer hierarquia entre eles. Assim, CPC em vigor buscou racionalizar o uso dos instrumentos debate no processo, regulamentando, sob o prisma constitucional, o contraditório, a vedação às decisões-surpresa, a isonomia, a boa-fé processual e a fundamentação das decisões judiciais.

Nesse sentido, o CPC/2015 inicia seu Livro I (Das Normas Processuais Cíveis) com a previsão das normas fundamentais processuais, em contrapartida ao anterior, que não continha regramento dessa natureza. Em muitos dispositivos, reforça-se direitos fundamentais já previstos na Constituição Federal, a exemplo da inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 3º), da duração razoável do processo (art. 4º), da isonomia material (art. 7º), da publicidade, proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (art. 8º) e do dever de fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade (art. 11).

Mas o legislador do CPC/15 não se restringiu a esse reforço das garantias fundamentais. Em outros dispositivos, nota-se a

providência pelo aperfeiçoamento de muitas normas. O contraditório e a ampla defesa, por exemplo, previstos na CF/88, são tratados nos arts. 9º e 10, revestidos pela vedação às decisões surpresa (ou dever de consulta), enquanto o dever de fundamentação das decisões ganha caráter analítico no art. 489, § 1º (com a expressa indicação do que não é uma decisão fundamentada à nulidade). Essas novas normas são instrumentos da adoção de um novo modelo processual, que visa a redistribuir as quotas de participação de todos os sujeitos do processo: o da cooperação intersubjetiva, previsto no art. 6º do novo Código, que dispõe que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Ao prever normas fundamentais processuais, o constituinte de 1988 propõe um formalismo ² constitucional democrático (ou valorativo), isto é, que todas as regras da legislação processual se coadunem com a efetividade das garantias fundamentais previstas na Lei Maior.

O Novo CPC não refuta o formalismo jurídico/clássico, mas procura adequá-lo aos valores constitucionais, como elucidam Esteves e Krell (2016, p. 18):

Se o formalismo clássico partiu da concepção de que é preciso estudar como o direito se estabelece nas decisões dos tribunais, não propriamente o seu resultado, o formalismo democrático do novo CPC acontece a partir de um contraditório mais efetivo, como garantia de influência, não surpresa, além de ter base na primazia do mérito, a função de julgar é a resposta que aproxima tanto quanto possível o aspecto formal ao material.

Considerando que a adoção do modelo cooperativo é uma aposta para a finalidade de garantir o formalismo constitucional

² O formalismo é a expressão do direito processual como ciência própria, independente do direito material. Entendem por formalismo GOMES NETO e NOGUEIRA: “o plexo de instrumentos e institutos que delimitam e ordenam as faculdades, deveres dos sujeitos processuais, a organização do processo e sua marcha para que este atinja seu fim” (2008, p. 330).

democrático, é de suma importância à comunidade científica estudar as bases e implicações inerentes a sua aplicação ao processo civil brasileiro.

2. As bases do modelo processual cooperativo e sua proximidade com as normas fundamentais processuais.

Desde antes do novo CPC, já caminhávamos gradativamente para um modelo mais próximo do cooperativo, como reação à insuficiência dos modelos *inquisitório* e *dispositivo*³, que se alternavam no CPC antigo. Conforme assevera Alexandre Góis de Victor:

No cenário do Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo, no que se refere à fase de produção de provas, costuma-se lhe creditar a *manifestação* de um modelo *inquisitorial*.

Ainda no âmbito do CPC, pode-se identificar, por outro lado, no que toca à instauração do processo, *predominantemente*, a marca do modelo *dispositivo* (ou adversarial), na medida em que, de regra, cabe à parte a iniciativa para que se dê a gênese processual. Seja como for, a par desses dois tradicionais modelos tem-se difundido no Brasil, mais recentemente, como decorrência dos princípios do devido processo legal, da boa-fé e do contraditório, a aplicação do chamado *princípio da cooperação processual*.

O Novo Código de Processo Civil adotou expressamente o modelo processual *cooperativo* em seu art. 6º. Trata-se de modelo participativo, no qual todos os sujeitos do processo devem dialogar na busca de justiça, efetividade e celeridade na resolução das questões levadas ao Judiciário.

³ O autor explica esses modelos, presentes, ora um, ora outro, no CPC de 1973, da seguinte maneira: “Na primeira hipótese (forma dispositiva ou adversarial), há de maneira mais acentuada a concorrência (maior participação das partes relativamente à marcha processual, ao passo que no segundo caso (modelo inquisitorial) é o magistrado, por sua vez, quem desponta como protagonista (tem maior participação) na condução do mesmo processo onde as partes figuram, d’outra banda, como coadjuvantes” (*ibidem*, p. 75)

No processo cooperativo ou colaborativo, “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo” (NUNES, 2008, p. 2015). Ou ainda:

O processo cooperativo envolve - antes de qualquer coisa - a necessidade de um novo dimensionamento de poderes no processo, o que implica necessidade de revisão da cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual. (MITIDIERO, 2015, p. 49).

Se o referido modelo processual não é uma ruptura de paradigmas no Brasil (pois o CPC anterior já o prestigiava com algumas normas), menos ainda o é no mundo. Várias legislações processuais já adotam esse modelo há bastante tempo.

Isso porque, o referido modelo está previsto em importantes legislações processuais europeias, tais como a ZPO alemã, em seu § 139, o CPC francês, em seu art. 16, e o CPC português em seus arts. 3º e 7º, este último, por sinal, com redação muito semelhante à do art. 6º do nosso CPC, veja-se: “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

Para uma melhor abordagem acerca da cooperação, colacionamos o ensinamento do professor português Miguel Teixeira de Sousa (2015, p. 1):

O dever de cooperação do tribunal (trata-se, na realidade, de um poder-dever ou de um dever funcional) destina-se a incrementar a eficiência do processo, a assegurar a igualdade de oportunidades das partes e a promover a descoberta da verdade. Este dever de colaboração do tribunal é uma “forma de expressão de um processo civil dialógico”, no qual o tribunal, não só dirige activamente o processo e providencia pelo seu andamento célere, como também dialoga com as partes e ainda participa da aquisição de matéria de facto e de direito para o proferimento da decisão.

A cooperação intersubjetiva é o modelo que visa a dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes. Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria (MITIDIERO, 2011, p. 48-50). O modelo de processo pautado pela colaboração visa a outorgar nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão (MITIDIERO, 2011, p. 81).

Mitidiero vai além. Ele não só reconhece o caráter de modelo processual à cooperação intersubjetiva. Para ele, trata-se, igualmente, de princípio (2015, p. 49):

A colaboração no processo é um princípio jurídico. Ela impõe um estado de coisas que tem de ser promovido. O fim da colaboração está em servir de elemento para organização de processo justo idôneo a alcançar, "em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva" (art. 6º).

Atente-se para o fato de a cooperação impor deveres a todos os sujeitos processuais, sem exceções ou hierarquias, como pormenoriza Lúcio Grassi de Gouveia (2009, p. 33):

Operada a reforma do processo de execução brasileiro, finalmente despertou a doutrina para a importância do princípio da cooperação intersubjetiva, em seus dois aspectos: (a) dever das partes de cooperarem com o juízo ou tribunal; (b) dever do juízo ou tribunal de cooperar com as partes.

Em relação ao primeiro, tem destacado a legislação pátria uma série de dispositivos legais que consideram ilícita a conduta da parte que age em desacordo com o princípio da boa-fé, tendo a

doutrina acentuado aspectos que dizem respeito à boa-fé objetiva e subjetiva, a litigância de má-fé e ao abuso do direito. [...]

No que diz respeito ao dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes temos destacado quatro espécies do gênero cooperação dos tribunais com as partes, que corresponderiam aos seguintes deveres essenciais: dever de esclarecimento dever de prevenção, dever de consulta e dever de auxílio.

Acerca desses deveres, Miguel Teixeira de Sousa recentemente adicionou mais um, o de inquisitorialidade. Sobre os cinco deveres, leciona o professor da Universidade de Lisboa (2015, p. 2-3):

Dever de *inquisitorialidade*: o tribunal tem o dever de utilizar os poderes inquisitórios que lhe são atribuídos pela lei [...].

Dever de *prevenção* ou de *advertência* (correspondente à *Hinweispflicht*); o tribunal tem o dever as partes sobre a falta de pressupostos processuais sanáveis [...] e sobre irregularidades ou insuficiências das suas peças ou alegações. [...]

Dever de *esclarecimento*; o tribunal tem o dever de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo [...], nomeadamente, porque os mesmos padecem de uma ambiguidade sintáctica ou semântica. [...]

Dever de *consulta* das partes; o tribunal tem o dever de consultar as partes sempre que pretenda conhecer (oficiosamente) de matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem [...], o que pode suceder quer quando o tribunal pretenda conhecer de matéria não alegada pelas partes ou considerada irrelevante por estas, quer quando o tribunal discorde de uma posição comum de ambas as partes; com o cumprimento deste dever procura-se obviar às chamadas “decisões-surpresa”. [...]

Dever de *auxílio* das partes, o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento dos seus ônus ou deveres processuais.

Trata-se de um aspecto novo e significativo do novo CPC, pois estamos diante de norma fundamental sem previsão expressa no

CPC revogado. Contudo há de se convir que a nossa lei processual já previa disposições típicas de um modelo cooperativo antes de 2015.

A doutrina já destacava normas que conduziam a uma colaboração ao tempo do código velho. No que tange ao dever de esclarecimento, os arts. 340, I, 342, CPC, que tratavam da oitiva das partes pelo juiz, para que forneçam esclarecimentos sobre matéria de fato ou direito; a previsão de poderes instrutórios e sua utilização de ofício, conforme os arts. 130, 131 e 339. Acerca do dever de prevenção, as normas dos arts. 282 e 283 que impunham a emenda da inicial para correção de defeitos ou irregularidades formais capazes de dificultar o julgamento de mérito. Sobre o dever de auxílio, lembremos dos arts. 355 e 360 do CPC velho, que permitiam ao juiz ordenar a exibição de documento ou coisa em poder da parte ou terceiros (GOUVEIA, 2009, p. 33-35).

Todavia, são notórias as inovações. A previsão do art. 10 do CPC/15⁴, que concretiza o dever de consulta ao vedar as chamadas “decisões surpresa”, que não contava com previsão no código de 1973 e a norma de fundamentação analítica das decisões judiciais, contida no art. 489, § 1º, do CPC/15, são os principais nortes para a efetivação da cooperação. A dialeticidade processual que se busca com esse modelo se perfaz no contraditório para as partes e na fundamentação da decisão judicial para o juiz/tribunal.

3. A boa-fé, o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais revistos sob a ótica do processo cooperativo como instrumentos para a concretização do formalismo constitucional democrático.

Objetivando democratizar o processo, o modelo cooperativo se utiliza de três importantes ferramentas, que visam à garantia da participação de todos os sujeitos processuais em direção à

⁴ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

composição legítima, justa e eficaz do litígio. São eles a boa-fé processual, o contraditório dinâmico e substancial e o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Em relação à boa-fé, falamos do dever de probidade ou lealdade processual, isto é, o de, ao exercer um direito processual, não utilizá-lo abusivamente, com a intenção de provocar prejuízo a outro sujeito processual. Quando é facultado a uma parte o contraditório acerca de uma prova colacionada pela parte adversa, não é lícito, por exemplo, que esta altere a verdade dos fatos.

Reparem: a boa-fé, assim como a cooperação, não propõe, necessariamente, a autocomposição. Como exposto no capítulo anterior, o consenso das partes não é o fim proposto pelo princípio da cooperação, como equivocadamente muitos juristas difundem. A doutrina que propõe o processo cooperativo tem consciência que na lide há uma pretensão resistida cuja única saída é, em muitos casos, a decisão de um terceiro. A cooperação, pois, diz muito mais a respeito da condução do processo a um término heterocompositivo do que autocompositivo.

A necessidade de reforço ao dever de boa-fé e de aplicação de sanções quando este é violado está no fato de o princípio da cooperação visar a aproximar as partes do juiz para uma construção participada da decisão final. Em outras palavras, com mais poder de influenciar a decisão judicial que antes (tendo em vista a maior abrangência dada ao contraditório), a boa-fé processual deve ser observada com mais rigor, pois viciada a decisão final pela quebra da probidade, estará absolutamente nula, e o fim a que se destina o processo não será atingido.

Nesse sentido, Nery Jr., Nery (2015, p. 207):

O parecer final do relator do projeto de lei que tratava do Novo CPC indica que este CPC 5º. tem o mesmo propósito do CPC 6º., qual seja o de consagrar o princípio da cooperação, que deve nortear não só as partes litigantes, mas também os operadores do direito e auxiliares da justiça que participam do processo.

Vejam que ao dever de lealdade não estão vinculadas apenas as partes, mas todos os sujeitos processuais, inclusive aqueles que atuam no Poder Judiciário, como os juízes e auxiliares da justiça.

O art. 77 do CPC arrola uma série condutas que as partes e seus procuradores devem observar para litigar com probidade, rol que é meramente exemplificativo, pois a conduta leal não se esgota naqueles seis incisos. Ainda vale mencionar os arts. 80 e 81 que preveem as sanções processuais por litigância de má-fé e o art. 774 que trata das atitudes atentatórias à dignidade da justiça.

Outro importante instrumento da cooperação é o contraditório. O CPC procurou prevê-lo de uma maneira diferente do código anterior. Fez isso explicitando-o para além de seu aspecto *formal* – o simples direito positivado na legislação processual de falar e produzir provas no processo – mas, principalmente, do ponto de vista *material*, que consolida o “poder de influência dos destinatários da decisão judicial. Apresenta-se como o poder de influência e controle na construção do conteúdo da decisão judicial” (AZEVEDO, 2016, p. 27).

Além da faceta *substancial/material* (poder de influência na decisão), o contraditório ganha um caráter *dinâmico* (deve ser observado sempre que algo novo e possível de influenciar a decisão surge na lide) com os arts. 9º e 10 do CPC/15, que concretizam o que vem se chamando de “princípio da vedação às decisões-surpresa”, mas que, como demonstramos ao longo do capítulo anterior, já era há muito conhecido pelo nome de “dever de consulta”.

Por fim, ainda vale destaque outro instrumento do modelo cooperativo: a fundamentação das decisões judiciais. Isso porque de nada adianta possibilitar às partes influenciar e fiscalizar a decisão judicial através do contraditório, se não há a previsão de que o juiz deverá decidir conforme os elementos trazidos aos autos, de maneira clara, dando correta aplicação aos fundamentos legais e aos precedentes utilizados.

Nessa senda, não basta ao julgador justificar a razão acolhida em sua decisão. Fundamentar consiste, na verdade, em examinar

todas as questões, teses e provas constantes no processo, escolher racionalmente aquela (s) que deve (m) prosperar, e motivar a escolha. Ao realizar este último ofício, não pode o julgador se ater somente à fundamentação da razão que acolheu, mas também, e não menos importante, motivar o não acolhimento de todos os demais argumentos suscitados e provas produzidas pelas partes.

Ademais, ressaltam Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 323):

Necessário o cuidado de indicar por que a norma jurídica incide no caso concreto, expondo *se e de que modo* está preenchida a hipótese de incidência descrita no texto ou, em se tratando de princípio jurídico, explicando *se e de que modo* a finalidade buscada deve ser concretizada no caso concreto.

Em vista disso, o CPC/15 regulamentou o exercício da fundamentação pelo juiz, em seu art. 489, § 1º, onde dispõe, em seis incisos, hipóteses em que a decisão não será considerada fundamentada. *In verbis*:

§ 10 Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Notem que a referida norma se coaduna com as garantias processuais previstas na Constituição, vez que a fundamentação, nesses termos, reclama efetivo exercício do contraditório, o que acarreta maior controle da atividade jurisdicional pelas partes, mas não só por elas.

Didier Jr., Braga e Oliveira alertam para a dupla função da motivação das decisões: a *endoprocessual*, que consiste no controle da atividade jurisdicional pelas partes, por meio do manejo de recursos, e a *exoprocessual* ou *extraprocessual*, exercida pelo povo, detentor da soberania conferida pela Constituição, à qual se submete o juiz. Asseveram, com isso, os autores:

“Perceber essa dupla função da motivação é fundamental. Assim, será mais fácil compreender porque a decisão judicial é um *duplo discurso*; um discurso para a solução do caso, dirigido às partes, e um discurso para a formação do precedente, dirigido à coletividade” (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA 2015, p. 315).

É de se concluir que há uma estreita ligação entre o contraditório e o dever de fundamentação das decisões judiciais, uma vez que ao passo que o conteúdo da decisão judicial, exposto na fundamentação, é fixado pelo exercício do contraditório ao longo da marcha processual.

Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual. (FIORATTO; BRÊTAS, 2010, p. 132).

Por tudo o que demonstramos, a cooperação, que se revela não só como princípio, mas como modelo de processo, conta com ferramentas aptas a dar ao processo uma feição mais próxima daquela pensada pelo constituinte, com um ambiente de diálogo democratizado, onde as partes não serão surpreendidas em uma

decisão judicial que não verse sobre matéria não mencionada no processo, ao passo que se tenha noção de que a lide, em que pese às controvérsias a ela inerentes, não deve ser conduzida uma guerra, mas que há deveres a serem observados.

4. Conclusões.

Neste trabalho, mostramos as bases do princípio e modelo da cooperação, expressamente adotados pelo CPC/2015 em seu art. 6º. Não nos resta dúvida de que essa opção do legislador trata-se de uma resposta ao que se vinha observando na condução dos processos distanciada de muitos dos propósitos do constituinte de 1988.

Como modelo que visa a distribuição de cotas de participação no processo, vinculando a atividade jurisdicional e os jurisdicionados a observação de deveres (prevenção, esclarecimento, auxílio, consulta e inquisitorialidade), a fim de que se chegue a uma decisão justa, efetiva, legítima e em tempo razoável.

Para isso, mostramos que o processo cooperativo reclama a observação das normas fundamentais, em especial a boa-fé processual, o contraditório e a fundamentação das decisões. Se não forem observados as normas a eles atinentes, o litígio judicial estará fadado a contradizer garantias fundamentais que fomentam o Estado Democrático de Direito.

Referências.

AZEVEDO, Nathalia Guedes. A fundamentação das decisões judiciais à luz dos princípios constitucionais e do novo diploma processual civil. In: **Processo, jurisdição e efetividade da Justiça I**. Anais do XXV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 23-38.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; FIORATTO, Débora Carvalho. A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões no Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**. V. 01, 2010.

CHAVES, Jéssica Galvão, VIANA, Antonio Aurelio De Souza. A decisão judicial no Novo Código de Processo Civil. In: **Processo, jurisdição e efetividade da Justiça I**. Anais do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 291-313.

COSTA, Fabrício Veiga. Imparcialidade do juízo x a consciência do julgador no ato de decidir: um estudo crítico da processualidade democrática e do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil. In: **Processo, jurisdição e efetividade da Justiça I**. Anais do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 200-225.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisões, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed., Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

ESTEVES, Alan da Silva, KRELL, Andreas. A função de julgar no novo Código de Processo Civil: as interações entre o formalismo jurídico e o formalismo democrático. In: **Processo, jurisdição e efetividade da Justiça I**. Anais do XXV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 5-22.

GOMES NETO, José Mário Wanderley, NOGUEIRA, Felipe Santana Mariz. O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil. **Revista de Processo - Repro**, 2008, v. 160, p. 326-349.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo - Repro**, v. 172, jun/2009, p. 32-53.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro. **Revista do Advogado - O Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: AASP, 2015, n. 126, p. 47-52.

_____. **Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O Processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo: RePro**, n. 183., maio/2010, p. 165-194.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Omissão do dever de cooperação do Tribunal: que consequências?** Publicação autoral no Academia.edu, 2015. Disponível em
<https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%Aancias_01.2015_>, acesso em 13/11/2017.

VICTOR, Alexandre José Lima Gois de. **As cláusulas gerais no sistema processual brasileiro e a efetividade da decisão judicial: uma análise sobre a aplicabilidade do § 5º do art. 461 do CPC**. 2012. 153 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife. 2012. Disponível em
<http://www.unicap.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=837>. Acesso em 19 de março de 2017.

Supremo tribunal federal entre autonomia política e direitos fundamentais: o caso da liberação de verbas do fundo penitenciário

Anne Cristine Silva Cabral¹

André Felipe de Lima Costa²

Lysllem Hellem de Oliveira Pessoa de Sá³

1 Introdução

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade, julgada em 09 de setembro de 2015, teve por objeto sanear a omissão do poder público, leia-se poder executivo, legislativo e judiciário, no que diz respeito à proteção do princípio da dignidade da pessoa humana para a população carcerária. Para tanto, o fez inaugurando nova sistemática jurisprudencial no país, importa-se da Corte Constitucional Colombiana o instituto do “Estado de Coisas Inconstitucional” que impõe solução jurídica da

¹ Advogada. Professora Universitária. Doutoranda em Direito – UFPE. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/PE.

² Advogado. Professor Universitário. Especialista em Direito Constitucional e Direito Eleitoral. Mestrando em Ciências Jurídicas Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

³ Advogada. Professora Universitária. Especialista em Direito Civil e Processual Civil.

inconstitucionalidade a partir de uma ampliação das competências, do raio de atuação do Poder Judiciário.

O presente artigo se dispõe a analisar a parcela do Acórdão da ADPF 347 que versa sobre a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e a proibição da realização de novos contingenciamentos sobre o fundo, para tanto alicerça-se na discussão constitucional financeira, na discussão sobre o princípio da separação de poderes e sobre a ampliação do espaço do Poder Judiciário à luz do que se denomina de Ativismo Judicial.

2 A decisão judicial analisada

O Voto do Ministro Relator Marco Aurélio, acompanhado à unanimidade por seus pares⁴, sobre o pedido descontingenciamento das verbas do FUNPEN e proibição de novos contingenciamentos, em sede de cautelar, é apresentada da seguinte maneira:

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações.

[...]

O último pedido diz respeito a escolha orçamentária da União e volta-se à imediata liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e à proibição de a União realizar novos contingenciamentos. O Fundo foi criado pela Lei Complementar nº 79, de 1994, sendo destinado, segundo a cabeça do artigo 1º, a

⁴ Importante ressaltar que fora aberta divergência menor pelo Ministro Edson Fachin no sentido de conceder à União o prazo de 60 dias para se adequar à decisão judicial, divergência essa acompanhada pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber, porém vencidos pela integralidade do voto do relator.

“proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro”. A gestão desses recursos cabe ao Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

Narra-se que esses valores têm sido, desde a criação do Fundo, **muito mal aplicados**. Relatórios do próprio Departamento dão conta de que a maior parte é contingenciada ou, simplesmente, não utilizada. Para

o ano de 2013, por exemplo, a dotação foi de R\$ 384,2 milhões, tendo sido empenhados R\$ 333,4 milhões. Todavia, apenas R\$ 73,6 milhões foram usados: R\$ 40,7 milhões do orçamento do ano e R\$ 32,8 milhões de restos a pagar. Isso significa que mais de 80% dos valores deixaram de ser utilizados. De acordo com a organização Contas Abertas, o saldo contábil do Fundo, no ano de 2013, chegou a R\$ 1,8 bilhão. Segundo o requerente, ao fim de 2014, o saldo já era de R\$ 2,2 bilhões.

A violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores ao efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais. Essa prática explica parte do fracasso das políticas públicas existentes. (...)

Os valores não utilizados deixam de custear não somente reformas dos presídios ou a construção de novos, mas também projetos de ressocialização que, inclusive, poderiam reduzir o tempo no cárcere. No mais, é de todo duvidosa a possibilidade de limitar despesas dessa

natureza ante o disposto no § 2º do artigo 9º da Lei Complementar nº 101, de 2000:

Art. 9º. Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.
[...]

§ 2º. Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

A cabeça do dispositivo trata da situação em que o Governo deixa de executar, parcialmente, o orçamento, vindo a contingenciar os valores ordenados a despesas, ao passo que, no § 2º, consta exceção consideradas obrigações decorrentes de comandos legais e constitucionais. **Tratando o Funpen de recursos com destinação legal específica, é inafastável a circunstância de não poderem ser utilizados para satisfazer exigências de contingenciamento: atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos** (artigo 5º, inciso III, alínea “b”, da Lei Complementar nº 101, de 2000). (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016, p. 7-23) (grifo nosso)

3 A problemática jurídica

A decisão judicial da ADPF 347, sem dúvida, situa um novo marco teórico-jurisprudencial, pois quando reconhece o “Estado de Coisas Inconstitucional”, a fim de suprir a omissão do Poder Público o referido julgado supera o debate doutrinário e jurisprudencial de que sob o paradigma da constituição dirigente cabe ao Poder Judiciário o controle jurisdicional de políticas públicas, posto que avança no sentido de caber não somente o controle jurisdicional de políticas públicas à luz da Carta Magna, mas também a coordenação dos esforços de implementação da política pública.

O busilis da questão, por sua vez, apresenta duas faces: i) a escolha pública orçamentária, as chamadas “escolhas trágicas”⁵, típica escolha política consorciada entre competências de Poder

⁵ Referência à elaboração teórica de Guido Calabresi e Philip Bobbit na obra *Tragic Choices* que, em suma, numa abordagem superficial, pode ser entendida como multiplicidade crescente de obrigações de entregar política pública *versus* finitude de recursos levam a escolhas administrativas trágicas no Estado Social.

Executivo e Poder Legislativo, passam a ser judicializadas e, portanto, tornam-se função também do Poder Judiciário, apesar deste não ter a visão geral das prioridades político-orçamentárias; ii) a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” leva necessariamente à aceitação de uma hipertrofia do Poder Judiciário, o que Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015) denomina de “ativismo judicial estrutural dialógico”, portanto, legítimo à sua opinião.

4 O âmbito do direito financeiro

A se considerar que a estruturação do orçamento, assim como a repartição de competências é norma materialmente constitucional o âmbito de análise deste artigo somente pode se erigir sobre uma teoria da constituição financeira (TORRES, 2014). Assim, não se enxerga as obrigações legais típicas do direito financeiro como fim em si mesmo, mas sim como um âmbito constitucional necessário à concretização dos princípios que norteiam a ordem constitucional vigente, quais sejam o princípio democrático e a dignidade da pessoa humana.

Propugnar por uma teoria da decisão política aplicada ao direito financeiro não equivale a romper com a juridicidade ou abrir espaços para subjetivismos. A racionalização jurídica propiciada pela constitucionalidade da política vê-se legitimada pela democracia, que passa, com o Estado Democrático de Direito, a assumir prevalência axiológica em todos os procedimentos formais da atuação do Estado. (TORRES, 2014, p. 118-119).

A parcela da decisão judicial ora analisada não traz apenas uma virada teórica-jurisprudencial no âmbito do ativismo judicial, traz também uma virada no âmbito do direito financeiro.

Em apertada síntese, na ADPF 347, o Poder Judiciário decide sobre verbas que compõem o orçamento do Poder Executivo, assumindo para si a competência constitucional de administrar,

retirando do Poder Executivo a decisão sobre a “direção superior da Administração Federal”, conforme impõe o art. 84, II, da Constituição da República Federativa do Brasil. Ora, não há decisão mais característica do ato de administrar do que na falta de recurso escolher a prioridade do gasto! E a partir da ADPF 347 têm-se que essa competência pode ser exercida pelo Supremo, nos exatos termos do voto do Ministro Marco Aurélio já supramencionado: “Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias”!

Mister se faz compreender o que vem a ser contingenciamento e fundo.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, LCP 101/00, em seu art. 9º introduz no ordenamento jurídico o instituto da limitação de empenho, mais conhecida como contingenciamento. O contingenciamento pode ser entendido medida para se lidar com a frustração da receita esperada, assim: A despesa está autorizada na LOA e tem uma previsão de receitas, caso a receita não se efetive, cada poder pode realizar a suspensão das despesas previstas para aquelas receitas que nunca adentraram aos cofres públicos. Note-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal somente permite o contingenciamento nos casos de frustração da receita e ao final de bimestre.

De outra banda, a parte final do inciso II do parágrafo 9º do artigo 165 da Constituição Federal exige Lei Complementar para estabelecer de instituição e funcionamento de fundos públicos. A Lei 4.320/64 em seu art. 71 define fundo como “o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”. Por sua vez, Régis Fernandes de Oliveira (2015, p. 479) esclarece: “os fundos são admitidos no corpo da Constituição e destinam-se ao atendimento de determinados valores, igualmente encampados no ordenamento e, como tal, estão acima de outros, também importantes, mas dogmaticamente não tão favorecidos”. Em outras palavras, os fundos são artifícios legais para reservar

receitas ao atendimento de fins estatais escolhidos como permanente prioritários.

Nesse cenário a ADPF 347 rompe com a interpretação jurídica até então esposada em matéria orçamentárias exatamente nos seguintes termos: i) traz ao poder judiciário a competência para administrar verbas de outro poder a *contrario sensu* da decisão da ADIN 2.238-5; ii) altera o entendimento jurisprudencial sobre lei orçamentária ser lei meramente autorizativa; iii) altera o entendimento até então praticado no âmbito da gestão pública sobre quais as despesas que estão protegidas do contingenciamento; iv) altera interpretação sobre o cumprimento das metas fiscais.

No que diz respeito ao princípio da separação de poderes e contingenciamento, o §3º do artigo 9º da Lei Responsabilidade Fiscal, determinava que nos casos dos Poderes Legislativo, Judiciário e Ministério Público não promoverem a limitação de empenho diante da frustração de receitas, no prazo de trinta dias do final do bimestre, o Poder Executivo estaria autorizado a realizar a limitação de empenho. Contudo, no julgamento da ADIN 2.238-5, que discutiu a constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal, o Supremo entendeu inconstitucional o referido dispositivo por afrontar o princípio da separação de poderes e principalmente a autonomia dos poderes, consagrados no art. 2º da Carta Magna e pilar do próprio Estado de Direito. Assim, o contingenciamento pode ser feito por cada poder no âmbito de sua competência de administrar as receitas e despesas determinadas em Lei Orçamentária Anual, não pode o Poder Executivo invadir a autonomia dos demais poderes contingenciando despesas destes.

Por sua vez, a parcela do acórdão ora analisado traz interpretação jurídica justamente inversa, consolidando precedentes para se entender que há afronta ao princípio da separação dos poderes e à autonomia dos poderes quando o Poder Executivo detinha a competência legal para excepcionalmente contingenciar verbas administradas por outros poderes; por outro lado, não há afronta ao princípio da separação de poderes e à

autonomia dos poderes (que sequer fora analisada no âmbito desta ADPF) quando o Poder Judiciário decide com força vinculante pelo descontingenciamento de uma verba específica dentro do âmbito de administração do Poder Executivo!

De outra sorte, quando o Supremo avoca para si a escolha orçamentária no plano da execução de despesas, de certo entende que receitas previstas em Lei Orçamentária para o FUNPEN se entrarem, não estão disponíveis à liberdade discricionária do Poder Executivo na execução das despesas.

Com isso, altera o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário das leis orçamentárias serem meras leis em sentido formal, leis que não geram o direito subjetivo à execução das despesas ali previstas. Reforça o entendimento pontual dado pelo Supremo quando no voto do Ministro Luiz Fux em sede da ADI 4663 de que há uma vinculação mínima da Lei Orçamentária devendo haver uma justificativa no plano da razoabilidade do porquê do Poder Executivo escolher não executar uma despesa. O que se coaduna com o entendimento doutrinário minoritário (LEITE, 2015, p. 60-63) de que despesas autorizadas por lei, devem ser executadas, somente sendo possível que o Poder Executivo não a realize no caso de frustração da receita prevista.

No caso do FUNPEN, à luz do acórdão em tela, nem a frustração da receita teria o condão de impedir a execução das despesas previstas para o FUNPEN, pois o julgado impõe o entendimento doutrinário sobre §2º do artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, de que as despesas obrigatórias, tanto por força de constituição, quanto por força de lei estariam protegidos contra contingenciamento (OLIVEIRA, 2015, p. 500-501), o que impacta em mudança na prática da gestão pública que somente entende como protegidas do contingenciamento as despesas obrigatórias constitucionais, as que a LDO venha a proteger e os serviços da dívida.

É certo que esse entendimento gera a expectativa social de que todos os fundos de destinação sejam entendidos protegidos do

contingenciamento, pois todos são criados por lei além da destinação ser sempre destinada a realizar o Estado Social.

A pergunta inevitável é: ante a escassez de recursos e excesso de obrigações legais como o Poder Judiciário fará para proteger todas as despesas obrigatórias que se destinam a suprir situações de inconstitucionalidade real e assim concretizar o Estado Social brasileiro?

Parece que a resposta aparece no Acórdão da ADPF 347. O Poder Judiciário passa, em razão da superação do “Estado de Coisas Inconstitucional” a ser o ente central na implementação da política pública e passa a entender inconstitucional o contingenciamento de despesas públicas que efetivam o mínimo existencial para garantir o cumprimento de Meta Fiscal.

Por sua vez, a proteção da Meta Fiscal para garantir o cumprimento das despesas para com o serviço da dívida aparece como imposição da própria carta constitucional, pois o artigo 166, §3º, II, b/CF protege contra emenda parlamentar as dotações orçamentárias previstas para o pagamento dos serviços da dívida. Ainda, a Lei de Responsabilidade Fiscal em seu §2º do artigo 9º protege contra contingenciamento as receitas destinadas ao serviço da dívida.

Parece, contudo, que conforme voto vencedor do Ministro Marco Aurélio, supramencionado, a contradição trazida para o bojo da escolha administrativa orçamentária entre o montante de recursos destinados efetivamente, no plano da execução, à meta fiscal e o montante destinado às despesas que se destinam a entregar direitos fundamentais, impõe ao administrador o sopesamento ante a eventual escassez de recursos sob mesma fonte, o sopesamento em favor dos direitos fundamentais e em desfavor da alocação dos recursos para cumprir com objetivos da meta fiscal, o que em grande medida é gasto com a rolagem dos juros da dívida.

Desta feita, a partir de uma conta simples para ilustrar, as receitas vinculadas ao pagamento de serviço da dívida não podem ser contingenciadas, por outro lado as receitas vinculadas ao

financiamento da concretização do direito à moradia poderiam, considerando então que o Supremo entende inconstitucional escolher não executar recursos destinados ao mínimo existencial para garantir o cumprimento da Meta Fiscal, há de se esperar que o Supremo altere seu entendimento em relação ao §2º do artigo 9º da LRF a fim de declará-lo parcialmente inconstitucional.

O acórdão em tela traz entendimentos inovadores para o plano do direito financeiro, deixando, contudo, a preocupação no que diz respeito à não limitação das competências práticas do Poder Judiciário.

5 Separação de poderes

A teoria da separação dos poderes é um caso clássico do Estado Moderno. No entanto, as necessidades da atualidade, revisaram a viga mestra da separação de poderes entronizada por Montesquieu, não descaracterizando o seu insumo principal, mas criando diálogo com a indispensabilidade premente dos dias atuais.

Dessa forma, o que se busca dentro do que se propõe a linha clássica da separação de poderes, é conectar a teoria as necessidades do controle judicante constitucional brasileiro, ou seja, respeitar a independência dos Poderes, mas não fazer dessa premissa uma espécie de autismo em que o Legislativo, o Judiciário e o Executivo se cerquem entre muros e deixem de compreender as necessidades de diálogo que a administração do Estado moderno impõe.

Ademais, com as crises debeladas pelo estado liberal em seu formato mais selvagem, percebeu-se a necessidade do Estado atuar como indutor das molas estratégicas do efetivo regramento e funcionamento da sociedade, leia-se economia e direitos fundamentais, como saúde e educação, e foi exatamente dessa necessidade que se originou o Estado Social. Bruce Ackerman (2010, p. 15), já por observar essas necessidades, sugere um novo pacto de separação de poderes, pois a visão clássica dessa teoria, não teria

considerado a burocracia estatal com a relevância que lhe deveria ser prestada.

As controvérsias que o tema expõe podem ser sentidas nas avaliações dissecantes de Jeremy Waldron (2013, p. 433-438). Para ele, antes de qualquer definição do conceito, é necessário distinguir questões implícitas a separação de poderes pouco dirimidas, apesar da importância, que são: a divisão dos poderes com o intuito de se evitar a concentração de poderes em um único braço do poder; e os freios e contrapesos que devem servir como uma balança compensatória de um poder sobre outro, visando a evitar uma sobreposição.

A teoria da separação dos poderes, como se pode perceber, passa longe de ser tão somente um órgão vestigial, ainda se constitui num pensamento importante, embora as ressalvas históricas demonstrem que a dinâmica do Estado atual comporte uma nova concepção de relação entre os Poderes. André Ramos Tavares (1999, p. 70-71) aduz que a teoria tripartite, em nova roupagem, impõe uma nova lógica de distribuição de funções por diversos órgãos, ou seja, é fiadora de uma visão mais integralista e não exclusivista, trabalhando em uníssona premissa de manter as garantias individuais e direitos fundamentais, alardeados na Constituição.

Os muros não podem ser levantados entre os Poderes é certo, no entanto, as diferenças nos trabalhos de fomentação legislativa e na apuração e julgamento dos cumprimentos das leis, em benefício do próprio Estado, deve ser sempre uma composição heterogênea, não podem se misturar como um único produto. Esse tem sido o principal desafio das dificuldades das possíveis invasões de determinadas competências e que o presente artigo tem o dote de destrinchá-lo.

Conforme visto na seção anterior sobre a matéria orçamentária a parcela do acórdão ora em análise reposiciona a escolha sobre a execução orçamentária do Poder Executivo para o Poder Judiciário. Tal situação leva ao debate acadêmico sobre o ativismo judicial não versar mais sobre a avocação de competências para legislar, mas também de competências de administrar.

6 Ativismo judicial

No Brasil, a competência para interpretar e aplicar a Constituição deve – se aos órgãos jurisdicionais, leia – se o Poder Judiciário. O controle de constitucionalidade pátrio é contemplado pela modalidade difusa e concentrada, pode ser efetivada por todos os juízes e tribunais, bem como, obviamente pelo Supremo Tribunal Federal que guarnece no topo da árvore genealógica jurídica nacional. O interessante e contraditório impera no fato de que residir no Poder Judiciário a única titularidade na guarda em riste pela Constituição, por representantes do Estado não eleitos, no caso, os juízes, é passível de gerar um ambiente de constrangimento com os ditames democráticos.

Assim, se perpetua uma situação que não chega a ser de conflito, mas que se reveste de uma certa tensão entre as instituições conviventes da democracia. Ora, respaldar um Poder que carrega um verniz de suposta neutralidade, dotado de conhecimentos técnicos jurídicos e da prerrogativa de decidir, sem passar pelo crivo das urnas, o colocam numa situação protagônica, em detrimento, por exemplo, dos que foram sufragados pelas urnas para a devida representação nos espaços que os poderes democráticos reservam. É o que se tem quando se está diante de um ativismo judicial contramajoritário.

A princípio o ativismo judicial praticado no bojo da ADPF 347 parece ser contramajoritário, apesar de substancialmente a decisão se dignar a efetivar direitos fundamentais, pilar necessário do sistema democrático. Contudo, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015) entende se tratar de um “ativismo judicial estrutural dialógico”.

Tal realidade autorizaria uma ‘intervenção estrutural’ do Poder Judiciário, máxime de cortes constitucionais, sobre políticas públicas e alocação de recursos econômicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses

políticos que implicam, além do estado constitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial (CAMPOS, 2015, p. 22).

Nesse ínterim, a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional”⁶ parece configurar a *ratio decidendi* de toda a natureza do acórdão ora analisado, em outras palavras é a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” que legitima, no entendimento de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ou simplesmente motiva uma decisão judicial que coloca o Poder Judiciário no centro de implementação de políticas públicas visando a superação fática do estado de inconstitucionalidades estruturais no mundo do ser.

Roberto Basilone Leite (2014, 148-149) entende que o Poder Judiciário é carimbado apenas por um fator simbólico e de retórica, pois o magistrado pátrio carece de uma legitimidade política que o abone a se colocar como porta voz dos anseios populares (WALDRON, 2010, p. 109). Até porque seu próprio ingresso no ambiente, se dá por uma seleção de conhecimento técnico -jurídico, e no caso dos tribunais as indicações respiram pelos mesmos ares. Ademais, a própria formação jurídica no Brasil, carrega um perfil autoritário e mancomunado com os interesses das classes dominantes, o que impõe a dificuldade de se ter a diversidade da sociedade brasileira presente no Poder Judiciário, somente para ilustrar o último censo do poder judiciário (CNJ, 2013, p. 39) apresenta um percentual de magistrados, conforme ano de ingresso, de 80,9% de brancos ante a 19,1% de negros e 0% de indígenas para os anos de 2012-2013.

⁶ Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015) esclarece que a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” se dá na excepcionalidade a fim de retomar o sistema constitucional, para tanto são necessários que estejam presentes os seguintes pressupostos: omissões estatais estruturais, em regra, tanto do Poder Legislativo, quanto dos Poderes Executivo e Judiciário, e um quadro de violações massivas ao sistema constitucional de direitos fundamentais.

A democracia para se impor como força viável e cada vez mais unânime como regime de governabilidade, não poderia aceitar o argumento movediço de que o convencimento da maioria é prevalente diante dos pensamentos minoritários, ou seja, o ambiente democrático tem como premissa básica espantar a intolerância e o papel do Poder Judiciário, nesse sentido, será exatamente o de guardião máximo dessas proteções legais determinadas pelo legislativo.

Ademais, em países de democracias frágeis ou de baixa intensidade, a pouca funcionabilidade do sistema político, abre uma via expressa para o Poder Judiciário, por intermédio do instrumento do controle de constitucionalidade, se apropriar desses espaços mau ocupados ou até mesmo vagos e se impor na busca de Estado garantista do que a constituição emana. O problema aparece exatamente até em que medida esse empoderamento do Judiciário seria benéfico para o equilíbrio da separação de poderes e para o próprio regime democrático. Essa problemática é um tema de corpo vivo e real em países como o Brasil.

No âmbito da decisão em espécie, se por um lado a decisão judicial *in totum* traz momentaneamente mais democracia, pois se digna a concretizar direitos fundamentais da população carcerária, minorias, o que numa análise substancial se efetiva a dignidade da pessoa humana efetiva a democracia; por outro lado, a parcela da decisão judicial ora analisada traz dois problemas fundamentais no âmbito da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário e a legitimidade democrática para tal.

Nesse ínterim, a preocupação é que a atual hipertrofia do Poder Judiciário, ou Juristocracia, traz uma situação diametralmente inversa ao próprio fundamento do Estado de Direito. Ora, o Estado de Direito é o Estado do poder limitado, devendo constar essas limitações na Carta Constitucional a fim de se garantir em longo prazo o funcionamento do próprio sistema democrático.

Assim, quando o Poder Judiciário à luz de uma *ratio decidendi* de superação da inconstitucionalidade de fato e estrutural rompe

com as limitações estabelecidas na própria constituição ao seu Poder, se avizinha um perigo à própria democracia, posto que nem mais a letra expressa da constituição detém o condão de impor limites ao poder do Poder Judiciário. Ademais, num país de tamanhas desigualdades como o Brasil, não é difícil se vislumbrar outras situações em que seja necessário declarar o “Estado de Coisas Inconstitucional” e, por conseguinte, a possibilidade de se naturalizar o Poder Judiciário como poder ilimitado.

Não obstante, carece o Poder Judiciário de legitimidade democrática para administrar.

Numa assepsia procedimental habermasiana a legitimidade democrática das decisões judiciais repousa, não apenas no conteúdo material das decisões, mas sim no cumprimento de um procedimento de limitação do espaço do intérprete magistrado o impondo a dialogar com outros intérpretes da Constituição e uma racionalidade conexa das decisões judiciais.

(...) Nesse passo, é importante que se diga: o procedimentalismo de Jürgen Habermas filia-se a essa situação, ou seja, ele critica veementemente a postura do Poder Judiciário em países que estão em desenvolvimento, onde os Juízes e Tribunais exercem o ativismo judicial nos seus misteres, localizando o Poder Judiciário na ponta do ordenamento jurídico para assegurar todos os direitos fundamentais do cidadão, sem nenhum critério lógico e razoável nas suas decisões judiciais, **principalmente quando ultrapassa a competência gizada na Carta de Outubro.**

[...]

(...) Essa problemática é vista por Habermas como superável através de alguns mecanismos, que seriam: uma ampliação dos intérpretes da Constituição, racionalidade nas decisões: menor subjetividade do juiz no caso concreto, uma maior participação das partes no litígio e a Magistratura seguir procedimentos pré-estabelecidos para garantir o devido processo legal adjetivo ou procedimental (JÚNIOR, 2009, p. 75-76).

Em que pese a parcela a decisão judicial cumprir com o procedimento aparentemente conexo entre *ratio decidendi* e

decisão, somente entende-se ser possível que a legitimidade da decisão judicial repouse no procedimento quando tratar-se de decisão judicial dentro do âmbito de competências constitucionais do Poder Judiciário, quando o mesmo toma a decisão judicial de administrar e/ou legislar carece de legitimidade democrática para tal, pois não tem a legitimidade para pelo procedimento ser um *player* do jogo político nacional, sem o crivo das urnas e do debate político democrático.

Acresce-se, ainda, que está incutido na decisão judicial ora analisada não somente que sem o protagonismo do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas não há superação do “Estado de Coisas Inconstitucional”, mas também que o Poder Judiciário, aquela que não tem a marca da legitimidade política, toma melhores decisões políticas. Observe a passagem que fala “narra-se que esses valores têm sido, desde a criação do Fundo, muito mal aplicados”, é possível traduzir em outras palavras que o Poder Executivo aplica mal os recursos do FUNPEN e que se o fundo fosse administrado pelo Poder Judiciário os recursos seriam bem aplicados, ainda que a decisão final sobre o bom ou mau gestor de políticas públicas não repousaria na decisão democrática periódica dos eleitores, mas sim na decisão judicial que vincula todo o aparato estatal à decisão política perfeita.

Tal situação somente demonstra a dimensão da preocupação com a não limitação prática do poder conferido ao Poder Judiciário na atualidade.

7 Conclusão

Conclui-se, portanto, que o ativismo judicial presente no Acórdão da ADPF 347 avança na função de administrar típica do Poder Executivo, o que inclui a escolha orçamentária no plano da execução de despesas. Por outro lado, o conteúdo da referida decisão judicial aproxima-se mais da concretização do próprio sistema democrático, pois visa obstar a situação de indignidade humana da

população carcerária, contudo, ao mesmo tempo alicerça uma hipertrofia do Poder Judiciário que sistematicamente pode ser danosa à própria democracia.

Referências

ACKERMAN, Bruce. **Adeus, Montesquieu. Publicado em inglês com o título de “Good – Bye, Montesquieu”, originalmente na Comparative Administrative Law**, 2010. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, p.15.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Separação de poderes, Maioria Democrática e Legitimidade do Controle de Constitucionalidade**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro , v.53, 2000.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Censo do Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/dpi/CensoJudiciario.final.pdf>>. Acesso em 25.02.2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na ADPF 347**. Relator: Marco Aurélio. Publicado no DJe de 19.02.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 22.09.2017.

_____. **Acórdão na ADI 4663**. Relator: Luiz Fux. Publicado no DJe de 16.12.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7489933>>. Acesso em 18. 02. 2018.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic Choices**. Editora Norton & Company. 1ª Edição. New York, 1978. Arquivo de pdf.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Tese (doutorado). Orientador: Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: 2015.

HIRSCHL, Hans. **Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

JÚNIOR, João Valério de Moura. **A legitimidade da justiça constitucional: questões incidentes.** Em: TEIXEIRA, João Paulo Allain (org.). Elementos para a legitimidade democrática da jurisdição constitucional no Brasil. Editora CRV. Curitiba, 2009.

LOEWEISNTEIN, KARL. Teoria de la Constituicion. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro.** Editora JusPodivm, 4^a Edição. Salvador, 2015.

LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia ativismo judicial político x ativismo judicial juridicioanal.** São Paulo :LTr,2014.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro.** Editora RT. 7^a Edição. São Paulo, 2015.

TAVARES, André Ramos. **A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n.29, 1999.

TORRES, Heleno Tavera. **Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira.** Editora RT. São Paulo, 2014.

WALDRON, JEREMY. **Separation of powers in thought and practice?** Boston College Law Review, v.54, 2013.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review.** In. Bigonha, Antonio Carlos Alpino ; MOREIRA, Luiz (org). Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VILE.M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers.** Indianopolis:Liberty Fund, 1998.

**Mulheres com deficiência:
a autonomia sobre seus corpos
X
a esterilização compulsória**

Ariadne Cavalcanti Valença¹
Thalyne Rose Cavalcante de Queiroz²
Victória Regina das Neves Ferreira³

Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar o direito das mulheres sobre o seu próprio corpo e de uma forma mais específica, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres com deficiência. Dessa forma, demonstrando que há uma contradição entre a vedação que muitas vezes ocorre desses direitos e as normas da Constituição Federal, da Convenção da ONU, bem como o Estatuto da pessoa com deficiência. Possui como objetivo também, abordar sobre a esterilização involuntária, que está nos dispositivos da Lei n. 9.263, de 23 de janeiro de 1996. Tendo em vista a grande relevância do tema, este trabalho abordará o aspecto histórico, sociológico e psicológico, além dos aspectos normativos.

¹ Graduada em Letras, UNICAP. Bacharel em Direito, UNICAP. Advogada.

² Bacharel em Direito, UNICAP. Cursando Serviço Social, UNICAP.

³ Bacharel em Direito, UNICAP.

Em se tratando sobre a manutenção dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres com deficiência como garantias fundamentais, eles são contemplados pelos princípios da bioética e do biodireito, mostrando o direito ao próprio corpo e a importância do princípio da autonomia da mulher com deficiência para garantir os seus direitos fundamentais e o direito de ter uma vida digna. O Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para ter acesso às informações sobre sexualidade, reprodução e planejamento familiar. Assim, não se justifica a não garantia desses direitos inerentes.

No ordenamento jurídico brasileiro não possui a esterilização involuntária e a negação desses direitos sexuais e reprodutivos como medida lícita, pois entende que viola o princípio da dignidade humana, uma vez que não respeita a autonomia da pessoa e a trata como mero objeto.

Com base nessas fontes, passou-se a elaborar este artigo na expectativa de colaborar com a sociedade em geral, mostrando que as normas e os princípios do direito necessitam ser aplicados de forma igualitária e que sejam efetivos, garantindo assim os direitos fundamentais para que as pessoas vivam com dignidade e exerçam a sua autonomia. Além disso, que ocorra a vedação a esterilização involuntária da mulher com deficiência e a manutenção dos seus direitos reprodutivos e, também, o direito de formar a sua própria família através do planejamento familiar, direito este garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

1. Conceito

A deficiência é provocada pela interação dos impedimentos com as barreiras sociais, ou seja, com os diversos fatores socioculturais, de forma a gerar uma impossibilidade de plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade. Houve um grande avanço com a alteração do modelo médico para o modelo social, o

qual esclarece que o fator limitador é o meio em que a pessoa está inserida e não a deficiência em si.

Apesar da luta feminista reivindicar há muitas décadas todos os direitos humanos como direitos fundamentais da classe feminina, as mulheres com deficiência não vivem em condição de igualdade com as outras pessoas. Além de uma categoria histórica, o conceito de gênero pode ser empregado também como uma categoria política para analisar a questão da igualdade, apontando para uma nova perspectiva de interpretação e transformação da realidade social.

(...) a mulher com deficiência, por este seu duplo aspecto de não reconhecimento pleno na sociedade, seja em função de gênero, seja em função dos impedimentos sensoriais, físicos, e/ou cognitivos, com interação com o meio ambiente e a cultura local prevalecente, tem um plus de vulnerabilidade, necessitando de uma proteção maior e mais eficaz do Estado (FERRAZ, 2013, p. 404).

Há uma expectativa cultural em relação as mulheres com deficiência, ligados a vários estigmas que permanecem até os dias de hoje. Um exemplo disto é o fato de que a sociedade não espera que uma mulher que se enquadra em algum tipo de deficiência se case ou continue casada, pois assim não pode ser uma boa esposa no sentido de cumprir com as expectativas culturais dos papéis de gênero e cuidar do marido, da casa e dos filhos, sendo esse um pensamento totalmente discriminatório. Além disso, os estigmas estão sempre presentes quando se fala da sexualidade da mulher com deficiência, principalmente quanto à deficiência intelectual, pois muitas vezes são consideradas como assexuadas, principalmente pela sua família.

Partindo desta premissa, as pessoas com deficiência intelectual são excluídas da vida sexual, muitas até sendo convencidas a tomar medidas radicais como a esterilização, pois os pais acreditam que elas são muito vulneráveis devido a sua deficiência. A educação sexual, é de grande importância, pois viabiliza o conhecimento do corpo, dos métodos contraceptivos e das

doenças sexualmente transmissíveis. Por isso, faz-se necessário desenvolver programas de educação sexual.

As narrativas sociais dominantes em relação às mulheres com deficiência facilitam que seu corpo seja visto como acessível a todos e que muitas vezes seus depoimentos não sejam ouvidos, entendidos e considerados; e que proliferem discursos de controle sobre sua sexualidade. É comum casos de algumas violências e abusos contra essas mulheres, a violência psicológica, moral, patrimonial, física e sexual, caracterizando a sua múltipla vulnerabilidade. Muitas mulheres com deficiência não conhecem seus corpos, pois são inibidas socialmente, para não despertar sua sexualidade, não se relacionar sexualmente e, sobretudo, não engravidar. Além da vulnerabilidade do grupo feminino, a mulher com deficiência fica exposta duplamente, pela sua condição de mulher e na condição de pessoa com deficiência. Por esses aspectos, a Convenção da pessoa com deficiência disciplina em seu art. 6º:

Art.6º Mulheres com deficiência.

1. Os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação e, portanto, tomarão medidas para assegurar às mulheres e meninas com deficiência o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.
2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na presente Convenção.

Em um Estado democrático de Direito, todos devem ser respeitados, e, mais do que isso, as leis e os direitos fundamentais devem ser contemplados a todos, protegendo ainda mais os que necessitam de ajuda diante de sua eventual vulnerabilidade.

2. A lei do planejamento familiar (lei 9263/1996) e a convenção da ONU

O planejamento familiar tal como atualmente concebido, é fruto de vários movimentos históricos, com a finalidade de tentar melhorar as condições sexuais das entidades familiares brasileiras sem que para isso fosse necessário implementar políticas coercitivas realizadas pelo Estado.

Esta lei não se refere apenas a ações para que sejam limitadas as proles, mas também, ações que possibilitem o exercício da natalidade (CASTANHO, 2014, p. 67).

Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal (LEI Nº 9.263, DE 12 DE JANEIRO DE 1996).

O Código Civil também menciona o planejamento familiar:

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (art. 1565, §2º).

Garantido também pela Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º 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 educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (art. 226, §7º).

O planejamento familiar também está incluído no direito à saúde, disposto no art. 6º da Constituição Federal, assim como aplica-se ao direito de procriar. A atuação dos profissionais de saúde, e as políticas públicas oferecidas pelo Estado são de extrema importância, pois são através destes que surgem as oportunidades para que as pessoas conheçam todas as alternativas e possam participar ativamente da escolha dos métodos contraceptivos. É dever do Estado fornecer recursos financeiros e educacionais, para garantir a todos o acesso igualitário às informações sobre os métodos e técnicas disponíveis para o controle da fecundidade. Assim esclarece Castanho (2014, p. 68):

O planejamento familiar constitucional, regulamentado pela Lei 9.263 de 12.01.1996, tem sido amplo e compreende a escolha livre e consciente do indivíduo para evitar ou constituir prole, o que se deve dar a partir de um processo sério de esclarecimento e conscientização focado nas propostas de um Estado democrático de direito (CASTANHO, 2014, p.68).

Os direitos sexuais e reprodutivos fazem parte dos direitos humanos, sendo, por isso, indispensável a todas as pessoas o conhecimento aos meios eficazes e seguros, para que, a partir daí, possam exercer a sua autonomia e a sua liberdade para organizar sua vida reprodutiva assegurando a sua saúde. Assim como explica Brauner (2003, p. 16):

Considera-se que o respeito e a garantia do livre exercício dos direitos sexuais e reprodutivos é o caminho necessário para manter-se o bem-estar social, onde a sociedade e a família possam prover seus indivíduos das condições indispensáveis ao bom desenvolvimento físico, mental, intelectual e moral (BRAUNER, 2003, p.16).

O exercício do planejamento familiar encontra-se intimamente relacionado ao exercício da sexualidade, dos direitos reprodutivos, do direito ao próprio corpo, à saúde, do livre

desenvolvimento da personalidade; o qual também perpassa pela concretização do projeto parental. O pleno gozo de tais direitos está diretamente ligado ao exercício da autonomia privada e de seu fundamento máximo que é a liberdade (RODRIGUES, 2017).

No entanto, nem todos possuem esses direitos assegurados. A sociedade e a própria família, muitas vezes, temem a reprodução das pessoas com deficiência, por exemplo, por acreditarem que os filhos irão nascer com alguma deficiência, receio esse que não se justifica, sendo totalmente discriminatório. Principalmente a família trata a pessoa com deficiência como vulnerável, incapaz de constituir e ser responsável por uma família.

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é um Tratado Internacional sobre Direitos Humanos que tem o objetivo de garantir a igualdade de oportunidades, combate à discriminação e a eliminação das barreiras sociais. Esta Convenção é um marco para os Direitos Humanos e para seu público destinatário. Ela representa a reafirmação do conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O Congresso brasileiro acatou a reivindicação das pessoas com deficiência no sentido de outorgar status constitucional ao ato de ratificação da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. É importante frisar que o Tratado em apreço tramitou em tempo recorde nas Nações Unidas, cerca de cinco anos; contou com a participação de pessoas com deficiência, que opinaram diretamente na elaboração do respectivo texto, e foi acolhido pelo Parlamento brasileiro também em tempo recorde, uma vez que votado com quórum qualificado de três quintos das respectivas casas, em dois turnos, conforme preceitua o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, em pouco mais de dois meses, entre maio e junho de 2008. O Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, deste modo, promulgou aquela ratificação com força de Emenda Constitucional, o que foi proposto pelo Governo Federal, o qual, coerentemente e até por excesso de zelo, sancionou-o por meio do Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (FONSECA, p. 1).

A Convenção da ONU foi utilizada para reafirmar os direitos humanos já garantidos, como também, aperfeiçoá-los, dessa forma, sofrendo algumas alterações. Esta última é a oitava editada pela ONU e a primeira formalmente incorporada à Constituição do Brasil, com o propósito de conferir às pessoas com deficiência acesso aos direitos humanos universais, promovendo o respeito pela sua dignidade inerente.

3. Proteção constitucional e infraconstitucional

3.1 Direito à liberdade

Para que a liberdade seja plenamente exercida, é necessário condições sociais para que possam exercê-las. Existem dois conceitos de liberdade, defendidos por Isaiah Berlin, a negativa e a positiva. A liberdade negativa é relacionada a não intervenção, o direito da pessoa exercer suas vontades sem coerção alheia. A liberdade positiva diz respeito a ações políticas que devem ser feitas para que sejam colocadas em prática esse direito, pois não adianta apenas afirmá-las sem a possibilidade de serem colocadas em prática (ISAIAH BERLIN apud MENDROT, 2016).

A Constituição Federal reconhece o direito à liberdade de um modo amplo, conforme disposto em seu art. 5º, no caput e incisos. O direito à liberdade também perpassa em toda a Convenção, sendo mais preciso, no art.14, que trata da liberdade e segurança da pessoa. O Estado deve assegurar a igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência, e, qualquer privação que venha a ocorrer, esteja de acordo com a lei e que não possua como justificativa a sua deficiência. O artigo 21 da Convenção da ONU também garante a liberdade de expressão e de opinião e o acesso à informação:

Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seu direito à liberdade de expressão e opinião, inclusive à liberdade de buscar, receber e compartilhar informações e ideias, em igualdade

de oportunidades com as demais pessoas e por intermédio de todas as formas de comunicação de sua escolha (...).

É necessário a criação de novas leis, como também, fazer adaptações as leis e atos normativos já existentes, para que seja garantido a inclusão e o direito à liberdade. Isto cabe ao campo político administrativo. Políticas públicas são essenciais para diminuir a ignorância da sociedade sobre o tema e para garantir a melhoria na busca da solidariedade e respeito à diversidade.

3.2. Direito à saúde e a integridade física e mental

A integridade física refere-se ao bem-estar ou saúde física do ser humano. De acordo com o art.15 do Código Civil, ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

A autonomia do paciente é de essencial importância para esse procedimento, sendo tal tema relevante para a bioética e o biodireito. Submeter uma pessoa a intervenção cirúrgica é um afronto à autonomia da pessoa com deficiência, com reflexos na própria integridade física, já que trata-se de um ato tão nocivo e contra sua própria vontade. Além de que afeta também sua integridade mental, pois com essa intervenção nos seus direitos reprodutivos, a mulher não poderá mais engravidar, sendo este um sonho que muitas possuem. Assim, não se sentirão realizadas, interferindo no seu emocional, podendo ocasionar o seu isolamento social.

Quanto ao direito à saúde, esse é um direito de todo cidadão e um dever do Estado, sendo plenamente assegurada pela Constituição Federal. Esse direito foi constitucionalizado no nosso país de uma forma genérica no art. 6º, junto a outros direitos sociais.

Também expõe o art.196 da Constituição Federal:

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.

É de relevância pública a prestação de serviços relacionadas a saúde, vez que é indispensável para a manutenção da vida, sendo um direito fundamental do ser humano.

Ainda em sede Constitucional, inclui-se o Sistema Único de Saúde (SUS). Os parâmetros e a organização para sua atuação estão estabelecidos na Lei n.8.080/90, em seu art.7º:

As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; (...)

Além desses princípios, o art.7º da lei mencionada também fala sobre a igualdade da assistência à saúde, não devendo haver preconceitos ou privilégios na prestação dos serviços desse direito.

A efetivação do direito à saúde encontra vários obstáculos devido à ausência de políticas públicas, como também, a ausência de recursos. É preciso que a sociedade também exija a sua concretização, considerando a essencialidade e garantia constitucional da saúde, por se tratar de um direito autoaplicável, de eficácia imediata. Quanto à relação dos direitos reprodutivos e a saúde, esclarece Ferraz; Leite; Leite et al (2013):

[...] Os direitos reprodutivos, dado o impacto de sua violação na saúde e na vida das mulheres, devem ser contextualizados no

âmbito do direito à saúde e direito à vida. O direito à vida é assegurado a todos os cidadãos e cidadãs brasileiros no caput do art.5º, que trata dos direitos e deveres individuais de cada um. Já o direito à saúde, de acordo com o art. 196 da Constituição Federal, é um direito de todos e um dever do Estado, devendo ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem, de um lado, a redução do risco de doença e de outros agravos, e, de outro, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Com a garantia desse direito, consoante Ventura, “a assistência à saúde no Brasil transforma-se em um direito de cidadania”, em que o Estado passa a ser responsável por um vasto leque de políticas públicas, ações e serviços de saúde, a ser efetivado por meio do Sistema Único de Saúde [...] (FERRAZ; LEITE; LEITE et al 2013, p.62).

3.3. Estatuto da pessoa com deficiência

Em julho de 2015 entrou em vigor no Brasil a Lei 13.146/15, que versa sobre o estatuto das pessoas com deficiência. Este estatuto possui base constitucional, visto que tem seus pilares na Convenção de Nova York, do qual o Brasil foi signatário, e que adentrou ao ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional. Esta lei trouxe algumas mudanças ao ordenamento brasileiro, revogando parcialmente, inclusive, o art. 3º do Código Civil e dando nova redação ao mesmo: “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

Dessa forma, fica explícito que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, altera o Código Civil de 2002 em relação à capacidade civil e a curatela. Assim, a pessoa com deficiência intelectual adquire a capacidade civil plena com a maioridade, podendo exercer sua autodeterminação e decidir sobre sexualidade, planejamento familiar, aspirações e negócios.

A Lei nº 13.146/2015- Estatuto da Pessoa com Deficiência, além de trazer novos institutos jurídicos relativos à concepção de deficiência, capacidade legal, avaliação psicossocial e acessibilidade, promoveu

ainda alterações em diversas normas nacionais em suas disposições finais e transitórias, mas as alterações no Código Civil definidas nos arts.114 a 116 foram de uma intensidade tal que criaram um novo horizonte na teoria das incapacidades e no instituto da interdição ou curatela (ARAUJO; FILHO, 2016, p. 21).

Com essas alterações no Código Civil, retirou as pessoas com deficiência, incluindo as mentais e intelectuais, do rol dos absolutamente incapazes, passando a considera-las relativamente incapazes. Assim, elas possuem eficácia imediata para casar, votar, testemunhar e vários outros exercícios da vida cotidiana, sendo apenas interditas em relação aos atos negociais e patrimoniais (arts. 3, 4, 228, 1518, 1550, 1557, 1767, 1769, 1771 a 1777 do Código Civil).

Esta lei possui uma grande importância social, servindo de base para a sociedade e a administração pública no exercício da inclusão. Entretanto, apenas a aplicabilidade dessa lei não é suficiente, mas sim um conjunto de fatores da sociedade e do Estado. Foi a Constituição da República Federativa do Brasil e Convenção da ONU sobre os Direitos da pessoa com Deficiência que possibilitaram o surgimento da Lei nº 13.146/15.

Com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, esse procedimento -laqueadura- desumano e invasivo não é mais permitido, há não ser que tenha o consentimento expresso da interessada, através também de um laudo multiprofissional e não apenas de acordo com um laudo médico, caso contrário, os executores ou mandantes podem sofrer penas de responsabilidade criminal e civil. O Ministério Público, nesses casos, não atua como mero fiscal da lei, *custos legis*, mas sim como parte para defender os interesses do curatelando, quando não for o autor da ação.

3.4. A vulnerabilidade das mulheres com deficiência intelectual

Neste sentido, a coerção exercida pelos familiares pode constituir um fator-chave para a esterilização, já que alguém da família ou um responsável legal é quem formula o pedido de

esterilização cirúrgica para o juiz. É reconhecido que em situações de comprometimento absoluto da autonomia do paciente, a família é quem delibera por ele (ALBUQUERQUE, 2013, apud MARTÍNEZ; FAÇANHA, SILVA, GARRAFA). Nestes casos, são os familiares que solicitam e manifestam o consentimento sobre a realização dos procedimentos de esterilização. Nesse ponto, deve ser levado em consideração, contudo, os graus de severidade da deficiência, avaliando as habilidades de compreensão deste sobre sua situação particular.

Independentemente do grau de comprometimento, intelectual, a pessoa com deficiência é um ser humano, e o nível de consciência, por menor que seja, deverá ser considerado e respeitado, assim como sua capacidade de autocritica e de se autogerir, opinar e participar das decisões que dizem respeito à sua vida. Também possui direitos sobre seu corpo, e é importante conhecer seu ponto de vista, independentemente da decisão a ser tomada, fazendo valer sua autonomia e seu poder decisório.

Não só apenas a sentença do juiz que deve ser considerada nesse processo, mas uma opinião conjunta, levando-se em consideração a capacidade intelectual da pessoa com deficiência e as opiniões do médico e da família, a fim de que seja tomada a melhor decisão.

Existem, contudo, argumentos a favor da restrição da autonomia dos deficientes intelectuais. O primeiro se relaciona à autoproteção desses indivíduos porque, por sua condição, poderiam causar riscos à própria saúde. O segundo é a proteção de outras pessoas. Neste contexto, Albuquerque (2013, P. 21) reforça que o Estado deve respeitar a autonomia da pessoa com deficiência intelectual, “salvo nos casos em que o exercício livre do planejamento familiar cause mal a si mesmo ou outrem, ou se existir absoluta incapacidade de compreensão dos atos” (ALBUQUERQUE, 2013, apud MARTÍNEZ; FAÇANHA, SILVA, GARRAFA).

Nesse sentido, deve-se fazer valer o princípio da autonomia, bioético, no qual os indivíduos realizem o seu direito de deliberarem

sobre suas escolhas pessoais e exerçam sua capacidade de decisão. As pessoas têm o direito de decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e à sua vida. Esse princípio consiste na capacidade de possuir ou construir as próprias leis, de autogoverno e autodeterminação conforme valores próprios, possuindo a independência para gerir sua vida sem interferências externas.

3.5. A esterilização

A reprodução e a sexualidade constituem um dos desejos que estão inseridos nas entidades familiares, assim como o planejamento familiar. Para fins de planejamento familiar são válidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção legais e cientificamente aceitos, desde que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas e lhes garantam a liberdade de opção (HENTZ, 2005).

A esterilização é a solução simplista que muitas vezes a família encontra para que seja evitado a prole das pessoas com deficiência, por acreditar que seus filhos não possuem discernimento e autonomia suficiente para formar sua própria família.

Nesse contexto, o Estado deve atuar para a implementação e a busca da efetividade das políticas de saúde reprodutivas, assim como na educação sexual para as pessoas com deficiência e sua família, conscientizando também a sociedade sobre o assunto, a fim de que todas as pessoas tenham acesso gratuito às informações e aos métodos contraceptivos existentes, para que assim optem pelo método mais adequado à sua situação e o menos invasivo e desumano que a esterilização.

3.6. A atuação do estado e as políticas públicas

Um Estado Democrático de Direito deve garantir o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Essa proteção jurídica deve

ocorrer através de leis justas, que contemplem à todos, com um cuidado especial aos setores mais fragilizados, podendo a mulher se encaixar perfeitamente nesse conceito, e, mais ainda, as mulheres com deficiência, caracterizadas pela sua dupla vulnerabilidade.

Esse Estado democrático de direito fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, sendo essencial para tal o exercício da cidadania de todos os indivíduos.

Nos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, ou seja, os vetores que devem conduzir a atividade estatal, nota-se que há importantes comandos. O primeiro deles se refere à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (FERRAZ, LEITE; LEITE et al, 2013, p.26). Porém, a realidade é totalmente diferente. Não há possibilidade de existir uma sociedade justa quando há discriminação e diferença entre os gêneros, diante da violência física e psíquica que as mulheres sofrem.

De acordo com o art. 3º, IV, da CF: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Esse dispositivo menciona que o sistema deve, por meio de políticas públicas ou através de lei, desenvolver mecanismos para que sejam eliminados ou, ao menos, minimizadas as afrontas aos direitos fundamentais. Deve-se buscar o desenvolvimento da consciência política, da autonomia, de afirmação dos seus direitos sexuais, dentre outros conceitos inerentes para que se tenha uma vida digna.

O acesso as informações a respeito de saúde sexual e reprodutiva é crucial para uma vivência sexual e reprodutiva saudável, conectada com o exercício de outros direitos fundamentais: o direito à saúde e à vida, os quais podem estar ameaçados quando a sexualidade é experimentada irresponsavelmente, sem informações adequadas e preparo emocional que permitam aos sujeitos envolvidos de fato tomarem decisões livres e conectadas com seus verdadeiros desejos (FERRAZ, LEITE; LEITE et al, 2013, p.32-33).

Para que os direitos das mulheres sejam exercidos de fato, é necessário algo mais do que só o direito material, que está garantido na Constituição e nas leis infraconstitucionais. É preciso uma verdadeira vontade da atuação do Estado, juntamente com a população e os interessados. Fazer campanhas persistentes, divulgando os direitos que possuem, elaborar políticas públicas efetivas para o exercício da cidadania são de extrema valia. Apenas a norma por si só não produz o efeito desejado e necessário.

O fato de vivermos em uma sociedade ainda fortemente marcada por valores e estereótipos machistas contribui para obstruir o exercício de direitos sexuais e reprodutivos por parte das mulheres, em particular à liberdade em vivenciar a sua sexualidade livre de qualquer forma de violência, opressão ou discriminação (legal ou social). A reversão desse cenário somente será possível mediante a plena implementação de outros direitos fundamentais, em particular o direito a uma educação não sexista e antidiscriminatória de qualquer natureza e à educação integral em sexualidade, livre de estereótipos e estruturadas a partir da gramática dos direitos humanos (FERRAZ, LEITE; LEITE et al, 2013, p.52).

Ao invés das preocupações públicas centrarem preferencialmente nas pessoas diretamente afetadas, os argumentos são mormente direcionados à minimização de problemas sociais, tais como: evitar transtornos para o cuidador; a criação de medidas de proteção contra estupro e exploração sexual de pessoas nesta situação de vulnerabilidade; ou mesmo a sanação de carências nos serviços de saúde que apoiam a pessoa com deficiência em sua decisão de paternidade ou maternidade (SERVAIS, 2006 apud MARTÍNEZ; FAÇANHA, SILVA, GARRAFA).

A Lei nº 7.853/89, art.2º, por seu lado, estabelece que:

Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de

outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Desta forma, com o reconhecimento e a efetividade dos direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência intelectual por parte da legislação e do sistema de saúde vigente, simplificará a garantia dos direitos inerentes à pessoa humana. Neste sentido, a clareza das normativas, conjuntamente às práticas interdisciplinares no atendimento às pessoas com deficiência, são elementos-chave a serem resgatados no contexto brasileiro atual.

Conclusões

Mesmo nos dias atuais, a sexualidade das pessoas com deficiência carrega um estigma social, principalmente devido ao preconceito das pessoas com relação à expressão da sexualidade diversa do padrão que é determinado por uma sociedade não inclusiva.

Em vista deste panorama sócio-jurídico, o presente artigo pretendeu, assim, defender a manutenção dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres com deficiência, juntamente com a proteção do exercício da sua autonomia sobre o seu corpo e sobre o livre planejamento familiar, garantido através da Lei nº 9.263/12; respeitando a sua escolha quanto à formação dessa entidade familiar e possuindo o livre arbítrio sobre qual será o método utilizado para a composição da sua prole ou quais os métodos contraceptivos que devem ser usados.

Isso, pois, se tratando da sexualidade e reprodução de mulheres com deficiência, muitas vezes ocorre uma restrição desses direitos por parte da família e da sociedade, isso acontece na tentativa de impedir uma vida sexual ativa e a reprodução das pessoas com deficiência, por acreditarem em uma possível violência sexual advinda da hipervulnerabilidade da mulher com deficiência, evitando a procriação. Como também, para que a família não possua a responsabilidade de criar o filho que pode ser gerado, por acreditar

no estigma que as pessoas com deficiência não possuem a capacidade suficiente de conduzir uma família e administrar as obrigações que uma entidade familiar causa, além do que, muitos ainda defendem que esses vínculos podem ser nocivos para a prole que vier a ser formada.

Para tanto, foi observado, primeiramente, a hipervulnerabilidade das mulheres com deficiência e o estigma social. A noção de deficiência era obtida através de normas e expectativas pré-estabelecidas pela sociedade. Mas, aos poucos esses paradigmas foram sendo deixado para trás, juntamente com o passar do tempo e, finalmente, chegando no processo de inclusão social dessas pessoas que antes estavam a margem da sociedade. Com a mudança do modelo médico, o qual as pessoas eram tratadas baseadas apenas em laudos médicos e não pedagógicos, para o conceito do modelo social, foi observando que a deficiência não estava na pessoa que a possuía, mas sim, no preconceito de uma sociedade que discrimina o diferente.

Nessa continuidade, quando se fala em mulher com deficiência, é inevitável não lembrar desse duplo aspecto de não reconhecimento pleno na sociedade, devido ao seu gênero e por alguma deficiência que possui, formando a hipervulnerabilidade desse grupo. É importante também destacar a nomenclatura usada para referir-se as pessoas com deficiência, que por muito tempo foram estigmatizadas como “inválidos”, “incapazes”, entre outros nomes. Não se trata apenas de palavras indesejáveis, mas é a consequência que elas trazem, acarretando uma exclusão de quem às apresentam.

Ademais, as pessoas com deficiência também devem usufruir da sua autonomia na construção desse projeto parental, por ser um direito fundamental, fundado no livre planejamento familiar, não sendo passível de limitações discriminatórias e estando de acordo com os termos que são elencados no art. 226, §7º da Carta Magna.

Cabe ao Estado promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação. Para isso, cabe ao sistema desenvolver por meio de leis e políticas públicas mecanismos de eliminação de estigmas

referentes a sexualidade e reprodução das pessoas com deficiência. Meios que contribuam e sejam efetivos para a afirmação da autonomia das mulheres com deficiência, para o seu emponderamento, sua liberdade e o direito a uma vida digna. Porém, não basta que esses direitos estejam assegurados na Constituição Federal, na integração legislativa infraconstitucional, o que todos almejam é a sua efetividade. A norma por si só, não produz o propósito desejado, que é a efetivação do direito.

Com isso, observa-se que é necessário um maior engajamento sobre os direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiências, pelo o Estado, pela sociedade e por suas famílias, visto que, é pouco falado e menos ainda, garantidos. Para que isso não ocorra, é preciso um fornecimento de uma série de serviços pelo poder público: uma educação antidiscriminatória de qualquer natureza; educação e serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo o planejamento familiar e acesso aos métodos contraceptivos, garantindo assim, uma vida digna, que é assegurado como um direito fundamental.

Referências

- ALBUQUERQUE, A.A. **Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual**: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. *Bioethikos*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 18-26, 2013.
- Araujo, Luiz Alberto David; Costa Filho, Waldir Macieira da. A lei 13.146/2015.o estatuto da pessoa com deficiência ou a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência e sua efetividade. *UNIPÊ – Centro Universitário de João Pessoa*. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/298>. Acesso em: 15 setembro 2017.
- Alves, Roosenberg Rodrigues. **Família patriarcal e nuclear**: Conceito, características e transformações. 2009. Disponível em: [tps://pos.historia.ufg.br/up/113/o/IISPHist09_RoosenbergAlves.pdf](https://pos.historia.ufg.br/up/113/o/IISPHist09_RoosenbergAlves.pdf). Acesso em: 22 abril 2017.

BERLIN, Isaiiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1969. Disponível em: <https://brunomendrot.jusbrasil.com.br/artigos/372589171/as-liberdades-de-isaiah-berlin>. Acesso em: 17 agosto 2017.

Brauner, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro. Renovar. 2003.

BRASIL. [constituição da República Federativa do Brasil dDe 1988](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). [Emenda Constitucional nº 91, de 2016](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2017.

_____. Convenção da pessoa com deficiência disciplina em seu art. 6º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 18 junho 2017.

_____. Constituição Federal. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em: 19 julho 2017.

_____. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos **decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 15 junho 2017.

_____. Presidência da República Casa Civil. Subchefia para Assuntos **Jurídicos**. **lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 maio 2017.

_____. **Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - SDH/PR.**

Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência - SNPD. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaoopessoascomdeficiencia.pdf>. Acesso em: 04 agosto 2017.

_____. *Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 agosto 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

_____. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 agosto 2017.

_____. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Presidência da República Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 22 agosto 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

_____. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 22 agosto 2017.

_____. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 22 agosto 2017.

_____. **Presidência da República Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm. Acesso em: 25 agosto 2017.

_____. **Constituição Federal de 1988.** Art. 226, § 7º. Disponível em: www.jusbrasil.com.br/topicos/10644841/paragrafo-7-artigo-226-da-constituicao-federal-de-1988. Acesso em: 10 agosto 2017.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. **Planejamento familiar:** O Estado na construção de uma sociedade inclusiva e a participação social para o bem comum. Curitiba: Juruá, 2014.

DINIZ, Debora. **O que é deficiência.** São Paulo: Brasiliense, 2007.

Diniz, Maria Helena. O Estado atual do biodireito. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

DIEHL, Fernanda. [O planejamento familiar das pessoas com deficiência](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 21, n. 4778, 31 jul. 2016](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50816>>. Acesso em: 22 maio 2017.

FERRAZ, Carolina Valença. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Manual dos direitos da mulher.** São Paulo: Saraiva. 2013.

Fonseca, Ricardo Tadeu Marques da. o novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do TRT da 2ª Região.** São Paulo, n. 10/2012.

HENTZ, André Soares. [Esterilização humana: aspectos legais, éticos e religiosos](#). **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 10, n. 632, 1 abr. 2005](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6544>>. Acesso em: 9 out. 2017.

Leite, George Salomão; Leite, Glauber Salomão; Valença Ferraz, Carolina. et al. **Manual dos Direitos da Mulher - Série Idp.** São Paulo: editora Saraiva, 2013.

Luca, Renata de. **Inclusão**: Normalização? An. 4 Col. LEPSI IP/FE-USP Oct. 2002. Disponível em: http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC0000000032002000400018&script=sci_arttext. Acesso em: 07 junho 2017.

MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Sexualidade e deficiências**. São Paulo: Editora UBESP, 2006.

Peranzoni, Vaneza Cauduro; Freitas, Soraia Napoleão. **A evolução do (pre)conceito de deficiência**. Cadernos. edição: 2000 - N° 16. Disponível em: <http://coralx.ufsm.br/revce/ceesp/2000/02/a2.htm>. Acesso em: 11abril 2017.

Rueda-Martínez, Gabriela. Façanha, Telma Rejane dos Santos; Silva, Lízia Fabíola Almeida. Análise bioética da esterilização em pessoas com deficiência intelectual. Saúde debate. v. 39. n.106. Rio de Janeiro July/Sept. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-110420150003 00855. Acesso em: 30 junho 2017.

A legitimação democrática do poder judiciário: contraditório efetivo e dever de fundamentação das decisões judiciais.

Bonnyeck Mayk Xavier da Silva¹
Edilisse Maria de Almeida Rodrigues²

1. Apresentação temática.

Sabe-se que em nosso paradigma constitucional, os poderes da União existem para assegurar o Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil, o qual tem como função garantir o exercício dos direitos sociais e individuais. O próprio Estado brasileiro possui uma legitimação democrática que o confere autoridade institucional perante o povo, mediante esse e para ele, bem como deve entrecortar todos os âmbitos dos Poderes da República.

Pergunta-se, assim, onde se vê o fundamento de legitimação desses poderes? Tal fundamento, para Guilherme Denz, se refere à adequação da norma elaborada pelos representantes com a vontade dos representados, a saber, como aqueles que se pudessem elaborá-la, efetivamente o fariam.

¹ Acadêmico de Direito da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (FDR-UFPE), estagiário da Procuradoria Regional da República da 5ª Região – MPF. Monitor da cadeira de Direito Processual Civil II

² Acadêmica de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Estagiária da Defensoria Pública da União. Voluntária do PIBIC.

A legitimidade, por sua vez, não se refere à adequação a preceitos legais, e, sim, ao fundamento de existência da norma ou de alguma instituição. Comumente, um ato jurídico é legítimo se a sua fonte de elaboração dispunha de poderes para sua edição ou se constitui manifestação inequívoca da vontade daqueles que o geraram. O que importa para a configuração da legitimidade é saber se a norma produzida condiz efetivamente com a vontade daqueles que poderiam elaborá-la. (DENZ, 2011)

Jacques Derrida, por sua vez, entende que essa legitimidade repousa num fundamento místico de autoridade, ou seja, no crédito que a concedemos, num ato de fé do(s) cidadão(s). Ora, não é a legitimação democrática dos poderes da União (o elemento autoritativo) um fundamento ontológico ou racional, senão uma construção deontológica (DERRIDA, 2010). Certamente, o Estado não é poder legítimo *per si*, mas constituído social e historicamente.

O fundamento dessa legitimidade, assim, possuirá enfoques diversos a depender do Poder Constituído a que se refira, pois, as relações sociais constrangerão seus membros à adequação retórica da sua funcionalidade social e democrático-constitucional.

Para o Poder Executivo e o Legislativo, o voto é aquilo que confere ares de legitimidade à representação exercida pelos parlamentares, criando a (ilusão da) aproximação do eleitor com o representante. O voto autoriza-os que tomem para si o título de “representante do povo”, e assim, agir por delegação democrática no jogo político. Portanto, a vitória na eleição, diplomação e posse do candidato que lhe dá poder. Com efeito, está sobejamente no critério de entrada a legitimação democrática desses poderes.

Não se pretende dizer, no entanto, que o critério de entrada nas instituições majoritárias é sozinho o seu fundamento democrático. É também o seu início, uma vez que possibilita os representantes gozarem de legitimação como porta-vozes.

Outro exemplo de fundamento que pode ser apontado é a participação da sociedade civil nas comissões legislativas, dada sua

grande importância no percorrer do jogo político, porquanto viabiliza que as vozes dissonantes e circulantes da sociedade sejam escutadas e, assim, haja abertura para o respeito aos direitos fundamentais e sociais (ANDRADE, 2003).

O Poder Judiciário, diferentemente, possui uma particularidade nos meandros dos poderes da União, uma vez que não possui esse critério majoritário de entrada. Cria-se, aparentemente, certo distanciamento do cidadão comum com esse poder, que padece de dificuldade para visualizar o “quê” de democrático que há em sua instituição.

Na perspectiva de Oriana Piske Pinto, o Judiciário é instituição cuja legitimidade não se reduz a mera interpretação concreta da lei, pois busca fundamento não em momento antecedente à atividade jurisdicional, mas no grau de adequação do comportamento judicial à hermenêutica constitucional, atitude que pressupõe o império do direito – e por consequência, da justiça – sobre a atuação jurisdicional (PINTO, 2009).

A essência da legitimação democrática da atividade judicial está na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de garante dos direitos fundamentais. Com efeito, o Poder Judiciário recolhe sua legitimação do povo, ao mesmo tempo fonte e destinatário único do poder do Estado. Atualmente, observa-se que aos tribunais, em geral, compete, além do controle da constitucionalidade, a garantia direta contra lesões dos direitos fundamentais, a defesa de interesses difusos e o enfrentamento da obscuridade e ambiguidade dos textos legislativos, em face dos difíceis processos de negociação. (PINTO, 2009)

Por outro lado, Denz entende que o Poder Judiciário é responsável tanto pela estabilidade do sistema democrático, ao passo que limitam o agigantamento dos demais poderes, quanto pelo papel de garante da efetividade dos Direitos Fundamentais, os quais fundamentam a legitimidade democrática do Poder Judiciário (DENZ, 2011). Há, assim, uma legitimação recíproca, algo circular,

em que o Poder Judiciário tutela os direitos fundamentais a medida que é assegurado por eles.

Logo, constata-se que o critério de entrada é fator secundário, e não primordial, como outrora percebido nos demais poderes, ante o fundamento de legitimação recíproca, seja eleitoral, majoritário ou meritocrático (mediante concurso público).

Importante ressaltar que isso não significa que o procedimento da investidura é indiferente para a constituição democrática do Poder Judiciário. Lembre-se, inclusive, o defendido por Mauro Cappelletti ao afirmar ter superlativa potencialidade democrática a investidura na carreira da magistratura mediante concurso público.

Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais. Trata-se, repito, de potencialidade que, contudo, necessita de certas condições para se tornar realidade. [...] A primeira radica-se no sistema de seleção dos juízes que deve ser aberto a todos os extratos da população, mesmo se inevitáveis certos requisitos de educação. A segunda é que todos tenham igual oportunidade de acesso aos tribunais. O problema, enfim, é de “acesso”: acesso aos tribunais e à educação. (CAPPELLETTI, 1993)

O fundamento de legitimação não poderia ser o mesmo, ademais, pelas suas diferentes missões constitucionais, como bem recorda Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz (LAMY; LUIZ, 2015). Eles acertadamente lembram que essa divergência de missões constitucionais se dá devido ao que Pontes de Miranda (MIRANDA, 1996) chama de finalidade imediata do Poder Judiciário, que seria a de aplicar a regra jurídica ao caso concreto, ou seja, a realização do direito objetivo em que o juiz constrói o direito a partir da aplicação de baixo para cima, caso a caso, aplicando concretamente do direito objetivo, enquanto este é criado abstratamente pelo legislador, de cima para baixo, mediante a

formulação das regras legais abstratas. Lembram, no entanto, que ambas as formas de criação são fontes do direito.

Portanto, a criação judicial do direito funciona em microescala, onde, pouco a pouco, decisão após decisão, há o desenvolvimento de determinada tese jurídica que passa, assim, a criar uma regra pelo reforço de princípios compartilhados em cada caso particular. Isto se dá através da tradição, sendo uma contínua tarefa interpretativa realizada ao longo do tempo (LAMY; LUIZ, 2015)

Importante salientar que essas missões institucionais não podem ser negligenciadas, para que não se descaracterize a função de criação do direito caso a caso que norteia o Poder Judiciário.

2. O contraditório efetivo como fonte legitimadora

Há outros enfoques levantados na doutrina para a legitimação democrática da função judicial. Mauro Cappelletti, ao se debruçar sobre a questão, traz outros pontos que entende que são as missões constitucionais e legitimadoras do Poder Judiciário. Ele aponta que o isolamento, a independência e imparcialidade, bem como o agir a pedido das partes para solucionar uma controvérsia num caso concreto são elementos inerentes à função judicante (CAPPELLETTI, 1993).

Aponta ainda que, em muitos sistemas, como no brasileiro, soma-se um terceiro elemento, qual seja, o fato de que a atividade jurisdicional deve se lastrear no texto legal mais do que em qualquer outro critério. Assim, *“o direito se identifica frequentemente com a lei, a vontade majoritária, que está à base da legislação democrática, torna-se também, indiretamente fundamento da legítima atividade jurisdicional, enquanto, exatamente, 'baseada na lei'”* (CAPPELLETTI, 1993).

Não obstante se reconheçam também outros fatores de legitimação, este artigo pretende não percorrer esse caminho

abstrato das legitimações da atividade judiciária. Por mais que legítimo, pretende-se avançar.

Serão analisados quais os mecanismos que concretamente limitam a atuação jurisdicional e que ao mesmo tempo as legitimam, uma vez que a fazem caminhar adstritas às suas efetivas missões institucionais.

Cappeletti dá uma solução, um mecanismo jurídico legitimador da função judiciária: o viés participativo das partes e o papel do contraditório. Assim, deve-se apontar que autor afirma que:

[...] constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição [...] desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública. [...] (CAPPELLETTI, 1993)

Em razão da natureza constitucional da inércia do processo judiciário, cuja função judicante se exerce a pedido da parte, é no contraditório que reside a melhor garantia de legitimidade democrática do Poder Judiciário (CAPPELLETTI, 1993), ao passo que se franqueiam às partes a ciência e, sobretudo manifestação persuasiva acerca dos fatos jurídicos processuais.

Ademais, a participação efetiva marcada com um contraditório robusto no processo amplia o âmbito de cognição judicial, posto que sejam improcedentes as alegações trazidas, impede que o magistrado se desconecte do seu derredor, de se transformar em burocrata distantes, isolados do seu tempo e da sociedade (RODRIGUES, 2016).

Ora, Pedro Miranda nos lembra que uma mesma norma jurídica pode ser interpretada de diversas formas, cabendo ao juiz interpretá-la quando de sua aplicação ante o caso concreto. Para tanto, utiliza-se de uma tese jurídica que fundamenta sua interpretação. O papel do efetivo contraditório estaria, pois, em

garantir que a interpretação da norma e sua posterior aplicação ao caso concreto não seja um trabalho isolado e desconectado. Logo, a tese jurídica utilizada para embasar a decisão judicial seria uma construção dos atores processuais, criada no decorrer do processo, a cada manifestação (OLIVEIRA, 2013).

Nota-se, desse modo, que o andamento processual não é algo fechado apenas em normas processuais, pois versa sobre o exercício de uma ciência humana e, portanto, conta com a atuação de seus integrantes (LUHMANN, 1980).

Obviamente, caso pensemos a partir do princípio da congruência, em que o juiz fica tanto vinculado aos pedidos quanto adstrito a eles, caber-lhe-á decidir qual o melhor caminho interpretativo dentre os lançados pelas partes para a solução da controvérsia. Mas, a construção dessa tese jurídica deve observar, obrigatoriamente, o delineado pelos demais sujeitos, uma vez que eles são os que suscitaram a questão controvertida e a eles se dirige a fundamentação (MARINONI, 2017).

Luhmann entende que o julgamento do processo sofre influência de elementos e condições externos à sistemática processual, sendo tais condições uma conjuntura especial. Por meio desse sistema de contatos surge o encontro dos participantes e, conseqüentemente, a influência nas táticas aplicadas pelas partes, tornando-se inviável a ideia de que se trata de procedimento isolado.

Divide-se o posicionamento quanto à influência dessas relações externas no processo. Alguns juristas entendem como favorável, pois seria uma forma de auxiliar o Poder Judiciário, outros discordam, visto que veem essas relações como fruto dos sistemas de contato, o que gera o questionamento quanto à efetiva aplicação do previsto no ordenamento jurídico, vez que seria possível a renúncia de direitos ou aplicação maculada deste, em função da manutenção desses sistemas de contato (LUHMANN, 1980).

Não há como dispensar, no entanto, a participação dos atores processuais e suas efetivas manifestações, sob pena de enclausurar o magistrado em si mesmo, e, por conseguinte, fechar a abertura

democrática inerente ao exercício jurisdicional num Estado de Direito (CAPPELLETTI, 1993).

Por este motivo dá-se a importância de se garantir um efetivo contraditório, uma vez que só assim, a criação judicial do direito pode se dizer democrática, já que fundamentada em uma tese jurídica construída a partir de debates reais entre as partes processuais que se manifestaram e levantaram pontos para a ampliação cognitiva da interpretação da norma jurídica (RODRIGUES, 2016).

3. Controle das decisões judiciais: o dever de fundamentação como método para aferir a efetivação do contraditório.

Para se aferir se houve a observância material do contraditório, deve-se averiguar se o juiz efetivamente se debruçou sobre o alegado e incorporou à fundamentação da decisão os argumentos favoráveis ou contrários ao alegado. Nesse sentido, o Código de Processo Civil estatui no art. 489, § 1º, IV, que é dever do magistrado fundamentar as decisões, rebatendo todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar seu entendimento.

Fredie Didier Jr. trouxe importante mecanismo como colaboração para o controle e aferição da validade das decisões judiciais. Ele explica que havendo multiplicidade de fundamentos, sendo um deles capaz *per si* à procedência do pedido, em função de concurso próprio de direitos ou para rejeição, em função das causas de defesa, será suficiente a análise apenas desse motivo pelo julgador para explicar as suas razões de decidir. Diante disso, não será mais necessária a avaliação dos demais fundamentos, pois já possível conceder à parte (autora ou ré) os efeitos almejados (DIDIER, 2017).

Há em parte o que Daniel Assumpção Neves entende sobre o art. 489, § 1º, IV, do CPC/15. Ele entende que o dispositivo modificou o sistema de motivação de decisões judiciais de “fundamentação suficiente” para “fundamentação exauriste”, pois o magistrado deveria enfrentar todos os argumentos das partes (NEVES, 2017).

Não exatamente. Se houver cumulação de fundamentos ou de causa de pedir, ou seja, concurso próprio de direito, é não preciso análise de todos os fundamentos da demanda (fundamentação exauriste) para a concessão ou denegação do pedido, mas apenas de todos os argumentos contrapostos do sucumbente aos argumentos do pedido do vencedor (DIDIER, 2017).

Explica-se: para que haja procedência de um pedido do autor, basta a análise judicial dos argumentos suficientes, específico àquele pedido, contraposto a todos os argumentos do réu referentes àquele mesmo pedido; assim como que para negar o pedido do autor, é indispensável a análise de todos os fundamentos desse pedido, mas não é fundamental avaliar todos os fundamentos da defesa (DIDIER, 2017).

4. O precedente do superior tribunal de justiça

Discute-se, com o que já foi exposto neste presente artigo, se com a alteração produzida pelo Código de Processo Civil de 2015, haverá modificação substantiva na *práxis* na forma como os juízes e tribunais lidam com a fundamentação das decisões, ou se ela não terá o condão de obstar o vigente realismo jurisprudencial dos tribunais brasileiros.

Para que se dê o tom do porvir, inclui-se nessa discussão os Embargos de Declaração ao Mandado de Segurança nº 21.315, julgado em 08.06.2016, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. Houve flexibilização da regra disposta no art. 489, § 1º, IV, do CPC/15 para dar-lhe interpretação conforme ao revogado código e, portanto, esvaziar a regra atual? Vejamos como entendeu o 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça:

(...) 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador

apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (...)

(EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016)

Quando da publicação do precedente, muito se falou sobre o fato de o art. 489, § 1º, do CPC não ter sido editado para “*confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça*”, muito pelo contrário, foi editada para demonstrar a consequente nulidade ante ausência de fundamentação da decisão que “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”.

Isso posto, o problema do precedente reside no esvaziamento da regra, do o art. 489, § 1º, do CPC, como já demonstrado, uma vez que a antiga técnica revogada persistiria (BECKER; TRIGUEIRO, 2016). Ora, deve o magistrado enfrentar todos os argumentos contrapostos do sucumbente aos argumentos que fundamentam o pedido vencedor.

Há aqui a potencialidade de ser encontrado tão somente um argumento capaz de derrubar todos os contrapostos. Será ele, pois, o motivo suficiente, o que implicará desnecessidade de análise dos demais argumentos do vencedor, porquanto o já analisado seja suficiente para a procedência daquele pedido em específico. Todavia, pode ser necessário que se debruce o magistrado sobre mais de um ou todos os argumentos do pedido vencedor para derrubar os contrapostos do sucumbente. O ponto fulcral é que sempre deverá haver a análise de todos os argumentos do sucumbente.

Assim, da expressão presente no precedente “*apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida*” não se extrai aquilo que efetivamente pretende o Código de Processo Civil de 2015: a robustez das fundamentações, o enfrentamento efetivo das partes e o contraditório que confira condições de participação efetiva das partes.

É mediante essa técnica de fundamentação que há certeza de participação efetiva das partes do processo, uma vez que houve demonstração de concreta potência de se infirmar a cognição judicial. Para tanto, deve o juízo enfrentar as teses levantadas, ao passo que se mostra a face material do direito fundamental de serem ouvidas, que é o direito de possibilidade de influência. Veja que é a possibilidade de infirmar o juízo que se deve flanquear às partes. O comprimento desse dispositivo, portanto, traz consigo o fundamento de legitimidade democrática posta em movimento e negar-lhe aplicação é negar tal premissa (CAPPELLETTI, 1993).

Percebe-se com facilidade que a legitimação democrática do Poder Judiciário não está fundamentada na forma de ingresso, senão na abertura de oportunidade para que as partes venham a se manifestar e efetivamente influir nas decisões. Assim, essa técnica de abertura procedimental e hermenêutica para ciência e, sobretudo, influência das decisões jurisdicionais não só confere ao Poder Judiciário legitimação democrática como também viabiliza o papel constitucional de guardião de direitos (CAPPELLETTI, 1993).

Considerações finais

A fonte legitimadora do Poder Judiciário, diferentemente dos outros poderes, não possui foco na investidura, senão nos mecanismos que possibilitam efetiva manifestação e influência sobre as decisões daquele poder. O exercício do direito constitucional de efetivo contraditório é instrumento primordial a serviço da legitimação recíproca, pois com ele o Poder Judiciário investe-se de capacidade de melhor tutelar os Direitos Fundamentais à medida que é assegurado por eles.

Certamente, a regra insculpida no art. 489, § 1º, IV, do CPC é uma garantia democrática da participação da sociedade civil no processo, uma vez que o juiz está obrigado a rebater cada um dos argumentos levantados pelas partes para que se considere fundamentada a decisão judicial. A negação desse imperativo

importa não apenas nulidade da decisão, mas também ausência de legitimação democrática, uma vez que construída a cada momento e cada manifestação jurisdicional.

Referências

ANDRADE, Aparecida de Moura. **A participação da sociedade civil no processo legislativo : a contribuição da Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados**. Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2181>. Acesso em: 27.02.2018.

BECKER , Rodrigo Frantz e TRIGUEIRO, Victor Guedes. **O STJ e a fundamentação das decisões**. Disponível em: <https://www.jota.info/opinio-e-analise/colunas/columa-cpc-nos-tribunais/cpc-nos-tribunais-o-stj-e-fundamentacao-das-decisoes-29092016>. Publicado em: 29/09/2016. Acessado em: 27.02.2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Editora Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993.

DENZ, Guilherme Frederico Hernandez. **A legitimidade democrática do poder judiciário e a politização partidária do juiz**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16304-16305-1-PB.pdf>. Acesso em: 26.02.2018.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: O fundamento místico de autoridade** / Jacques Derrida : tradução Leyla Perrone Moisés – 2ª ed. - São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2010

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela** / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 17 ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017

LAMY, Eduardo de Avelar e LUIZ, Fernando Vieira. **Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederick Schauer = Against the forward-looking aspect of precedent: a hermeneutics critic to Frederick Schauer**: Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 40, n. 250, p. 383-402, dez. 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/98347>. Acesso em: 26.02.2018.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. de Maria Conceição Córte-Real. Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I: arts. 1º a 45**. Rio de Janeiro. Forense, 1996.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 810.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **A essência da legitimação democrática do poder judiciário**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2009/a-essencia-da-legitimacao-democratica-do-poder-judiciario-juiza-orianapiske> . Acesso em: 26.02.2018.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **A força das decisões judiciais**. Revista de Processo: RePro, v. 38, n. 216, p. 13-34, fev. 2013. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/78353>. Acesso em: 26.02.2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? angústias e desconfianças**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 41, n. 259, p. 307-332, set. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/106016>. Acesso em: 27.02.2018.

A permanência ininterrupta dos efeitos do protesto notarial do nome do devedor de pensão alimentícia no Brasil como medida de efetivação do dever constitucional de prestar alimentos

Bruna Maria Jacques Freire de Albuquerque¹

Aline Inocêncio de Sousa²

Lucas Evangelista Costa³

Introdução

O direito à alimentação é garantia básica apregoada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88, e o inadimplemento de verba alimentar no Brasil é de excessiva complexidade e está distante de ter uma solução segura e eficaz para as partes nela envolvidas, alimentante e necessitado.

¹ Advogada, Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca – Espanha – USAL, Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca – Espanha – USAL, Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Especialista em Direito do Trabalho, Direito Ambiental e em Ciências Políticas pela Universidade de Salamanca – Espanha – USAL, Professora do Núcleo de Práticas Jurídicas da Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns – AESGA, Professora de Direito Civil e Empresarial da AESGA e da UNIFAVIP DeVry, Conselheira da Subseção Regional de Garanhuns da OAB-PE. E-mail: brunamariaj@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Garanhuns – FDG/AESGA. E-mail: alline.inocencio@hotmail.com

³ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Garanhuns – FDG/AESGA. E-mail: lucasaa@bol.com.br

Conforme o doutrinador Silva (2012), a pessoa que não pode prover o seu sustento pelo seu próprio trabalho não pode ser deixado à própria sorte. Desta forma, deve-se aplicar o preceito civil pátrio de ser dever da família do necessitado oferecer-lhe as condições mínimas de sobrevivência básica, sendo esta uma obrigação judicialmente exigível.

Neste sentido, pertinente se faz mencionar que os alimentos familiares podem ser definidos como as prestações devidas para a satisfazer as necessidades pessoais daquele que não pode provê-las pelo trabalho próprio (DINIZ, 2011). Desta forma, necessário se faz mais uma vez afirmar, que além de ser dever da família prestar assistência alimentícia ao necessitado, é também uma garantia básica judicialmente pleiteável com escopo na CF/88, no artigo 1.694 do Código Civil Brasileiro de 2002 – CC/02 e ainda na Lei nº 5.478 de 1969 – Lei de Alimentos.

A grande problemática que se encontra é no que se discerne ao modo de efetivação do título judicial ou extrajudicial que consigna obrigação de prestar alimentos. É notório que a efetivação de obrigação judicial se dá através de procedimento executivo, que visa entregar ao exequente o direito consubstanciado no título. Obviamente que por si só a execução não teria tanta robustez, portanto, surge a necessidade da existência das medidas de efetivação, que segundo Montenegro (2015), são meios de auxílio utilizados no processo executivo que visam a obtenção do resultado prático da obrigação consubstanciada no título executivo, seja judicial ou extrajudicial.

Por conseguinte, questiona-se acerca dos efeitos das medidas de efetivação aplicadas na tentativa de garantir o pagamento da verba alimentar atrasada ao alimentando. Mais especificamente, estudar-se-á o ônus que o devedor de alimentos inadimplente suportará ao ter seu nome protestado em cartório notarial, perspectiva consolidada pelo Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015 – CPC/15 que previu em seu texto a possibilidade da inscrição do devedor de pensão alimentícia no cartório de protesto,

até que seja realizada a satisfação total da dívida alimentar. Salientando-se que o direito processual aplicado ao direito de família recorreu do instituto do protesto que tem caráter essencial de direito empresarial, mais concretamente, do direito cambial.

No que diz respeito ao procedimento metodológico, optou-se pela pesquisa exploratória (SEVERINO, 2016), a fim de aprimorar o conteúdo apreendido, bem como quanto à técnica empregada, foi utilizada a pesquisa bibliográfica (LAKATOS; MARCONI, 2017) para dar suporte teórico ao que estará sendo estudado, haja vista a sua importância para que se possa dar lastro à pesquisa exploratória.

A normatização brasileira sobre prestação alimentícia

Desde o seu surgimento o ser humano sempre precisou ser alimentado para que pudesse exercer suas funções vitais (TARTUCE, 2015). Desta forma é considerado como um direito humano básico, conforme declaração feita pelo Pacto Internacional de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado por 153 países, no qual o Brasil foi um de seus signatários.

O Congresso Nacional, em 04/02/2003 promulgou a Emenda Constitucional nº 47, mais comumente conhecida como a “PEC da alimentação”, onde denota-se claramente que o direito humano à alimentação é uma garantia constitucional estipulada na Carta Magna brasileira, complementando aos demais direitos sociais.

Dentro do rol de garantias constitucionais acima expostos, encontra-se mais precisamente o direito à alimentação no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB. Sendo desta forma concebido como dever do estado e da família.

Constitucionalmente também se observa a garantia aos alimentos no art. 229 da CRFB, no qual determina que os pais tem a obrigação de cuidar e educar os filhos menores de idade, e estes devem amparar seus pais na velhice, carência ou enfermidade.

Tampouco se pode olvidar que o Estado brasileiro, conforme encontra-se disposto no art. 226 da CRFB trata a família como a base

da sociedade e tem especial proteção pelo ente público federal. Da mesma forma, logo afrente no artigo. 227 da CRFB, assegura-se prioritariamente como dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança e ao adolescente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito, entre outras garantias constitucionais.

Após a criação desses quatro artigos constitucionais, é notória a postura do legislador constituinte ao adotar na CRFB a forma analítica ampla, na qual se definem as garantias básicas aos cidadãos brasileiros; e neste caso, mais precisamente aos alimentos, objeto de estudo deste artigo, mediante feitura de legislação específica para desmiuçar e garantir a concretização dos alimentos na sociedade brasileira.

Neste sentido, a prestação alimentícia foi vastamente discutida na Lei n. 5.478/68. Inclusive, devido a sua importância, o magistrado, nos moldes do art. 4º da referida lei, pode liminarmente determinar a pedido da parte autora, alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, exigindo apenas a comprovação da filiação do alimentando. A decisão que fixa os alimentos produz apenas coisa julgada formal, não obstante que seja revista a qualquer tempo; caso haja modificação superveniente na situação financeira das partes. Assim permitindo a qualquer tempo a discussão acerca do binômio necessidade-possibilidade através de uma ação revisional de alimentos, ou no caso de emancipação do menor devido a sua conquista de autonomia financeira, mediante uma ação de exoneração de pensão alimentícia, que cessaria a obrigatoriedade do pagamento da prestação alimentícia.

Mais precisamente em relação ao binômio necessidade-possibilidade, que faz parte do entendimento maior da solidariedade familiar, Dias (2017), diz que deve ser observado pelo magistrado em cada caso em concreto, para que não cometa injustiça nem com o alimentando nem com o alimentante. Salienta-se que nem sempre os alimentantes são os genitores, e muitas vezes tal prestação alimentícia pode recair a uma responsabilidade avoenga, que além

do peso da idade, por serem mais velhos, são obrigados a suportar o ônus da paternidade ou maternidade alheia assim havendo uma grande probabilidade do comprometimento da sua própria existência, pois necessitam de medicamentos e cuidados especiais o que também demanda um alto custo.

Oriunda do latim “*alimentum*” a palavra alimento é conhecida popularmente no mundo como o ato de ingestão de substâncias em sua matéria sólida ou líquida para uma devida nutrição dos seres vivos em geral, no qual os seres humanos, juntamente com as plantas e os animais irracionais, fazem parte. Contudo, “alimento”, na hermenêutica jurídica do direito de família brasileiro, é visto em *lato sensu*, compreendendo um conjunto de necessidades básicas que o alimentando requer, como é o caso de saúde, moradia, alimentação, vestuário, educação, etc. Neste sentido, é válido citar a Sérgio Gilberto Porto (2003, p.17):

[...] Hoje já não mais existe qualquer divergência quanto à conotação técnico-jurídica do conceito de alimentos, pois a doutrina de muito firmou o entendimento de que, em tal acepção, devemos considerar não só os alimentos necessários para o sustento, mas, também, os demais meios indispensáveis para as necessidades da vida no contexto social de cada um.

A partir dessa análise, alimentos no ordenamento jurídico não é apenas analisado em sentido restrito, e sim, em sentido amplo, configurando-se como a prestação de meios fundamentais para a subsistência da dignidade humana, através do provimento das demais necessidades consideradas básicas para o indivíduo.

Conforme expressa Fábio Ulhôa Coelho (2012), há uma relação de responsabilidade entre alimentante e alimentado, no qual observa-se um elo no qual uma parte fica compelida a exercer a obrigação em favor da outra, a fim de suprir as necessidades desta.

Inclusive, não há apenas garantias constitucionais, civis e leis específicas, assim como destacado na parte introdutória deste artigo, sobre o tema alimentos, como também garantias penais na

falta do devido pagamento da prestação alimentícia, como pode ser citado o art. 244 do Código Penal brasileiro, *in verbis*:

"Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente gravemente enfermo:

Pena - Detenção de 1 (um) ano a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

Também se considera ofensa, nos moldes do art. 22 da Lei n. 5.478/68, sendo concebido como crime perpetrado em face da administração da Justiça quando o empregador ou funcionário público deixa de prestar ao juízo competente as informações necessárias à instrução de processo, execução de sentença ou acordo que fixe pensão alimentícia. Podendo, neste caso, ter uma punição de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, sem prejuízo da pena acessória de suspensão do emprego de 30 (trinta) a 90 (noventa) dias.

O parágrafo único do art. 22 da Lei n. 5.478/68 expressa que as sanções supracitadas também serão aplicadas nos casos em que o devedor se exime do pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada ou fixada. Também incorrem em pena as pessoas, físicas ou jurídicas, que se recusam ou procrastinam a executar a ordem de descontos em folhas de pagamento, expedida pelo juiz competente. Salientando que, conforme o art. 27 da referida lei, expressa que supletivamente nos processos regulados por ela mesma serão aplicadas as disposições encontradas no NCPC.

A obrigação de prestar alimentos e sua exigibilidade no Brasil

Como primeiro preceito relativo ao tema, o dever à prestação alimentícia, para que tenha seus efeitos jurídicos garantidos, deve ser determinado judicialmente ou acordado de forma extrajudicial. Desta forma poderá ser perseguido através do cumprimento de sentença ou execução de pensão alimentícia. Fato é que independente da via processual adotada os efeitos materiais serão os mesmos, a penhora de bens ou a prisão civil. Ambos estão elencados no art. 528 e seguintes do CPC/15.

Na hipótese do dever alimentar ser reconhecido em título executivo judicial o remédio processual ideal para pleitear sua efetivação deverá ser o cumprimento de sentença. Já na obrigação fundada em título executivo extrajudicial a saída processual adequada será a ação de execução autônoma. Na primeira possibilidade, conforme o CPC/15 em seu artigo 528 *caput*, o juiz mandará citar o executado ou a executada para que em três dias, pague o débito devido - tanto das parcelas vencidas quanto das vincendas no decorrer do processo, como especifica a Súmula 309 do STJ - prove que pagou ou justifique a impossibilidade de efetuar o pagamento devido.

Na segunda possibilidade, na qual a cobrança recairá sobre os bens do executado, será livre ao exequente propor a ação pleiteando o tempo atrasado, dentro de um interregno temporal de dois anos, desta forma, nos termos do § 8º do art. 528, o exequente poderá escolher livremente os diferentes meios executivos prognosticados em lei, que determina:

Art. 528. [...]

§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a

concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

Importante se faz dizer que com o advento do Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Lei nº 13.105/2015, a normativa do art. 19 da Lei nº 5.478/1968 (Lei de Alimentos), na qual o devedor inadimplente poderá ser preso em caso de não pagamento por até sessenta dias, não foi revogada, mas sim fortalecida, de forma que atualmente o alimentante poderá ser mantido no cárcere em regime fechado por até noventa dias, assim como leciona o parágrafo 3º do artigo 528, *in verbis*:

Art. 528 [...]

§3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do §1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1(um) a 3 (três) meses.

Se a decisão decretar a prisão do devedor, caberá a interposição do agravo de instrumento, porém não suspende a execução da ordem de prisão. Além do mais, o tempo que o devedor permanecer *in* cárcere não o isentará da dívida alimentícia, permanecendo essa até que seja satisfeita.

Ademais dos dispositivos mencionados anteriormente, que designam as medidas coercitivas máximas para o devedor de alimentos, a Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu art. 5º, LXVII, evidencia também acerca do tema ora exposto, assim a redação da Lei Maior determina:

Art. 5º [...]

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, **salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia** e a do depositário infiel; (grifo nosso)

Isto posto, as maneiras de efetivação previstas no CPC/2015 para a satisfação do débito alimentar são: desconto em folha de

pagamento, execução por quantia certa, por penhora, prisão civil e consequentemente a multa coercitiva, além disso, existem as medidas de efetivação, inclusive o protesto do nome do devedor inadimplente, onde o Juiz pode decretá-lo na forma do art. 517, CPC, e pela aplicação geral do art. 139, IV, como meios de satisfação da referida tutela, tudo isso obedecendo aos interesses do exequente.

Ao abordar o instituto da prisão civil, necessário se faz levar em consideração os meios executórios supramencionados, excetuando a prisão civil, como predominantes para o cumprimento da obrigação de prestar alimentos, obedecendo um benefício de ordem de acordo com o analisado em cada caso concreto. De acordo com (VENOSA, 2017), quando se tratar de devedor regularmente empregado o desconto deverá ser realizado diretamente pelo empregador em folha de pagamento, esta seria a forma mais cômoda e eficaz de obtenção da satisfação da dívida alimentar.

Conforme o Enunciado 309 da Súmula do STJ, já mencionado anteriormente, o débito alimentar que autoriza a prisão civil é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo, como já citado anteriormente (VENOSA, 2017). Venosa segue comentando que a prisão do devedor de pensão alimentícia está incluída nos atos concretos que o Estado pode realizar para satisfazer o credor alimentício.

O ônus da inscrição do devedor de pensão alimentícia no cartório de protesto no Brasil

É válido mencionar que o Brasil foi signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, realizada em 22/11/1969, sendo ratificada pelo Brasil em 02/09/1992, e valendo em âmbito nacional através do Decreto n. 678 de 06/11/1992. A partir de então, seguindo o art. 7º deste decreto, não é permitido mais no Brasil que haja prisão civil

por depositário infiel, excetuando as questões referentes à dívida de pensão alimentícia.

Muitas foram as discussões doutrinárias nos últimos anos acerca da validade e do ferimento do princípio da dignidade humana no tocante à prisão civil por questões alimentares. Inclusive houve em 2011 o Projeto de Lei n. 799/2011 do Deputado Paulo Abi-Ackel do PSDB-MG, no qual visava a extinção da prisão civil pelo não pagamento de pensão alimentícia. Substituindo tal penalidade por apenas a inclusão do nome do devedor no Serviço de Proteção ao Crédito SPC e SERASA (Centralização de Serviços dos Bancos). A justificação dada no projeto em referência é a de que a prisão não seria tão efetiva ao pagamento da dívida, inclusive porque o devedor estaria preso e sem condições de buscar meios na vida civil de buscar recursos para o pagamento da dívida alimentar. Sua proposta de apenas colocar o nome do devedor de prestação alimentícia no SPC e SERASA seria o suficiente para que o devedor não pudesse negociar em sua vida cotidiana antes do pagamento da dívida alimentar existente.

Contrariando a proposta feita pelo Projeto de Lei n. 799/2011, o CPC/15 não apenas manteve a penalidade da prisão civil por dívida alimentar, como também fortificou as formas de cobrança das dívidas oriundas da prestação alimentícia. E neste caso não serviu apenas para as baseadas na prisão civil, mas também para as execuções de pensão alimentícia pelo rito da penhora.

Somado à nova normativa processual cível brasileira, encontram-se direcionamentos jurisprudenciais pátrios para a concretização das medidas de efetivação adotadas para a satisfação dos créditos alimentares. Entre elas estão o requerimento da realização da penhora online pelo sistema INFOJUD e demais serviços informáticos a disposição dos tribunais, como o BACENJUD e RENAJUD, a fim de verificar possíveis bens ou valores monetários em nome do executado, ora alimentante devedor, capazes de responder por sua dívida garantindo assim a efetivação da prestação alimentícia devida.

Outra possibilidade contemplada pelos tribunais é, em sendo o alimentante beneficiário do INSS ou trabalhar com o devido registro na Carteira do Trabalho e Previdência Social – CTPS, será procedido o desconto diretamente em folha, evitando assim, inadimplimentos vitoriosos, que acarretariam novas execuções acerca das obrigações alimentícias não cumpridas.

Caso não seja cumprido devidamente o pagamento do débito alimentar, poder-se-á requerer também a suspensão da sua Carteira Nacional de Habilitação, até a completa satisfação da dívida alimentícia em atraso. Ou ainda, que seja descontado o valor alimentar devido, se houver, do saldo existente em conta do FGTS do executado.

Além de todas as possibilidades acima destacadas, como objeto principal deste estudo tem-se a possibilidade do protesto notarial do nome do devedor de pensão alimentícia inadimplente como medida de efetivação do crédito vencido. A possibilidade da inserção do cadastro do devedor inadimplente nos órgãos de proteção ao crédito já eram debatidas e aplicadas pelos tribunais como maneira alternativa de forçar o devedor a cumprir com sua obrigação.

O protesto, segundo o artigo 1º da lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997 é definido como “ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”. Outrossim, também é meio de efetivação do princípio *pacta sunt servanda*, que na visão de (GAGLIANO 2006) é aquele que diz que o dever acordado deve ser indiscutivelmente cumprido. Na hermenêutica jurídica, tendo em vista que tanto a sentença judicial como o acordo extrajudicial que versem sobre obrigação alimentar são títulos executivos podem, então, serem submetidos aos efeitos da restrição creditícia.

Definiu ainda (ABRÃO,1999) que protesto é típico ato formal e de natureza solene, destinado a servir de meio probatório na configuração do inadimplemento. Desta feita, pode-se conceber a utilização deste instituto como medida de efetivação em sendo um

importante aliado da perseguição do crédito alimentar vencido pelo alimentando, assim considerando-se um importante avanço no direito de família.

O novo Código de Processo Civil apenas aderiu a retrorreferida possibilidade, tornando-a presente em seu texto legal, assim como prevê o artigo 517 *caput*, *ipsis litteris*:

Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no artigo 523.

Assim, ocorrendo a inadimplência, recomenda-se ao credor alimentar que além de requerer a execução tome como próxima medida o protesto notarial da sentença para que sirva como meio de coação e constrangimento do devedor frente a sociedade. Segundo (OLIVEIRA *apud* PIRES: 1998) o “instituto do protesto tem como efeito imediato o abalo do crédito”. Gerando consequências negativas ao devedor, que é exposto ao constrangimento legal perante a sociedade, já que protesto é um ato público.

Além de constrangimento, fica ainda o inadimplente impossibilitado de exercer os atos de sua vida civil relativos ao comércio, que, na prática, é uma das coisas que mais incomoda e atrapalha o devedor, forçando-lhe a cumprir com sua obrigação para que então possa se ver livre do empecilho.

Ademais do protesto, o judiciário pode também autorizar a inscrição do devedor no cadastro negativo dos serviços de proteção ao crédito como por exemplo SPC e SERASA. Neste entendimento já decidiram alguns tribunais estaduais, *exempli gratia* TJSP, Agravo 990.10.152783-9/50000, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL - ALIMENTOS - EXECUÇÃO - Pretensão do exequente de inscrever o nome do devedor contumaz de alimentos nos cadastros do SERASA e SCPC - Negativa de seguimento por manifesta improcedência - Impossibilidade - Medida que se apresenta como mais uma forma de coerção sobre o executado, para que este cumpra sua obrigação alimentar -

Inexistência de óbices legais - Possibilidade de determinação judicial da medida - Inexistência de violação ao segredo de justiça, uma vez que as informações que constarão daqueles bancos de dados devem ser sucintas, dando conta apenas da existência de uma execução em curso - Privacidade do alimentante que, ademais, não é direito fundamental absoluto, podendo ser mitigada em face do direito do alimentado à sobrevivência com dignidade - Ausência de violação ao artigo 43 do CDC, uma vez que tal artigo não faz qualquer restrição à natureza dos débitos a serem inscritos naqueles cadastros - Cadastros que, ademais, já se utilizam de informações oriundas de distribuidores judiciais para inscrição de devedores com execuções em andamento, execuções estas não limitadas às relações de consumo - Argumento de que o executado terá dificuldades de inserção no mercado de trabalho que se mostra fragilizado, ante a possibilidade de inscrição de outros débitos de natureza diversa - Manifesta improcedência não verificada - Agravo de instrumento que deverá ser regularmente processado e apreciado pelo Órgão Colegiado, para que se avalie se estão presentes as condições para concessão da medida - Recurso Provido.

As medidas ora analisadas foram utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, que em 2015, antes mesmo da entrada em vigor da Lei 13015/15, autorizou que o nome de um devedor de alimentos fosse inscrito no SPC e SERASA. Nesse sentido, determinou o STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS. EXECUÇÃO. DEVEDOR. INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. INSCRIÇÃO. POSSIBILIDADE. DIREITO À VIDA DIGNA. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO LEGAL. COERÇÃO INDIRETA. MELHOR INTERESSE DO ALIMENTANDO. INOVAÇÃO LEGISLATIVA. ARTIGOS 528 E 782 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. É possível, à luz do melhor interesse do alimentando, na execução de alimentos de filho menor, o protesto e a inscrição do nome do devedor de alimentos nos cadastros de proteção ao crédito. 2. Não há impedimento legal para que se determine a negativação do nome de contumaz devedor de alimentos no ordenamento pátrio. 3. O mecanismo de proteção que visa salvaguardar interesses bancários e empresariais em geral (art. 43 da Lei nº 8.078/90)

pode garantir direito ainda mais essencial relacionado ao risco de vida, que violenta a própria dignidade da pessoa humana e compromete valores superiores a mera higidez das atividades comerciais. 4. O legislador ordinário incluiu a previsão de tal mecanismo no Novo Código de Processo Civil, como se afere da literalidade dos artigos 528 e 782. 5. Recurso especial provido.

Vê-se, do julgado apresentado, que tal medida visa salvaguardar o direito do menor aos alimentos, os quais se revestem de caráter essencial, uma vez que têm, como finalidade principal, possibilitar a dignidade da pessoa humana.

Conclusão

É ineludível que as ações de alimentos sobrecarregam as varas de família no Brasil, as quais têm competência para processar e julgar tais causas. Sabe-se também que os alimentos visam proporcionar, ao alimentado, uma vida digna, pautando-se, precipuamente, no princípio constitucional da dignidade humana. No entanto, a maior dificuldade encontrada na vivência da ação alimentar é sua execução, ou seja, efetivação diante daquele que se recusa a pagar.

Todavia, com intuito de diminuir a inadimplência das verbas alimentares, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu bojo a possibilidade do protesto do nome do alimentante inadimplente no cartório notarial, sendo esta medida uma das formas de se ver efetivada a tutela jurisdicional que verse sobre obrigação de prestar alimentos, uma vez que o crédito alimentar tem caráter de urgência. Tal medida, dentre outras previstas no ordenamento brasileiro, tem como finalidade fazer com que o devedor de alimentos seja compelido a satisfazer o débito, do contrário, será exposto a uma situação que poderá trazer consequências para sua vida civil, pois ficará impossibilitado de auferir crédito perante o comércio, desta forma lhe dificultaria as simples ações de compra e venda.

Ademais da prisão civil, medida coercitiva que impõe, também, ao alimentante, pagar seu débito, a previsão legal do protesto do nome do devedor de alimentos inadimplente no cartório notarial visa conferir ainda mais consistência à efetivação da sentença condenatória de alimentos, dando ao exequente, credor da verba alimentar, mais possibilidades jurídicas de ter sua prestação alimentícia adimplida.

Desta forma, pode-se afirmar que o protesto notarial é uma eficaz medida de efetivação, visto que o seu objetivo, através das restrições que traz ao devedor, é o de favorecer o princípio do *Pacta sunt servanda*, compelindo o inadimplente a cumprir com sua obrigação. Tem-se ainda neste pensamento, que a previsão da referida medida pelo CPC/15 trouxe uma outra realidade à problemática em questão, eis que se bifurca em duas vertentes, de um lado atribuiu maior segurança a quem figura no polo ativo de uma execução de alimentos e de outro trouxe consequências muito mais severas ao devedor, haja vista além de restringir seu crédito, ainda lhe causa constrangimento perante a sociedade, uma vez que o protesto se trata de ato público. Deve-se ainda afirmar que o protesto se diferencia das demais medidas de efetivação, visto seu caráter ser mais severo. Desta forma, defende-se sua utilização do protesto notarial como meio eficaz na persecução do crédito alimentar, por conseguinte elevando as chances de êxitos nestes tipos de demanda.

Diante de todo o exposto, é importante levar em consideração que o ordenamento jurídico, especificamente no que tange à área de família está em constante busca de novos meios de tentar garantir ao alimentando o direito a receber, basilando-se no princípio da dignidade humana, o crédito que é seu por direito. Pois, o Direito é o único meio que pode amenizar o sofrimento daquele que se vê na luta incansável para ter direito ao mínimo necessário para sobreviver, pois não podem existir pretensões ofensivas à dignidade humana que a justiça de um estado democrático de direito não alcance.

Referências

ABRÃO, Carlos Henrique. **Do Protesto**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** (Arts. 231, 22, 84). Brasília, DF: Senado Federal: Disponível em <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 18 jul. 2017

BRASIL. Lei nº 10.406 de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Disponível em <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Disponível em <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.478 de 1969 – Lei de Alimentos**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Disponível em <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 1990 – Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Disponível em <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.492 de 1997 – Lei de Protesto de títulos**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Disponível em <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 18 ago. 2017.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 799/2011. Acrescenta à Lei nº 5.478 de 25 de Julho de 1968, que regulamenta a ação de alimentos, o art. 24-A para dispor sobre a inclusão, em Serviços de Proteção ao Crédito, daquele que deixar, sem justo motivo, de pagar a pensão alimentícia judicialmente fixada**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E25228032EFCEA5BD6E2ED8713AECBCC.proposicoesWebExterno2?codteor=851540&filename=PL+799/2011>. Acesso em: 20 ago. 2017.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil, família, sucessões**, volume 5. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. 2 ed. rev. atual. e reform. V. IV. Tomo 1: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2006. p.38.

LAKATOS, Eva Maria & MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da Metodologia Científica**, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil, volume 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais**. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume V: direito de família**. 20 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PIRES, José Paulo Leal Ferreira; PIRES, Ieda Maria Ferreira. **Comentários à nova lei de protesto cambial e de documentos de dívida (Lei nº 9.492, de 10.9.97)**. São Paulo: Malheiros, 1998.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p 17.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**, 24 ed. São Paulo: Cortéz, 2016.

Tartuce, Flávio, **Impactos do novo CPC no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

**Transgeneridade, encarceramento
e vulnerabilidade:
o direito ao reconhecimento da identidade
de gênero como uma questão
de direitos fundamentais**

Carlos Henrique Félix Dantas¹

Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto²

Ana Beliza Gomes Lima Vasconcelos³

Introdução

Ainda nos dias atuais as pessoas transgêneras sofrem discriminação e exclusão social em face da sociedade heterocisnormativa. Essa postura discriminatória, por sua vez, contribui para a construção do estigma de marginalização dessas pessoas, tanto que o Brasil, até então, é considerado o país que mais mata transexuais e travestis no mundo, de acordo com dados da

¹ Graduando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Integrante do Grupo Frida de Gênero e Diversidade. Voluntário na Iniciação Científica (PIBIC/UNICAP). E-mail: carloshenriquefd@hotmail.com

² Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Integrante do Grupo Frida de Gênero e Diversidade. E-mail: manuelcamelo2012@hotmail.com

³ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Integrante do Grupo Frida de Gênero e Diversidade. E-mail: ab.vasconcelos6@gmail.com

organização não governamental *Transgender Europe* (TGEU) (lembrar de referenciar ao final). Ademais, é sabido que, como grupo vulnerável, tais indivíduos sofrem um recorte social o qual os deixa mais propícios a violações de garantias fundamentais, dentre as quais se encaixa uma maior sujeição às situações de criminalização.

Tendo em vista tal realidade, o presente trabalho objetivou analisar o direito ao reconhecimento da identidade de gênero das pessoas trans em situação de cárcere como um direito fundamental, tendo em vista o fato de tal ambiente ser incompatível com às suas subjetividades. Para tanto, a pesquisa preocupa-se, também, em compreender a transgeneridade na perspectiva do reconhecimento da identidade de gênero como um direito fundamental, bem como a estigmatização social voltada para essas pessoas na sociedade brasileira.

Além disso, busca-se analisar, ainda, o processo de marginalização e criminalização das pessoas trans na sociedade à luz da criminologia crítica, a fim de compreender sua maior suscetibilidade ante o controle punitivo estatal. Nessa continuidade, buscou-se, também, compreender de que forma o sistema prisional brasileiro contribui para violar o direito fundamental ao reconhecimento da identidade de gênero das pessoas transexuais e travestis em situação de cárcere.

Sendo assim, a pesquisa pautar-se-á no método analítico-dedutivo, através de revisão bibliográfica, a fim de criar um embasamento teórico-jurídico para defender o reconhecimento da identidade de gênero das pessoas encarceradas como um direito fundamental e da personalidade humana. Afinal, o ambiente carcerário não pode estar afastado da realidade de proteção às identidades dessas pessoas, pois tal reconhecimento implica em garantia constitucionalmente protegida.

1. Transexualidade e travestilidade: o reconhecimento da identidade de gênero como um direito fundamental

Na contemporaneidade ser transgênero⁴ carrega a compreensão de estigmas em torno da identidade de gênero do ser transexual ou travesti. Diante disso, a marginalização da identidade *trans* reflete características da nossa sociedade construída a partir do patriarcado e do binarismo, as quais não devem se sobrepor ao reconhecimento de direitos fundamentais da pessoa humana, como o é o direito à identidade em sua dimensão de direito da personalidade.

Vale-se salientar, ainda, que a compreensão de estigma carrega consigo o entendimento de um atributo que produz um amplo descrédito na vida do sujeito. Assim, em situações extremas, é entendido como uma falha ou defeito, a qual constitui uma discrepância entre a identidade social virtual e a identidade real, ocasionando, para os estigmatizados a redução de oportunidades em face da perda da identidade social e deteriorização da imagem pessoal em face do modelo que convém à sociedade (BEATRICI, 2009, p. 3). A partir disso, entendemos que a percepção de estigma em torno da identidade transgênera possibilita a não equiparação de oportunidades e igualdade material⁵ perante aos demais sujeitos de direito que não carregam consigo a identidade *trans*.

⁴ Segundo as lições de Enézio de Deus (2011, p. 98), transgêneros são indivíduos que independentemente da orientação sexual ultrapassam as fronteiras de gênero construídas ou esperadas culturalmente para um ou para outro sexo. Assim, são indivíduos que mesclam nas suas formas plurais de feminilidade ou masculinidade traços que vão além das questões de gênero comum, por isso, a expressão “transgênero” pode englobar *travestis, transexuais, drag queens, drag kings, os cross-dressers, os transformistas entre outros(as)*.

⁵ A igualdade material não se confunde com a igualdade meramente formal, compreendida pura e simplesmente como a aplicação de medidas iguais para indivíduos com necessidade diferentes – medida ineficaz para a tutela jurídica de grupos vulneráveis, no nosso sentir. A igualdade material, por outro lado, se preocupa em atender, a partir da ótica da diferença e da hipervulnerabilização, a redistribuição dos recursos sociais, em prol de romper as diferenças. Busca-se garantir em meios eficazes, assim, as necessidades diferenciadas dos grupos que não são iguais a partir de suas especificidades; afinal, garantir a mesma prestação jurisdicional para indivíduos que possuem necessidades diferenciadas não proporcionaria a garantia plena e efetiva de inserção destes indivíduos no *locus* de proteção social a que cabe o Estado enquanto garantidor.

Por outro lado, devemos compreender, ainda, a identidade de gênero como as identificações histórico-sociais dos sujeitos, que se reconhecem como masculinos ou femininos, enquanto que identidade sexual diz respeito à forma como a sexualidade é vivida (LOURO *apud* SILVA JÚNIOR, 2011, p. 110). Nesse sentido, acreditamos ser a identidade de gênero a forma como o indivíduo se compreende enquanto sujeito em pleno exercício de sua faculdade mental e gozo dos seus direitos individuais, enquanto que a sexualidade está diretamente relacionada ao exercício das vivências do prazer e da autonomia privada; direitos esses que devem ser compreendidos como inalienáveis à condição humana.

Não obsta dizer, entretanto, que o reconhecimento da identidade de gênero *trans* é influenciada pelos ideais de terceiros, alheios aos seus sentimentos de anseio ao auto reconhecimento do próprio corpo e a capacidade de autoderminação da identidade pessoal. Nesse sentido, sobrepuja-se um movimento no judiciário de reconhecimento para além das particularidades e individualidades, também do reconhecimento da personalidade fora de uma perspectiva medicalizada, em virtude de que ainda hoje ser transexual ou travesti é sinônimo de possuir o transtorno de *disforia de gênero*.

A partir das lições de Saadeh (2004), no ano de 1990, a Organização Mundial de Saúde estabeleceu internacionalmente um diagnóstico para o “transexualismo”⁶, incluindo-o no Manual de Classificação das Doenças da Organização Mundial de saúde – CID-10, como um transtorno mental e de comportamento. É a partir dessa interpretação de diagnóstico de patologia que a comunidade *trans* se vê muitas vezes obrigada a passar para ter o reconhecimento da identidade pessoal garantida. Entretanto, segundo Miriam Ventura (2007, p. 149), outros aspectos ainda devem ser analisados,

⁶ A adoção do sufixo “ismo” na palavra transexualidade reflete a concepção de patologização da identidade transexual, a qual ainda hoje é entendida como um transtorno mental e de comportamento.

As controvérsias éticas e jurídicas acerca das intervenções médicas necessárias para a “mudança de sexo” dos transexuais se concentram na discussão acerca dos limites e possibilidades dos atos de disposição do próprio corpo, e de autodeterminação da identidade sexual, que está relacionada não só à interpretação das limitações legais existentes, mas, como já referido, a compreensão, valoração e julgamento, pelos saberes, médico e jurídico, da transexualidade, como expressão da sexualidade (VENTURA, 2007, 148).

Diante disso, percebe-se que as discussões acerca da possibilidade de disposição sobre o próprio corpo e autodeterminação da identidade sexual são elementos centrais de discussão e controvérsia quanto a própria garantia da identidade individual da pessoa transgênera. Não obstante a isso, a discussão quanto ao direito à liberdade de uso e auto manipulação do corpo devem perpassar pela ideia de que esse é um elemento da personalidade, entendido como forma de vivência pessoal e escolha de valores importantes para a pessoa em interação com um contexto social, a qual exprimem a possibilidade de exercício de direito à autonomia (LARA, 2014, p. 29).

Trata-se de se reconhecer a autonomia privada quanto ao uso e manipulação do próprio corpo como um direito fundamental da pessoa humana desde que, conciliado ao princípio da dignidade da pessoa humana, venha a garantir mais benefícios do que malefícios a saúde psicológica do indivíduo em realizar alguma alteração corpórea de caráter irreversível.

Noutros aspectos, ainda nos cabe salientar que dentro da transgeneriedade, a transexualidade e a travestilidade não são tratadas como sinônimos⁷. Na verdade, cada qual possui uma expressão de identidade de gênero diversa. Conforme Enézio de Deus (2011, p. 99), as pessoas travestis aceitam, do ponto de vista psicológico, o sexo

⁷ Inclusive, dentro do próprio movimento LGBT, muitas das pessoas transexuais e travestis não se enxergam como “transgêneros”, pelo que, há debates no sentido de alterar a sigla para LGBTTT, onde cada um dos três T’s representaria cada uma das identidades trans, quais sejam transexuais, travestis e transgêneros.

biológico do seu nascimento, e ao longo do desenvolvimento psíquico-social constroem um imaginário próprio, cuja identificação se volta para o sexo oposto. Por outro lado, segundo o mesmo autor, as pessoas transexuais apresentam desconexão psíquico-emocional com o sexo biológico do nascimento, não se identificando com o gênero esperado para o seu próprio corpo. Diante disso, entende-se que a diferença primordial se dá na não consonância com o sexo biológico se comparado com a travestilidade.

Por fim, há ainda quem diga que parte da comunidade transexual não queira realizar a cirurgia de readaptação do sexo em face da possibilidade de perder a sensibilidade erótica no coito sexual, haja vista que, ainda hoje, parcela dos médicos que se dedicam a realizar as cirurgias, fazem-nas em péssima qualidade técnica, culminando numa vida de negação ao prazer. Por isso, há quem confunda essa quantidade de pessoas transexuais que não desejam fazer a cirurgia com pessoas travestis. Tal perspectiva, portanto, enseja reflexões no sentido de repensar essa “classificação”, tendo em vista que, na verdade, a principal diferença entre transexual e travesti reside, verdadeiramente, numa questão de autorreconhecimento e autoidentificação, para além de perspectivas biologizantes ou conceituais, pois “A questão do gênero é, sobretudo, uma questão pessoal, quando não personalíssima que não se deve impor [...] por uma classificação estrita [...]” (LIMA; NASCIMENTO, 2014, p. 84).

2. A criminologia crítica e o estigma social: as pessoas trans como grupo vulnerável sujeito à marginalização e à seletividade penal

Entendidas as questões atinentes à identidade de gênero e, mais precisamente, referentes às identidades trans, cumpre agora refletir acerca da estigmatização sofrida por essa parcela da população e qual a relação específica desse estigma com a atuação punitiva do Estado.

É imperioso destacar, *a priori*, que as sociedades ocidentais, dentre as quais se encontra a brasileira, foram construídas a partir do ideal de uma heterocisnormatividade compulsória, significando que o meio social impele seus membros a seguirem o padrão da heterossexualidade e da cisgeneridade (ANGONESE; LAGO, 2017, p. 261). Tal contexto, por sua vez, acabou por deixar às margens da proteção sócio-legal aqueles indivíduos que não se encaixassem nos padrões de sexualidade e de identidade de gênero hegemonicamente impostos.

Essa marginalização específica sofrida por essa população, a seu turno, a qual foi chamada pela filósofa Judith Butler (*apud* PEREIRA; GOMES, 2017, p. 215) de abjeção, caracteriza-se pela negação da existência e da dignidade dessas pessoas. Isso, pois, as suas violações dos padrões sexo-gênero socialmente impostos corrobora para que tais corpos, tidos como abjetos, sejam vistos a partir da ótica do “não merecer existir” (PEREIRA; GOMES, 2017, p. 215).

Ante tal panorama, inúmeros atentados e abusos à dignidade das pessoas transexuais e travestis podem ser constatados ainda hoje na realidade brasileira. Dentre tais violações, podem ser citadas:

- a) a patologização das suas identidades, anteriormente mencionada;
- b) a falta do acesso ao mercado de trabalho, tendo em vista que, segundo dados da Associação de Travestis e Transexuais – ANTRA, 90% dessa parcela populacional sobrevivem de trabalhos informais e marginalizados (OTONI, 2014 *apud* PEREIRA; GOMES, 2017, p. 215);
- c) a falta de acesso à educação, tendo em vista a taxa de 82% de evasão escolar dessas pessoas, segundo pesquisa da Comissão de Diversidade Sexual e Gênero da Ordem dos Advogados do Brasil (ALMEIDA, 2016);

d) a falta de apoio da família, manifestada, muitas vezes, através de violência intrafamiliar, considerando que, em 2014, dentre as agressões denunciadas no disque 100, canal para denúncia de violações contra direitos humanos, uma em cada seis agressões contra LGBTs foram cometidas por parentes das vítimas (IKEMOTO, [201-]);

e) a grande exposição à violência e aos atentados contra suas vidas, tendo em vista que o Brasil é o país que mais mata pessoas transexuais e travestis no mundo, com praticamente o quádruplo de mortes do segundo colocado, o México, segundo dados da Organização não Governamental *Transgender Europe* (2016, p. 1).

Nessa toada, tendo em vista todos esses fatores acima expostos, os quais instituem às pessoas trans um lugar subalterno na sociedade, pode-se dizer que tal realidade corrobora para uma vulnerabilização dessa população, culminando na segregação desses indivíduos. Sobre tal perspectiva discorre Barbosa (2016, p. 9),

Nas ruas não é só a prostituição o único fantasma, mas as drogas, e em seguida o tráfico delas é outro caminho tortuoso dos que não se veem como sujeitos de valor suficiente para exercer uma função socialmente. Neste caso específico, as adolescentes travestis não se reconhecem nem mesmo como sujeito, pois elas são absurdamente estranhas a qualquer definição de sujeito na sociedade.

Nessa perspectiva, sob uma realidade permeada pela pobreza, falta de acesso a empregos formais, estigma e marginalização, é possível afirmar que as pessoas trans se encontram numa situação mais vulnerável em relação à criminalidade e ao controle penal. Para que se possa compreender tal condição de forma clara, torna-se necessária uma alusão à criminologia crítica, e aos conceitos de seletividade e vulnerabilidade penal.

No papel de detentor do monopólio punitivo ante a sociedade, encontra-se o Estado, o qual, objetivando o controle da

criminalidade e a punição dos indivíduos desviantes da norma penal, possui como argumento legitimador de sua atuação repressora a proteção de uma sociedade saudável e a garantia de ordem e segurança. Entretanto, tem-se como posta na realidade, o direcionamento primordial de tal repressão penal em face das camadas menos afortunadas, e quando às modalidades de delito essencialmente praticadas por tais sujeitos, considerando-os de antemão como potenciais criminosos. Tal seleção prévia de indivíduos sujeitos ao poder penal do Estado se intitula como *seletividade penal*. (BARATTA, 1999)

Tal situação pode ser explicada pela necessidade de manutenção de poder e privilégios das classe economicamente dominantes, as quais são imunizadas do controle penal estatal, em especial no vigente contexto capitalista, e, também, pelos estereótipos de potencial criminoso difundida pela mídia e pelo populismo punitivo, numa realidade onde a pobreza e os excluídos socialmente são marginalizados. Tal questão é agravada no Brasil, tendo em vista este ser um país de raízes oligárquicas, patriarcais e racistas, que tiveram como deslinde um Estado penal repressor e indiferente às garantias fundamentais. (CARVALHO, 2010)

Sob tal prisma, através do processo de seletividade supracitado, o qual torna as camadas menos favorecidas alvo preferencial do controle penal repressivo, tem-se a criminalização desses sujeitos, expondo-os à vulnerabilidade quanto ao cárcere e ao *status* de indivíduo criminalizado. Acerca da questão da transexualidade como foco de tal problemática, pontua Guilherme Gomes Ferreira (2014, p. 74),

As sexualidades e gêneros considerados dissentes, nesse sentido, seriam algumas das determinantes que certamente provocariam a seleção de certos sujeitos para o sistema penal, sobretudo quando aliados à vulnerabilidades já experimentadas antes do processo de encarceramento (...) além disso as travestis latino-americanas, em especial as brasileiras, são profundamente sujeitas a essa seleção penal por serem também amplamente consideradas sujeitos fora

da norma – não só da norma heterossexual e cisgenera, como também em razão de suas classes sociais e raças/etnias – e frequentemente seus comportamentos e modo de vida são considerados potencialmente criminais.

Sendo assim, salientando-se aspectos como a pobreza e empecilhos ao acesso ao mercado formal de trabalho na realidade das pessoas *trans*, é possível evidenciar tais aspectos como intimamente ligados à exclusão social e a falta de serventia dessas pessoas em meio à sociedade capitalista. Dessa forma, tal parcela da população se torna inoportuna aos objetivos do Estado e, como resultado de tal condição, recai sobre elas a repressão estatal e a criminalização em meio ao cárcere, como resposta a suas condições de vida.

Sendo possível conceber o cárcere no Brasil como um instrumento de controle dos socialmente excluídos, participantes das camadas mais vulneráveis do corpo social, atuando como reprodutor do crime e da miséria. O ambiente carcerário é incompatível com a dignidade e realização pessoal de qualquer ser humano, atuando, na verdade, como mecanismo desumanizador onde são dissolvidas as garantias fundamentais de seus integrantes. A partir dessa premissa, é importante ressaltar a hipervulnerabilidade e desumanização das pessoas *trans* em meio ao sistema prisional, tanto em decorrência do estigma em relação a sua identidade de gênero, como também em relação a condição de indivíduo criminalizado.

3. Prisões (trans)excludentes: o cárcere como um ambiente hostil ao respeito à dignidade das pessoas transexuais e travestis

Trabalhar a temática do âmbito prisional, na realidade brasileira, é falar também das inúmeras violações à dignidade dos indivíduos que estão sujeitos a segregação carcerária. Isso, pois, ainda hoje, não são poucos os relatos de aviltamentos a direitos dos internos, os quais, a depender da sua maior ou menor condição de

vulnerabilidade, ficam mais expostos às opressões e às subjugações das suas garantias fundamentais, como ocorre no caso da população de travestis e transexuais em situação de cárcere.

Insta salientar, aprioristicamente, que a forma a qual foi idealizado o sistema carcerário nacional, a partir da “[...] lógica presente na sociedade: a heteronormatividade e o binarismo sexual, sendo estas premissas quase inquestionáveis perante o Estado” (SILVA; ARCELO, 2016, p. 33), contribui para instaurar uma atmosfera de total descaso com as pessoas trans encarceradas, acarretando, por sua vez, em diversas situações violadoras e vexatórias para esses indivíduos. Dentre tais abusos sofridos por esse grupo de pessoas, inclusive, pode-se citar as denúncias recentemente feitas pelo Relatório do Conselho de Direitos Humanos do Distrito Federal, em agosto de 2017, onde se constatou no Complexo Penitenciário da Papuda, dentre outras práticas abusivas: a) o desrespeito ao nome social; b) a exposição da intimidade das pessoas trans à uma população de gênero diverso do seu; c) revista íntima vexatória; d) vedação de tratamento hormonal (MARQUES, 2017).

Nessa toada, ante um cenário de puro descaso e discriminação com essas pessoas, é imperioso discutir acerca da fundamentalidade do respeito à identidade de gênero também na realidade carcerária. Isso, pois, tal reconhecimento emana do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no inciso III do art. 1º da Carta Constitucional. Nesse sentido, ressalta Luis Roberto Barroso (2011, p. 667-668),

[...] no plano dos direitos individuais, ela se expressa na autonomia privada, que decorre da liberdade e da igualdade das pessoas. Integram o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas. [...] Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, que correspondem ao mínimo existencial. Todo

indivíduo tem direito a prestações e utilidades imprescindíveis à sua existência física e moral, cuja satisfação é pré-condição para o próprio exercício da autonomia privada e pública.

Dessa forma, pode-se perceber que o referido preceito constitucional apresenta uma dimensão dupla, onde se faz necessário que o Estado garanta o mínimo existencial (dimensão social), para que os indivíduos possam exercer de forma plena e efetiva o seu direito à autonomia (dimensão privada). Assim, não há como negar que o reconhecimento do direito à identidade de gênero está intrinsecamente ligado à dignidade humana, visto que perpassa pelo exercício das liberdades existenciais, devendo tal direito ser protegido e respeitado. Para tanto, é necessário o investimento do Estado numa sistemática de políticas públicas, as quais promovam a defesa verdadeira e adequada das identidades daquelas pessoas trans que se encontrem sob a sua custódia, visto que o encarceramento não retira a humanidade desses indivíduos.

Nessa continuidade, importa destacar que, mesmo que a Lei de Execução Penal não traga aspectos específicos no tocante à proteção das pessoas trans em situação carcerária⁸, tem-se, em âmbito internacional, a edição da Carta de Princípios de Yogyakarta⁹, os quais “[...] tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero” (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p. 8). No referido diploma internacional, tem-se especificamente o princípio de número 9, Direito a Tratamento Humano Durante a Detenção, o qual dispõe que,

⁸ A Lei de Execução Penal, Lei n.º 7.210/1984, em seu Título IV, Dos Estabelecimentos Prisionais, mostra-se claramente alicerçada a partir de uma ótica heterocisnormativa e biologizante do gênero, dividindo as penitenciárias em masculinas e femininas, com base no sexo biológico dos internos, sem haver disposições específicas no tocante a identidade de gênero desses indivíduos.

⁹ Em que pese o fato de tal instrumento não possuir força vinculante, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal já fez referência aos referidos preceitos no julgamento do Recurso Extraordinário nº 477.554 de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Toda pessoa privada da liberdade **deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana**. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa.
(PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p. 18, grifo nosso)

Assim, corroborando com o que já foi exposto supra, o princípio 9º da Carta de Yogyakarta consagra o respeito à identidade de gênero, inclusive, no âmbito carcerário, tendo em vista a privação de liberdade não descaracterizar a dignidade que é inerente à toda pessoa. Ademais, o referido preceito faz, ainda, algumas sugestões de como os Estados podem atuar para preservar e respeitar tais identidades nessas circunstâncias, dentre as quais, citam-se, dentre outras: a) evitar uma maior marginalização dessas pessoas dentro do cárcere; b) promover o acesso à terapia hormonal e a tratamentos de redesignação sexual; c) assegurar que as pessoas participem das decisões quanto ao local adequado à sua identidade de gênero; d) assegurar visitas conjugais; e) proporcionar o monitoramento do cumprimento dessas disposições; f) promover a capacitação das pessoas que atuam no sistema prisional quanto às questões referentes à identidade de gênero. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p. 18)

Nesse sentido, pode-se destacar como medida até então adotada pelo Estado Brasileiro a edição da Resolução Conjunta nº 1/2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), a qual se destina ao acolhimento da população LGBT durante a privação de liberdade. No tocante as pessoas transexuais e travestis, a resolução traz medidas muito importantes para tentar garantir o respeito aos direitos fundamentais dessas pessoas, como: a) o direito ao uso do nome social de acordo com o gênero, o qual deve constar no registro de admissão do estabelecimento, constante do art. 2º; b) tratamento isonômico entre mulheres trans e mulheres cis em privação de liberdade, constante no parágrafo único do art. 4º; c) uso de roupas femininas ou masculinas e a manutenção do comprimento dos cabelos, conforme o gênero,

constante no art. 5º; d) atenção à saúde, constante no art 7º, o que inclui, também, o acesso à tratamento hormonal em conjunto com tratamento de saúde específico; e) capacitação continua dos profissionais dos estabelecimentos prisionais, constante no art. 10º.

Por fim, em que pese a importância de tal normativa, faz-se mister que o Poder Público atue de forma eficaz, a fim de proporcionar a efetividade de todos esses direitos e garantias previstos, a fim de evitar situações como as relatadas supra no Presídio da Papuda em Brasília. Para tanto, além do investimento na sistemática de políticas públicas para a garantia do mínimo existencial ao respeito dos direitos dessas pessoas, urge também a movimentação do legislativo no reconhecimento legal dos direitos da população LGBT.

Considerações finais

Em que pese a construção de estigma em torno da identidade transgênera, deve-se impor, na medida de efetivar as garantias do direito da personalidade e do reconhecimento da identidade de gênero como um direito fundamental da pessoa humana. Nesse sentido, necessário é reconhecer a identidade *trans* a partir de duas dimensões fundamentais de garantias: a) sob a perspectiva de direito da personalidade, assim, garantindo nas relações entre privados a real adequação social de respeito; b) sob a ótica dos direitos fundamentais da pessoa humana, imputando-se, por conseguinte, a perspectiva macro de dimensão da proteção humana que possua a pessoa com identidade *trans*.

Diante disso, implica dizer que a identidade de gênero deve ser entendida sob um novo patamar de garantia e respeito, para que em situações pontuais, como o encarceramento da pessoa trans não seja sinônimo de desrespeito às garantias individuais da personalidade humana. E, noutros parâmetros, a constituição de direito fundamental implica em imediato dever do Estado em

garantir políticas públicas de respeito a um direito fundamental inerente a condição humana.

Não obstante ao que se expõe aqui, impera-se, também, a necessidade de compreender que para além do reconhecimento binário de identidade de gênero, há outras expressões plurais de exercício íntimo do ser, dentre as quais, a identidade transexual e travesti. Como dito anteriormente, não se tratam de sinônimos, nem tampouco, simplificada, de conceitos amarrados, mas perpassam, essencialmente, pela própria concepção de autorreconhecimento do indivíduo que possua identidade de gênero diversa da binária.

Por outro lado, a partir da exposição dos fatores os quais instituem às pessoas trans um papel de menos valia na sociedade, restou compreendida, a figura das pessoas trans - muitas vezes integrantes das classes sociais menos favorecidas, dada sua intrínseca relação com a falta de recursos financeiros – integrada ao estereótipo de criminalidade, fator em razão do qual a atuação do controle penal recai de forma mais severa sobre tais indivíduos. Nessa perspectiva pode-se compreender a atuação do Estado como um mecanismo de manutenção da pobreza e da exclusão social dessas pessoas, quando, na verdade, deveria ter o papel primordial de promover a proteção e emancipação de tal grupo, dada sua vulnerabilidade.

Ademais, percebe-se que os complexos prisionais, a partir do seu panorama heterocisnormativo, corroboram com a situação de exclusão e de segregação sofridas pela população trans. Dessa forma, é importante que o Poder Público invista em uma sistemática de políticas públicas de promoção dos direitos da população trans no cárcere, máxime no que diz respeito às suas identidades de gênero, de forma a coadunar com as disposições internacionais em matéria de direitos humanos e também promover o respeito à dignidade desses indivíduos.

Referências

- ALMEIDA, Aline. Evasão escolar entre travestis é bem maior. **Flacso na mídia**, Cuiabá, 23 maio 2016. Disponível em: <<http://flacso.org.br/?p=15833>> Acesso em 04 dez 2017, às 00:30.
- ANGONESE, Mônica; LAGO, Mara Coelho de Souza. Direitos e saúde reprodutiva para a população de travestis e transexuais: abjeção e esterilidade simbólica. **Saúde e Sociedade**, v. 26, p. 256-270, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v26n1/1984-0470-sausoc-26-01-00256.pdf>> Acesso em 27 out 2017, às 00:07.
- BARATTA, Alessandro, **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 1999.
- BARBOSA, Maria Júlia Leonel. **Travestis adolescentes em conflito com a lei: O duplo grau de punição**. In: revista Eletrônica Publica Direito. 2016. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=d79199b86238c86b>> . Acesso em 12 de outubro de 2017, às 22:00.
- BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspoivm, 2011.
- BEATRICI, Alexandra Ferronato. O que os olhos não vêem: sobre os mitos e estigmas ocultos na alfabetização de adultos. **Revista de Educação do Ideau**, Itajaí, v. 4, n. 8, Junho 2009. Disponível em <<http://forumeja.org.br/sc/files/O%20que%20os%20olhos%20não%20vêm.pdf>> . Acesso em 11 dez 2017, às 14:57.
- BRASIL. CONSELHO Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). **Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014**. Disponível em: <http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/normativos-2/resolucao-conjunta-no-1-cnpcc-cncd_lgbt-15-de-abril-de-2014.pdf> Acesso em: 08 dez 2017, às 19:00.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 08 dez 2017, às 19:00.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 477.554/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado: 16-08-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>> Acesso em 12 de jul de 2017, às 16:07.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**: O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010.

FERREIRA, Guilherme Gomes. **Travestis e prisões**: a experiência social e a materialidade do sexo e do gênero sob o lusco-fusco do cárcere. 2014. 143 f. Tese de mestrado em serviço social – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

IKEMOTO, Luisa. Transexuais e travestis sofrem violência dentro de casa. **Correio brasileiro**, Brasília. Disponível em: <<http://especiais.correiobrasiliense.com.br/transexuais-e-travestis-sofrem-violencia-dentro-de-casa>>. Acesso em 04 dez 2017, às 1:00.

LARA, Mariana. **O direito à liberdade de uso e (auto) manipulação do corpo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

LIMA, Heloisa Bezerra; NASCIMENTO, Raul Victor Rodrigues do. Transgeneridade e cárcere: diálogos sobre uma criminologia transfeminista. **Revista Transgressões**: ciências criminais em debate, Natal, v. 2, n. 2, p. 75-89, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6444/5256>>. Acesso em 10 dez 2017, às 16:00.

MARQUES, Marília. Relatório denuncia situação de travestis e transexuais em presídios do DF. **G1**, Brasília, 27 set 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/relatorio-denuncia-situacao-de-travestis-e-transexuais-em-presidios-do-df.ghtml>> Acesso em 04 dez 2017, às 00:30.

PEREIRA, Fabio Queiroz; GOMES, Jordhana Maria Costa. Pobreza e gênero: a marginalização de travestis e transexuais pelo direito. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 22, n. 2, p. 210-224, 2017. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/800>> . Acesso em 03 dez 2017, às 18:00.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.** Disponível em:

<http://www.dbnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf> Acesso em 08 dez 2017.

SAADEH. Alexandre. **Transtorno de Identidade Sexual:** um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino. Tese (Doutorado em Psiquiatria). Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, área de concentração Psiquiatria. Orientadora: Profa. Dra. Carmita Henlena Najjar Abdo, 2004. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/pt-br.php>>. Acesso 07 dez 2017, às 14:53.

SILVA, Ramon Antonio; ARCELO, Adalberto Antonio Batista. Heteronormatividade e sistema carcerário no Brasil contemporâneo. **Sistema penal & violência**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 30-37, 2016. Disponível em: <[file:///C:/Users/Sergio/Downloads/23597-101608-3-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Sergio/Downloads/23597-101608-3-PB%20(1).pdf)> Acesso em 08 dez 2017, às 18:00.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VENTURA, Miriam. Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. *In*: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

TRANSGENDER EUROPE. **30 de Março de 2016: Nota de Imprensa, Dia Internacional da Visibilidade Trans.** Disponível em: <http://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/03/TvT_TMM_TDoV2016_PR_PT.pdf>. Acesso em 03 dez 2017, às 00:00.

Geração Z:
um ensaio sobre o empoderamento social
presente na atual política brasileira

Carolina Celestina da Silva

Leila Mitzi Rodrigues Nunes

Victor Matheus Santos Nogueira de Souza

1. Introdução

A democracia sempre andou lado a lado com o povo, porém nos últimos tempos isso vem parecendo se tornar fruto de uma utopia. Crises políticas e sociais não mexem apenas com o bolso de uma nação, mas também com aquilo que se entende como sua própria identidade. Gerações e mais gerações de pessoas vem e vão, cada uma deixando sua marca. Há muito têm-se tentado decifrar seus enigmas, mas da mesma forma que nascem como um evento também se findam. É um ciclo vicioso onde os acontecimentos são as chaves para o surgimento de novas formas de olhar para o mundo. Compará-las é um trabalho intenso, mesmo assim na década de 60 uma repórter britânica, Jane Deverson, criou um conceito para tentar diferenciá-los, dando origem à nomenclatura “geração x”. Muito se evoluiu neste trecho temporal, e desde então surgiu a necessidade de conceituar as gerações seguintes de acordo com algumas letras do alfabeto. Hoje vive-se a geração z que é composta por pessoas nascidas entre 1988 e 2010 e sua principal característica é atrelada ao fato de serem nativas digitais. A geração

z não está claramente definida em uma época, mas em um comportamento: uma geração originada no contexto em que o mundo global estava eclodindo e que é cada vez mais conectada. O objetivo desse artigo é, não apenas fazer um comparativo entre essas gerações, mas principalmente, destacar o quanto ela se tornou ativa na atual política do Brasil. A geração Z deixou a sua marca e em seu slogan desenhou um megafone capaz de expor suas ideias. Chega de rótulos passivos, chega de comodismo, chega de se contentar com menos do que deveria, a geração z chegou para mostrar ao mundo que ter voz não é uma oportunidade, é um direito.

2. O comportamento da sociedade diante de grandes fatos

A ideia de que os fatos renovam a sociedade não é nova, na verdade sempre houve uma correlação entre grandes marcos e suas gerações posteriores. Há toda uma psicologia por trás desse tema que torna mais fácil a compreensão. Cada fato gera um valor, esses valores vão se acumulando até que algum impacto social ocorra, não necessariamente algo grande, mas algo que seja forte o bastante para tocar uma certa parcela da população, após a eclosão do fato novas formas de olhar para a sociedade surgem e essas são frutos do valores acumulados que estão contidos neles, sendo assim uma sociedade embrião. O processo embrionário surge com o primeiro fato que gera um determinado valor social e daí ela vai se desenvolvendo até que, por algum acontecimento, possa eclodir.

Isso significa dizer que há todo um processo de construção por trás de uma nação e que cada momento, por menor que ele seja, traz um novo corpo para uma estrutura que ainda está em construção. A título de exemplo têm-se as grandes guerras. A segunda guerra mundial trouxe para a sociedade o “boom” que faltava para a integração das pessoas no cenário político-social e ela nada mais foi que uma cúpula de valores que estava cheia e que devido aos fatos acabaram por explodir. O mundo pós-guerra ainda era um campo minado, mas dessa vez com as minas desarmadas, pois a fragilidade

que resultou desse conflito foi sentida por gerações e mesmo não havendo um confronto direto todos podiam sentir a vulnerabilidade que pairava no mundo. Nos anos que sucederam o fim desse conflito militar, a política mundial tentou inovar e trouxe a paz como o foco de sua nova geração de direitos, mas ela não foi a única consequência dessa transição pois foi nesse espaço de tempo entre guerras civis, o holocausto e bombas atômicas que uma nova onda sonora surgiu, a voz popular agora queria ser ouvida e dessa vez ela também desejava se perpetuar.

A vontade de justiça pode ter sido forte demais ou talvez, como explica a própria psicologia, a sensibilidade nessa fase da vida seja maior e por isso foram eles, os jovens daquela época, os mais influenciados pelos fatos. Existem várias explicações para o narrativo pós-guerra, mas a que melhor representa esse sentimento de mudança foi transcrita pelo autor Douglas Coupland em seu romance *Geração X: Contos de uma cultura acelerada*. O fato é que a preocupação dos jovens saiu do espaço da futilidade e alcançou patamares mais interessados com a política nacional.

Eu só quero mostrar à sociedade que as pessoas nasceram depois de 1960 e passaram a pensar sobre as coisas ... Estamos cansados de rótulos estúpidos, estamos cansados de ser marginalizados em empregos péssimos e estamos cansados de ouvir sobre nós mesmos dos outros. (COUPLAND, Boston Globe, 1991)

Os jovens refletem o ambiente em que vivem, capturam de cada momento as suas necessidades e traduzem isso em sua própria existência. Sendo assim, cada geração traduz essencialmente a externalização do seu tempo, de sua cultura, sua política, seus impactos. A história por trás de uma época é contada através das pessoas que resultam dela, logo após a segunda guerra eclode a geração da empatia, pós-globalização têm-se a geração dos avanços e estas não estão presas a uma faixa etária característica de seus atos, mas sim a um comportamento, a uma cadeia de eventos que tem como resultado uma personalização de seres humanos.

Conformismo, desinformação, fragilidade, silêncio... Essas palavras já não existem para os jovens do século XXI, acreditar cegamente e se calar diante dos fatos já não é mais uma opção. A globalização vedou o silêncio e a geração z trouxe como principal arma o movimento do cyberativismo. O âmago dessa juventude que surgiu junto com mundo globalizado representa a principal característica dessa geração, na verdade, talvez seja ela a representatividade dos grandes marcos do mundo: A democracia, o feminismo, a luta por justiça e igualdade. Essa geração traduz veemente a força por trás de uma nação. Já não cabe mais em seu dialeto a repressão, eles querem não apenas ouvir sobre o mundo, mas também querem que os ouçam. O novo jovem, assim como o antigo quer ser ouvido, porém dessa vez com mais seriedade e por isso lutam com todas as suas forças para manterem a equidade com aqueles que não admitem o seu poder.

3. Geração Z e a atual crise político-social

Dentre todos os campos a qual a geração z influenciou, não há nada mais impactante a se falar do que as influências no campo da política. Segundo pesquisas do Instituto Data Popular (2016) mais de um terço dos eleitores é formado por jovens com idades entre 16 a 33 anos.

“O levantamento revela, entre outros dados interessantes, que essa turma, por ser mais informada do que seus pais e levar dinheiro para dentro de casa, contribuindo para o aumento da renda, forma opinião, influencia no voto da família e pode até decidir a eleição (ISTOE, 2014)”

Na atual luta de poderes que paira no país, há apenas uma pedido a ser feito por essa juventude tão determinada para com as suas metas, eles não querem que em meio a tantos manifestos o retrocesso social vença. O retrocesso supracitado tem haver com uma série de fatos ocorridos nos últimos anos no Brasil, podendo

ser citado o Manifesto de 2013, o Projeto de Lei Complementar 24/2016 ou o próprio processo de impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff.

A insatisfação popular acabou alavancando uma série de manifestações e pedidos por parte da população e estes foram o primeiro aviso de que algo deveria ser feito.

3.1 Manifestações de 2013

A explicação sobre as crises políticas serem uma consequência natural de um sistema representativo ou que as falhas fortalecem uma nação não servem mais como justificativas, tentar adornar a realidade, por mais feia e destrutível que ela possa parecer não resolve o problema. Existe uma bolha muito grande e dentro dela existem vários pontos onde o país é falho. Políticas de saúde, educação, segurança, integração, esses são os grandes impedimentos na sociedade brasileira, mas vale ressaltar que não são os únicos. Grandes problemas iniciam-se com pequenas falhas.

A geração que surgiu pós-mundo moderno utilizou da tecnologia para tentar fiscalizar os administradores públicos e pressionar para soluções mais eficazes e capazes de saciar a inquietação do povo. Esse avanço a qual essa juventude foi exposta fez com que meias palavras não a convencessem e como principal exemplo disso têm-se o ocorrido no ano de 2013 no país. O marco de alcance internacional foi ao limite da inconformidade do povo e o que parecia ser uma revolta pelo aumento das tarifas de transporte público, logo mostrou sua verdadeira face. Existia naquele momento uma insatisfação para com o governo muito maior que os vinte centavos que estava não só ligada ao problema, mas também a forma como o próprio governo estava lidando com eles e isso resultou em um emaranhado de conflitos onde foi erguida, com mais vontade do que em outros fatos, a bandeira da mudança. Ora derivada da corrupção, ora derivada da falta de compromisso com

seus pontos de campanha, a verdade é que a população do Brasil já não sabia mais a quem recorrer.

“A corrupção aumentará entre os corruptores e também entre os que já estão corrompidos. O povo distribuirá entre si toda a fazenda pública e, como terá unido a gestão dos negócios à sua preguiça, desejará reunir à sua pobreza os divertimentos do luxo. Mas com sua preguiça e seu luxo, terá como objetivo apenas o tesouro público. Ninguém deverá se espantar se votos forem comprados a dinheiro. Não se pode dar muito ao povo sem retirar dele ainda mais; porém para retirar dele é necessário subverter o Estado. (MONTESQUIEU, 2000, p. 122)”

Grande parte do que se entende por mudança está em seu conceito: “alternar ou modificar”, como diz o próprio dicionário Aurélio, mas acidentalmente, ou não, aquele ponto em específico queria dizer mais sobre o que estava por vir do que as pessoas imaginavam. A verdade é que o país queria muito que ficasse. Que ficasse o legado, que ficasse a coragem, que ficasse a esperança de que algo melhor estaria por vir e a confusão dos fatos se deu, justamente, pelo contraditório na ideia popular. Por anos elas estavam acostumadas a políticos, a partidos, a uma sequência de decisões e por isso foi tão conflitante quando elas perceberam que aquelas escolhas não eram mais suas ou que aqueles políticos já não mais as representavam. Tão acostumados a tratar a política como uma revistinha em quadrinhos onde só o que importa é o protagonista, que acabaram esquecendo que ao invés de políticos, o grande herói a qual clamam arduamente são eles mesmos.

Talvez a não aceitação da geração Z, em principal pela mídia, se dê pelo fato de que ela obrigou todos a pensarem em suas escolhas e a questionarem seus projetos para representantes e como diria Platão: “Não há nada de errado com aqueles que não gostam de política, simplesmente serão governados por aqueles que gostam”. Não que a mídia seja o grande carrasco das más decisões, pode-se dizer apenas que seja ela uma boa arquiteta.

3.2 O Impeachment da Ex-Presidente Dilma Rousseff

O processo de impeachment foi o segundo grande caso em que a voz do povo urrou em conformidade para poder tentar mudar a força ativa dominante na alta cúpula do país, antes do processo de 2016 houve um outro caso de escândalo presidencial que também resultou em um pedido de impeachment sendo este contra Fernando Collor (Presidente entre os anos de 1990 até 1992). Houveram desvios nas histórias dos presidentes que fizeram com que, apesar de semelhantes, os fatos não resultassem na mesma coisa. Enquanto Collor renunciou a Presidência da República antes de sofrer condenação no processo de impeachment, Dilma continuou até o seu último suspiro tentando fazer com que a sua condenação não ocorresse.

O mérito deste ensaio não julgar os motivos pelo qual a Senhora Dilma Rousseff foi condenada ou se de fato havia motivos para a sua condenação, em suma este artigo preocupasse em delinear o quanto foi relevante o fator povo para o processo em si. Ao chegar ao ápice do incontentamento com o governo Dilma, o povo se manifestou de todas as formas possíveis, sendo pelas redes de mídia ou se fazendo presente em passeatas quilométricas em prol de suas reivindicações.

O fato é que mesmo sendo uma votação fechada ao entendimento do Congresso Nacional, a pressão do povo foi o ponto chave para que algo tão emergencial como um processo de impeachment ocorra. O caso acima deve ser visto como resposta a pergunta: E o que acontece quando começamos a questionar a estagnação relativa às soluções. A linha que perpassa sobre esse tema foi a mesma que pontilhou o livro “O que é uma Constituição?”, do autor Ferdinand Lassalle. Há um embate muito perceptível entre os fatores políticos e sociais e ele vai ficando cada vez mais claro quando se entra no processo de impeachment. Naquele contexto estava claro que havia muito mais que uma disputa de forças reais de poder do que qualquer outra coisa e dentre

suas articulações políticas e a voz da nação, o povo ganhou de lavada. O fundamento por trás do processo de impeachment não é o foco deste ensaio, mas sim a capacidade de mostrar que independente da batalha entre as forças ativas de poder, o próprio constituinte sempre será maior.

3.3 O povo que está por trás do projeto de lei complementar 24/2016

A vaquejada consiste em uma atividade típica do Nordeste brasileiro a qual dois vaqueiros montados em seus respectivos cavalos tentam derrubar um boi. O tema se tornou extremamente polêmico quando o STF declarou inconstitucional uma lei cearense que regulamentava a prática da vaquejada. A proposta do PLC 24/2016 nada mais era do que uma forma de regulamentar a prática histórica no território nacional. Entretanto houve uma grande divisão na balança entre aqueles que defendiam o movimento e o consideravam como uma herança cultural muito forte do país e aqueles que abominavam a sua prática sob o argumento de que ela feria direitos de proteção ao meio ambiente.

O tema se tornou mais acalorado quando, dentro do embate, a massa brasileira queria providências rápidas para que o exercício da vaquejada fosse reconhecido como um tesouro da nação. O ponto chave desse movimento não foi o projeto de lei em si, mas sim na forma com qual o povo tomou as rédeas da situação, não aceitando menos que uma prontificação veloz, além de positiva, dos seus representantes. Mais uma vez a pressão popular foi tão forte que para tentar acalmar os ânimos foram necessárias medidas mais fortes do que uma simples declaração pública.

O PLC 24/2016 foi uma forma de reforçar a ideia de que direta, ou indiretamente, o poder que constitui toda uma nação ainda está nas mãos de quem elege e não apenas dos que foram por eles eleitos.

4. Cyberativismo, imediatismo e a era das manifestações.

Não se pode negar que esta geração, acima de qualquer outra, é a que mais repercute informações e tudo ocorre de forma instantânea onde muitas vezes aqueles que não estão acostumados com a velocidade das notícias sentem-se perdidos e mal conseguem acompanhar a disseminação em momento real dos fatos. A verdade é que a geração Z trouxe consigo dois grandes movimentos: O cyberativismo e o imediatismo e estes por sua vez vieram para mostrar que toda história tem seus dois lados.

Em um primeiro momento têm-se o cyberativismo que é um movimento independente onde diferentes grupos se unem pelas mais diversas causas e no outro está o imediatismo, ou melhor, a busca do agora. Os dois movimentos eclodiram frente a globalização e foram propagados pela justamente por quem resultou desse fato. O impacto de tais movimentos é notório e a princípio o conceito satisfaz, pois é através do cyberativismo que os jovens além de socializar também podem utilizar as mídias sociais para um fim social muito mais amplo. Pessoas de diversos lugares do país se unem em prol de uma causa e a divulgam pelo Facebook, Youtube, Twitter, etc.

O espaço que as redes sociais ocupam atualmente é muito amplo e por isso o movimento do cyberativismo é bem aceito por aqueles que querem fazer a diferença e participar, além do mais este movimento recebe um impulsionamento de outro, também recente, que é o imediatismo. A ideia dessa segunda corrente é que a divulgação de informações se dê de forma instantânea ou, como o próprio nome diz, imediata. Ocorre que ele faz com que os fatos sejam divulgados em tempo real e permitem que todos, sem restrição etária nenhuma, possam acompanhar informes importantes ligados às áreas da política, do entretenimento, da cultura e muito mais.

Os movimentos vinheram com uma proposta muito sólida: Possibilitar que a participação do brasileiro seja algo comum e sem

restrições e é exatamente por isso que acabou sendo tão bem aceita. Entretanto, por serem movimentos bem marcantes e com um objetivo bem delimitado é comum que ocorram ocasionais consequências sociais, seja pelo que lutam, seja por quem luta.

4.1 A consequência dos movimentos para a sociedade

É inegável que os dois movimentos são formas claras de tentar atingir um grau de participação popular mais amplo nas tomadas de decisões, porém nem tudo o que reluz é ouro. O cyberativismo permite que os jovens além de se unirem, exponham a sua opinião e isso é fenomenal a não pelo fato de que na maioria das vezes essas pessoas se baseiam no senso comum para pautar suas notícias e apesar de ser algo inato a espécie humana, o senso comum é muito perigoso, principalmente quando junto a ele você soma o fato de que essas informações que podem ou não ser verídicas tem a possibilidade de ser disseminada para um grande número de pessoas e instantaneamente.

O grande perigo é que infelizmente ainda não há nesses movimentos um filtro de veracidade e isso faz com que qualquer ponto se torne muito perigoso nas mãos dos jovens que podem a qualquer momento expor fatos irreais e transformar uma situação social que já não está muito equilibrada, em um grande caos.

Não há uma forma mais suave de dizer que são dois grandes movimentos que não foram feitos para o povo brasileiro. O caos se instala por qualquer fato e isso na mão de pessoas que não tem plena noção do que divulgam é a literal transcrição de um campo de batalha. Ter a possibilidade de compartilhar ideias com pessoas que moram a quilômetros de distância e poder pactuar para algo maior é ótima, porém ainda não há uma preparação para isso. Não significa que essas correntes não sejam eficazes ou que um dia elas não possam ser bem sucedidas no Brasil, limita-se apenas a dizer que infelizmente este não é o local e nem o momentos para esquecer

os filtros e permitir que algo inflamável transcorra uma nação que já está tão fragilizada.

5. Lassalle, Hesse a força que está por trás de uma constituição.

O grande embate entre os autores Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle sempre foi em torno da força que movimenta uma constituição e isso é uma dúvida que a doutrina ainda não conseguiu solucionar, pois existem diferentes modos de entender o que domina uma carta magna. Do ponto de vista de Lassalle existem vários fatores que podem assumir uma constituição, já ao analisar o pensamento de Hesse é possível notar que para ele a constituição não precisa de nada para ser suprema, pois há uma força emanando dela muito maior do que qualquer outra. Ambos se preocuparam em esclarecer quem detém o poder sobre a constituição e esqueceram, de com a mesma intensidade, se perguntar se é ela a maior forma de representação de um povo.

Parece ser tão óbvio que a carta constitucional é uma das formas mais belas de democracia que se tornou até cômico questionar isso, mas entre forças e mais forças quando que se percebe o momento em que ela para de representar?

O paradigma acerca de uma nova visão para o estado brasileiro é estabelecido logo quando se entra no campo político-social e isso está ligado ao fato de que os últimos anos da política nacional deram foco a um tema muito pontuado nas últimas décadas que seria: Qual o momento correto para que se possa levar em consideração a possibilidade de uma nova constituição? Ou melhor, quando é necessário que haja a substituição de um documento tão importante quanto uma Carta Magna?

Essas perguntas se tornaram mais notórias com a entrada dos movimentos do cyberativismo e imediatismo, as pessoas já não conseguem acompanhar a velocidade por trás deles e de suas gerações e isso faz com que a sociedade sinta que a capacidade atemporal da constituição tenha se perdido. O sentimento de

regressão não é culpa do documento, mas sim da falta de equilíbrio que há com essa nova geração e seus conceitos.

Ao analisar o cenário contemporâneo brasileiro é possível observar que grande parte de seus conflitos está ligado intimamente ao modo como o próprio povo se comporta frente às adversidades. É compreensível que o modo como tudo ocorreu na história nacional seja refletida em sua constituição e isso de certa forma é demasiadamente perigoso já que o resultado de uma má execução constitucional não se deva a própria constituição em si, mas é na verdade um conjunto de fatores que implacavelmente está atrelado às pessoas que a executam. A constituição é o condutor de uma sociedade e por isso em face de uma crise político-social é a primeira a ser colocada a prova.

Não se tem um momento definido para se pensar em uma mudança, pois como foi dito, tudo depende dos fatos e das forças ativas por trás deles, porém deve-se levar em conta que a constituição é um dos pontos essenciais da ideia democrática e por isso deve ser levada com muita seriedade, pois se a cada crise ela for trocada então não há um sentido para se ter uma.

A constituição cidadã é a mais moderna na história do Brasil e a mutação constitucional faz com que a sua adaptação aos diversos imprevistos ao longo do ano seja maior. Não se deve esquecer que a constituição representa um povo e que por isso ele deve zelar por sua integridade e aplicação. Não há de fato um regresso no texto constitucional, apenas uma demora compreensível em acompanhar uma cultura que está tão acelerada. Existe a possibilidade para se pensar em uma mudança na letra da lei, mas em um momento de crise política essa saída não é a mais viável e talvez seja a mais perigosa a se tomar.

6. Conclusão

Ao chegar a fim deste ensaio conclui-se que a geração dominante na atual ordem do país está sempre prestes a crescer e

possui muita garra para enraizar de forma mais ativa os seus ideais, porém não pode-se esquecer que assim como essa já surgiram muitas outras e por isso tomar atitudes drásticas imaginando ser ela o término das demais é algo muito perigoso. A geração Z veio para reativar a ideia de que o poder está nas mãos do povo e foi através dela que eles conseguiram sentir, mesmo que brevemente, o sabor da liderança.

Os manifestos e a sede por visibilidade não foram o fim, mas apenas o começo de mais um ciclo, pois vale ressaltar que do mesmo jeito que elas findam-se outras gerações são capazes de surgir.

Referências

LASSALE, Ferdinand. O que é uma constituição? trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

HESSE, Korand. Força normativa da constituição trad. Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Fabris, 1991.

COUPLAND, Douglas. Geração x: contos de uma cultura acelerada. Ed. Teorema, 1999.

ISTOE, O que os jovens pensam sobre a política, 2012 – Disponível em site: https://istoe.com.br/380009_O+QUE+OS+JOVENS+PENSAM+SOBRE+A+POLITICA/. Acesso em 15 de novembro de 2017.

O poder judiciário e o sujeito adolescente: ranços menoristas e garantias constitucionais

Carolina Braga Cavalcanti da Cunha¹

Elaine Barros de Castro Nunes²

Érica Babini L. Do A. Machado³

Gisele Vicente Meneses do Vale⁴

1. Introdução

As legislações brasileiras até o advento do Estatuto da Criança e do adolescente tiveram a cultura menorista e o discurso assistencialista como uma regra no cenário jurídico e política, de modo que menores eram objeto de tutela do Estado, razão pela qual não eram destinatários de garantias constitucionais. Entretanto, normativamente, o cenário fora superado com Doutrina da Proteção Integral, porém, como aponta Garacía Mendez (2004), há uma permanente crise de implementação e interpretação desse novo paradigma.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica – PIBIC/UNICAP.

² Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Pesquisadora Bolsista do Programa de Iniciação Científica – PIBIC/CNPQ.

³ Doutora em Direito Pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE. Professora da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

⁴ Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica – PIBIC/UNICAP.

A partir dessa constatação, para compreender as abordagens atuais acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente, é indispensável compreender como elementos culturais e históricos que marcaram os dispositivos anteriores, especialmente o papel que o positivismo criminológico do século XIX exerceu junto à legislação do período menorista no Brasil. Outrossim, é imperioso identificar a herança de tal positivismo na formação do imaginário social sobre o criminoso, ocasião em que se formou a ideia de que o adolescente é "perigoso" e "mau" e verificar se esse imaginário invadiu o campo de atuação do Poder Judiciário, visto que a história das políticas públicas aponta um papel assistencialista na gestão de crianças e adolescentes exercido pela magistratura (RIZZINI, 2004).

Assim, problematiza-se a herança do positivismo criminológico por parte da magistratura, especialmente ante o populismo punitivo, questionando se podem constituir barreiras/mantenedores do punitivismo estatal na seara infanto-juvenil. Nesse sentido, questiona-se a legalidade das decisões judiciais baseadas em dados menoristas, no modelo de um Estado Democrático de Direito.

Para sustentar as hipóteses levantadas neste artigo, a metodologia utilizada, em termos hipotéticos dedutivos, é a de revisão bibliográfica, sob a égide dos estudos da criminologia crítica.

2. O positivismo criminológico e a recepção do saber no Brasil: metamorfoses e interesse das elites no controle da população

A teoria do positivismo criminológico surge a partir do século XIX, no continente europeu, tendo como base teórica a análise, de viés científico, da vida social, incluindo-se, nesta seara, o crime. Começava-se, então, a despertar nos estudiosos da época uma espécie de curiosidade: queria-se saber a origem do crime e, mais especificamente, a causa de torna-se "criminoso".

Nos países centrais, na fase do capitalismo imperialista em meados do século XIX, a criminologia enquanto ciência cumpre

papel central no desenvolvimento da acumulação de riquezas, pois tem como função garantir condições gerais de produção que o período do liberalismo não foi capaz de realizar. Isto é, a intervenção do Estado nas relações sociais é para encarregar-se dos processos que o capitalismo não poderia, como as condições gerais de existência de uma classe dominante e o controle dos problemas sociais que teriam surgido com a industrialização⁵.

O positivismo surge, segundo como uma ideologia para sufocar revoluções populares existentes em razão das desqualificações da desigualdade tão decantada pelos filósofos clássicos (ANITUA, 2008), chegando a torna-se não somente uma escola de pensamento, mas uma cultura duradoura até os dias atuais, especialmente no Brasil (BATISTA, 2011).

Para a fundamentação teórica foi produzida uma matriz discursiva comum, baseada na neutralidade científica e na generalização, promovendo uma racionalização justificadora a partir de um quadro teórico centrado em estereótipos e etiológicas, naturalizando o aprisionamento sem qualquer questionamento acerca da seletividade do sistema penal.

O saber médico, como visto desde a desconfiguração da demonologia, passa a realizar papel fundamental neste novo cenário, indicando pela medicina individual, a psiquiatria alienista e o higienismo, aqueles sujeitos que seriam portadores de anomalias e imperfeições, devendo ser curados para o bem de todos.

Então para a profilaxia social foi guiada pela medicina que além de sanar enfermidades, tinha por função estabelecer relações com organização social, indicando leis, auxiliando o magistrado e vigiando a saúde pública. Tudo ordenado pelos cânones científicos.

A criminologia positivista tem berço neste contexto. Imunizada de críticas, devido ao caráter científico de suas investigações, a própria

⁵ É que as formulações da criminologia científica de “inferioridade física e moral contribuíram para reforçar a ideologia a ideologia dominante e para justificar a desigualdades de uma sociedade que se proclamava fundamentalmente igual”. DEL OLMO, 2004, p. 45.

nomenclatura de – estudo do crime- é construída com a finalidade de explicar cientificamente a criminalidade.

A Escola Positiva, originada do estudo da antropologia criminal e a análise dos dados, tem em Lombroso o início do estudo do homem sob perspectivas fisiológica e psíquica. Nas observações de loucos e delinquentes, percebeu o legista italiano que estes são uma variedade antropológica a parte que apresentam caracteres especiais, desde a patologia à degeneração e ao atavismo, representando, portanto, raças inferiores, diferente do tipo normal de homem são, desenvolvido e civilizado (LOMBROSO, 1987).

Não obstante as observações lombrosianas, a sociologia criminal, inaugurada com Ferri, apresenta percepção diferente da antropologia criminal, que nas palavras do autor, ela atua com dados que a antropologia não leva em conta, pois não se limita à história natural do homem delinquente, observada apenas o valor anatômico, fisiológico ou psicológico, leva em conta as consequências sociológicas. Neste caso, onde se dá o limite da antropologia, segue a sociologia criminal (FERRI, 2000, p. 50).

Neste sentido, a escola criminal positiva rechaça o raciocínio dos juristas porque entende que, através da físeo-patologia, já restou comprovado que o livre-arbítrio não existe e é pura ilusão metafísica. O que existe no homem, em termos de ação, é um refinamento em graus do instinto animal. Isto pode ser comprovado nas fases de desenvolvimento das manifestações - “movimento físico externo, corrente fisiológica centripeta, manifestação psíquica, corrente fisiológica centrífuga, movimento físico externo” (FERRI, 2000, p. 5) - igual e ambas as espécies (animal e hominal).

A figura do “homem delinquente”, define sinteticamente os esforços do saber, indicando um ente diferente, como uma espécie de outra raça da do ser humano. Estabeleceu-se a diferença entre seres inferiores e superiores e este mecanismo foi apropriado pelos sistemas punitivos como forma de justificação de sua atuação.

O fundamento de cientificidade que garantiu a autoridade do discurso teve por base metodologias racionais, inspiradas na Escola

Degeneracionista de Morel (fundamentado na hereditariedade, incurabilidade, caracteres físicos e constitucionais), no Evolucionismo de Darwin (o homem branco europeu como primeiro da fila da hierarquia racial) e no Atavismo de Lombroso (o reaparecimento em um descendente, de caracteres não presentes nos ascendentes imediatos, mas nos remotos).

A proposta de defesa social baseava na prevenção geral, justificando o sequestro e isolamento do indivíduo para ao mesmo tempo proteger a sociedade e tratar o desviado, afinal, o delinquente era um doente com desvios físicos e psíquicos e deveriam ser colocados em instituições disciplinadoras. Era necessário uma verdadeira rede posto que as classes perigosas ameaçam naturezas diversas – criminal, sanitária e política – e podiam provocar epidemias, crimes ou rebeldias. O controle de instituições deveria ser completo.

A partir do instante em que se esboça a constituição de um saber médico sobre a sociedade, desde que se inventariam, com o objetivo de normalização, os componentes do espaço urbano, o objeto da medicina adquire uma dimensão de totalidade; o que é passível de intervenção da medicina passa a não possuir fronteiras no interior da vida social (MACHADO, 1978, p. 234).

É de bom alvitre atentar para o fato que o discurso darwinista, em termos políticos, foi a base de sustentação teórica para as práticas conservadoras, especialmente do imperialismo europeu de dominação do mais forte e mais adaptado à seleção natural – a Europa sobre o continente africano e asiático, fato que garantiu a visibilidade e penetração da ciência evolutiva e determinista dos finais do século XIX, até então desconhecidas (SCHWARCZ, 1993).

Não é necessário adentrar nos detalhes das obras do positivismo bioantropológico de Lombroso, o positivismo idealista de Garofalo e o penal-sociológico de Ferri, porque não é o propósito desta passagem, mas apenas assinalar que o determinismo biológico e social foram construídos como causas da criminalidade, cabendo

às estruturas do Estado conter o avanço do doente e curá-lo (BARATTA, 2002).

A ciência, portanto, exerceu papel fundamental para neutralizar as críticas e elaborar o desenho teórico da nova demanda, com o objetivo de “proteger o capital, conservar a ordem e não perturbar o progresso” (DEL OLMO, 2004, p. 44), não sendo a criminologia somente o desenvolvimento do pensamento científico da época, mas manifestação para a práxis social da época.

No contexto da América Latina, verifica-se que o positivismo se propagou pela administração, pela filosofia, pelo direito e por outros ramos do saber, mas, sobretudo na medicina e na ciência da higiene (ANITUA, 2008, p.332). Assim, era utilizado como forma de contenção de determinados grupos, já que os estados americanos estavam experimentando a implementação do sistema econômico capitalista, que exigia uma mão de obra extremamente disciplinada e barata, para que houvesse o maior lucro frente aos menores dispêndios empregados para a manutenção dos trabalhadores.

Questionar como se deu a recepção da criminologia na América Latina, além de fundamental para entender as funções deste saber neste rincão, desperta curiosidades.

Numa realidade marginal e periférica, Bergalli define este fenômeno como um “assombroso transplante” (1983), o que é curioso, posto que esta mesma teoria definia a incapacidade moral dos países periféricos, justificando a inferioridade de seu povo desde a miscigenação, até a indolência. Como e por que recepcionar um saber que inferiorizava o próprio povo, a ponto de Zaffaroni definir o positivismo como uma “gigantesca instituição de sequestro” (1991)? Isto é, o positivismo, em terras brasileiras, sofreu um processo de “fagocitose”, ou seja: passou por adaptações que convinham à elite, no novo ambiente em que estava sendo introduzida, conforme Lola Aniyar de Castro (2005, p.20):

não existe uma criminologia latino-americana, mas uma transnacionalização do saber criminológico (e, portanto, do

controle social), de acordo com os modelos impostos pelos centros de poder localizados nos chamados países centrais, dos quais as sociedades científicas internacionais seriam os instrumentos de ordem e penetração.

Assim, tal transposição, cuja finalidade era extremamente sórdida, acarreta a manutenção da ordem em relação ao novo grupo social dos ex-escravos emergentes, ou seja, homens livres, que, por consequência teriam negada a possibilidade de ascensão social.

Isso, além do Estado se apresentar como uma força repressora contra tais indivíduos, através da prisão, insurgindo, assim, uma teoria da criminalidade extremamente racista, que tinha como fundamento a mentalidade do “criminoso nato”, visto em Lombroso. No Brasil, essa mencionada figura do “criminoso nato” era atribuída às pessoas de etnia negra ou à população mais pobre (SCHEINVAR, 2002), ensejando, portanto, uma justiça arbitrária e seletiva, que não era explícita nos códigos, mas presente na realidade concreta.

No final do século XIX o país era apontado pelos viajantes como um caso único e extremado de miscigenação racial. Um cruzamento que rendeu à população um estigma da deterioração, nas menções europeias, tornando-se, portanto, a questão racial, um elemento determinante para os destinos da nação. A hipótese que se lança é que esta razão é a razão do sucesso das teorias raciais na Europa dos oitocentos, chegada tardiamente no Brasil (por volta da década de 70), e profundamente acolhida pelos centros de pesquisa e ensino que à época congregavam a elite intelectual nacional.

Como se o modelo racial no Brasil fosse consumido e aplicado com originalidade e contradição, pois este racismo floresce no modelo liberal de atuação política e concepção do Estado – projetando liberdade individual (liberalismo) num grupo entendido em sua estrutura biológica singular.

Na verdade o modelo teórico justificava o jogo de interesses da conservação de uma hierarquia social bastante rígida para estabelecer critérios diferenciados de cidadania (o que era contraditório ante a necessidade de ascensão internacional – projeto

nacional – que se imperava, exemplificado exatamente na necessidade da elite local consumir a literatura estrangeira, crendo na inevitabilidade do progresso e da civilização. Um mal estar excessivo, pois, “paradoxalmente, a introdução desse novo ideário científico expunha, também, as fragilidades e especificidades de um país já tão miscigenado” (SCHWARCZ, 1993, p. 46).

Com efeito, a proibição do tráfico internacional de escravos em 1850, terminou por incrementar um tráfico interprovincial para a florescente cultura do café no sudeste do país, de modo que é possível afirmar que este cenário favoreceu na República os modelos de exploração que evocam o escravagismo (GUIMARÃES, 1981).

Nesse sentido, as cidades, notadamente São Paulo, crescia econômica, geográfica e urbanisticamente, resultando em prejuízos sociais à população já que a saúde, a alimentação, a habitação e as condições de trabalho eram precárias. Neste contexto, uma das consequências diretas da crise social gerada pela industrialização foi o aumento da ocorrência de crimes, reflexos de uma maior incidência de conflitos urbanos.

Esse é o contexto de toda a República, a qual é marcada pela busca de uma identidade nacional, cuja tarefa deveria ser empreendida pela elite intelectual. Para tal intento, dada a vigência das teorias positivistas e sanitaristas da época, substitutivas da concepção metafísica de mundo, dever-se-ia afastar a degradação das sociedades e a plicar corretivos no organismo social para o saneamento moral. Tratava-se simplesmente de uma transposição acrítica de ideais europeias para o Brasil, justificada, talvez, pela relação de dependência e um sentido muito tênue de nacionalidade (COSTA, 1967).

A remodelação da fisionomia urbana da cidade, além da necessidade de acolher os recém-chegados a este cenário político, o que implicou a construção de uma nova imagem da criança, alegorizada como herdeira da República, cabendo ao Estado (novo), acolhê-la, subtraindo-a do âmbito privado para a colocação no público, social e político (MONARCHA, 2011).

Este desequilíbrio estimulou ocupações mal definidas e pessoas que viviam na fronteira entre a legalidade e ilegalidade, passando a ser notável o número de menores abandonados, ao lado das classes “perigosas” – “ladrões, prostitutas, malandros, desertores do exército, dos navios estrangeiros, ciganos, ambulantes, trapeiros, criados serventes, ratoeiros, engraxates, carroceiros, floristas, bicheiros, jogadores, receptadores (...) pivetes” (CARVALHO, 2004, p. 18).

Com esta demanda, as agitações políticas eram frequentes, uma vez que camadas antes excluídas demandavam a participação no jogo político, nasciam as primeiras greves, com os partidos políticos, as rebeliões militares, as arruaças, e mais, posturas fundamentadas por confusões ideológicas dos pensamentos europeus – liberalismo, positivismo, socialismo, anarquismo, sem qualquer possibilidade de equilíbrio.

Utilizando-se da hostilidade para lidar com os conflitos sociais, a mentalidade nascente da elite apregoava que: todos aqueles que não se inserissem no processo produtivo - incluindo aí as crianças - estavam condenadas à vadiagem, crimes previstos no art. 399 e 400 do Código Penal de 1890. Vadios eram considerados também aqueles que, rejeitados pelo mercado formal, sobreviviam no mercado informal. Como não podiam provar suas ocupações, eram presos.

Era a tentativa de “exorcizar os medos da conjuntura: no campo, hordas de libertos que vagariam pelas estradas a furtar e rapinar, nas palavras de um parlamentar, e na cidade, as maltas de capoeiras e todos aqueles pobres desocupados dos balcões comerciais ou não admitidos na disciplina fabril” (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 442).

No entanto, apesar destes intentos, havia o anseio republicano do progresso, de tornar o povo civilizado e que se projetou como uma arquitetura em todas as esferas da ordem social – era necessário restabelecer a ordem, física e moral, a qualquer custo. Era necessário para o Governo republicano, de lema “governo para o povo”, a normalização dos espaços, sendo então preocupações privilegiadas

para a estabilização do novo regime, afinal era necessário dotar a sociedade de coesão e a educação dos novos – povo e criança .

A República foi marcada pela contradição, de um lado do progresso, limpeza, ordem, beleza, higiene; de outro, pestes, epidemias, cortiços, demandando, a ordem, delineada entre o mundo da vadiagem e do trabalho. A criminalidade urbana, é então sensivelmente notória, sobretudo em razão da supressão dos conflitos sociais pela polícia.

Enfim, é a partir disso que se constata a existência de duas formas de lei no Brasil: uma oficial, positivada e uma extraoficial, a do meio prático (PRANDO, 2006), ocasionando consequências que permanecerão quase que inertes durante o passar dos anos, gerando a visão seletiva da sociedade atual em relação a determinadas pessoas.

Nesse ínterim, vale salientar que o positivismo criminológico não ficou adstrito somente aos adultos, mas foi utilizado, também, como um raciocínio político criminal sobre as crianças e os adolescentes. Como já mencionada, a função dessa teoria era a de descobrir a origem do crime e, como as crianças seriam os adultos úteis do futuro (SILVA, 2010), o entendimento era de que seria fundamental se debruçar sobre a questão da infância, para se prevenir do afloramento de possíveis “tendências criminosas”.

Sendo assim, a criança começou a ser mais vista como um “objeto de problematização”, despertando o interesse da sociedade da época (SCHUCH, 2005), a qual começou a se incomodar com as situações degradantes pelas quais as crianças passavam em estabelecimentos prisionais.

3. As legislações menoristas e as marcas do positivismo criminológico: protagonismo do Poder Judiciário como bom pai de família.

Antes de vigorar o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Brasil passou por várias formas de punição ao adolescente. De início,

quando eram vigentes as Ordenações Filipinas e, ainda, durante o Código Penal do Império de 1830, a imputabilidade penal incidia sobre crianças de sete anos de idade. Ocorre que, nesse período inicial das legislações brasileiras referente às crianças, a preocupação referia-se às órfãs (SILVA, 2010), o que terminou por configurar a atuação estatal sobre elas. Tentava-se, então, recolhê-las em determinados estabelecimentos, como as Santas Casas de Misericórdia, as quais, em verdade, preparavam as crianças para se tornarem classe trabalhadora (SILVA, 2010).

Em meados de 1850, a preocupação é voltada à mortalidade infantil existente à época, destacando-se, portanto, o discurso da medicina higienista. Dessa forma, o tripé “médico-jurídico-assistencial” (SILVA, 2010) seria o que nortearia a atuação sobre as crianças, influenciando, inclusive, no desenvolvimento das legislações. Ocorre que, quando surgem, no século XX, discussões internacionais a respeito da diferenciação de tratamento penal que deveria ser dado ao adulto e à criança, o Brasil passa a adentrar também a esse debate.

Nessa compreensão, o sistema jurídico deveria ser separado daquele em que os adultos são julgados, havendo uma espécie de intervenção diferente: os jovens seriam submetidos a verdadeiros “tratamentos”. Há, nesse ínterim, a intervenção do meio médico no judicial, cujo caráter interventivo se sobressaia ao punitivo. Dessa forma, os atos infracionais praticados não seriam vistos sob a mesma perspectiva do âmbito penal, pois as sanções não possuíam um prazo fixo determinado e eram vistas como a cura para todos os males que existiam no adolescente, mostrando que não se trata do que se “fez”, mas do que se “é”.

Há de se falar que após a abolição da escravidão no Brasil em 1888, a “repressão da ociosidade” foi fomentada com base na ideologia do trabalho, segundo Rizzini (1995), entende-se a preocupação em reprimir a ociosidade como parte inevitável do processo de transformação das relações socioeconômicas neste período de transição para a ordem capitalista. Nesse sentido, a caça

aos pivetes, pobres garotos sem teto, era permitida em razão da manutenção da ordem pública. Em consequência disso, a legislação passou a se importar a partir do Código de Melo Matos, de 1927, o Código de Menores, de 1979, com o menor que vivia nas ruas em situação irregular, ou era abandonado: esse era o paradigma adotado pelos dois códigos.

O Código de Menores dispunha sobre assistência, proteção e vigilância a menores, segundo Rizzini (1995), trata-se de um texto que impressiona pela determinação de abarcar todos os possíveis detalhes sobre o “problema dos menores”. No que se refere à organização da Justiça e da Assistência, algumas medidas legislativas voltadas à ‘infância desvalida’ foram adotadas, a exemplo do Decreto 439/1890, através do qual, segundo Rizzini, o governo previa apoio a duas instituições já existentes, até que se criassem outras, destinadas a crianças órfãs, abandonadas e desvalidas.

Ao passo que havia a expansão das ideologias neoliberais e consequentemente o enfraquecimento do Estado como regulador da economia e do bem-estar social da população, o Poder Judiciário engajou-se na discussão sobre a necessidade de um domínio jurídico especializado para infância e juventude, alargando seu raio de poderes, na busca por uma “justiça de menores” com base no modelo protecionista-salvacionista, o qual legitimava a assistência e a violência contra o menor. Ademais, a ideia de “infância universal” foi amplamente difundida pelo movimento de juristas da época, distinguindo duas categorias de crianças, isto é, as “crianças perigosas” e “crianças em perigo”, as quais, de acordo com Schuch (2005) além de acentuar a periculosidade do jovem delinquente, tende a individualizar a problemática da delinquência juvenil, culpabilizar o infrator e as famílias das crianças abrigadas e legitimar a judicialização da questão da infância e juventude.

Si por una parte todos los aspectos represivos (el niño-delincuente) del derecho penal de menores se tiñen de una retórica (y una práctica) asistencialista, por la otra la cara asistencialista de esta política social acaba impregnada de una práctica (y una

retórica) repressiva. El resultado es la construcción de un sujeto bicéfalo indiferenciado: el niño abandonado-delincente. La política que se deriva de esta compleja situación no puede ser otra que una política socio-penal. (MÉNDEZ, 1991, p. 3).

Nessa perspectiva, houve um engajamento dos juristas que era tido, inclusive, como um “movimento civilizatório”, dada a urgência de uma reforma civilizadora da justiça, a qual fica expressa nas palavras do desembargador Paiva, no ano de 1913: “em nome da doutrina e da experiência contemporâneas, reclamava-se para a assistência pública uma classificação jurídica entre os fatores de civilização e saneamento moral do meio social”, isso se deve ao fato de que a justiça estava intimamente ligada à uma intervenção filantrópica, ou seja uma assistência científica que visava a reintegração social que por vezes se confundia com caridade.

Esses aparatos jurídico-estatais voltados à infância e juventude tinham uma densidade política relevante na construção da identidade da nova nação republicana brasileira. Cumpre destacar também a criação do primeiro Juízo de Menores no Brasil, em 1924, idealizado pelo primeiro “juiz de menores” do Brasil e América Latina, Mello Matos, significou, sobretudo, a constituição da autoridade dos magistrados no domínio da infância e juventude. Posteriormente, a promulgação do Código de Menores em 1927 expressava a “justiça de menores” como “justiça assistencialista”, portanto, não havia parâmetros objetivos para classificar a natureza jurídica do trabalho com “menores”. Entrementes, o certo é que a infância foi nitidamente judicializada assumindo o juiz uma postura paternalista.

Embora o debate ultrapassasse em muito os limites da justiça, ao ter abraçado várias outras áreas do conhecimento, era perceptível a liderança dos juristas. Estes se associaram às forças policiais, aos setores políticos, às cruzadas médicas e às associações caritativas e filantrópicas. Promoviam debates, publicavam e estabeleciam alianças entre as arenas no Congresso Federal, nas Câmaras dos Deputados, nos jornais, nas sedes das “Ligas de Beneficência Pública”

e associações filantrópicas, nas universidades e nos congressos acadêmicos de âmbito internacional. (RIZZINI, 1995, p. 113).

O Código de Menores, também conhecido como “Código de Mello Mattos” consolidará esse sistema. No entanto, é um código que sofreu diversas críticas por ser amplo, além de propor a assistência, aspecto não inerente ao meio jurídico (RIZZINI, 2000). Ora, os limites dados aos juízes eram poucos, dando-lhes extensa liberdade na atuação em relação aos adolescentes, demonstrando o poder de controle que detinham. De acordo com Gustavo de Melo Silva (p. 57, 2010): “O Código de Menores refletia um profundo teor protecionista e a intenção de controle total das crianças e jovens, consagrando a aliança entre Justiça e Assistência, constituindo novo mecanismo de intervenção sobre a população pobre”.

Por outro lado, havia uma preocupação com a criminalidade infantil, a qual estava sendo amplamente divulgada pela mídia, atemorizando a sociedade como também dando subsídios para que a legislação infantil fosse ainda mais punitiva. Dessa forma, se intensificavam as tentativas de recolher os menores nas colônias correccionais onde as crianças eram misturadas com criminosos adultos. Conforme o art. 51 do Decreto 6.994, de 1908: “a internação da colônia é estabelecida para os vadios, mendigos validos, capoeiras e desordeiros. Dessa forma, a lei cuidava da prevenção e regeneração do menor a fim de preservar o sistema político-econômico e a defesa social.

A legislação reflete um protecionismo, que bem poderia significar um dado extremo no sentido de garantir a meta de resolver o problema menor efetivamente seria bem sucedida. Ao acrescentar à categorização de menor abandonado ou pervertido a frase: “...ou em perigo de o ser”, abria-se a possibilidade de enquadrar qualquer um no raio de ação de competência da lei. A intenção ainda é mais óbvia no concernente aos menores caracterizados como delinquentes. Uma simples suspeita, uma desconfiança, o biótipo ou a vestimenta de um jovem poderiam dar margem a que este fosse sumariamente apreendido. (RIZZINI, 1995, p. 134).

Dessa forma, existia um ponto controverso: a redação era voltada aos valores de ordem e progresso, que eram o emblema do positivismo, mas, ainda, compreendia-se que, na infância, ainda não existe um desenvolvimento cognitivo completo, isto é, a criança não é capaz de responder pelos próprios atos, devido ao fato de ainda não compreendê-los completamente, seguindo os pressupostos pensados pelo filósofo Piaget dentro de sua teoria dos estágios (MARTINS, 2015).

Acontece que, em 1940, o contexto internacional é novamente alterado, tendo em vista que é finalizada a Segunda Guerra Mundial e o mundo busca agora os Direitos Humanos. É em 1959 que a ONU estabelece a Declaração dos Direitos da Criança, marco para o mundo que, por consequência, infere no Brasil, uma vez que irá influenciar no desenvolvimento da Doutrina da Proteção Integral. A partir desse momento, as perspectivas sobre as crianças seriam diferentes, pois passariam a ser vistas como sujeitos de direitos (SILVA, 2010).

É importante frisar, no entanto, que todo esse debate é pausado durante o período da Ditadura Militar, iniciado em 1964, em decorrência da “Doutrina de Segurança Nacional”. Sendo assim, apenas por volta de 1970 retorna a discussão sobre o desenvolvimento de um novo código para os adolescentes, o qual sucederá apenas em 1979.

Diferentemente do Código de Menores de 1927, o de 1979 terá a “Doutrina da Situação Irregular” em relevância, em que jovens em situação irregular, “delinquentes ou abandonados”, sofreriam intervenção pelos Juizados de Menores (SILVA, 2010). Ocorre que tal intervenção se dava de forma indistinta em relação ao tratamento, não levando em consideração as especificidades de cada situação e cada adolescente. No entanto, a partir de 1979 também começa a se desenvolver a concretização de direitos referentes às crianças em âmbito internacional.

Nesse sentido, regramentos foram estabelecidos, a exemplo da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, das Regras das Nações Unidas para a proteção de Menores Privados de Liberdade. Tendo em vista esse cenário, em 1988 a Constituição da República adere à “Doutrina da Proteção Integral” e, dois anos depois, é promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Na vigência do ECA, busca-se uma fazer distinção, antes não existente, a respeito da “criança abandonada e da delinquente”, numa tentativa de destinar o devido tratamento a cada uma delas. O adolescente que cometeu ato infracional receberia medida socioeducativa daquele abandonado, o qual é suscetível à medida de proteção. Há, portanto, uma “especialização do público alvo”, de acordo com Patrice Schuch (2005, p.70).

A isso, dá-se o nome de “Doutrina da Proteção Integral”, a qual tenta pôr fim à “Doutrina da Situação Irregular” do Código de 1979. Assim, tenta-se zelar pelos direitos dos adolescentes, porque deixaram de ser vistos como indivíduos que necessitavam de tutela dos seus direitos e passaram a ser vistos como sujeitos de direitos (SILVA, 2010). Sendo assim, a própria criança pode exigir que seu direito seja devidamente cumprido, conforme a nova legislação.

Além disso, há a tentativa de romper aquilo que o positivismo criminológico conseguiu fazer imperar por tanto tempo no país: a criminalização da pobreza. Não que esse fato não ocorra na atualidade, por meios não-oficiais, porém o ECA busca na sua estrutura, descriminalizar a pobreza (SCHEINVAR, 2002).

Em meio a todas essas questões tem-se que lidar com todo o processo de “Judicialização” da Política e das relações sociais, em que o Poder Judiciário assume um papel de governo o qual não lhe cabe, allargando seu enfraquecimento da democracia, uma vez que os magistrados não são eleitos pelo povo e atuam como se assim o fossem. É importante pontuar também que o fenômeno da judicialização das políticas traz como consequência a desnaturalização do judiciário, uma vez que o papel imparcial do juiz fica comprometido.

A transposição dos problemas humanos e sociais em termos jurídicos compromete os vínculos sociais. O que era solucionado espontânea e implicitamente pelos costumes, deve, doravante, sê-lo formal e explicitamente pelo juiz. Daí, essa judicialização das relações sociais. (GARAPON, 1999, p. 151).

O fato é que a história das políticas infanto-juvenis aponta como desastrosa a gestão do Poder Judiciário na questão das crianças e Adolescentes. Desse modo, o Poder Judiciário funcionou na constituição do Direito-assistencialista do Menor, pode-se notar, após historiar as legislações da criança e do adolescente a cultura menorista e o discurso assistencialista ainda não foram superados, pós Constituição de 1988 juntamente ao ECA.

4. As garantias constitucionais acerca da responsabilização juvenil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme mencionado, foi fruto do fim do período ditatorial que vigorou no país por mais de 20 anos. Tanto a sociedade, como os políticos, com a sombra da ditadura ainda em suas lembranças, entenderam que se fazia necessária a superação de diversos valores que emergiram ou foram fortalecidos durante tal época. Assim, tomados por tais ideais, o poder legislativo propõe o projeto do Estatuto da Criança e do Adolescente, que rompe, por natureza, os antigos códigos de menores existentes.

Percebe-se, ainda, que, além da concepção da Doutrina de Proteção Integral, advinda dos ideais de uma verdadeira democracia, constata-se, também, a participação da sociedade e leva-se em consideração a subjetividade do indivíduo, com o estabelecimento de direitos e deveres frente ao meio coletivo.

A mencionada Doutrina da Proteção Integral encontra-se sacramentada no artigo 227⁶ da Constituição Federal e traz três aspectos essenciais, um deles é o acolhimento de todas as crianças e adolescentes, estando em situação de infração ou de abandono. Outro aspecto seria a junção das figuras do Estado, da família e da sociedade como responsáveis pela preservação do bem-estar dos jovens, ou seja, não somente a família deve arcar com sua prole, mas o Estado deve dar condições para que eles existam de forma digna dentro da sociedade.

E, ainda, em último aspecto a tratar do mencionado artigo, tem-se a análise da criança e do adolescente como sujeitos de direito e de obrigações, passivos de respeito. Conforme já mencionado, retira-se, a imagem da infância tutelada, sem conhecimento de suas peculiaridades, mas substitui-se por uma infância ativa, a qual exige a concretização de seus direitos (MENDES, 2006).

Talvez, esse requisito trazido pela Doutrina da Proteção Integral seja o de maior repercussão no caso das garantias processuais. Isso, pelo fato de os jovens possuírem direitos reconhecidos, tanto pelo ECA quanto pela Constituição, tendo-se, dentro do arcabouço de tais diretrizes, os limites até onde os jovens podem agir. Também são trazidos os princípios que regem as atividades dos magistrados, os quais devem obediência, não podendo, assim, extrapolar os limites impostos.

Pontua-se que, tal fato é tido como inédito, pois, nos códigos de menores anteriores não havia a existência de tais garantias com relação aos jovens, deixando-se muito mais livres as decisões judiciais. No ECA, por sua vez, essa situação é minimizada, em teoria, pelo respeito aos princípios democráticos que geram as garantias (SCHUCH, 2005).

⁶ 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.

Ocorre que, como houve um período de forte prevalência dos juízes na discussão da temática da criança, até hoje eles ainda carregam esse *status*, do “amor rijo”, que vem para “endireitar” a criança, mas que termina por afetar seus julgamentos. Isso termina por gerar a prevalência da medida de internação em vez da tentativa de outros métodos socioeducativos (RIZZINI, 2011).

Com o advento da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, os paradigmas a respeito do que caracteriza a infância são totalmente alterados. É-se construído um novo conceito balizado em fatores biológicos e psicológicos. Em decorrência disso, há uma influência direta na forma de se estabelecer a questão da imputabilidade penal, ou seja, se há ou não responsabilização do jovem criminalmente quanto a um ato cometido.

No Brasil, tanto no Código Penal de 1984, como também no ECA, a idade que enseja a punibilidade é de 18 anos completos, não sendo assim, o indivíduo não é passível de culpabilidade, é, logo, inimputável. Em relação aos jovens em confronto com a Lei, tem-se que não sofrem “penas”, mas medidas socioeducativas, nem cometem “crimes”, porém “atos infracionais”. É-lhes cabível, nos casos graves, a medida de internação.

Nesse íterim, é imprescindível lembrar as garantias processuais, pois os jovens possuem direito a um devido processo legal, conforme o artigo 110 do ECA. Entretanto, não se pode equiparar o que é devido processo legal no contexto penal ao que é no sistema juvenil, já que em um existe a possibilidade de responsabilização criminal e no outro não. Além do que, no caso mais específico da internação, é imposto ao juiz cuidador do caso que sua decisão por aplicar tal medida não seja de forma vazia, infundada (artigo 106 do ECA). No entanto, não há uma orientação daquilo que se deve compreender como verdadeira justificativa para a aplicação da medida, pois se estaria engessando demais o juiz, não o deixando livre para decidir dentro do caso concreto (SAAB, 2017).

Percebe-se que, no meio da magistratura, as motivações dadas para justificar a aplicação ou a continuidade da internação são

extremamente vagas, chegando a limites arbitrários. É possível observar isso no documentário “Juízo”, da diretora Maria Ramos (2008), em que vê-se, no caso concreto, o uso de justificativas que ultrapassam a infração cometida, como se de fato estivesse diante de um caso em que existe culpabilidade.

Isto é, analisa-se o jovem a partir de uma perspectiva adulta, pois não se reconhece nele a essência da infância ou da adolescência. Enxerga-se somente o “menor”, numa visão seletiva, o que faz perceber o ainda vigente ranço menorista. Assim, depreende-se que a inimputabilidade dada aos menores de 18 anos é controversa, na prática, mesmo sacramentada dentro do ordenamento jurídico vigente, (SCHUCH, 2005).

Compreende-se, também, que tais decisões por parte do judiciário não somente guardam esse ranço, mas atendem a um clamor coletivo que pede “justiça” e “segurança” (LOPES; ROSA, 2015). Caso um magistrado atue de maneira diversa, impondo outros tipos de medidas socioeducativas que não a de internação, há uma condenação social, pois entende-se que, pelo fato de não haver culpabilidade nos casos envolvendo crianças e adolescentes, ao não se aplicar tal medida, estar-se-ia contribuindo para a manutenção da impunidade.

Considerações finais

Ao fim do que vem sendo exposto, percebe-se que, mesmo o positivismo criminológico ter sido superado, de certa forma, por outras teorias, ainda se faz parte no cotidiano da intervenção estatal quanto às punições.

O estatuto da lei somente tem sentido se considerada à luz dos contextos particulares em que está imersa – não há estatuto ontológico da lei – o que implica, portanto, análises que dizem respeito pelos contextos econômicos, sociais e políticos (FALK-MOORE, 2001). Essa pesquisa tem a pretensão de mostrar e indicar o percurso histórico da formação do Direito da Criança e do

Adolescente, a fim de compreender os estágios de formação da cultura menorista e a superação pela Doutrina da Proteção Integral que consagra o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90. Para tanto, é fundamental compreender como os magistrados, no Brasil, mobilizaram os aparatos do Poder judiciário rapidamente, a exemplo da criação do primeiro juizado de menores, com o juiz Mello Mattos e posteriormente, definindo sua amplitude de poderes no Código de Menores de 1927.

Nesse contexto é importante atentar para o fato de que a construção da categoria menor é ambígua no campo jurídico, ficando a cargo da polícia definir quem era considerado menor ou criança, essas categorias estavam vinculadas à pobreza e raça. É preciso pontuar ainda que a indagação crítica realizada após a leitura do Código de Menores era: justiça ou assistência social? Havia uma linha tênue entre esses dois campos, sendo, portanto, uma legislação deficiente no que diz respeito ao caráter técnico-jurídico. A assistência social tentava cumprir o papel de reinserir na sociedade a população escravocrata recém “liberta” após a Lei áurea. Faz-se necessário destacar também o papel do Judiciário na tutela de menores, o qual era tão importante que o Juizado de Menores recorreu ao Superior Tribunal de Justiça no período do Estado Novo em 1937, quando Getúlio Vargas, ao instaurar o Serviço de Atendimento ao Menor – SAM em 1941, independente do Juizado de Menores, autorizou o SAM a receber menores por indicação da Legião de Boa Vontade – LBV, sem que isso passasse pela justiça (RIZZINI, 1995).

Portanto, essa pesquisa parte de perguntas norteadoras as quais são: como funcionou o Poder Judiciário na constituição do Direito do Menor e quais foram, historicamente, os critérios de decidibilidade para a definição do menor? Em que medida a cultura menorista e o discurso assistencialista foi superado, pós Constituição de 1988?

Os valores sociais atuais ainda estão, de certa forma, embasados na teoria positivista ,porque legitima a atuação

paternalista do juiz. E, como ele faz parte dessa sociedade, acaba por ser muito difícil sucumbir ao clamor público.

Porém, cabe ponderar a respeito de qual tipo de justiça se está buscando, se realmente a está buscando, ou se não há apenas um sentimento de “vendeta” coletiva, na qual é desenhada uma espécie de divisão maniqueísta, em que o bem e o mal estão em constante conflito.

Aparecem os chamados “inimigos sociais”, os quais não são tidos como verdadeiros seres humanos, valendo-se, assim, de qualquer meio para que sejam neutralizados. Reflete-se se a sociedade não estaria numa frenética busca de contenção social, como na época da difusão da “segurança nacional” na qual existia um tipo de “inimigo” que precisava ser detido, em vez de um Estado Democrático de Direito que preza pelo ordenamento vigente.

Referências

- ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2005.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à sociologia do Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BERGALLI, Roberto et al. **El Pensamiento Crítico y la Criminología: el pensamiento crimionológico**. Bogotá: Temis, 1983.
- CARVALHO, José Murilo. **Os bestializados**. O Rio de Janeiro e a República que não foi. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004
- COSTA, Cruz. **Contribuição à história das ideias no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro, Revan, 2004.

FERLA, Luis. **Feios, sujos e malvados sob medida**. A utopia médica do biodeterminismo. São Paulo: Alameda, 2009.

FERRI, Enrico. **Sociología Criminal**. Tomo I. [Trad. Antonio Soto y Hernández]. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2000.

FUNASE. **Formulário Estatístico das Unidades** – NOVEMBRO / 2017. Disponível em: <http://www.funase.pe.gov.br/estatistica/2017/NOVEMBRO_2017/SINTESE_DAS_UNIDADES_NOVEMBRO_2017.pdf> Acesso em 20 fev. 2018.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**: O Guardião das Promessas. RJ: Revan, 1999.

GUIMARÃES, Alberto Passos. **As classes perigosas**. Banditismo urbano e rural. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

JUÍZO. Direção de Maria Augusta Ramos. Brasil, 2007. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UymNRVuilnA>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva. **Consultor Jurídico**. 6 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-cri-se-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva> Acesso em: 21 jan. 2018.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo, Ícone, 2013.

LOMBROSO, Cesar. **L'Uomo Delinquente**. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. Medida socioeducativa de internação: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora): um estudo do continuum punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE. **Tese** (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

MACHADO, Roberto; et all. **Danação da norma:** medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

MARTINS, Hélio. **Maioridade Penal:** Por que 18 anos? Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://helioflavio.jusbrasil.com.br/artigos/191316975/majoridade-penal-por-que-18-anos>>. Acesso em 28 jan. 2018.

MÉNDEZ, Emilio García. **Infância:** de los derechos y de la justicia. 2 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MENDES, Moacyr Pereira. A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à Lei 8.069/90. Dissertação (mestrado). PUC/SP. São Paulo, 2006.

MONARCHA, Carlos. Arquitetura escolar republicana: a escola normal da praça e a construção de uma imagem de criança. In: FREITAS, Marcos Cezar de (org.). **História Social da Infância no Brasil.** 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

PRANDO, Camila. A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno controle penal na américa latina. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.3, n.6, p.77-93, julho-dezembro de 2006.

RIZZINI, Irene. Crianças e menores: do pátrio poder ao pátrio dever. Um histórico da legislação para a infância no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. **A arte de governar crianças:** a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 3 ed. São Paulo: editora Cortez, 2011.

_____. **A Criança e a Lei no Brasil** – Revisitando a História (1822 – 2000). Brasília, DF: UNICEF; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **Institucionalização de Crianças no Brasil.** Rio de Janeiro: Loyola, 2004.

SAAB, Nádia Maria. **A tutela constitucional e legal do menor infrator.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 jan. 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57888&seo=1>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

SCHWARCZ, Lilian. O espetáculo das raças. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1993.

SCHEINVAR, Estela. **Idade e Proteção**: fundamentos legais para a criminalização da criança, do adolescente e da família (pobres). Rio de Janeiro: PIVETES, 2002.

SCHUCH, Patrice. **Práticas de justiça**: uma etnografia do “campo de atuação ao adolescente infrator” no Rio Grande do Sul, depois do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tese. UFRS, Antropologia, Porto Alegre, 2005.

SILVA, André Luiz Gustavo da. **Ressocialização ou controle?** Uma análise do trabalho carcerário. Dissertação (mestrado). – Universidade Federal de Pernambuco. CCSA. Programa de Pós-graduação em Serviço Social. Recife, 2006.

SILVA, Gustavo de Melo. **Ato Infracional**: fluxo do Sistema de Justiça Juvenil em Belo Horizonte. Dissertação (mestrado). - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Belo Horizonte, 2010.

SILVA, José Maurício da. O lugar do pai: uma construção imaginária. **Dissertação** (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Psicologia. Belo Horizonte, 2007.

TONINI, Renato Neves. Arte perniciosa, a repressão aos capoeiras na Reopública Velha. **Discursos Sediciosos**, crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, n. 17/18, p. 487-509, 2011.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro, 1991.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alessandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Redes sociais: um novo caminho para a propaganda eleitoral

Catarina de Sá
Luana Paiva

1.O papel das redes sociais no contexto das eleições

Democracia é o regime de governo no qual a justificação do poder, encontra-se alicerçada pelo povo e no qual o cidadão é que toma as decisões políticas. Legitimação democrática, ou seja, o voto é a concordância que os cidadãos outorgam a seus representantes e ao sistema político, o que contribui para a harmonia social e evita conflitos. Isso está baseado na liberdade no qual os homens são livres para escolher suas opções, na dignidade da pessoa humana em que a democracia não pode desprezar os valores inerentes ao homem e na igualdade de que todos os cidadãos devem ter as mesmas oportunidades de influenciar as decisões políticas tomadas e também em ocupar qualquer cargo público. Portanto, quanto maior for a percepção dessa legitimação democrática, quanto maior for essa chance de influência do povo nas decisões políticas e principalmente na representação política mais desenvolvimento será as estruturas governamentais. Com os avanços tecnológicos, a internet deixou de ser apenas uma simples forma de entretenimento e passou a ser um possível instrumento de comunicação prático e

econômico, podendo assim, ocupar um espaço de centralidade na sociedade e, principalmente na política.

A influência das redes sociais fica bastante clara quando se trata das campanhas eleitorais. Isso acontece, pois, as redes sociais tem sido um importante modificador da forma de relacionamento entre o eleitor e o candidato com suas ferramentas nas mídias sociais. Um exemplo dessa influência das redes sociais foi a usada como estratégia de comunicação na campanha da candidata à Presidência, Marina Silva, nas eleições de 2010 ela investiu em sua própria rede social, onde os internautas podiam criar seus próprios perfis, mandar depoimentos e mensagens para outros internautas com perfis na mesma rede social e acompanhar melhor a agenda e as propostas da candidata.¹

Nesse sentido, é nítido que o uso da internet como uma ferramenta de comunicação pode aproximar os candidatos de seus eleitores e permite a realização de debates, exposição de novas ideias de maneira colaborativa, a livre expressão e o relacionamento franco entre ambas as partes. Nas redes sociais, saber falar é tão importante quando sabe escutar. Um candidato precisa dialogar, respondendo críticas e elogios, propondo questões que estimulem a interação e publicando conteúdo relevante. Segundo o cientista político Antônio Flávio Testa, “o aumento da participação da população com as redes sociais força os candidatos a se prepararem melhor pois ao mesmo tempo em que acontece a discussão política, o eleitor está participando”. Assim, sem fronteiras geográficas e burocráticas, de maneira rápida e ágil, e com baixos custos, as redes sociais podem ser uma ferramenta política eficaz no processo eleitoral democrático.

¹ Segundo Leonardo Souza: “O apoio de especialistas como Caio Túlio Costa, fundador do Uol, e João Ramirez, especialista em mídias sociais, a candidata Marina Silva investiu nas suas redes e conseguiu um grande apoio da juventude e dos internautas, onde se mostrou mais consolidada do que seus oponentes na internet”.

A mudança trazida pela nova legislação

Em 2017 o Congresso Nacional elaborou e aprovou a chamada reforma eleitoral e diante de diversos aspectos de mudança, a ampliação da possibilidade de uso de mídias sociais para fins eleitorais se destaca trazendo transformações pontuais que já poderão ser sentidas nas eleições de 2018. A Lei nº 9.504/1997, conhecida como a “Lei Eleitoral” foi revogada e entrou em vigor a Lei nº 13.488. Diferentemente da lei em vigor até 2017, passa a ser permitido a propaganda eleitoral paga na Internet pela forma de impulsionamento de conteúdo como define o §2º do Artigo 26, que o pagamento feito a ferramentas de busca para ter prioridade nos resultados é considerado impulsionamento. “Isso significa que o conteúdo publicado oficialmente como propaganda eleitoral pode receber investimento para ampliar o seu alcance, mediante a contratação deste serviço junto às plataformas de mídias sociais”, afirma Mauro A. Falsetti. Desse modo, os conteúdos políticos contratados diretamente junto a essas plataformas de mídias digitais passam a ter prioridade nos resultados de buscas, ganhando mais destaque, visibilidade e acesso, deixando claro que essa ferramenta de impulsionamento tem como finalidade apenas a promoção dos benefícios dos próprios candidatos e de seus partidos.

Isso vai proporcionar uma transformação do poder de comunicação que as redes sociais possuem junto a campanha eleitoral isso porque, em sua essência, esse período que antecede as eleições é um resultado de uma série de estratégias que cada candidato traça com o objetivo de se aproximar da melhor maneira do eleitorado e persuadi-lo. “Os compromissos(promessas), trazidos em propostas de propaganda, são elaborados pelo partidos e candidatos a partir de pesquisas de demandas coletivas da população e assumidos, publicamente, através das campanhas eleitorais”(GOMES, Neusa Demartini, p.137). Assim, as campanhas deveriam cumprir, primeiramente, o papel de informar e só depois deveria se pensar em técnicas de convencer os eleitores a votarem no político

em questão, defendido, ainda por Neusa Gomes que afirma: “fazer campanha eleitoral não implica apenas informar e persuadir deveria tornar possível a comunicação dos eleitores com os candidatos”.

Porém a “venda de votos” tem se tornado prioridade e o debate de ideias cada vez mais esquecido e isso pode ser tornar ainda mais intenso após a autorização de se fazer campanhas eleitorais online. O marketing político que deveria objetivar a criação de um relacionamento mais próximo entre candidato e seu eleitorado, ou seja, se exigiria do candidato uma resposta imediata para os questionamentos dos eleitores. Quando não há essa resposta a comunicação política nas mídias sociais não se configura restando apenas ao eleitor receber uma vazão massiva de informações persuasivas e que muitas vezes distorcem a realidade e a verdade. É preciso tomar muito cuidado para que a função informativa da campanha eleitoral, que consiste em converter uma série de demandas dos sujeitos do sistema (cidadãos) numa resposta por parte das autoridades do mesmo (políticos)², não seja esquecida nem colocada em segundo plano.

Como defende Sivaldo Pereira da Silva, professor da Universidade de Brasília e coordenador do Centro de Estudos em Comunicação, Tecnologia e Política (CTPol):

“Muitos eleitores terão a falsa impressão de que aquele candidato é relevante, popular e bem visto quando comparado a outros invisíveis, quando na verdade ele só aparece em sua “timeline” porque pagou para que isso acontecesse e grande parte das suas interações positivas podem ser falsas, produzidas por “chatbots³”, isto é, perfis artificiais que simulam conversas e interação”

Assim, esse alto potencial da internet em disseminar informações pode também ser um perigoso instrumento de

² “Chama-se de “correia de transmissão” em que os partidos políticos buscam através de constantes pesquisas, saber as necessidades e desejos das demandas da sociedade”. (GOMES, Neusa Demartini, p.139).

³ Ao fazer criticar a duvidosa eficiência dos “chatbots” Amir Shevat, “Chatbots são bons martelos, mas nem tudo é prego”

alienação e de espalhar informações desconstrutivas em que números de alcances de posts tornam-se mais importantes que o crescimento do indivíduo enquanto cidadão responsável por eleger pessoas capazes de lhes representarem. Como assim concluído por Bezerra: “A propaganda eleitoral não está restrita a um mero ato informativo ou buscar orientar os eleitores para que os mesmos tenham possibilidade de votar consciente”. (BEZERRA,2002:118).

É interessante observar que a legalização do impulsionamento de campanha em redes sociais vai de encontro com o que vinha sendo construído enquanto jurisprudência no Brasil, levando em consideração o princípio da Isonomia e não apenas o que antes era disposto em lei - como reforçou o juiz Coordenador da propaganda eleitoral do TRE-PE nas eleições de 2016 Clícério Bezerra e Silva no recurso eleitoral nº 8-14.2016.6.17.0008.

2.1 Redes Sociais, Informação e Comunicação.

Nas eleições de 2006 os estudiosos perceberam que apesar do potencial de aproximação dos pólos passivos e ativos na eleição da Internet como um todo, predominava uma lógica de comunicação de via única com o eleitor, herdada de sistemas anteriores (IASULAITIS, 2007). Com o advento das redes sociais, pensadas para uma interação o mais direta possível, incorporando sempre a uma publicação a opção de resposta e compartilhamento, a possibilidade de uma política de mão dupla foi recogitada⁴ - como na campanha eleitoral de Freixo em 2016, que teve grande participação dos eleitores, sendo meio para o fortalecimento dos laços de movimentos políticos, jovens e a internet de uma forma geral, extrapolando a

⁴ “Se antes as comunicações políticas eram mais ou menos equilibradas, agora elas são abundantes - em termos de fontes, variedades de gênero e de dispositivos, localidades e momentos de recepção. A dominação de um único meio (televisão) deu lugar a uma multiplicidade de plataformas de comunicação. O que antes era um sistema de comunicação política piramidal, de cima para baixo, tornou-se uma via de mão dupla, recíproca, que perpassa todos os lares. As relações entre os principais atores de comunicação foram reconfiguradas. A política em si é hoje situada de outra forma nos sistemas sociocomunicacionais” (BLUMER, COLEMAN, 2017 p. 2).

relação direta eleitor-candidato na construção de verdadeiras redes de campanha virtuais (ALVES, 2017).

Há que atentar-se para o fato de que nem toda informação disposta na internet trata-se de conhecimento a se agregar - Faça-se um paralelo com a crítica de Sartori acerca da televisão⁵- ou mesmo condiz com os fatos concretos, a facilidade de utilização dos meios de comunicação de massa tem um impacto muito grande na forma como as informações são absorvidas e disseminadas nas redes sociais, resultando em fenômenos muito específicos como a palavra do ano de 2016 segundo o dicionário Oxford - pós-verdade (ou post-truth), termo utilizado para referir-se a situações em que os fatos perdem sua relevância e são esvaziados de significado na percepção de um indivíduo ou um grupo pois vão de encontro com suas convicções particulares. A disseminação de falsas notícias e de correntes contendo boatos via redes sociais não se restringe á política, mas tem um efeito extremamente nocivo quando tornam-se constantes - Em outros meios de comunicação, identificar os responsáveis e fazê-los retratar-se é algo muito mais simples que nas redes sociais,por estas tratarem-se de canais de fácil acesso, publicação e alcance.

A dificuldade intrínseca ao diálogo virtual pode ser melhor compreendida quando associada às noções de liberdade comunicativa e liberdade subjetiva para Habermas, que expõe facetas da liberdade de expressão significativas para o exercício democrático. A liberdade subjetiva trata-se para Habermas da liberdade de dizer o que pensa, englobando também a possibilidade de uma liberdade subjetiva negativa - justificando a saída do agir

⁵ Giovanni Sartori, em seu artigo “Videopolítica” de 2003, comenta sobre a forma de exposição das informações na televisão agregam pouco conhecimento e impossibilitam a reflexão individual do espectador - na nossa leitura, acontece o mesmo com a informação disposta na internet, pois mesmo quando o material é escrito, está disposto num formato imediatista - a dificuldade de filtrar, entre as informações, as de válida abstração é um dos maiores empecilhos para a eficácia das redes sociais em agregar conhecimento. As redes sociais, devemos compreender, são um meio amplo de comunicação entre as pessoas, contando com eventos de viralização de conteúdos e com uma impessoalidade que somente uma tela de computador poderia conferir a um diálogo direto.

comunicativo e a negação de vínculos e obrigações derivados do ato de fala. Paralelamente, a liberdade comunicativa, necessariamente intersubjetiva, está relacionada ao poder de resposta de um indivíduo para com o outro.

Nesse sentido, a internet reflete no pleno exercício de ambas as liberdades - os debates, na internet, acontecem da forma mais linear possível, tendo todos o direito à resposta, mas de forma simultânea a isso, a falta da relação direta tira o vínculo do que se diz e despersonaliza os atores da relação comunicativa, o que expande as possibilidades do exercício de uma já ilimitada liberdade subjetiva negativa, como a entendia Habermas.

Conclusão

Caracterizada por seu potencial de interatividade e por sua capacidade de massificação da informação, a internet torna-se problema do direito a incidir cada vez mais nas relações humanas e jurídicas. As redes sociais, campos abertos de diálogo, tornaram-se parte da lógica da propaganda eleitoral na última década, tornando-se tópico necessário e em aberto na legislação e na jurisprudência - nesse sentido, aprender a usar essa ferramenta e a filtrar boatos torna-se um caminho seguro para a democratização da comunicação e das áreas impactadas por ela, como a propaganda eleitoral, e passo mais importante que a própria possibilidade de coibir as falsas notícias e os sintomas da falta de criticidade do usuário e eleitor.

Referências

- ALVES, Marcelo. Mobilização da Militância: Redes de Campanha na eleição do Rio de Janeiro em 2016. *Revista Compolítica*, vol. 2 n. 7, 2017.
- BEZERRA, Servulla Walleska Orengo. Propaganda eleitoral: direito à informação. *Direito e Descoberta*, Recife, PE, v. 2, n. 2, p. 117-126, out. 2002.

BRASIL. DECRETO Nº 23.457, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2015. **Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições de 2016**, Brasília, DF, dez 2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234572015.html>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. DECRETO Nº 13.488, DE 6 DE OUTUBRO DE 2017. **Altera as Leis n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral**, Brasília, DF, out 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13488-6-outubro-2017-785551-publica-caooriginal-153918-pl.html>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. DECRETO Nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Estabelece normas para as eleições**, Brasília, DF, setembro 1997. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/lei-das-eleicoes/lei-das-eleicoes-lei-nbo-9.504-de-30-de-setembro-de-1997>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BLUMLER, Jay; COLEMAN, Stephen. A Democracia e a Mídia - Revisitadas. Revista Compolítica, vol. 2 n. 7, 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. Recurso Eleitoral nº 8-'4.2016.6.17.0008 Recorrente: Priscila Krause Branco. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: ALBERTO NOGUEIRA VIRGÍNIO. Recife, 19 de julho de 2016.

FERREIRA, Ana Amelia. A propaganda eleitoral na internet. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241414,81042-A+propaganda+eleitoral+na+internet>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

FALSETTI, Mauro. Novas regras para a propaganda eleitoral na Internet. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novas-regras-para-a-propaganda-eleitoral-na-internet-21102017>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

GOMES, Neusa Demartini. As campanhas eleitorais como foro comunicativo de duas mãos. Comunicação & Sociedade. São Bernardo do Campo, n. 33, p. 135-149, jan. 2000.

IASULAITIS, Sylvia. Internet e Propaganda Política no Brasil: Limites e Possibilidades.

Oliveira, Marlon Lelis. DE OLHO NAS ELEIÇÕES - REGRAS BÁSICAS PARA UMA CAMPANHA DENTRO DA LEI - ELEIÇÕES 2012. Guarulhos-SP. José Maria Editores, 2012.

POST-TRUTH. Oxford Dictionaries, 8 de novembro de 2016, Word of the Year of 2016 is... Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

SARTORI, Giovanni. "Videopolítica", en Rivista italiana di Scienza politica, agosto, 1989.

SOUZA, Leonardo. *O Uso das Mídias Sociais em campanhas eleitorais: Estudo de caso da campanha virtual da candidata Marina Silva nas Eleições de 2010*.2010.36. Monografia-CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB, Brasília, 2010.

VALLE. Alberto. Marketing político em mídias sociais. 2016. Disponível em: <http://www.academiadomarketing.com.br/marketing-politico-nas-midias-sociais/>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

VALLE. Alberto. O uso do marketing político em redes sociais. 2016. Disponível em: <http://www.eleitoronline.com.br/marketing-politico-nas-redes-sociais/>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

Direito fundamental a acessibilidade

*Cynara Moury Fernandes Barros e Silva Ribeiro*¹
*José Renato Pereira Ribeiro Filho*²

1 Introdução

Durante muito tempo, as pessoas com deficiência tiveram seus direitos usurpados, conforme se evidencia quando observamos a história da humanidade e verificamos o preconceito, a discriminação e a segregação sofrida por esta parcela da sociedade.

Ainda nos primórdios da humanidade, as pessoas com deficiência eram consideradas um fardo para as famílias nômades em sua luta pela sobrevivência. Posteriormente, observou-se a disseminação do preconceito alicerçado pela crença de que os deficientes representavam maldições ou castigos, o que foi alimentado pela igreja. Já após a vinda do capitalismo, a “incapacidade produtiva” declarada, mas nem sempre verdadeira, se torna a base do isolamento social. Nesse sentido, observa-se que, ao longo dos séculos, as pessoas com deficiência foram relegadas não apenas a uma exclusão social, mas também a uma exclusão jurídico-político-social, que teve grande influência sobre a aceitação dessas pessoas no que se refere ao seu lugar na sociedade e enquanto cidadãos de direitos.

¹ Enfermeira estomaterapeuta com especialização pela Universidade de Pernambuco-UPE, aluna do Curso de Bacharelado em Direito pela UNICAP

² Aluno do Curso de Bacharelado em Direito pela UNICAP

Assim, a mudança deste olhar e o reconhecimento legal deste grupo aconteceram apenas após o fim da Segunda Guerra Mundial, com o advento da Organização das Nações Unidas (ONU) e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse período, se iniciou o fortalecimento do sistema de proteção dos direitos humanos, sobretudo com enfoque em grupos específicos e historicamente marginalizados (LOPES, 2010), como é o caso das pessoas com deficiência.

Desta forma, em meio aos mais diversos movimentos de lutas pelos direitos dos homens, sobretudo, no que se refere aos grupos supracitados atualmente, a questão fundamental relacionada a estes direitos não perpassa mais pela necessidade de justificá-los, mas sim de protegê-los, uma vez que a sua não proteção é um problema jurídico é, em sentido mais amplo, político. Pois, como bem expressa Bobbio (2004) ,“não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento [...], mas sim, qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.

Neste diapasão, este artigo tem como objetivo estabelecer uma reflexão acerca dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade pertinente às pessoas com deficiência, tendo-se por foco o direito fundamental que tem este segmento de pessoas à acessibilidade.

Para sua realização, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental, por meio das quais se buscou fundamentar o presente estudo e a interpretação dos dados foi feita por intermédio do método dedutivo. Assim, esperamos, com este nosso esboço, de alguma forma, trazer uma maior perceptibilidade a “invisibilidade da diferença” advinda de um ideal de igualdade que não contempla a diversidade. Isto posto, em um país que tem por alicerce constitucional o ideal de Estado Democrático de Direito, não é possível falar em democracia, em igualdade e em dignidade humana, enquanto que a acessibilidade das pessoas com deficiência

a direitos fundamentais, como saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, entre outros, não acontecer de forma digna.

2 Refletindo sobre pessoa com deficiência, direitos fundamentais e os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade

Quando em 10 de dezembro de 1948, foi adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização Mundial das Nações Unidas (ONU), tinha-se por objetivo estabelecer um consenso de uma “ética universal” de valores básicos, de bem comum e de garantia à dignidade humana a ser compartilhada por todos os países. Esses procedimentos, segundo Nogueira (2008), confirmaram a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, incorporando a estas três dimensões fundamentais, quais sejam: os direitos civis e políticos, considerados de primeira geração; os direitos econômicos, sociais e culturais, chamados de segunda geração; e os direitos ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, declarados como de terceira geração.

A partir de então, essas três dimensões serviram de base para a regulamentação de documentos de cunho internacional, como a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados (1951); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1969); a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), dentre outras. No presente estudo, destaca-se a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada pela ONU em 13 de dezembro de 2006 (NOGUEIRA, 2008) e ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008 e Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, na forma de emenda constitucional, por força do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal (DONATO; RAIOL, 2015), bem como a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que tem o objetivo de “assegurar e a promover, em condições de

igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (art. 1º, *caput*), e que segundo Gabrilli (2015), relatora deste diploma legal, a presente Lei não veio alterar os dispositivos já existentes no país, mas sim, harmonizá-los conforme o preconizado Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Esclarecem Donato e Raiol (2015) que a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi o primeiro diploma internacional de direitos humanos que o Brasil adotou com equivalência formal de emenda constitucional, e que ao fazê-lo o país assumiu o desafio de adaptar suas leis e políticas públicas a definição de deficiência consagrada pela referida convenção, onde, além dos ajustes terminológicos, o presente diploma internacional passou a prevalecer “sobre as leis, decretos e outras normas anteriores e inferiores a ela, aliás, prevalece inclusive sobre o que foi disposto anteriormente na própria Constituição da República”.

Na referida Convenção, é estabelecido em seu art. 1º que:

O propósito da presente Convenção é o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas (NOGUEIRA, 2008, p. 27).

Observamos no referido artigo que o propósito da Convenção é o de proteger e assegurar condições de igualdade de direitos humanos e fundamentais as pessoas com deficiência. Sobre o assunto, reforça Nogueira (2008, p. 28) que a igualdade elencada no referido artigo traz como pressuposto o respeito às diferenças, e não o nivelamento de personalidades distintas, pois, condições de igualdade efetivas e substanciais apenas podem ocorrer ao se considerar às diferenças existentes entre as pessoas. Além disso, “O

igualitarismo absoluto é injusto porque trata os seres humanos como unidades equivalentes, sem atentar ou atender as desigualdades fatídicas que os diferenciam”.

No âmbito nacional tem-se destaque a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, *caput*, dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, no qual o direito a igualdade emerge como regra de equilíbrio para as pessoas com deficiência, conforme elucidado por Araújo (2003); bem como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, criado recentemente por intermédio da Lei nº 13.146/2015, com o objetivo de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e liberdades fundamentais, das pessoas com deficiência, para consolidação de sua inclusão social e cidadania (art. 1º, *caput*).

Para que uma sociedade seja considerada inclusiva é necessário que reconheçam as diversidades humanas e as necessidades inerentes de vários segmentos sociais que a compõem, estando aí inseridas as pessoas com deficiência, que necessitam e têm direito as mesmas oportunidades que os demais cidadãos, tendo respeitada sua heterogeneidade. Pois, conforme elucidado por Martins (2008),

A diversidade que é negada e ignorada pela sociedade, representa a única realidade plausível, enquanto somos seres singulares e únicos. Não há uma pessoa que por suas condições emocionais, físicas, culturais, sociais ou econômicas seja igual às outras. E é justamente na diversidade que devemos buscar e extrair as riquezas que nos acrescentam e completam.

E no que tange a dignidade humana, faz-se mister destacar que a dignidade, enquanto valor moral, configura-se em um mínimo indispensável e invulnerável de valores a serem respeitados pela sociedade. E, como tal, deve ser protegida pelo Direito em reconhecimento a essência e a condição de ser humano (BORNIN, 2017).

Assim, esse ideal basilar da dignidade colocada como um valor inerente do homem e que o identifica como tal, “é um ideal a ser perseguido, promovido e respeitado, sendo sua violação uma lesão ao que há de absoluto em cada ser humano” (FELICIANO, 2015, p. 25), pois “deixar de ver o homem com esse valor social é menosprezar substancialmente a própria condição de ser humano” (DONATO; RAIOL, 2015, p. 93).

Aqui a dignidade humana deve ser compreendida como uma qualidade intrínseca e distintiva do homem, que, segundo Sarlet (2009), o perpetra como merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, em um conjunto de direitos e deveres capazes de garantir suas necessidades fundamentais existenciais básicas para uma vida saudável, de proteger contra todo e qualquer ato degradante e desumano e de propiciar uma participação ativa e corresponsável de sua existência e da vida em comunhão com os outros seres.

Assim, passando-se a uma reflexão acerca da dignidade da pessoa com deficiência, ver-se que o seu reconhecimento é fundamental, a fim de seja combatida a equivocada ideia de que a deficiência coloca o homem em uma condição sub-humana ou de uma anomalia que prejudica a sua condição de pertencimento à humanidade. Pois, toda a pessoa é digna de respeito, independente de sua condição física e/ou mental, ou de possuir ou não autonomia (aqui pensada como a possibilidade das pessoas realizarem suas ações de maneira independente, sem auxílio de terceiros, embora sujeita às condições oferecidas pelo meio e contexto social) e independência (relacionada à capacidade de realizar as próprias escolhas, sem que seja necessária a autorização de outrem) (PAULA, 2008).

E, qualquer ato ou ação que vá de encontro a quebra desta autonomia e independência, viola o princípio da dignidade humana, cuja imbricação com os direitos fundamentais é, uma relação *sui generis*, uma vez que a dignidade é, ao mesmo tempo elemento e medida dos direitos fundamentais (DONATO; RAIOL, 2015).

Assim, ao pensarmos a dignidade da pessoa com deficiência, conforme defendido pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, com reconhecimento deste segmento de pessoas como possuidoras de características, realidades e necessidades próprias. Não devemos ponderar a existência de uma dignidade aplicável à todas as pessoas, mas sim, em várias dignidades, que sejam capazes de atender a demanda da necessidade específica a cada grupo social e de seus indivíduos (DONATO; RAIOL, 2015).

3 Do direito fundamental à acessibilidade

Para que possamos tratar do direito fundamental à acessibilidade, é importante compreender o que vem a ser acessibilidade. De um modo geral, a acessibilidade pode ser compreendida como “a qualidade do que é acessível [...] daquilo que é atingível, que tem acesso fácil” (SIGNIFICADOS, 2017).

Já o art. 3º, inciso I, da Lei Brasileira de Inclusão, traz o seguinte conceito de acessibilidade:

I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida (BRASIL, 2015, p. 20).

Portanto, quando se trata da acessibilidade da pessoa com deficiência, esta precisa ser vista em um sentido amplo, que englobe não só ingresso e permanência aos meios físicos, mas também aos de comunicação, aos sistemas, às políticas e aos programas implementados pela comunidade (PAULA, 2008). Logo, essa precisa ser compreendida como a possibilidade da pessoa com deficiência usufruir dos espaços e das relações sociais com segurança e independência, cuja efetividade seja capaz de revestir-lhes de mais

autonomia e de permitir a efetivação do direito à igualdade (LAQUALDE, 2017).

Neste sentido, podemos afirmar que a acessibilidade é um direito instrumental, que possibilita a efetivação de outros direitos, e que para as pessoas com deficiência aparece como um mecanismo capaz de minimizar, quando não eliminar, as desvantagens sociais enfrentadas por elas, sendo, portanto, considerada uma pré-condição ao exercício dos demais direitos, ao garantir a autonomia e a eliminação das barreiras que impedem o pleno exercício destes direitos, tornando possível a sua inclusão social (LAQUALDE, 2017).

Voltando, então, para o estabelecido pelo art. 1º da Convenção da Pessoa com Deficiência, anteriormente citado, vemos quando este define as pessoas com deficiências como aquelas que possuem impedimentos físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais, que ao interagirem com as diversas barreiras, obstruem a participação plena e efetiva deste indivíduo na sociedade, ele retira da pessoa a deficiência e a coloca para o meio (MAIOR, 2008), o que consubstancia um importante ganho para o cidadão com deficiência, ao retirar a barreira que durante séculos foi colocada neste, levando-a para o meio, pois é este meio que precisa ser modificado, ser repensado a fim de que se promova uma igualdade inequívoca e capaz de respeitar as diferenças singulares de cada ser.

Entretanto, surge o questionamento: o que se pode compreender por barreiras? Que barreiras são essas apontadas pela referida Convenção? Em resposta a esta questão vamos encontrar no art. 3º, inciso IV, da Lei Brasileira de Inclusão que as barreiras são compreendidas como:

Qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança [...] (BRASIL, 2015, p. 20)

Neste mesmo inciso, encontram-se classificadas sete tipos distintos de barreiras, quais sejam:

- a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;
- b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;
- c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;
- d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;
- e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;
- f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias (BRASIL, 2015, p. 20-21).

Neste momento é válido lembrar que a atual Constituição brasileira colocou a acessibilidade como um direito fundamental das pessoas com deficiência quando:

- Em seu art. 5º, inciso XV, expôs ser livre a locomoção, de qualquer pessoa, no território nacional;
- Em seu art. 170, colocou que a ordem econômica tem que assegurar a todos uma existência digna;
- Em art. 193, estabeleceu a ordem social com base no primado do trabalho como objetivo do bem-estar e da justiça social;
- Em seu art. 205, colocou a educação, como um direito de todos, o qual deve ser promovido e incentivado com a colaboração da sociedade com vista “ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Portanto, não se pode falar em acessibilidade, sem que sejam preservados e garantidos às pessoas com deficiências direitos fundamentais, como: educação, livre locomoção, trabalho, lazer, existência digna, pois, conforme elucidado por Maranhão (2014), estes são indicadores do conteúdo normativo basilar para o estabelecimento e fortalecimento da dignidade da pessoa humana.

Isto porque, os direitos fundamentais compreendem uma categoria jurídica formada com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões, a fim de, segundo Araújo e Nunes Júnior (2005), “[...] resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)”.

Complementam, ainda, Vital e Queiroz (2008) que, a Convenção da Pessoa com Deficiência refere a acessibilidade como uma importante ferramenta para que as pessoas com deficiência possam atingir autonomia em todos os aspectos da vida, a fim de que possam participar de todos os meios que são utilizados pela sociedade em geral, e isto não se restringe apenas a acessibilidade ao meio físico, mas também ao social.

Destarte, enquanto os espaços, sejam físicos, intelectuais ou sociais, forem produzidos tendo-se por referência o “homem-padrão” – ou seja, possuidor de todas as suas habilidades físicas, mentais e neurológicas – e, enquanto os valores sociais também forem marcados por este padrão, a construção de espaços adaptados, como a construção de rampas ou o estabelecimento de vagas em um dado estacionamento, não serão suficientes para promover a inclusão das pessoas com deficiência.

É preciso uma maior conscientização por parte da sociedade como um todo, conforme chama a atenção, o professor de Direito Josemar Araújo, que é deficiente visual e militante de direitos humanos, quando este questiona: “O que a gente está chamando de acessibilidade? É construir ambientes adaptados? Se é construir ambientes adaptados, isso é muito pouco. Porque enquanto as

“pessoas não tomam consciência do que é acessibilidade, elas acabam usando para outras coisas”, bem como quando chama a atenção para o fato de que enquanto um bar utilizar as rampas de acessibilidade para colocar cadeiras e mesas, ou alunos de uma universidade ficarem conversando em pé sobre um piso tátil destinado à pessoas com deficiência visual, não poderemos falar em acessibilidade, pois essa corresponde a muito mais do que a construção ou adaptação de ambientes, mas sim, é um problema de ordem cultural (AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, 2017).

Sob este prisma, veremos que a educação possui importante papel para a efetivação de uma mudança de olhar, pois conforme esclarecido por Rezende (2008), ao refletir sobre a importância da conscientização preconizada pelo art. 8º da Convenção da Pessoa com Deficiência defende que “[...] a educação e a reeducação precisam ser contínuas para que a abordagem das pessoas com deficiência em todas as divulgações existentes seja antes de tudo uma abordagem humana”.

E reforçam que, para que a pessoa com deficiência assuma o papel de protagonista de sua história:

[...] É urgente a erradicação tanto do preconceito, quanto do tratamento especial existente para essa parte da população, devendo prevalecer a igualdade. Para isso é preciso discutir, apresentar e combater os estereótipos, as práticas nocivas em relação às pessoas com deficiência, em todos os espaços da vida. Para ilustrar, em muitos casos, é preciso reafirmar que o problema é a porta estreita, a presença da escada, a falta de áudio-descrição ou da legenda oculta e não a presença daquela pessoa com deficiência (REZENDE, 2008, p. 43).

Diante do exposto, que a acessibilidade da pessoa com deficiência, enquanto direito fundamental é uma ferramenta indispensável de respeito ao princípio da dignidade e da igualdade humana, que direitos humanos inalienáveis deste segmento da população, os quais devem ser reconhecidos, garantidos e respeitados pelo ordenamento jurídico pátrio e pela sociedade.

Para o momento, é válido lembrar e terminar nosso estudo com base na reflexão trazida pelo ilustríssimo jurista Norberto Bobbio (2004), quando este esclarece que as dificuldades no próprio seio da categoria dos direitos dos homens, como é o caso do direito a igualdade, à dignidade e à acessibilidade, devem ser consideradas em sua complexidade, pois a realização destes direitos não depende da boa vontade daqueles que o proclamam, nem das boas disposições daqueles que possuem os meios de protegê-los. Isto porque o problema de sua realização não é apenas filosófico, moral ou jurídico, mas sim “um problema cuja a solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade, e como tal desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica” cuja efetivação encontra-se ligada ao desenvolvimento global da civilização humana.

4 Considerações finais

No decorrer deste estudo foi possível perceber que a luta pelos direitos das pessoas com deficiência é um processo que, apesar dos muitos avanços ocorridos, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que de fato esses indivíduos tenham efetivamente garantidos seus direitos enquanto cidadãos, sobretudo, no que se refere a acessibilidade enquanto direito fundamental.

É válido frisar que o ordenamento jurídico pátrio, traz em seu bojo mecanismos protetivos de extremo valor, para a efetivação deste e dos demais direitos da pessoa com deficiência, entretanto, ainda existe uma longa distância entre o proclamado pelas leis e a realidade enfrentada por este grupamento de pessoas que diariamente precisam sair às ruas e utilizar os mais diversos meios de transporte, seja para ir ao trabalho, à escola, ao médico ou a uma atividade de lazer. A verdade é que essas pessoas enfrentam diariamente uma série de barreiras, não apenas físicas, mas também sociais e humanas, fruto de uma cultura que ainda não consegue enxergar e respeitar o diferente.

Assim, enquanto essas barreiras não forem quebradas, não será possível falar em efetivação do direito fundamental à acessibilidade, e sem a efetivação deste direito as pessoas com deficiência têm maculada a sua dignidade, bem como o direito de ter um tratamento igual, mas com respeito as suas diferenças, conforme é proclamado na Carta Magna do país.

E em meio a essas reflexões, concluímos nosso estudo com a certeza que este não se esgota por aqui, e continuamos nossa luta por uma sociedade mais justa e igualitária, pois parafraseando o ilustríssimo jurista Norberto Bobbio (2008) não podemos mais ignorar que, apesar das grandes aspirações dos homens de boa vontade, ainda nos encontramos muito atrasados, e para que não aumentemos esse atraso com nossa incredulidade, indolência e ceticismo, sigamos a luta, “não temos muito tempo a perder”!.

Referências

- AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. **Pessoas com deficiência:** adaptando espaços e atitudes. 20/09/2017. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/16794-pessoas-com-deficiencia-adaptando-espacos-e-atitudes.html>> Acesso em: 12 nov. 2017.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Pessoa portadora de deficiência:** proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. 3. ed., rev., ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORNIN, Daniela Queila dos Santos. A dignidade da pessoa humana e igualdade: breve estudo sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a pessoa com deficiência. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 12, n. 752. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2102>> Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **LBI – Lei Brasileira de Inclusão. Estatuto da Pessoa com Deficiência.**

Lei 13.146/15. Disponível em: <<http://maragabrilli.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Guia-sobre-a-LBI-digital.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2017

DONATO, Domingos do Nascimento; RAiOL, Raimundo Wilson Gama. Perspectivas da dignidade humana à luz da convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista de Direito Brasileira**, ano 5, v. 10, 2015. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/199/179>>. Acesso em: 12 nov. 2017

FELICIANO, Ivana Cavalcanti. **A Convenção de Nova Iorque e o (des)compromisso do seu intérprete**: o paradigma inclusivo na óptica do STF. Dissertação de Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2015.

GABRILLI, Mara. Vozes e sinais da democracia. In.: BRASIL. **LBI – Lei Brasileira de Inclusão. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei 13.146/15**. Disponível em: <<http://maragabrilli.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Guia-sobre-a-LBI-digital.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2017

LAQUALE, Adonis Alexandre. A pessoa com deficiência e o direito à acessibilidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5103, 21 jun. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58520>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

LOPES, Lais Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU, seu protocolo facultativo e a acessibilidade**. 2009. 229f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. Apresentação. In.: RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coords.). **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

MARTINS, Lilian Pinto. Artigo 2 – definições. In.: RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coords.). **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

NOGUEIRA, Geraldo. Artigo 1 – propósito. In.: RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coords.). **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

PAULA, Ana Rita de. Artigo 3 – princípios gerais. In.: RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coords.). **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

REZENDE, Ana Paula Crosara de. Artigo 8 – Conscientização. In.: RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coords.). **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SIGNIFICADOS. **Significados de acessibilidade**. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/acessibilidade/>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

VITAL, Flavia Maria de Paiva; QUEIROZ, Marco Antônio de. Artigo 9 – acessibilidade. In.: RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coords.). **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

Itinerário da juristocracia brasileira

Edson João de Luna¹

Introdução

A Constituição Brasileira foi estabelecida com elementos motivadores de democracia, entretanto possui efeitos contraditórios ao seu fim, uma vez que, sua estrutura fomenta o protagonismo judicial, acendendo este poder entre os demais poderes republicanos, já que pelo desenho constitucional esse poder tem mais chances de sucesso em determinados casos.

Somando a isto, o sentimento constitucional depositado na Carta Maior promulgada em 1988, difundiu um judiciário mais ativo, sendo a esse depositado a crença da população, corroborada pela crise de legitimidade e descrença nos representantes políticos. A população criou um laço cultural no qual espera do Judiciário a solução para os entraves sociais que o Brasil enfrenta, e esse tem respondido de forma ativa, afastando-se dos legitimados pelo

¹ Graduando no Curso de Direito na Associação Caruaruense de Ensino Superior – ASCES – Avenida Portugal, 584. Bairro Universitário - Caruaru - Pernambuco. CEP: 55016-400. Monitor em Teoria da Constituição, ministrada pelo Prof. Msc. Fernando Gomes de Andrade e Direito Constitucional I, ministrada pelo Prof. Msc. Luiz Felipe Andrade. Integrante dos projetos de pesquisas: A grande família: Os clãs políticos nordestinos no Congresso Nacional, coordenada pelo Prof. Dr. Vanuccio Medeiros Pimentel, O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e o processo de justiça de transição no Brasil, Argentina e Chile, coordenada pelo Prof. Msc. Emerson Francisco de Assis e Jurisdição Constitucional, coordenada pelo Prof. Msc. Luis Felipe Andrade Barbosa. Aluno pesquisador do Projeto INICIA: A era Cunha e a judicialização da agenda legislativa: O STF na encruzilhada do ativismo e da autocontenção; coordenada pelo Prof. Msc. Luis Felipe Andrade Barbosa. E-mail: edson.luna@hotmail.com.

sufrágio Universal sua competência, logo que, ultrapassa as vezes de legislador negativo, criando hipóteses legais diante da inoperabilidade da norma ou de sua inexistência.

A população tem perdido sua representatividade democrática e legitimado a atuação judicial, um regime que se intitula e democrático deve preservar o Sistemas de Freios e Contrapesos, a própria Constituição limita a atuação do Legislativo e do Executivo em preservar em suas competências, logo que estes não tem instrumentos efetivos de impedir essa intervenção, a exemplo disso, o judiciário pode afastar a eficácia de uma lei, formalmente respeitada nos moldes da democracia, uma vez que declare sua inconstitucionalidade, e os parlamentares não queriam meios hábeis para obstar isso.

O presente estudo busca analisar as mutações a Democracia causados pelo atual protagonismo judicial, sobre a perspectiva da atuação do Poder Judiciário na atuação decisiva dos litígios políticos e na efetivação de direitos fundamentais.

Hermenêutica e discricionariedade judicial

A crise de legitimidade entre os representantes da sociedade corrobora para que seus atos sejam criticados com apontamentos de terem atuação alienadora ou possui vícios de interesses privados, não estando os magistrados fora desses apontamentos e para legitimar suas decisões usam a ciência, buscando embasar a veracidade de seus julgamentos através dos métodos hermenêuticos. Lenio Luiz Streck relembra a posição de Luis Alberto Warat e questiona o compromisso ideológico do uso dos métodos interpretativos, os quais legitimam a interpretação judicial, sendo denominado o instrumento de álibi teórico com finalidade de servir de norte para atuação do direito. Levantam-se assim os questionamentos sobre o uso dos métodos hermenêuticos para legitimar a pretensão do julgador ao aplicar a norma (STRECK, 2004, p.113)..

Já segundo o professor Elival da Silva Ramos ensina que não considera como ativismo judicial, quando o Poder Judiciário aplica

uma interpretação criativa a uma jurisprudência ou legislação que já não tem correspondência com a realidade, sendo está aplicada em uma norma já existente. Para o autor, embora a inoperabilidade da norma seja afastada pela interpretação criativa feita pelo judiciário ela estaria vinculada aos critérios da normatividade impostos pela norma. Ainda segundo o autor, existe um ponto de equilíbrio entre a interpretação e a norma, que é rompido pelo ativismo judicial (RAMOS, 2009).

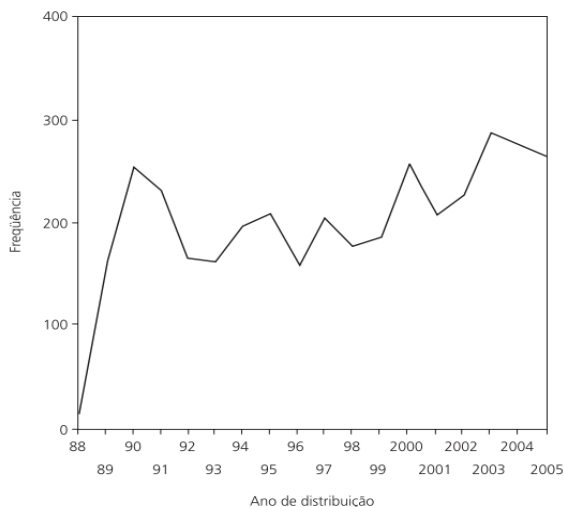
Somando a isso, o Ministro Eros Roberto Grau milita que a concretização da normatividade constitucional é modelada pela atuação intelectual do Poder Judiciário, quando este aplica e interpreta os conceitos e outras categorias jurídicas que apresentam abstração e generalidade, ressalta-se que esta interpretação para alcançar a eficácia pretendida pode ultrapassar as competências do Poder Judiciário, logo que envolva atribuições de outros poderes, o autor ressalta o limite tênue e os riscos desta interpretação se sobrepôr a intenção do soberano ao criar a lei e/ou a Constituição (GRAU, 2006 , p. 247).

A interpretação judicial pode fortalecer a eficácia normativa perdida com o tempo, já que é impossível para o legislador prever todos os empecilhos enfrentados na execução da norma no tempo, sendo ratificada pelo Judiciário a própria vontade do legislador que é a efetivação da norma, sendo a retirada dos obstáculos da norma diferente de uma interpretação que fere os limites da competência judicial. Assim sendo, uma interpretação que ilumina o direito sobre uma norma ultrapassada, não é necessariamente ativismo judicial, uma vez que respeite os limites jurídicos dessa atuação. Verifica-se no cenário político e social brasileiro a necessidade de um poder judiciário que retire os entraves presentes no sistema jurídico por meio da interpretação da norma, não sendo legítimo a este enfrentar temas que necessitam de legislação devidamente aprovada pelos representantes políticos eleitos segundo o sistema democrático.

Crescimento da participação do STF no cenário político brasileiro

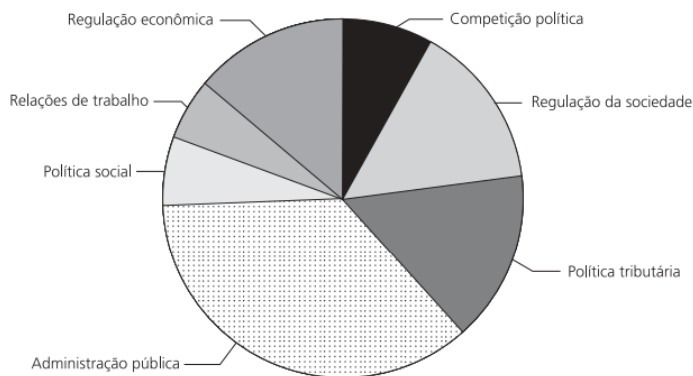
O Poder Constituinte Brasileiro designou ao Supremo Tribunal Federal, o papel de órgão máximo do judiciário e a incumbência de pôr termo a interpretação constitucional no ordenamento jurídico, desempenhando o escopo de unicidade da ordem legal. A própria Constituição promulgada em 1988, confere a legitimidade ao Poder Judiciário de dar a ultima palavras em questões de repercussão geral, trazidas expressamente no corpo legal pelas vias recursais e de controle de inconstitucionalidade, dando por encerradas as questões divergentes sob a legalidade na órbita constitucional, exercendo às vezes de guardião da Constituição Federal e atuando em prol da tutela dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna.

Consoante o estudo realizado por VIANNA ET AL. (2007, p 46), suscita-se o fomento de implantação de ADINS, após a promulgação da Constituição de 88, tendo-se crescimento expressivo entre os anos de 1989 a 1990, motivado pela revisão das Constituições estaduais, nos anos seguintes o protagonismo judicial continua sempiternamente em expansão, através do retorno do crescimento de propositura das ações:



Fonte: Vianna et al. (2007)

Ainda conforme o estudo realizado por Vianna (2007, p. 52) é possível verificar o objeto dos principais assuntos federais levados ao judiciário, por meio dos ADINS, tendo maior destaque quantitativo, os que tangem sobre a Administração Pública:



Fonte: Vianna et al. (2007).

A Ministra Rosa Weber, sobre o crivo da excepcionalidade e com cerne nos direitos fundamentais, afasta a violação do princípio de separação dos poderes, quando o Judiciário exige uma posição assecuratória da Administração Pública:

DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 04.11.2004. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido (STF, RE 628.159-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 25.6.2013)

Já na ADPF 45-9, segundo posição do Ministro Relator Celso de Mello, tem-se que a Suprema Corte ao manter-se inerte, diante do descumprimento dos encargos dos outros poderes em certos casos, comprometeria a integridade de direitos coletivos e/ou fundamentais solapados pelas diretrizes constitucionais:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (STF, ADPF 45-9, Relator Min. Celso de Mello, DJ 29/04/2004).

Ainda sobre a ADPF 45-9, verifica-se da postura do relator, o controle e intervenção do Judiciário como plus afirmativo do mínimo existencial dos indivíduos e positivação dos direitos de órbita constitucional violados por políticas públicas com limitações ilegítimas amparadas na reserva do possível:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas,

quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (STF, ADPF 45-9, Relator Min. Celso de Mello, DJ 29/04/2004).

Com ênfase na Suprema Corte, aduz-se dos julgados destacados o comportamento ativo do STF, na afirmação dos direitos fundamentais emergidos da Carta Magna, reputando-se nestes casos papel de compleição política.

Juristocracia brasileira

De acordo com Hirschl a juristocracia apresenta-se na substituição da participação política de representantes eleitos pelo voto por órgãos do Poder Judiciário na resolução de questões de interesse da sociedade, nesta perspectiva a representatividade no exercício do voto perderia espaço para a sentença judicial, segundo o autor a transferência de poder ocorre para preservação de hegemônica, assim sendo, as partes dominantes dos corpos sociais e políticos transferem voluntariamente e conscientemente poder/competência para os órgãos judiciais à medida que se sentem ameaçadas em perder hegemonia política (HIRSCHL, 2004, p.44). A exemplo disso nota-se no Brasil a omissão dos políticos em se pronunciarem decisivamente sobre assuntos com grande repercussão social, com receio que dessa forma diminuam a sua representatividade política, evidencia-se no cenário histórico brasileiro essas omissões em casos como da despenalização do aborto, o casamento homoafetivo, a legalização da maconha, os

quais embora os políticos tenham tido tempo hábil para se pronunciar sobre os assuntos não o fizeram.

Os processos caracterizadores de fenômenos na atividade jurisdicional devem ser visto a partir do desenho institucional, verifica-se na promulgação da Constituição Federal de 1988 vigente no país, um texto pós período ditatorial, com expressivas vontades de fortalecimento de valores democráticos e do constitucionalismo, nesse panorama, o sentimento constitucional fulcrado na Constituição vigente fez órgão judiciais mais atuantes e presentes em todos os aspectos da sociedade brasileira, nesse sentido o pesquisador paraibano Leonardo Fernandes dos Anjos, milita que:

Nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, constatou-se uma crescente mobilização do Poder Judiciário em todo o seu conjunto. O nascimento de um sentimento constitucional, mesmo incipiente, fez florescer entre os órgãos que compõem suas várias instâncias uma postura mais ativa na concretização dos preceitos contidos na Carta Magna (OLIVEIRA; ANJOS, 2010, p.149).

Nesse sentido, diante da efetivação dos direitos fundamentais pelas cortes judiciais e dos abusos cometidos em períodos ditatoriais presentes no Brasil, verifica-se certa amnésia da população em exigir uma posição ativa dos outros Poderes Republicanos, os princípios norteadores do direito e os limites da atuação do Poder Judiciário é de difícil interposição, já que o ativismo judicial tem tido papel decisivo na efetivação dos direitos fundamentais e proteção das minorias, pode-se afirmar nessa perspectiva que a legitimidade e o protagonismo judicial tem sido dado ao STF, sem observar-se os limites de sua atuação diante da omissão dos outros poderes. Conforme entendimento de Conrado Hübner Mendes (2008, p. 47), na visão de uma Nova República tem sido concedido ao STF o controle até das omissões legislativas.

Hordinalmente, vislumbra-se um poder judiciário brasileiro forte e ativo, tendo-se constantemente provocado para tutelar

direitos e processos de órbita constitucional, e demonstrado interesse em responder as perspectivas da sociedade. O fenômeno de juristocracia no Brasil é constatado a partir da transferência de decisões políticas que deveriam ser exercidos pelo Executivo e Legislativo. Ao julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental a Suprema corte concedeu às uniões estáveis de casais homoafetivos o mesmo reconhecimento dado às uniões de casais de pessoas com sexos opostos, já em sede de medida cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade de números 43 e 44 a Suprema Corte negou ambas as ações que almejavam a ratificação de um entendimento jurisprudencial emanado do Habeas Corpus 84078, o entendimento alvo de impugnação interpunha a execução do trânsito em julgado da condenação da pena para a possibilidade de prisão preventiva.

Verificam-se na atuação do Poder Judiciário, os pronunciamentos decisivos sobre litigâncias políticas, como se presencia nos dias 12 e 13 em outubro de 2015, em que fora concedido pelos ministros do STF, Rosa Weber e Teori Zavascki, medida cautelar nos MS 33.837, 33.838 e na Reclamação 22.124, com cordão de suspender o rito de impeachment iniciado, após recebimento da denúncia pela Câmara dos Deputados, questionou-se a maneira e a forma como as matérias foram encaradas, sendo por decisão individual do Presidente da Câmara dos deputados, Eduardo Cunha em resposta a questão de ordem (ZAVASCKI, 2015, MS 34.070 MC/DF, p. 3), e de serem os controvertidos os atos praticados em toda sua extensão e contrários à Constituição (WEBER, 2015, MS 33838 MC/DF, p. 4).

Já em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 378 implantada pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), em dezembro de 2015, esboçou-se o ritmo de impeachment que deveria ser executado pela Câmara dos Deputados, entre os pedidos indeferidos está a alegação de impedimento ou suspeição do presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha (FACHIN, 2015, ADPF 378 MC/DF, pp. 96 e 97).

Em 18 de março de 2016, com legitimidade nos Mandados de Seguranças 34.070 e 34.071, o STF concedeu medida suspensiva à eficácia da posse do ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, nomeado por ato de competência privativa do Poder Executivo, foi alegado pelo Ministro em sede de fundamentação, que a medida de nomeação possuía vícios nos elementos objetivos e subjetivos do desvio de finalidade (MENDES, 2016, MS 34.070 MC/DF, pp. 33 e 34).

Somando-se a isso, em 04 de abril de 2016, concedeu a Suprema Corte por meio de mandado de segurança o andamento de denúncia e a formação de Comissão Especial para averiguar o impeachment ostentado em contraposição ao vice-presidente da República Michel Temer (AURÉLIO, 2016, MS 34.087 MC/DF, p. 7).

Já no que tange os direitos fundamentais, destaca-se a atuação do STF na órbita de outros poderes, exemplo disso, verifica-se na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, quando o órgão máximo do Judiciário reconhece a união estável para casais formados por pessoas do mesmo sexo (BRITTO, 2011, ADPF 132/RJ, p. 32).

Outrossim, na ADPF-54, o STF decidiu pela a despenalização do aborto de fetos com anencefalia com esteio na tutela dos direitos fundamentais inerentes à vida, ressalta-se o voto contrário do Ministro Ricardo Lewandowski, o qual advogou no sentido de não caber ao judiciário decidir o mérito da questão, logo que estaria legislando, frisou ainda, que os parlamentares, embora já tivessem tido tempo hábil para legislar sobre o problema jurídico, não o estabeleceram (LEWANDOWSKI, 2012, ADPF 54/DF, p. 6), lembrando que quando a lei possui clareza, afasta-se as lacunas para interpretações (2012, p. 10), neste sentido a criação de novas permissões para o aborto devem ser criadas por lei devidamente aprovadas pelos representantes do povo, representados pelo Parlamento, regulando-se dessa forma todas as particularidades do tema (2012, p. 17).

Considerações finais

Evidencia-se, portanto, que a juristocracia faz seu caminho no Brasil, à medida que decisões pertencentes ao poder legislativo e executivo são exercidas pelo Poder Judiciário através de sua competência recursal e da proteção à Constituição, verifica-se um processo que causa mutações a democracia brasileira, uma vez que, os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo sufrágio universal, modificando a forma de participação da população nas decisões tomadas e afastando a representatividade da maioria, que caracterizaria um Sistema que se intitula democrático, verifica-se que o processo ganha forma de maneira voluntária ou deriva da inoperabilidade de algum dos Poderes Republicanos.

Pode-se afirmar que a transferência dessas competências para os órgãos judiciais enseja no aumento do poder político das minorias e na efetivação de direitos fundamentais, entretanto o equilíbrio entre os poderes é menosprezado, assim sendo, a transferência voluntária de poder para manter-se uma preservação de influência entre os políticos e a sua transferência por ineficácia ou inércia Legislativa não pode justificar a intervenção judicial, concluindo-se, portanto que algumas competências inerentes aos representantes eleitos pelo voto não podem ser exercidas pelo Judiciário em um Sistema Democrático, pois isso atinge diretamente a vontade da maioria que é norte desse tipo de Sistema.

Constata-se que processo de juristocracia não ocorre apenas durante a inércia ou transferência de poderes para as cortes judiciais, mas também quando na interpretação da norma com legitimidade nos métodos hermenêuticos, os membros do Poder Judiciário amplificam o sentido da lei dando a esta previsões não comportadas pela norma original indo de encontro com a lógica normativa criada pelo legislador, constata-se, portanto que o fenômeno representa uma insuficiência por parte do Estado em corresponder com a evolução da sociedade no que tange a solidificação dos direitos fundamentais, e que a patológica e

deficiente atuação legislativa e executiva tem determinado o grau de transferências de competências para as cortes judiciais.

Quando a norma perde sua eficácia ou não conduz suas diretrizes com a realidade é necessário que sendo matéria que dependa de lei, está seja, devidamente emanada dos poderes com representação popular, onde será atribuída às suas prerrogativas.

Referencias

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário 628.159 Maranhão. Relatora: Min. Rosa Weber. **Pesquisa de Jurisprudência.** Arcórdãos, 25 junho 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23953698/agreg-no-recurso-extraordinario-re-628159-ma-stf>>. Acesso em:18 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 45 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência.** Arcórdãos, 29 abril 2004. Disponível em: <<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/ADPF45.htm>>. Acesso em:18 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 rio de janeiro. Min. Rel. Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 05 maio 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 33.837-Distrito Federal. Min. Rel. Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 12 outubro 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-zavascki-wadih.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 33.838-Distrito Federal. Min. Rel. Rosa weber. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 13 outubro 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ms-33838-suspensao-atos-eduardo-cunha.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070-Distrito Federal. Min. Rel. Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 18 março 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070-Distrito Federal. Min. Rel. Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 18 março 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.087. Distrito Federal. Min. Rel. Marcus Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 05 abril 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/34087MMA.pdf>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070. Distrito Federal. Min. Rel. Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 18 março 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378-Distrito Federal. Min. Rel. Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 17 dezembro 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF378relator.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, Distrito Federal. Min. Rel. Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 10 de abril 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-anencefalo.pdf>>. Acesso em 23 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação 022.124-Distrito Federal. Min. Rel. Rosa Weber. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 13 outubro 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL22124.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

Entrevista de Elival da Silva Ramos à revista Consultor Jurídico, publicado em 1 de Agosto de 2009. Acesso em 05 novembro 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>>.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. First Harvard University Press, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004a.

VIANNA, Luis Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; e SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>. Acesso em 1 maio 2017.

VIANNA, Luis Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumman. **A Judicialização da Política e as relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Reforma trabalhista e a extinção da contribuição sindical: manutenção das entidades e neopeleguismo, pontos para discussão

Emelly Moura da Silva¹

Fábio Túlio Barroso²

Introdução

No curso histórico e anterior aos atuais moldes de organização laboral, o processo manufaturado do trabalho frente à Revolução Industrial transformou consideravelmente os cenários do homem trabalhador e junto às máquinas, imergiu-se uma consequente necessidade de defesa de direitos e garantias em prol de condições mínimas laborais, salvaguardando, sobretudo a

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisadora do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC, UNICAP. Integrante do Grupo de Estudos Latino-americano de Direitos Humanos – EELAS.

² Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Granada, Espanha. Doutor em Direito pela Universidad de Deusto, Bilbao, Espanha. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP. Presidente Honorário e fundador da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho - APDT. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. Membro do Instituto de Advogados de Pernambuco - IAP. Membro da Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Professor da Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP (Graduação e PPGD). Professor da Faculdade de Direito de Recife - FDR, da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor da Faculdade Integrada de Pernambuco - FAPIPE. Membro do Grupo de Estudos Latino-americano de Direitos Humanos -EELAS. Advogado. E-mail: fabiotulioadv@gmail.com

dignidade da pessoa humana. Isso se impôs em face das condições de trabalho daquela época tornaram-se insustentáveis, no que tange à forma de prestação de serviços subordinados em condições de vida minimamente decentes. Junto a tais acontecimentos, se expressa o surgimento do Direito do Trabalho em face da proteção ao trabalhador, e não obstante a transformação das antigas corporações de ofício medievais na união dos trabalhadores oriundos das indústrias têxteis, doentes e até desempregados que se aglutinaram em sociedades de socorro mútuos na luta por direitos e garantias, daí a origem dos sindicatos.

Em que pese a origem da contribuição sindical, como um remanescente do corporativismo estatal da era Vargas no cenário normativo brasileiro e ainda, com uma configuração diferente do conteúdo proposto pela Convenção nº 87 da OIT, a contribuição sindical possuía importante fonte de custeio das entidades sindicais.

No tocante metodologia aplicada neste artigo é de ordem bibliográfica e ainda comparativa quanto ao texto da CLT anterior e posterior à reforma trabalhista (lei nº 13.467/17) e o instituto da contribuição sindical, que necessariamente imporá também análise de norma constitucional e de normas internacionais que tratam deste conteúdo, em especial a Convenção nº 87 da OIT, tudo isto empregando o método dedutivo.

1 A Contribuição Sindical no Brasil

A contribuição sindical tem previsão no país no texto da CLT, antes mesmo da Constituição da República. Com algumas modificações no curso do tempo quanto ao seu conteúdo normativo, sobretudo no tocante à sua denominação foi recepcionada por meio do art. 8º, IV da carta maior.

Originariamente, a contribuição sindical fora denominada de imposto sindical, o qual seguia, por escolha do legislador brasileiro, o sistema da unicidade sindical, ou seja, a existência de apenas um sindicato por categoria em cada localidade. Com passar dos anos, o

imposto sindical teve sua denominação modificada para contribuição sindical³, mas manteve o seu caráter de pagamento obrigatório para empregados, empregadores e profissionais liberais de suas categorias representadas por seus respectivos sindicatos.

A contribuição sindical até a reforma trabalhista se caracterizou por ser a mais importante fonte de custeio das entidades sindicais de base.

“A contribuição sindical é a fonte mais importante de aportes financeiros às entidades sindicais, principal fonte de custeio, sobretudo, para as entidades sindicais profissionais e de base [...]. A natureza jurídica possui inquestionavelmente natureza tributária, conforme previsões nos arts. 8º IV (parte final), 149 da Constituição, 578 a 610 da CLT e 3º e 217, I do Código Tributário Nacional (CTN)”

(Barroso, Fabio Tulio 2010).

Entende-se por contribuição sindical valor pecuniário que destina-se aos sindicatos para sua manutenção como entidade de classe, ou seja, uma forma em que possibilita o custeio de certas atividades próprias dos sindicatos.

Esse aporte financeiro não tem como objetivo e essência obter vantagem sobre o trabalhador que contribuiu, mas sim o intuito principal de amparo e a defesa dos direitos e garantias das respectivas categorias. Via de regra, tal contribuição corresponderia ao salário de um dia de trabalho por ano de cada empregado, independentemente de sua filiação, sendo que o pagamento por demais trabalhadores e empregadores na forma do art. 580 consolidado⁴. Todavia, esse cenário transformou-se com o advento

³ Decreto-Lei Nº 229, de 28 de fevereiro de 1967.

⁴ Art. 580. A contribuição sindical será recolhida, de uma só vez, anualmente, e consistirá: (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 9.12.1976) (Vide Lei nº 11.648, de 2008)

I - Na importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, para os empregados, qualquer que seja a forma da referida remuneração; (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 9.12.1976)

II - para os agentes ou trabalhadores autônomos e para os profissionais liberais, numa importância correspondente a 30% (trinta por cento) do maior valor-de-referência fixado pelo Poder Executivo,

da reforma trabalhista no ano de 2017, extraindo-se o seu caráter obrigatório e pondo ao trabalhador a decisão em forma de consentimento expresse para o desconto da contribuição em prol dos sindicatos nas suas respectivas folhas de pagamento.

2 Reforma Trabalhista em Face do Movimento Sindical

Com a reforma trabalhista imposta pela Lei nº 13.467/17, a CLT sofre profundas alterações em seu conteúdo material e processual e em especial quanto ao Direito coletivo do Trabalho, chamou a atenção o fim da contribuição sindical compulsória e a possibilidade de implementação de reduções de garantias sociais por meio da negociação coletiva.

Os fundamentos utilizados para a reforma trabalhista foram em grande parte no sentido de que a CLT era ultrapassada, antiga e que não se adequava às relações trabalhistas atuais, nem tampouco atendia às necessidades do mercado, e que se fazia necessária uma “modernização” da legislação do trabalho, o que, na prática não foi ratificado, visto que nem com a flexibilização e consequente precarização das relações de trabalho impostas pela reforma trabalhista houve redução do desemprego. Pior, ampliou-se o

vigente à época em que é devida a contribuição sindical, arredondada para Cr\$ 1,00 (um cruzeiro) a fração porventura existente; (Redação dada pela Lei nº 7.047, de 1º.12.1982)

III - para os empregadores, numa importância proporcional ao capital social da firma ou empresa, registrado nas respectivas Juntas Comerciais ou órgãos equivalentes, mediante a aplicação de alíquotas, conforme a seguinte tabela progressiva: (Redação dada pela Lei nº 7.047, de 1º.12.1982)

Classe de Capital		Alíquota
1.	até 150 vezes o maior valor-de-referência	0,8%
2.	acima de 150 até 1.500 vezes o maior valor-de-referência.....	0,2%
3.	acima de 1.500 até 150.000 vezes o maior valor-de-referência	0,1%
4.	acima de 150.000 até 800.000 vezes o maior valor-de-referência.....	0,02%

desemprego e a taxa de desalento, de pessoas que deixaram de buscar um posto de trabalho⁵.

Não obstante, quanto à postura das entidades sindicais diante das crises econômicas e de subsistência, Jose Luis Monereo Pérez estão em posição de considerável importância diante da negociação coletiva:

“El sindicalismo tiene que enfrentarse a los retos planteados por el desempleo masivo, las transformaciones del mercado de trabajo, las formas de trabajo precario y atípico, el declive del sector industrial (base del sindicalismo obrero tradicional), el aumento del empleo indirecto y de servicios [...]. Es especialmente importante el problema del desempleo estructural, porque ha desabilitado el poder sindical, y ello determina que el sindicato adopte en las negociaciones colectivas una actitud de tipo defensivo y, al menos formalmente, más cooperativa respecto a la contraparte”. (MONEREO PÉREZ, José Luis, 1996).

Submergindo na sistemática em termos do seu desenvolvimento na realidade sindical brasileira, a contribuição para com os sindicatos diante do advento da aprovação da Reforma Trabalhista transformou o seu caráter obrigatório em facultativo, mediante autorização prévia e expressa dos que participarem da categoria, alterando os artigos 578 e 579 da CLT:

“Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.

Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma

⁵ <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/desalento-recorde-limita-alta-na-taxa-de-desemprego-diz-ibge.shtml> Acesso em 18 de maio de 2018.

profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria”.

É certo que a Carta Magna de 1988 do Brasil, no seu artigo 8º IV atenta para a defesa da liberdade sindical e a previsão da contribuição sindical e a confederativa, conforme su Art. 8º, que determina o seguinte:

“É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] “IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.”

Ou seja, no caso da contribuição sindical, há previsão em norma constitucional, cuja regulamentação se dá por meio de norma infraconstitucional, o que deu ensejo à várias discussões quanto à legalidade da sua extinção ou mesmo da cobrança aos não associados aos sindicatos, como foi ressaltado pela 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), por meio de enunciados⁶, o que por sua natureza excede o conteúdo do presente texto.

⁶ **38. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL - É LÍCITA A AUTORIZAÇÃO COLETIVA PRÉVIA E EXPRESSA PARA O DESCONTO DAS CONTRIBUIÇÕES SINDICAL E ASSISTENCIAL, MEDIANTE ASSEMBLEIA GERAL, NOS TERMOS DO ESTATUTO, SE OBTIDA MEDIANTE CONVOCAÇÃO DE TODA A CATEGORIA REPRESENTADA ESPECIFICAMENTE PARA ESSE FIM, INDEPENDENTEMENTE DE ASSOCIAÇÃO E SINDICALIZAÇÃO.**

II - A DECISÃO DA ASSEMBLEIA GERAL SERÁ OBRIGATÓRIA PARA TODA A CATEGORIA, NO CASO DAS CONVENÇÕES COLETIVAS, OU PARA TODOS OS EMPREGADOS DAS EMPRESAS SIGNATÁRIAS DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. III - O PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR SOBRE O DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL É INCOMPATÍVEL COM O CAPUT DO ART. 8º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E COM O ART. 1º DA CONVENÇÃO 98 DA OIT, POR VIOLAR OS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE E DA AUTONOMIA SINDICAL E DA COIBIÇÃO AOS ATOS ANTISSINDICAIS

47 - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA SUA ALTERAÇÃO

A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL LEGAL (ART. 579 DA CLT) POSSUI NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA, CONFORME CONSIGNADO NO ART. 8º C/C ART. 149 DO CTN, TRATANDO-SE DE CONTRIBUIÇÃO PARAFISCAL. PADECE DE VÍCIO DE ORIGEM A ALTERAÇÃO DO ART. 579 DA CLT POR LEI ORDINÁRIA (REFORMA TRABALHISTA), UMA VEZ QUE SOMENTE LEI COMPLEMENTAR PODERÁ ENSEJAR SUA ALTERAÇÃO

3 Defensores da Lei nº 13. 467/17 que trata da extinção da contribuição sindical obrigatória

A condição da prévia e expressa autorização trazida com a alteração do artigo 579 da CLT pela Reforma Trabalhista e a consequente atribuição ao trabalhador à faculdade de escolha em contribuir, tem sido motivo de amplas discussões sobre a sua aplicabilidade em face dos sindicatos de pequeno, médio e grande porte. Emergindo assim, pontos para discussão que divergem entre posições favoráveis a tal alteração e desfavoráveis quanto a seu conteúdo e as futuras implicações práticas que poderão gerar com tais mudanças.

No entendimento daqueles que acreditam ser positiva a retirada da obrigatoriedade da contribuição sindical levam em consideração determinados argumentos que consideram viáveis e necessários para atual realidade brasileira e elencam o seu ponto de vista à validade jurídica sobre a extinção da contribuição sindical.

Para alguns, a extinção da obrigatoriedade da contribuição sindical corrobora a para o fim da incompatibilidade normativa com a convenção nº 87 da OIT, como Fábio Goulart Villela (2009) afirma:

“Os dispositivos constitucionais que recepcionaram a contribuição sindical compulsória terminam por violar o tríplice aspecto do princípio da liberdade sindical (coletiva, individual e autonomia sindical), nos termos da Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho, não ratificada pelo Brasil, e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas.”

Há quem se refira à colisão do princípio da liberdade sindical, em face da manutenção da obrigatoriedade sobre as contribuições, como ressalvado abaixo:

A cobrança de contribuição sindical compulsória afronta o Princípio da liberdade sindical individual, que consiste no direito de cada trabalhador ou empresário de filiar-se ao sindicato de sua preferência e dele desligarem-se. Para que a liberdade de filiação fosse completa, seria necessário existir liberdade de não contribuição, que não foi garantida. A existência da contribuição sindical compulsória também afronta a autonomia sindical, no aspecto da liberdade de auto-estruturação (NAPOLI, Cibeles Cotta Cenachi, 2017)

Em contrapartida, alguns defendem que a receita dos sindicatos com base na contribuição sindical obrigatória corrobora pra certa dependência financeira e estagnação de muitos sindicatos:

“Entendemos ser a contribuição sindical compulsória um dos grandes problemas de nosso sistema sindical – que, aliás, é plenamente incompatível com a autonomia das entidades sindicais. A determinação de uma contribuição para associados ou não da entidade sindical cria aos Sindicatos fonte inesgotável de receita, sem grandes esforços e independentemente de sua atuação adequada ou não, especialmente de representação dos interesses dos representados.” (POLINESIO, André Villac, 2010).

Segundo opiniões contrárias à contribuição sindical compulsória, é fruto de nosso histórico sindical corporativista apenas alimenta esse sistema e com esse se entrelaça, criando um ciclo vicioso, de forma a não amadurecer as relações entre os atores sociais e a manter o sindicato afastado de seu dever primordial, que é como vimos o de negociar, pelo simples motivo de que a contribuição sindical, fonte de sua sustentabilidade, permanecerá sendo devida e a “pingar”, cumpra o sindicato ou não aquele dever. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro 2000).

Acredita-se também que com tal extinção fortalecerá os sindicatos com base na sua representatividade, uma vez que a contribuição sendo voluntária, entende-se que o contribuinte que assim colabora, far-se-á conforme na força do seu respectivo

sindicato, acreditando na força de representante por exemplo. Sobre a representatividade sindical voluntária Pérez afirma:

“Es necesario que la ley exija unas condiciones mínimas de aptitud y capacidad representativa a esas organizaciones, a fin de la que actividad correspondiente se desarrolle de forma eficaz y cuente con el beneplácito de los destinatários. Así pues, la mayor representatividad es una fórmula utilizada para la determinación de la organización sindical más adecuada para concederle en exclusiva la representación de trabajadores fundamentalmente de cara a la participación institucional y la negociación colectiva de eficacia general supraempresarial” (MONEREO PÉREZ, José Luis, 2007).

Recentemente, em 2013 e antes do advento da Reforma, o Partido Popular Socialista – PPS já se mostrava contrário à compulsoriedade da contribuição sindical e ajuizou uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), com pedido de medida liminar, em prol da declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, “a não-recepção da cobrança impositiva da contribuição sindical prevista na Consolidação das Leis do Trabalho” sustentando que:

“[...] Nesta perspectiva, urge indagar-se: se não há obrigatoriedade de filiação a sindicato, faz algum sentido a obrigatoriedade de pagamento de uma contribuição para a manutenção do sistema sindical? Não seria esta obrigatoriedade uma clara violação à liberdade de associação?

Notem que a inconstitucionalidade ora vergastada não reside propriamente na previsão legal da contribuição sindical, mas sim na sua natureza compulsória.

O fato de a contribuição sindical ser obrigatória é que a torna contrária aos preceitos constitucionais apontados como violados. Exsurge aí um descompasso insolúvel entre a norma prevista na CLT e a Lei Maior, que deve ser resolvido em controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se aqui de uma questão que vai muito além da simples oposição ou inconformismo à cobrança compulsória de uma contribuição injusta. Cuida-se, na realidade,

do acatamento à supremacia constitucional”. (ADPF 126, Relator: Min. CELSO DE MELLO)

Em resposta à propositura feita pelo PPS, o STF lançou nota sobre o andamento da ADPF onde ressalva seu arquivamento quando infere que:

“o ministro Celso de Mello, decano do Supremo Tribunal Federal (STF), determinou o arquivamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 126, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS) para que a Corte declarasse que a cobrança compulsória da contribuição sindical prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não foi recepcionada pela Constituição de 1988.” (Portal de Notícias – Supremo Tribunal Federal)

4 Prejudicialidade da Extinção da Contribuição Sindical e Neopeleguismo

Ressalvadas certas posições favoráveis à extinção da contribuição sindical, outra parcela significativa entende ser prejudicial aos sindicatos e consequentemente aos trabalhadores a extinção da contribuição sindical, e entende que por vezes tal reforma apresenta-se de forma utilitarista em face da atual flexibilização de normas trabalhistas, desregulamentando direitos outrora conquistados em benefício do auxílio do trabalhador.

Aponta-se que com tal extinção implicará em severas dificuldades quanto à manutenção dos pequenos sindicatos, ou seja, sindicatos de pequeno porte que atuam assistencialmente em prol do trabalhador. Esses sindicatos são comumente observados nas regiões interioranas do país e, em face de seus contribuintes serem boa parte assalariados minimamente, dificilmente terá a condição de contribuir voluntariamente, compreendendo o pouco que ganha.

Parte disso consiste não só na conscientização sobre o importante trabalho desenvolvido pelos sindicatos, bem como na possibilidade de fácil dominação de tais institutos por parte do poder

patronal, visto que não possuindo receita própria está a “mercê” da pressão exercida pelo poder econômico.

Tais meandros diante da retirada da obrigatoriedade podem dar à luz ao fenômeno chamado “Neopeleguismo”, remetendo a ideia dos sindicatos amarelos e pelegos que compreende-se como:

“[...] termo utilizado para designar os representantes sindicais e seu grupo de apoio político, que faz o jogo dos administradores e governos e das entidades patronais. O Pelego é aquele que se apropria das direções sindicais, considerando a entidade como seu próprio quintal – consciente ou não – para servir de “amortecedor” entre governo e classe trabalhadora, fazendo com que a política governamental tenha maior aceitação entre os trabalhadores, se utilizando de discursos forjados visando garantir uma maior aceitação entre seus pares. Na maioria das vezes se coloca como reais defensores de seus associados em detrimento de seus interesses, ocasionando, por vezes, a desmobilização de sua categoria.” (Agostinho, Pedro Antônio 2011).

Com o fim da contribuição sindical obrigatória, abre-se espaço para o aparecimento de um novo tipo de dominação do setor econômico ao profissional, que pode ser denominado de neopeleguismo. Consiste no enfraquecimento da atividade sindical por parte dos trabalhadores, cujas entidades sindicais encontram-se vulneráveis ao poderio econômico, o que pode acarretar o enfraquecendo o movimento em defesa dos interesses do trabalhador.

Inclusive, não só por tais motivos, como uma maior pressão por parte do poder econômico, pela perda da capacidade econômica decorrente do fim da contribuição sindical, que interfere diretamente no desenvolvimento pleno dos sindicatos, uma vez que passa pela influência política e frustra-se com motivos de custeio e renda própria, tal qual a contribuição sindical que fora extinta.

É possível observar em consonância a tais medidas, a repressão aos protestos sociais, uma vez que parte da atuação sindical consiste nas participações ativas aos movimentos sociais e atitudes de militantes em defesa dos direitos e garantias do trabalhador.

Em posição divergente a certos movimentos sindicais e a consequente imersão do fenômeno da falta de combatividade dos sindicatos em face do aparelhamento deste pelo Estado, o professor Scalabrini entende que, apesar de possuir a prerrogativa de tal autonomia, muitos sindicatos com o passar de alguns anos aliaram-se ao governo e deixaram em apartado a salvaguarda de melhores condições ao trabalhador em prol de alianças políticas:

“De fato, esses movimentos, os trabalhadores e muitos sindicatos confundiram a necessária postura de autonomia que deveriam manter em defesa dos direitos dos trabalhadores, e não souberam lidar com esta realidade. Tornaram-se parceiros, associados do governo e dos patrões, chamados agora de neo pelegos”. (COSTA, Heitor Scalabrini 2009)

Ressalta-se que, junto à extinção da contribuição sindical compulsória, converteu-se a hierarquia normativa do negociado sobre legislado, tais questões atreladas umas às outras e se observa que consistirá demasiadamente na imersão de direitos outrora garantidos, uma vez que a homologação de acordos e convenções coletivas dependerá dos sindicatos que não possuem receita própria e pode ser alvo de possíveis “troca de favores” por parte da atuação patronal.

O fim da contribuição sindical já era anunciado e pretendido por parte dos movimentos sindicais, inclusive com previsão na lei nº 11.648/08, em seu art. 7º.

Contudo, a forma imperativa e imediata presente na reforma trabalhista deixou clara uma perspectiva de dificuldades de manutenção das entidades sindicais em um futuro próximo, tanto para os sindicatos profissionais quanto para os econômicos.

Tal possibilidade assenta também numa dificuldade de manutenção de entidades de garantias e direitos fundamentais, que atenta até mesmo ao Estado Democrático de Direito, visto que as entidades sindicais e sua filiação estão inseridos nos Direitos Humanos, desde a sua Declaração Universal, em 1948, em seu art. 23, 4.

Ou seja, rende ser de difícil compreensão que uma alteração normativa tenha por finalidade a extinção dos sindicatos, visto que, na atual conjuntura a manutenção por fontes próprias de todas as entidades sindicais constitui uma difícil realidade.

Particularmente, o mais razoável para a adequação do custeio das entidades sindicais de forma autônoma, conforme sua própria natureza associativa, seria uma gradual e escalonada redução da cobrança da contribuição sindical, dando tempo para uma reorganização e criação de nova cultura sindical, que dificilmente será modificada com a abrupta finalização da referida fonte de custeio, o que poderá representar mais dificuldades do que soluções para as entidades sindicais.

Considerações finais

Dessa forma, considerando a importância de atuação dos sindicatos e sua trajetória histórica em defesa do trabalhador, a reforma trabalhista que repercutiu diretamente sobre a retirada da compulsoriedade da contribuição sindical ensejou posições favoráveis e desfavoráveis sobre a nova medida, entretanto, compreende-se que o fim da contribuição sindical obrigatória é, portanto, teoricamente correta quando analisada a natureza dos sindicatos, e sua fonte de custeio, sobretudo, na sintonia com o paradigma internacional de liberdade sindical, que é a Convenção nº 87 da OIT.

Todavia consiste numa medida socialmente injusta, pois se torna preocupante a sobrevivência de sindicatos profissionais, principalmente em face da retirada imediata do pagamento da contribuição, sendo medida de bom senso possível escalonamento e redução dos valores cobrados pela contribuição sindical ao longo dos próximos anos, com a sua extinção ao cabo do período, ou seja, proporcional, paulatina, sendo razoáveis cinco anos para a criação de uma nova cultura sindical e definitivamente autônoma.

Isso daria oportunidade para que as entidades sindicais se organizarem economicamente e readaptarem suas atividades, desde

que mediante a um lapso temporal estabelecido, o qual favoreceria ambas as posições e implicaria na prestação plena de representação institucional, principal objeto de defesa e busca por garantias na égide do Direito do Trabalho.

Referências

BARROSO, Fábio Túlio. Manual de direito Coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 7. ed. LTr: São Paulo, 2008, p. 1350

VILLELLA, Fábio Goulart. Estudos Temáticos de [Direito do Trabalho](#) para a [Magistratura](#) e Ministério Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: Guía sobre el Derecho de Libertad Sindical, Sevilla, CARL, 2007

MONEREO PÉREZ, J. L.: Introducción al nuevo derecho del trabajo, Valencia, TIRANT LO BLANCH, 1996

Polinesio, André Villac, O sistema sindical brasileiro e os impactos do reconhecimento das centrais sindicais como entidades sindicais. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC – SP 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de Direito Sindical. 2 edição, LTr, São Paulo, 2000

ALMEIDA, Renato Rua de. Visão histórica da liberdade sindical, palestra na Faculdade de Direito da USP no final de 2005, em promoção conjunta com as Faculdades de Direito da PUC-SP, Mackenzie e FAAP.

NAPOLI, Cibele Cotta Cenachi. [O financiamento sindical no Brasil](#). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 19, n. 3921, 27mar. 2014](#).

[RODRIK, Dani. Goodbye “Washington Consensus. Hello Washington Confusion?” Harvard University, Jan. 2006.](#)

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27120>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

Disponível em: <<http://www.portaltributario.com.br/legislacao/art8dacf.htm>>.
Acesso em: 10 nov. 2017.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27120/o-financiamento-sindical-no-brasil>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi171120o219.htm>>.
Acesso em: 14 nov. 2017.

Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/os-sindicatos-pelegos/80088>>. Acesso em: 30 out. 2017.

Disponível em: <http://www.gostodeler.com.br/curriculo/487/Pedro_Agostinho.html>.
Acesso em: 14 nov. 2017.

Disponível em: < <https://www.ecodebate.com.br/2009/06/30/o-neo-pelego-artigo-de-heitor-scalambrini-costa/> >. Acesso em: 26 fev. 2018.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=231447>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373080>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-mar-28/mayra-palopoli-contribuicao-sindical-conceitos-nao-amadurecidos> >. Acesso em: 14 mai. 2018.

Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI275104,21048-JTRJ+declara+inconstitucional+fim+da+contribuicao+sindical+obrigatoria> >. Acesso em: 14 mai. 2018.

Pactos quanto à jornada de trabalho após a reforma trabalhista: retrocesso no constitucionalismo social?

Felipe da Costa Lima Moura¹

Fábio Túlio Barroso²

Introdução

Os fundamentos para a viabilidade e aprovação da reforma trabalhista estiveram pautados em suposta defasagem do conteúdo normativo presente na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, cuja vigência se deu em 1943. Em tal caso, não foram levados em conta as várias atualizações do conteúdo normativo do diploma, sendo implementada uma reforma trabalhista de alta intensidade,

¹ Mestre em Direito na Universidade Católica de Pernambuco. Graduado em Direito pela Faculdade Escritor Osman da Costa Lins - FACOL, com Especialização em Direito Público e Privado pela Escola Superior da Advocacia (ESA) e em Gestão de Pessoas pela Faculdade Osman Lins FACOL. Professor Titular de Direito do Consumidor e Coordenador do Núcleo da Prática Jurídica na Faculdade Osman Lins - FACOL. Advogado. E-mail: felipeclima@hotmail.com

² Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Granada, Espanha. Doutor em Direito pela Universidad de Deusto, Bilbao, Espanha. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP. Presidente Honorário e fundador da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho - APDT. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. Membro do Instituto de Advogados de Pernambuco - IAP. Membro da *Asociación Española de Salud y Seguridad Social*. Professor da Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP (Graduação e PPGD). Professor da Faculdade de Direito de Recife - FDR, da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor da Faculdade Integrada de Pernambuco - FAPIPE. Membro do Grupo de Estudos Latino-americano de Direitos Humanos -EELAS. Advogado. E-mail: fabiotulioadv@gmail.com

ampliando determinados institutos e até mesmo impondo um desvirtuamento dos mesmos.

A negociação coletiva e por consequência suas normas decorrentes; convenções e acordos coletivos de trabalho, permite, conforme a novel disposição normativa do art. 611-A a disponibilização ou flexibilização do conteúdo mínimo de normas prevista em lei. Não fosse apenas isso, a norma amplia aos sindicatos negociantes a disponibilidade dos direitos que representam, em afronta ao conteúdo constitucional vigente, o que pode representar um retrocesso ou mesmo a desconstrução do constitucionalismo social presente na carta magna de 1988.

Metodologicamente serão apresentados elementos da estrutura sindical brasileira para poder desvendar a hipótese de redução ou destruição de parte do constitucionalismo social por meio da reforma trabalhista, em especial pelo uso da negociação coletiva como instrumento de legitimação de uma política flexível do trabalho.

1 A constitucionalização dos direitos sindicais

O movimento atual de inclusão dos direitos coletivos nas Constituições iniciou com o constitucionalismo social, do qual a expressão maior desse período é justamente a Constituição do México de 1917 (NASCIMENTO, 2011, p. 1237-1238).

A análise do processo de formação e desenvolvimento do Direito do Trabalho no Brasil é assentada, segundo Cléber Lúcio e Wânia Guimarães (2017, p. 37), por meio de dois marcos: A Constituição de 1824 e o período de 1930 a 1943.

A Constituição de 1824 por instituir a proibição das corporações de ofício acabou por promover o trabalhador livre³ e o

³ Sobre trabalhador livre, Cléber Lúcio, pondera que “não existiu, durante o império e nos primeiros anos da República (República Velha ou Primeira República – 1889 a 1930), *trabalho efetivamente livre*, prevalecendo, neles, o trabalho escravo, esclarecendo-se que, quando se fala em trabalho escravo, não se tem em vista apenas o trabalho realizado por trabalhadores negros importados do continente africano, isto é, de escravos negros. Embora a escravidão negra tenha atingido o maior contingente de

mercado de trabalho, elementos que se revelariam indispensáveis para o desenvolvimento no período pós-capitalista. Já o período de 1930 a 1943, ganha destaque pela intensificação de criação de normas trabalhistas, culminando no surgimento do Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito, decorrente de um processo pujante de industrialização do país.

Considerando que o Direito do Trabalho surge como ramo autônomo do Direito apenas a partir da implementação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁴, faz-se necessário uma análise da constitucionalização do Direito do Trabalho a partir da constituição de 1934.

Arnaldo Sussekind, citado por Marcelo Braghini⁵, enaltece a missão da Constituição de 1934 em conciliar filosofias intrinsecamente antagônicas, fazendo referência a Social-Democracia prevalente na Constituição de Weimar e a Liberal-Individualista Americana, sendo esta, segundo o autor, o grande responsável pela vida efêmera desta Carta Constitucional. As normas autônomas coletivas de trabalho foram reconhecidas na Constituição de 1934, permanecendo assim até os dias atuais⁶, da mesma forma o sistema de pluralidade sindical fora reconhecida⁷.

pessoas e apresente uma das suas faces mais cruéis, que é a transformação do ser humano em coisa, não se pode olvidar que o trabalho também era realizado por trabalhadores livres, no sentido de trabalhadores que não eram legalmente considerados escravos (ALMEIDA e ALMEIDA, 2017, p. 37).

⁴ Cléber Lúcio de Almeida e Wânia Guimarães de Almeida consideram que o Direito do Trabalho apenas surge como ramo autônomo do Direito em 1943 com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho. ALMEIDA, Cléber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. *Direito do Trabalho e Constituição. A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTR, 2017.

⁵ BRAGHINI, Marcelo. *Reforma Trabalhista. Flexibilização das normas sociais do trabalho*. São Paulo: LTR, 2017, p. 32.

⁶ Amauri Mascaro do Nascimento destaca, ainda, que a greve passou por uma trajetória constitucional que vai desde “sua omissão na Constituição de 1934, sua proibição em 1934, sua autorização como direito em 1946, sua proibição nos serviços públicos e atividades essenciais em 1967, até sua ampliação em 1988”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1242.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105

No que tange a pluralidade sindical⁸, esta Constituição procurou firmar um sentido “antifascista”, atendendo a necessidade política sobre a criação de sindicatos que tivessem o objetivo de representação profissional⁹. O Decreto n. 24.694, de 1934, obstaría “a pluralidade sindical par e passo com a delimitação de uma estrutura confederativa composta por confederações descritas na própria norma¹⁰”.

Naquela época, foi possível observar uma tendência de criação legislativa que tivesse por objeto normas heterônomas de cunho meramente social protecionista, eivada de qualquer sentimento de movimento sindical independente, até mesmo porque poderia o Estado promover intervenções em questões *interna corporis* dos sindicatos¹¹. “Em suma, a constitucionalização do Direito do Trabalho iniciada pela Constituição de 1934 foi mais formal que substancial¹²”.

O golpe de 1937 acabou por impor uma Constituição outorgada que passou a reconhecer aos sindicatos funções meramente assistencialistas. A partir dessa Constituição os Sindicatos passaram a exercer funções públicas delegadas¹³.

O sistema legal vigente à época era baseado em institutos totalmente autoritários de organização sindical, como por exemplo,

⁸ Arnaldo Süssekind comenta “que o Decreto Legislativo nº 24.694, expedido por Getúlio Vargas às vésperas da promulgação da Constituição, frustrou a pluralidade sindical preconizada, ao exigir um terço do grupo de trabalhadores para a formação do sindicato.” SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas, TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 21ª ed. Vol. II. São Paulo: LTR, 2003, p. 1112

⁹ SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas, TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 21ª ed. Vol. II. São Paulo: LTR, 2003, p. 1111.

¹⁰ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. O reconhecimento das Centrais sindicais e a criação de sindicatos no Brasil: Antes e depois da Constituição de 1988. In: HORN, Carlos Henrique; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo (Org.). **Ensaio sobre Sindicatos e Reforma Sindical no Brasil**. São Paulo: LTR, 2009, p. 17

¹¹ BRAGHINI, Marcelo. *Idem*.

¹² ALMEIDA, Cléber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. Direito do Trabalho e Constituição. A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTR, 2017, p. 105.

¹³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Pluralidade Sindical e Democracia, LTR, São Paulo, 1997, pág.. 21.

a necessidade de reconhecimento do sindicato pelo Estado¹⁴, a natureza pública das funções sindicais, a proibição de solução de conflitos por meio de pressões diretas dos trabalhadores (culminando na consideração da greve e o *lockout* como recursos antissociais¹⁵), criação de corporações que tinham como principal objetivo impedir o exercício do direito de greve¹⁶.

Nesta esteira, a definição da qualidade, o modelo de organização sindical, também foi definida via Decreto (19.770/31), em que se estabelecia o sindicalismo por categorias, econômicas e profissionais, critério que permanece até os dias atuais, sendo recepcionado pela Constituição de 1988. O controle das entidades sindicais era absoluto pelo poder público, em que seu reconhecimento se dava por ato ministerial, com restrições à simpatia ideológica de qualquer associação, bem como a intervenção administrativa do Poder Executivo no seio da entidade sindical¹⁷.

A Constituição de 1946 foi a primeira editada quando já existia no Brasil o Direito do Trabalho como ramo autônomo do

¹⁴ Cléber Lúcio de Almeida e Wânia Rabêllo destaca ainda que “é neste contexto, inclusive que foi editado o Decreto n. 8.740, de janeiro de 1946, que alterou a organização sindical brasileira, restabelecendo a liberdade sindical, como se vê da nova redação que conferiu o art. 511 da CLT, e, alterando o art. 530 da CLT, afastou a vedação de eleição para cargos administrativos ou de representação econômica ou profissional, de pessoas que “professarem ideologias incompatíveis com as instituições ou os interesses da nação. Tal decreto, no entanto, foi revogado pelo Decreto-lei n. 8.987-A, de fevereiro de 1946, restando restabelecida, assim, a organização sindical estabelecida pela CLT. ALMEIDA, Cléber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. Direito do Trabalho e Constituição. A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTR, 2017.

¹⁵ Art 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum. A greve e o lock-out são declarados recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional. BRASIL, 1937. [CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL \(DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm >. Acessado em: 27 de novembro de 2017.

¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 107.

¹⁷ BARROSO, Fábio Túlio. Manual de Direito Coletivo do Trabalho, São Paulo, LTr, 2010, p. 63.

Direito¹⁸,impulsionando portanto, a constitucionalização do Direito do Trabalho¹⁹.

Esta Constituição teria transferido para a lei ordinária a forma de constituição, representação e funções dos sindicatos²⁰. Tais funções eram mantidas como sendo delegadas do poder público, e, ficaria estabelecida a liberdade sindical, a qual não impedia o regime de unidade²¹.

“A constituição de 1967 trouxe quase nenhuma inovação. A novidade ficou a cargo da Redução (de 14 para 12 anos) de idade mínima para ingressa do adolescente no mercado de trabalho²².

A Constituição de 1988, por sua vez, significou um verdadeiro instrumento de efetivação do processo democrático, como também do reordenamento jurídico do país, pelo que representou um grande avanço para a melhoria da condição social dos trabalhadores²³.

Os direitos fundamentais, nela inseridos, encontram-se revestidos de uma proteção constitucional contra qualquer tipo de supressão textual pelo poder reformador, isto pelo limitador imposto pela proibição do retrocesso social²⁴.

No aspecto da liberdade sindical a Constituição de 1988 ultrapassou diversos paradigmas intervencionistas até então

¹⁸ ALMEIDA, Cléber Lúci de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. *Direito do Trabalho e Constituição. A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTR, 2017, p. 108.

¹⁹ *ibid*, p. 109.

²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011, p.1242

²¹ SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas, TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 21ª ed. Vol. II. São Paulo: LTR, 2003, p. 1112.

²² MOURA, Felipe da Costa Lima; BARROSO, Fábio Túlio. O NOVO MODELO DE NEGOCIAÇÃO SOLETIVA IMPLEMENTADA PELA REFORMA TRABALHISTA: UM RETROCESSO AO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL?. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 27, p. 249, mar. 2018. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/249>>. Acesso em: 14 maio 2018.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1243.

²⁴ WOLFGANG, Ingo Sarlet. Os Direitos dos Trabalhadores como Direitos Fundamentais e a sua Proteção na Constituição Federal Brasileira de 1988. In: MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannotti da (Org.). *Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo: LTR, 2017 p. 128-135.

constantes na CLT, notadamente a vedação da interferência do Estado na organização sindical. O Ministério do Trabalho e Emprego passou a interpretar no sentido que os novos dispositivos constitucionais seriam uma abertura legal que permitia a liberdade sindical, muito pelo disposto no art. 8º. Este entendimento levou a afastar a atuação administrativa do Ministério do Trabalho, especialmente sobre os registros de entidades sindicais²⁵²⁶.

Uma das maiores conquistas da Constituição de 1988 foi a “opção pelo trabalho prestado no contexto de uma relação de emprego”, tudo isto somado a “busca do pleno emprego como princípio de ordem econômica (art. 170, VIII) o que é justificado pelo fato de ser a relação de emprego, como decorre dos arts. 7º a 11 da Constituição, pressuposto do acesso a vários direitos fundamentais²⁷”.

Em que pese à previsão Constitucional sobre a liberdade sindical, essa na realidade acabou por ser limitada pela imposição do monopólio de representação sindical²⁸ e pelo impedimento da organização do sindicato de acordo com a vontade de respectivos grupos de trabalhadores ou de empregadores, principalmente quando se obrigava os não associados a contribuir para o ente

²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 26ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1248.

²⁶ Ainda sobre o tema Amauri Mascaro Nascimento, destaca que houve a desativação da Comissão de Enquadramento Sindical – CES tripartite (art. 576 da CLT) a qual era composta por representantes do governo, das categorias econômicas e das categorias profissionais, por indicação destas e designados pelo Ministério do Trabalho, com atribuição principal de classificar as atividades econômicas e profissionais e subdividi-los em um Quadro de Atividades e Profissões. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 26ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1248.

²⁷ ALMEIDA, Cléber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. Direito do Trabalho e Constituição. A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTR, 2017, p. 117.

²⁸ Sobre a organização sindical disposta na Constituição de 1988, Amauri Mascaro do Nascimento, tece duras críticas: “Reconheça-se, no entanto, que o sistema de organização sindical que acolheu é contraditório; tenta combinar a liberdade sindical com a unicidade sindical imposta por lei e a contribuição sindical oficial. Estabelece o direito de criar sindicatos sem autorização prévia do Estado, mas mantém o sistema confederativo, que define rigidamente bases territoriais, representação por categorias e tipos de entidades sindicais”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 26ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1248.

coletivo representativo da sua categoria²⁹, o que a reforma trabalhista implementada pela Lei nº 13.467/2017 extinguiu, estabelecendo a contribuição voluntária.

Além de enunciar direitos sociais, a Constituição da República de 1988 acaba por dá início a um momento próprio que supera àquelas enunciadas em Constituições passadas. Isso por ter se apoiado em uma unidade filosófica e política que considera a dignidade da pessoa humana como valor e princípio. Neste modelo Constitucional, a dignidade da pessoa humana repercute diretamente no contrato de trabalho, sobretudo no conceito de subordinação e as novas formas contratuais flexibilizadoras³⁰.

A Constituição significou o grande marco para o Novo Sindicalismo Brasileiro, tendo como principais características a liberdade e a autonomia sindical. Sobre essa nova fase, Sayonara Grillo assim sintetiza:

A constituição afirmou como princípios a liberdade e a autonomia sindical. Vetou ao Estado intervir e interferir nas atividades sindicais, bem como exigir o reconhecimento da entidade sindical para funcionar, ressaltando a possibilidade de estabelecer o registro da pessoa jurídica no órgão competente (art. 8º, I, CF). Com a proibição de interferência na via sindical, reconheceu-se aos sindicatos ampla autonomia para regular sua vida interna, estabelecer seus estatutos, a forma de eleição, de constituição da diretoria, e se imiscuir nas atividades e assembleias sindicais. Ao vedar a intervenção, pôs fim as destituições das diretorias, nomeação de interventores ministeriais³¹,

²⁹ SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas, TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 21ª ed. Vol. II. São Paulo: LTR2003, p. 1124.

³⁰ CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. **Terceirização: Uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea**. 2012. 188 f., p. 31 Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Católica de Pernambuco, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2012. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2012-04-25T160607Z-482/Publico/dissertacao_maria_do_perpetuo.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2018

³¹ Sayonara Grillo lembra que durante a ditadura militar (1964) era comum verificar frequentes intervenções sindicais, destituição de diretorias eleitas, prisões e interferências no cotidiano das entidades, com o objetivo de afastá-las das demandas e questões cotidianas dos trabalhadores. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. O reconhecimento das Centrais sindicais e a criação de sindicatos no Brasil: Antes e depois da Constituição de 1988. In: HORN, Carlos Henrique; SILVA,

e todas as regras que permitam a dissolução ou suspensão administrativa das entidades. Diante de tais disposições constitucionais, deixaram de vigorar as regras legais sobre fundação de sindicatos que exigiam a pré-constituição de uma associação profissional representativa (art. 515, CLT) e estabeleciam parâmetros de representatividade numérica para a transformação daquela entidade em sindicato. O regime de enquadramento deixou de ser legal e passou a ser espontâneo, tendo sido extinta a Comissão de Enquadramento Sindical. A constituição permitiu que o legislador exigisse que as entidades sindicais se registrassem em um órgão competente, mas não impôs o registro. Aliás, a expressão “órgão competente” não foi escolhida ao acaso, visava a afastar o Ministério do Trabalho desta atribuição, igualizando o tratamento que viesse a ser exigido das entidades sindicais às demais entidades jurídicas de direito privado, não econômicas³².

À vista de tudo que foi pesquisado, tem-se que a Constituição da República de 1988 foi a grande responsável pela inauguração do Direito Constitucional do Trabalho no Brasil, como também pelo reconhecimento da liberdade sindical e, portanto, a legitimação dos sindicatos para negociarem coletivamente direitos trabalhistas, tendo uma perspectiva de ampliação do conteúdo material mínimo previsto na legislação.

Não obstante tal reconhecimento constitucional para que os sindicatos possam negociar coletivamente direitos trabalhistas, deve-se verificar qual a função dos Sindicatos de acordo com o conteúdo normativo brasileiro.

2 O direito sindical e a função dos sindicatos

O Sindicato tem sua origem destacada na Revolução Industrial, quando se via uma grande concentração de trabalhadores que naquele momento deixava a produção individual e passava a

Sayonara Grillo Coutinho Leonardo (Org.). Ensaios sobre Sindicatos e Reforma Sindical no Brasil. São Paulo: LTR, 2009, p. 21.

³² Ibid. p. 22

produzir coletivamente. Considerando as condições precárias a que os trabalhadores estavam expostos naquela época é que os mesmos se viram obrigados a se reunir em grupos para reivindicarem melhores condições de trabalho³³.

No Brasil, apenas em 1903 (Decreto nº 979, de 06 de janeiro de 1903) é que a lei passou a reconhecer os sindicatos rurais e admitir a organização “de entidades mistas de trabalhadores e empregadores, bem como a formação de uniões ou sindicatos centrais³⁴”.

Por sua vez, a primeira lei de sindicalização urbana surgiu apenas com o advento do Decreto 1.637 de 5 de janeiro de 1907³⁵, ocasião pela qual os primeiros sindicatos e federações operárias já atuavam efetivamente³⁶.

No governo de Vargas foi editado o Decreto n. 19.770 de 1931 que acabou por disciplinar a formação dos sindicatos, instituindo a intervenção estatal como condição para que os sindicatos adquirissem personalidade jurídica, condição esta, que apenas foi modificada com a Constituição de 1988.

A Constituição da República de 1988 acabou por reconhecer os sindicatos³⁷ como entes coletivos autônomos que possuem

³³ PRADO, Roberto Barreto. Curso de Direito Sindical. 3.ed. São Paulo: LTR, 1991, p.99.

³⁴ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. O reconhecimento das Centrais sindicais e a criação de sindicatos no Brasil: Antes e depois da Constituição de 1988. In: HORN, Carlos Henrique; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo (Org.). Ensaios sobre Sindicatos e Reforma Sindical no Brasil. São Paulo: LTR, 2009, pp. 15-16.

³⁵ Neste modelo, os sindicatos se constituíam livremente e sem a autorização da lei, bastando apenas o depósito dos seus atos constitutivos no cartório de registro de hipotecas para gozar de personalidade civil. BRASIL, 1907. Decreto Nº 1.637, de 5 de janeiro de 1907. **Disponível em:** <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1637-5-janeiro-1907-582195-publicacaooriginal-104950-pl.html>> . **Acessado em: 22 de dezembro de 2017.**

³⁶ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. O reconhecimento das Centrais sindicais e a criação de sindicatos no Brasil: Antes e depois da Constituição de 1988. In: HORN, Carlos Henrique; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo (Org.). Ensaios sobre Sindicatos e Reforma Sindical no Brasil. São Paulo: LTR, 2009, p. 16

³⁷ SUSSEKIND assenta opinião no sentido de que não pode o Estado tutelar os sindicatos, sob pena de burocratizar o sindicato. SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas, TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 21ª ed. Vol. II. São Paulo: LTR, 2003, p. 1100.

capacidade para no exercício da autonomia privada coletiva, buscar melhores condições de trabalho aos seus representados, que são os trabalhadores.

A concepção de sindicato disposto no sistema jurídico brasileiro, mais especificamente na CLT, no seu art. 511, é definida como *associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais daqueles que exerçam a mesma atividade, ou profissões, ou atividades, ou profissões similares ou conexas*, podem ser de empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais.

Entre as principais funções do Sindicato, deve-se destacar a de natureza política e compositiva. A função política, refere-se ao fato da negociação coletiva corresponder a uma forma “de exercício de atividade política, mas não necessariamente político partidária”. Ela é ordinariamente desenvolvida em um ambiente político³⁸. A função negocial dos sindicatos, consiste na possibilidade das entidades sindicais estabelecerem, por força da autonomia coletiva decorrente do poder de representação das entidades sindicais, melhores condições de trabalho do que aquelas promovidas pelo Estado, importando em verdadeiro reconhecimento das negociações coletivas³⁹.

A mais importante função dos Sindicatos é a de representação no sentido amplo. Por meio desta função, os sindicatos se organizam para representarem e agirem em nome de sua respectiva categoria, com o objetivo de defender seus interesses no plano da relação de trabalho e social⁴⁰. Na atuação em dissídios individuais, o sindicato poderá atuar como substituto processual, quando agirem em nome próprio na defesa do direito alheio, ou como representante processual, na hipótese de atuarem em nome do representado e na defesa do seu interesse⁴¹.

³⁸ BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2010b, p. 32.

³⁹ BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2010b, p. 33.

⁴⁰ Ibid. p. 129.

⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26^a ed.. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1305.

O próprio art. 8º da Constituição da República de 1988, além de ter consagrado o sindicato como representante da categoria econômica ou profissional da base territorial correspondente, essa ainda preceituou o poder dos sindicatos em defenderem os direitos e interesses coletivos ou individuais, tanto em questões de ordem judiciais como no âmbito administrativo (referentes às negociações coletivas)⁴².

A função representativa abrange a dimensão privada, administrativa, pública ou judicial. A dimensão privada consiste no fato dos sindicatos se manterem em diálogo com a classe empresarial, com o objetivo de defender interesses coletivos da categoria representada. A segunda dimensão (administrativa) tem por objetivo o relacionamento do sindicato com o Estado com vistas a solucionar conflitos trabalhistas na sua respectiva área de atuação. Já a dimensão pública, diz respeito ao diálogo que os sindicatos devem promover com a sociedade civil, com o objetivo de procurar suporte para as suas ações. Enfim, pode-se destacar a dimensão judicial, em que os sindicatos atuam pelos meios processuais existentes na defesa dos interesses da categoria representada⁴³.

Ainda sobre o Tema, Amauri Mascaro Nascimento⁴⁴ destaca que o sindicato possui função colaborativa, conforme disposto no art. 513, d e art. 514 da CLT. Por esses dispositivos devem os sindicatos colaborar com o Estado através do estudo e solução dos problemas que se relacionem com a categoria, bem como com os poderes públicos no desenvolvimento da solidariedade social⁴⁵.

Os sindicatos representam os próprios sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho, pois somente por meio destas organizações associativas é que os trabalhadores ganham “corpo, estrutura e

⁴² SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas, TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 21ª ed. Vol. II. São Paulo: LTR, 2003, pp. 1150-1151.

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2017, p. 129.

⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 8ª Ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 1305.

⁴⁵ BRASIL, 1943. Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de Maio de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm >. Acessado em: 22 de dezembro de 2017.

potência de ser coletivo”⁴⁶. Desta feita, ressalvado as hipóteses em que a omissão dos entes sindicais em negociarem coletivamente legitimam a que os empregados, por meio de comissões, possam negociar diretamente com os seus respectivos empregadores, tem-se que o sindicato é uma das principais fontes de estudo do Direito Coletivo do Trabalho⁴⁷.

Os sindicatos possuem, em sua essência, função meramente representativa de direitos e interesses coletivos das suas respectivas categorias, não sendo, portanto, titular do direito que representa. Deste modo, o Estado limita a autonomia privada coletiva dos sindicatos, fato este que lhes impedem de disponibilizarem os direitos dos seus representados pela via negociada.

Ocorre que a Reforma Trabalhista (materializada com a Lei n. 13.467/2017) trouxe à tona uma discussão sobre uma possível modificação da função dos sindicatos (o qual passará a disponibilizar direitos), visto que com a inclusão do art. 611-A da CLT houve uma ampliação do rol de direitos trabalhistas, entre eles as jornadas de trabalho, que podem ser flexibilizados, e, que uma vez negociados coletivamente prevalecerão sobre o conteúdo normativo heterônomo, acabando por criar uma nova função aos sindicatos – o de disponibilizar direitos.

Desta feita, cabe verificar a possibilidade de negociação coletiva sobre pactos quanto à jornada de trabalho, acabando por ampliar o poder dos sindicatos em negociarem irrestritamente os direitos que representam, como uma hipótese de disponibilização de direitos.

⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2017 p. 99.

⁴⁷ Maurício Delgado Godinho pondera, ainda, que os empregadores “são seres com aptidão natural de produzirem atos coletivos em sua dinâmica regular de existência no mercado econômico e laborativo”. Esta conclusão tem definição na própria forma de organização coletiva das empresas, como também no texto legal disponível no art. 611, §1º, que dispensa a participação dos sindicatos na hipótese de ajuste de acordo coletivo do trabalho, ocasião pela qual as empresas poderão negociar diretamente com os sindicatos profissionais. DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2017, p. 99.

3 Breves comentários sobre a possibilidade de negociação coletiva sobre à jornada de trabalho após a reforma trabalhista

Da análise do art. 611-A da CLT se extrai o entendimento de que após a Reforma Trabalhista o negociado prevalecerá sobre o legislado, o que acabou por promover a ampliação dos poderes da negociação coletiva trabalhista, passando esta a gozar de nova prerrogativa que visa “deteriorar a condições contratuais e de ambientes de trabalho”⁴⁸.

O Art. 611-A traz um rol de direitos, entre eles os pactos quanto a jornada de trabalho, que uma vez negociados irão prevalecer sobre o conteúdo normativo mínimo, numa hipótese legal de flexibilização de direitos trabalhistas.

Para Maurício Godinho Delgado, a inserção do modelo flexibilizador (pela via coletiva) foi a modificação mais sentida no âmbito da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), isso porque, este novo modelo flexível acaba por inviabilizar a concretização do “mínimo civilizatório” por meio da negociação coletiva, a qual deveria servir como “veículo de aperfeiçoamento das condições de vida e de trabalho das pessoas humanas trabalhadoras e como mecanismo para a elevação das condições de pactuação da força de trabalho no sistema econômico”⁴⁹.

O art. 611-B, por sua vez, trouxe uma lista de 36 (trinta e seis) temas que não poderão ser negociados pela via coletiva, passando a reproduzir, quase que essencialmente, os direitos previstos no art. 7º da Constituição da República. “Portanto, não há qualquer dádiva aos trabalhadores nesse rol de direitos inegociáveis para menos, porque representam apenas o patamar mínimo constitucional. Apenas o legislador reformista não tem poder para flexibilizar tais direitos”⁵⁰.

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma Trabalhista no Brasil: Com os comentários à lei N. 13.467/2017*. São Paulo: LTR, 2017, p. 254.

⁴⁹ *Ibid*, p. 255.

⁵⁰ LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pérciles Rodrigues Marques de. *Reforma Trabalhista: Entenda ponto a ponto*. São Paulo: LTR, 2017, p. 104.

Por sua vez, o art. 611-A estabeleceu um padrão de temas abertos à negociação coletiva como instrumento de flexibilização das normas trabalhistas, o expor que serão aqueles direitos ali expostos, além de outros, o que denota a perspectiva do legislador reformista em utilizar as normas autônomas coletivas como instrumento de flexibilização do Direito do Trabalho, dando uma legitimação aos sindicatos, além do que a carta maior o fez, em seu art. 8º, III e VI.

Pois bem, a Constituição da República consagra em seu art. 7º os direitos sociais, dos quais considera o trabalho como sendo um instrumento de promoção da dignidade a pessoa humana, fundamento principal da República Federativa do Brasil. O direito social do trabalho tem como principal objetivo o de garantir a efetividade dos direitos fundamentais específicos e inespecíficos do trabalhador⁵¹.

Por estas razões, é que a própria Constituição promoveu uma jornada de trabalho compatível com o exercício da dignidade da pessoa humana, sendo permitida a sua negociação na hipótese de compensação ou redução de jornada (art. 7º, XIII), e na de turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV).

O novo texto previu como hipótese de prevalência do negociado sobre o legislado, pactos quanto à jornada de trabalho (Art. 611-A, I), desde que observado os limites constitucionais. Da sua interpretação, pode-se discutir a problemática lançada por Antonio Umberto⁵²: “A negociação coletiva poderá prevalecer ao instituir pacto de jornada de trabalho que destoe das proteções mínimas previstas na CLT?”.

“A exacerbação da duração do trabalho, ainda que coletivamente negociada, importa no desprezo a diversos outros

⁵¹ PÉREZ, José Luis Monereo. *La Metamorfosis del derecho del trabajo*. Albacere- Espanha: Editorial Bomarzo S. L., 2017, p. 137.

⁵² SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de et al. *Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017, p. 278.

bens tutelados pela ordem jurídica [...]”⁵³. Ainda que o parágrafo único do art. 611-B⁵⁴ considere que as regras sobre duração do trabalho não serão consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, não se deve ter em mente que a Reforma Trabalhista acabou por permitir a negociação coletiva do trabalho extraordinário além das duas horas dispostas no art. 59 da CLT.

Neste sentido, o inciso I do art. 611-A, deve ser interpretado de modo a possibilitar que por meio de instrumento coletivo seja possível negociar sobre jornada de trabalho desde que respeitados a duração constitucionalmente estabelecida e, que por meio desta sejam ajustadas melhorias às condições sociais do trabalhador. Este fato portanto, desautoriza a negociação para que o empregado trabalhe além das duas horas extras diárias, reguladas no art. 59 da CLT.

Conclusão

Paralelamente a constitucionalização dos direitos trabalhistas, tem-se pelo reconhecimento constitucional dos sindicatos como sujeito de Direito Coletivo com legitimidade para representar os trabalhadores (ou empregadores) nas negociações coletivas, de modo a controlar o antagonismo entre o capital e o trabalho. Os sindicatos portanto, encontram-se revestidos do poder normativo de criar melhores condições sociais aos trabalhadores representados por meio de normas autônomas coletivas, sendo esta uma hipótese de descentralização.

A Reforma Trabalhista, Lei 13.467 de 2017, acabou por criar uma nova sistemática sobre a flexibilização dos direitos trabalhistas, ao inserir o art. 611-A que prevê a prevalência do negociado sobre o legislado, fato este que levou a desestruturação da negociação

⁵³ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma Trabalhista no Brasil: Com os comentários à lei N. 13.467/2017*. São Paulo: LTR, 2017, p. 258.

⁵⁴ BRASIL, 1943.

coletiva na sua principal função, que é a de criar melhores condições aos trabalhadores.

Nessa linha, ampliou o conteúdo negocial presente nas normas do art. 611-A, em que, segundo seu enunciado, não somente as matérias ali presentes poderão ser objeto de flexibilização pela via coletiva negocial, senão, um número maior de condições e normas de trabalho, visto a perspectiva ampliativa ali presente, em combinação com o conteúdo restritivo de condições de trabalho que não poderão ser objeto de negociação coletiva, tal e qual se impõe no art. 611-B.

Esta ampliação de condições de trabalho que podem ser objeto de negociação coletiva vai de encontro à mens legis constitucional, que limita a participação dos sindicatos em eventos administrativos como a própria negociação coletiva, cuja a titularidade e disponibilidade as entidades associativas não têm, sob o imperativo das normas do art. 8º, III e VI.

Pela interpretação constitucional, o negociado deveria prevalecer ao legislado quando criadas melhores condições de trabalho ao trabalhador, conforme inteligência do Art. 7º da Constituição da República. Ocorre que, pela que da leitura do Art. 611-A, I da CLT é possível verificar a criação de um sistema legal flexível onde é possível ajustar pactos sobre a jornada de trabalho e outras condições de trabalho por meio das normas coletivas, ainda que não sejam conferidas melhores garantias aos trabalhadores, o que na prática acaba indo de encontro à finalidade emancipatória social presente nas normas da carta maior, justificando que o método de implementar o reducionismo das normas e garantias aos trabalhadores por meio da negociação coletiva e legitimação sindical, para estabelecer condições in pejus aos obreiros, é uma forma de escoriar o constitucionalismo social.

Referências

- ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. Direito do Trabalho e Constituição. A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTR, 2017.
- BARROSO, Fábio Túlio. Manual de Direito Coletivo do Trabalho, São Paulo, LTr, 2010.
- BRAGHINI, Marcelo. Reforma Trabalhista. Flexibilização das normas sociais do trabalho. São Paulo: LTR, 2017, p. 32.
- BRASIL, 1907. Decreto Nº 1.637, de 5 de janeiro de 1907. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1637-5-janeiro-1907-582195-publicacaooriginal-104950-pl.html>> . Acessado em: 22 de dezembro de 2017.
- BRASIL, 1943. Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de Maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acessado em: 22 de dezembro de 2017.
- CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. Terceirização: Uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea. 2012. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Católica de Pernambuco, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2012. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2012-04-25T16o6o7Z-482/Publico/dissertacao_maria_do_perpetuo.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2018
- CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acessado em: 27 de novembro de 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho. Direito Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTR, 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma Trabalhista no Brasil: Com os comentários à lei N. 13.467/2017. São Paulo: LTR, 2017.
- LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. Reforma Trabalhista: Entenda ponto a ponto. São Paulo: LTR, 2017.

MOURA, Felipe da Costa Lima; BARROSO, Fábio Túlio. O NOVO MODELO DE NEGOCIAÇÃO SOLETIVA IMPLEMENTADA PELA REFORMA TRABALHISTA: UM RETROCESSO AO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL?. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 27, p. 249, mar. 2018. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/249>>. Acesso em: 14 maio 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 8ª Ed. São Paulo: LTR, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Pluralidade Sindical e Democracia*, LTR, São Paulo, 1997, pág.. 21.

PÉREZ, José Luis Monereo. *La Metamorfosis del derecho del trabajo*. Albacete-Espanha: Editorial Bomarzo S. L, 2017.

PRADO, Roberto Barreto. *Curso de Direito Sindical*. 3.ed. São Paulo: LTR, 1991.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. O reconhecimento das Centrais sindicais e a criação de sindicatos no Brasil: Antes e depois da Constituição de 1988. In: HORN, Carlos Henrique; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo (Org.). *Ensaio sobre Sindicatos e Reforma Sindical no Brasil*. São Paulo: LTR, 2009.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de et al. *Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas, TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 21ª ed. Vol. II. São Paulo: LTR, 2003.

WOLFGANG, Ingo Sarlet. Os Direitos dos Trabalhadores como Direitos Fundamentais e a sua Proteção na Constituição Federal Brasileira de 1988. In: MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannotti da (Org.). *Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo: LTR, 2017.

Inconstitucionalidade por vício de formação de vontade nas votações do congresso nacional

Fellipe Domingues de Barros Freitas¹

Letícia Varela de Aragão Farias²

1. Introdução

O controle de constitucionalidade é um tema de grande relevância no cenário mundial. Por óbvio, a supremacia da constituição é um dos pilares utilizados para que houvesse a possibilidade desse controle. De tal forma, em um Estado democrático de direito caracteriza-se pela supervalorização de uma constituição e pela repressão a toda a forma atentatória contra a dignidade dela. Desse modo, o Brasil padece de um vício estrutural chamado de corrupção que se incompatibiliza com essa nova ordem econômica e social. Consequentemente, quando a corrupção se instaura nas votações de projetos de lei, emendas à constituição e demais disposições legislativas, precisa-se de uma nova categoria de inconstitucionalidade para sanar essas máculas legislativas.

¹ Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco e mestrando pela mesma instituição.

² Graduanda em direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

2. Teoria geral do controle de constitucionalidade

2.1 Pressupostos da teoria do controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é um instrumento capaz de fazer prevalecer um dos princípios basilares do direito constitucional: a supremacia das normas constitucionais. Esse instrumento retira do ordenamento as normas inferiores que contrariam suprimindo a ausência da lei ou declarando a sua constitucionalidade, de modo a garantir uma interpretação conforme à Constituição ou ainda garantindo o cumprimento de preceitos fundamentais.

Essa compatibilidade “vertical” das normas constitucionais e demais atos normativos tem em seu ápice as normas com *status* constitucional, logo esse arranjo de validação das normas está baseado em Hans Kelsen. Assim, abstrai-se o conteúdo das normas jurídicas, mas apenas através de uma trama de competência em um esquema de validade e invalidade. As normas jurídicas não são falsa ou verdadeira, segundo o referido autor, mas sim estão em conformidade com normas prescritivas por uma autoridade competente ou não.

Essa segunda maneira de sistematização das normas jurídicas ligadas não pelo seu conteúdo, totalmente abstraído, mas apenas pela *trama de competência*. A validade do ato praticado pelo chefe de repartição é fundada na obediência geral aos Constituintes. (COELHO, 2012, p. 28).

Existem alguns pressupostos, quatro especificamente, para o controle de constitucionalidade:

1º) **Constituição rígida ou semirrígida:** O processo de modificação das normas constitucionais deve ser diferenciado e mais rigoroso quando comparado com as demais leis do

ordenamento jurídico. Na classificação doutrinária, a Constituição de 1988 é considerada rígida.

2º) **Princípio da supremacia da Constituição:** Em razão dessa classificação das normas constitucionais em serem rígidas ou semirrígidas, consagra-se a ideia de que a Constituição é o vértice do ordenamento jurídico. Logo, ante o exposto da teoria de Hans Kelsen, a Constituição representa o alto escalão do direito positivo.

3º) **Atribuição de competência para o controle de constitucionalidade a um órgão:** É ineficiente um princípio de supremacia da constituição, caso não haja um órgão capaz de efetivamente controlar as normas infraconstitucionais que estiverem em desacordo com a Constituição. No controle concentrado, tal órgão é exclusivamente o Supremo Tribunal Federal (STF) em face da Constituição Federal de 1988, e dos Tribunais de Justiça, quando em face da Constituição do respectivo Estado no qual o tribunal está localizado. Já no controle difuso de constitucionalidade, o órgão competente é o Poder Judiciário, ou seja, todos os demais juízes e tribunais possuem competência para declarar a inconstitucionalidade da norma.

4º) **Princípio de presunção de constitucionalidade das leis:** Em um Estado Democrático de Direito, a norma desempenha função singular, visto que só se pode impor ao indivíduo realizar alguma prestação ou se omitir, caso esteja previsto em lei. Desse modo, as normas, quando são editadas, em função do princípio da confiança nascem com uma presunção de constitucionalidade. (ZANOTTI, 2016, p. 54-55)

De tal sorte que expostos esses motivos, a relação de constitucionalidade e inconstitucionalidade designa um conceito de relação que se estabelece entre a Constituição e um comportamento, que lhe está ou não conforme, que é com ela compatível ou não.

Essa expressão inconstitucionalidade tem, pelo menos, 3 concepções distintas conforme o ilustre jurista inglês Dicey: a) Empregada em relação a um ato do parlamento inglês, isso significa que o ato é oposto ao espírito da Constituição inglesa, mas não significa, necessariamente, que o ato é ilegal ou nulo; b) Aplica-se a uma lei das câmaras francesas em que exprimiria que a lei ampliada a extensão do período presidencial é contrária ao disposto na Constituição. Os tribunais franceses não são obrigados a obedecer às leis inconstitucionais; c) Quando esse vocábulo é dirigido a um ato do Congresso, ou seja, os atos congressuais são nulos. (DICEY *apud* MENDES, 2017, p. 936).

2.2 Espécies de inconstitucionalidade

2.2.1 Controle jurisdicional concentrado, difuso ou misto

O controle jurisdicional é aquele exercido por órgão integrante do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional podendo ser: a) Concentrado (também chamado austríaco); b) Difuso (também chamado americano); c) Misto.

O controle de constitucionalidade (austríaco ou europeu) defere a atribuição do julgamento de questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma corte de constitucionalidade específica.

Esse modelo de controle poderá ter uma variedade maior de organização, já que a corte poderá ser composta por membros vitalícios ou membros detentores de mandato com prazo alargado. Contudo, esse modelo que se diferenciava do segundo por haver um monopólio em torno da corte constitucional. Porém, com a possibilidade de um supremo tribunal de justiça e o tribunal de justiça administrativa perante a corte:

Passou-se a admitir que o Supremo Tribunal de Justiça (Oberster Gerichtshof) e o Tribunal de Justiça Administrativa

(Verwaltungsgerichtshof) elevem a controvérsia constitucional concreta perante a Corte Constitucional. Rompe-se com o monopólio de controle da Corte Constitucional, passando aqueles órgãos judiciais a ter um juízo provisório e negativo sobre a matéria. Essa tendência seria reforçada posteriormente com a adoção de modelo semelhante na Alemanha, Itália e Espanha. Em verdade, tal sistema tornou o juiz ou tribunal um ativo participante do controle de constitucionalidade, pelo menos na condição de órgão incumbido da provocação. Tal aspecto acaba por mitigar a separação entre os dois sistemas básicos de controle. (MENDES, 2017, p. 940)

O sistema americano, por sua vez, adota um modelo processual de controle baseado na defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma valorização do interesse público em sentido amplo. Esse método assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se considerada incompatível com a ordem constitucional. Esse modelo nasceu de um famoso caso norte-americano chamado de *Marbury v. Madison* em 1803:

Esse modelo de controle de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury v. Madison*, de 1803. A ruptura que a judicial review americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma – reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa – vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo. (MENDES, 2017, p. 941).

Por fim, o controle de constitucionalidade misto aglutina dois sistemas de controle do perfil concentrado e do perfil difuso. Em geral, defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário afastar a aplicação de leis consideradas inconstitucionais nas ações e processos judiciais (*in concretum*), porém reconhecem que determinado órgão de cúpula tem competência para proferir decisões *in abstratum* sobre essas leis.

2.2.2 Inconstitucionalidade por ação ou omissão

Essa classificação determinada que a inconstitucionalidade emanada do Poder Público pode estar relacionada com uma ação *positiva* (inconstitucionalidade por ação), com a inexistência dessa ação ou *negativa* (inconstitucionalidade por omissão total). Bem como com uma ação positiva *incompleta* (inconstitucionalidade por omissão parcial).

Explicando-se de uma forma mais clara, a omissão poderá ser total, quando existe uma ausência de lei ou ato que torna inviável o completo exercício de direito específico, decorrente de uma norma constitucional de eficácia limitada. Já na ausência parcial, há uma norma, porém ela não viabiliza completamente o exercício do direito previsto para o destinatário da norma jurídica. Já a inconstitucionalidade por ação tem por objeto uma lei ou ato normativo que viola frontalmente uma norma constitucional. Já que esse vício poderá ser classificado em material, formal e vício do decoro parlamentar.

2.2.3 Vício formal ou nomodinâmico

Esse vício consiste em uma violação ao devido processo legislativo, isto é, ao método de criação da norma, já que ela não seguiu o procedimento previsto constitucional. Por conseguinte, a Constituição traz regras específicas de competência, trâmite, *quórum* para votação, dentre outros, logo qualquer mácula sobre quaisquer desses requisitos enseja a inconstitucionalidade da lei por vício formal.

Ao vício formal não é possível a aplicação do **princípio da divisibilidade da lei**, já que ele é capaz de viciar tudo o que for promovido pela lei, bem como se observará nos diversos exemplos a seguir. Portanto, uma vez reconhecido o vício formal, todo o ato administrativo é retirado do ordenamento jurídico.

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final. (MENDES, 2017, p. 946)

O vício formal é classificado em:

a) **Vício formal orgânico ou de competência:** Esse vício trata da inobservância de regra de competência dos entes políticos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). A título exemplificativo, o Município publica uma lei que era de competência da União.

b) **Vício formal propriamente dito ou do processo legislativo:** Nele, o vício é ritual ou processual, logo está relacionado ao procedimento, abrangendo a propositura e o trâmite até sua final publicação. Divide-se em: i) Vício formal subjetivo, o qual se verifica na fase de iniciativa da lei, relacionado com o início do processo legislativo, diferentemente, do vício formal orgânico que tem relação com as regras de competência dos entes políticos, logo neste vício a regra de competência está correta, porém o vício é de iniciativa; ii) O vício formal objetivo é aquele em que se verifica nas demais fases do processo legislativo, ressalvada a iniciativa.

c) **Vício formal por violação a pressupostos objetivos do ato normativo:** tratam-se de elementos que não dizem respeito ao processo legislativo, mas se refere aos pré-requisitos (pressupostos) para que o ato ao final publicado não seja eivado de inconstitucionalidade formal. Um dos exemplos trazidos pela doutrina é que para editar-se uma medida provisória deve-se comprovar relevância e urgência conforme o art. 62 da CF/88, porém, caso não tivessem

presentes esses requisitos, a medida editada seria inconstitucional. (ZANOTI, 2016, p. 57-59).

2.2.4 Vício material ou nomoestático

Esse vício diz respeito ao conteúdo veiculado pela lei, já que ele está incompatível com as demais normas constitucionais. De fato, há nesse caso, uma incompatibilidade vertical entre as normas dentro do sistema hierárquico proposto por Kelsen. Por exemplo: Uma norma penal que tipifica uma conduta anteriormente lícita quando praticada por um sujeito e ela declara expressamente que retroagirá viola frontalmente o artigo 5º, XL, da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”).

A esse vício material aplica-se o **princípio da divisibilidade da norma**, consequentemente somente será extraído do ordenamento jurídico a parte da lei que possui o conteúdo contrário ao da Constituição. Logo, a parte hígida será mantida, desde que não seja hipótese de aplicação de inconstitucionalidade por arrastamento.

2.2.5 Vício de decoro parlamentar

Trata-se de um vício relacionado com o “abuso das prerrogativas asseguradas a membros do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas”. A título exemplificativo o professor Zanotti prescreve:

Como exemplo, tem-se o esquema do “mensalão”, divulgado em jornais de todo o país. Não existe, até a presente data, jurisprudência do STF sobre a consequência das leis editadas com tal vício. (ZANOTI, 2016, p. 59-60).

Apesar de escassa doutrina e jurisprudência sobre o tema, o fundamento da inconstitucionalidade foi levantado primeiramente pelo doutrinador Pedro Lenza, o qual vislumbra ser perfeitamente

possível o reconhecimento dessa inconstitucionalidade. O fundamento legislativo está baseado no art. 55, §1º da Constituição Federal, o qual dispõe “é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o **abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional** ou a **percepção de vantagens indevidas**”. O país vive uma situação de compra e corrupção de parlamentares por empresários e banqueiros, os quais compram apoio político para aprovarem leis que os favoreçam.

Consequentemente, um dos maiores esquemas de corrupção foi julgado na Ação Penal 470 denominada de mensalão, através das notícias do STF, Pedro Lenza faz um resumo do caso e do comentário da Ministra Rosa Weber:

Como noticiado, “houve efetivamente a distribuição de milhões de reais a parlamentares que compuseram a base aliada do governo, distribuição essa executada mais direta e pessoalmente por Delúbio Soares, Marcos Valério e Simone Vasconcelos, como nós vimos nas últimas sessões de julgamento, disse o ministro-relator. Ele afirmou que o responsável pela articulação da base aliada era José Dirceu, que se reunia frequentemente com líderes parlamentares que receberam dinheiro em espécie do Partido dos Trabalhadores para a aprovação de determinadas emendas constitucionais. O dinheiro, afirma o ministro, foi distribuído em espécie na agência do Banco Rural, em Brasília, ‘onde Simone Vasconcelos dispunha de uma sala reservada para a entrega do numerário aos parlamentares e aos seus intermediários. Ainda, de acordo com as Notícias STF de 04.10.2012, para a Ministra Rosa Weber, **“houve sem dúvida, um conluio para a compra de apoio de deputados federais** – não todos – para as votações a favor do governo na Câmara dos Deputados. O dinheiro, prossegue a ministra, veio de recursos, pelo menos em parte, públicos. (LENZA, 2017, p. 256).

O caso do mensalão foi o maior julgamento da história do país, após 53 sessões, o STF encerrou o julgamento desse caso. Em 17 de dezembro de 2012, foram condenados 25 dos 37 réus. Havendo

a declaração pela suprema corte de desvio de recursos públicos do Banco do Brasil e da Câmara dos Deputados para financiar a compra de apoio político no Congresso Nacional.

É importante salientar que o supremo tribunal federal vem reconhecendo em alguns casos como o da reforma da previdência que foi inconstitucional, com base na Ação Penal 470, pois a reforma não fora fruto da vontade parlamentar, mas sim da compra de votos. (CARVALHO, 2013).

Alguns juristas posicionaram-se de maneira contrária a esse posicionamento em face da quantidade de políticos efetivamente condenados e da quantidade de parlamentares que aprovaram a respectiva lei. Isto é, será que existe uma proporção de parlamentares viciados pela corrupção para efetivamente declarar uma lei como inconstitucional?

Não se sabe quantos parlamentares foram “comprados”. Esse dado é muito relevante. Note-se que a aprovação se deu por margem muito grande. Era preciso verificar quantos foram “comprados” e quantos foram “válidos” (indiscutivelmente). Não há notícia de que muitos tenham sido “comprados”. Logo, mesmo excluindo os parlamentares venais, ao que tudo indica, continua havendo quórum amplo suficiente para a aprovação. Nós não julgaríamos inconstitucional a EC 41 sem a comprovação numérica dos parlamentares que aprovaram a emenda ganhando dinheiro “por fora”. (GOMES, 2012).

Ora, data vênia ao professor Luiz Flávio Gomes em uma situação de grande proporção de corrupção é impossível saber com exatidão os beneficiários do dinheiro envolvido. De tal sorte, que pelo princípio tributarista do *pecúnia non olet* (“o dinheiro não tem cheiro”) é impossível saber com exatidão a proveniência ilícita dos mecanismos aperfeiçoados de lavagem de dinheiro. O mensalão apesar de ser o grande julgamento de corrupção já acontecido no Brasil apenas condenou 25 parlamentares. Porém, quantos outros mensalões acontecem diariamente no país e escondem a mácula da

inconstitucionalidade. Caso a doutrina privilegiasse a quantidade de parlamentares condenados *versus* a quantidade necessária para a aprovação da referida lei objeto do controle, estar-se-ia privilegiando a forma em detrimento do conteúdo.

Um privilégio desarrazoado, já que o mínimo de indícios sobre um esquema de corrupção na aprovação de determinada lei é mais do que suficiente para a repetição no mínimo do processo legislativo. De tal modo que se deve privilegiar dois princípios basilares de uma democracia: a) princípios democráticos; b) processo legislativo.

O primeiro baseia-se que a motivação dos atos dos parlamentares corruptos não foi a representatividade popular, mas sim o interesse pessoal em receber dinheiro para a aprovação de projetos governamentais. Logo, houve uma afronta ao princípio da soberania popular. O membro do poder legislativo, no exercício do seu mandato, votará pela aprovação de qualquer dos projetos de lei ou de emenda à constituição conforme a sua consciência, contudo quando há um caso de corrupção esses parlamentares estão agindo conforme a consciência dos seus corruptores:

É livre, porque o representante não está vinculado aos seus eleitores, de quem não recebe instrução alguma, e se receber não tem obrigação jurídica de atender, e a quem, por tudo isso, não tem que prestar contas, juridicamente falando, ainda que politicamente o faça, tendo em vista o interesse na reeleição. Afirma-se, a propósito, que o exercício do mandato decorre de poderes que a constituição confere ao representante, que lhe garante autonomia da vontade, sujeitando-se apenas aos ditames de sua consciência. (SILVA, 1990, p. 23).

Por fim, esse posicionamento foi exposto em um parecer do procurador geral da república adiante em tópico separado exposto.

3. Parecer do procurador geral da república

Segundo o parecer número 10.323-RG ADI, relacionado com a alegação de inconstitucionalidade material da EC 41/2003, o entendimento da Procuradoria Geral da República deixa claro que uma lei com vício na formação de vontade fere diretamente princípios bastante importantes para o nosso ordenamento jurídico, como por exemplo, o princípio democrático e do devido processo legislativo, sendo assim, inconstitucional. Contudo, expõe que “em razão da garantia constitucional da presunção de não culpabilidade (art.5, LVII, CR), é indispensável que haja comprovação da maculação da vontade de parlamentares em número suficiente para alterar o quadro de aprovação do ato normativo”, acrescentando ainda que isso não teria ocorrido no caso em questão.

Justifica essa opinião afirmando que “na Ação penal 470, foram condenados sete parlamentares em razão da sua participação no esquema de compra e venda de votos” e que por isso não se poderia presumir a participação de outros sem a prévia comprovação.

Conclui afirmando que por a quantidade de votos “comprados” não terem sido suficientes para aprovação da Emenda Constitucional, esta, não poderia ser declarada inconstitucional.

4. Conclusão

Notamos certo dilema, de um lado, alguns doutrinadores afirmam que a quantidade de votos “comprados” deverá ser essencial para aprovação da lei e comprovados. De outro lado, os doutrinadores afirmam que basta existir um voto vicioso comprovado que já houve violação e inconstitucionalidade da lei.

A questão é que, se paremos para pensar, quando há uma organização dentro do Congresso Nacional para existir todo esse processo de corrupção, os parlamentares que não foram comprados também votaram por interesse políticos. A criação de uma lei tem

que ser em prol da sociedade e não em favor de um “jogo político”, o despertar para a criação de uma lei deve ser o bem estar da sociedade, nesse caso de vício por formação de vontade, o despertar seria em benefício próprio.

Por isso, não importa quantos votos vendidos, comprados, tenham dentro de uma construção de uma lei, esta, tornar-se-á viciosa desde o princípio. Por que haveria articulação, estratégia, pagamento indevido para criação de uma Emenda Constitucional, se não fosse para benefício de pessoas específicas?

Ante o exposto, é necessário observar a importância do tema em questão por se tratar de violação ao nosso Estado Democrático de Direito, entre outros preceitos constitucionais, devendo isso ser usado como exemplo e estudo para casos que estão por vir, uma norma que contém vícios contrários aos princípios basilares da República Federativa do Brasil não pode ser declarada constitucional.

5. Referências

CANETTI, Rafaela Coutinho. **Leis “compradas” e dilemas do controle judicial.**

Disponível em: <<https://jota.info/artigos/leis-compradas-e-dilemas-do-controle-judicial-20072017>>. Acesso em: 08.dez.2017.

CARVALHO, Emmanoel Ferreira. **Controle judicial de constitucionalidade por vício de decoro parlamentar: o caso mensalão.** Disponível em:

<<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13065>>. Acesso em: 07. dez. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen.** São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Leis aprovadas enquanto houver mensalão são inconstitucionais?** Disponível em:

<<<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justicadireito/artigos/conteudo.phtml?id=1318181>>>. Acesso em: 07. dez. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINHO, João Henrique de Brito. **O Vício de Inconstitucionalidade por Quebra de Decoro Parlamentar e sua configuração na aprovação da Emenda Constitucional nº 41/2003 com análise das ADIs Nº 4887, 4888 E 4889.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-vicio-de-inconstitucionalidade-por-quebra-de-decoro-parlamentar-e-sua-configuracao-na-aprovacao-da-emenda-co.55698.html>>. Acesso em: 08.dez.2017

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros Editora, 1990.

ZANOTTI, Bruno Taufner. **Controle de constitucionalidade.** Salvador: JusPodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 6a Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

**Protagonismo dos tribunais constitucionais
na legalização das uniões entre
pessoas do mesmo sexo:
um estudo comparado entre as experiências
brasileira e colombiana**

Gustavo Pires de Carvalho¹

1 Notas introdutórias

A legalização dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo iniciou-se na Holanda, em 2001. Lá, assim como na Espanha (2005), em Portugal (2010), na França (2013) e em diversos outros países europeus, o processo ocorreu através do Poder Legislativo, em exercício da sua função típica de legislar. Em 2015, a Irlanda tornou-se o primeiro país a introduzir o casamento gay ao ordenamento jurídico mediante referendo, aplicando mecanismos de democracia semi-direta - conforme denomina Dalmo Dallari (1982) - para legislar sobre direitos LGBT.

Nas Américas, Argentina e Uruguai foram vanguardistas ao positivarem o casamento entre pessoas do mesmo sexo mediante legislação própria, respectivamente, em 2010 e 2013. Contudo, o

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e vinculado ao programa de iniciação científica da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia de Pernambuco (FACEPE). Pesquisador do Grupo Asa Branca de Criminologia e extensionista do Grupo Robeyoncé de Pesquisa-ação.

Judiciário foi protagonista em diversas experiências americanas: a do Canadá, a dos Estados Unidos, a do México, a da Colômbia e, por fim, a do Brasil. Em comum, todos os ordenamentos previam o casamento enquanto instituição reservada às uniões entre homem e mulher (nos EUA e no México, apenas alguns estados) e, através das Cortes Constitucionais, tal direito foi estendido aos casais de mesmo sexo.

Neste ponto, surgem os problemas: quais são os elementos comuns entre os atos decisórios que instituíram o casamento gay em seus respectivos países? E, sobretudo, como conciliar a garantia de direitos fundamentais sem legislação própria e a necessária conduta de autocontenção das Cortes Constitucionais?

Para refletir sobre tais questionamentos, optou-se por examinar os julgados paradigmáticos brasileiros e colombianos, respectivamente o julgamento conjunto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4277 com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e as *Sentencias* C-577/2011 e SU 214/2016, e analisá-los a partir de revisão bibliográfica. Ocorre que a experiência mexicana divide-se em uma série de sentenças que invalidam leis estaduais vedando o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Quanto aos EUA e ao Canadá, optou-se por preferir os casos latinoamericanos, haja vista a semelhança na história constitucional entre os países, assim como as distinções inerentes ao sistema de *common law* no concernente ao potencial criativo da decisão judicial.

2 Os julgados brasileiro (ADI 4277/ADPF 132) e colombiano (*Sentencias* C-577/2011 e SU 214/2016)

O julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 – propostas, respectivamente, pelo Governador do Rio de Janeiro e pelo Procurador Geral da República - consiste no julgamento, mediante controle de constitucionalidade

concentrado e em abstrato, no qual foi decidido que "merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de "interpretação conforme à Constituição" do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família. (BRASIL, 2011)"

Vale ressaltar que, no Brasil, a união estável pode ser convertida em casamento, conforme o artigo 1.726 do Código Civil (BRASIL). Na prática, isso significa que a decisão do Supremo Tribunal Federal de conferir interpretação constitucional ao art. 1.723 autorizou o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, medida ratificada pela Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL).

Embora os ministros tenham votado, de forma unânime, a favor da procedência, os fundamentos foram distintos. Em comum, diversos ministros buscaram conferir ao dispositivo do Código Civil, em conjunto com o 227 da Constituição Federal, interpretação sistêmica a partir dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação e da igualdade. Boa parte também suscitou as alterações entre as Constituições, passando do privilégio ao casamento para a proteção constitucional da família em si mesma, seja qual for a composição.

Ainda na linha principiológica, o ministro Luiz Fux defendeu a segurança jurídica, buscando conferir previsibilidade às relações homoafetivas, que de fato existem. O relator, ministro Ayres Britto, suscitou a igualdade entre os sexos enquanto argumento legítimo para fundamentar a extensão do casamento aos casais de mesmo sexo, por conferir aos indivíduos a livre associação e a livre formação familiar.

Por outro lado, o ministro Lewandowski suscitou a preocupação com os termos do art. 226 da CF, que fala, expressamente, em união entre homem e mulher, redação adotada conscientemente pelo constituinte originário buscando excluir as relações de mesmo sexo (interpretação histórica). Para ele, não é possível ir além da letra constitucional, contudo a proteção das relações gays exige uma integração do ordenamento para criar uma nova hipótese familiar, a "união homoafetiva estável", cuja regulação observaria a união estável por um critério de analogia.

Por fim, Gilmar Mendes suscitou uma série de doutrinadores pós-positivistas buscando apontar, no caso concreto, a necessidade de uma interpretação que extrapole a letra da lei (o que ele reconhece que acontece).

Dessa forma, a argumentação adotada pelos ministros é marcada pela adoção de uma interpretação sistêmica e principiológica do instituto da união estável, adotando-se a auto-aplicabilidade dos princípios jurídicos. Em verdade, o método de interpretação conforme a Constituição funciona como um meio de resolver as demandas extremamente relevantes de um grupo socialmente oprimido diante da clareza constitucional com que a união foi reservada aos casais de diferentes sexos.

Por outro lado, a decisão colombiana consiste, em linhas gerais, em controle de constitucionalidade em concreto, buscando tutelar o pedido de casais de mesmo sexo que desejam contrair matrimônio e a oposição ministerial às decisões pontuais de juízes que julgaram procedentes os pedidos de casamento entre pessoas de mesmo sexo. Nesse sentido, embora ambas as decisões decorram da jurisdição constitucional, uma a faz em abstrato e a outra em concreto. Em ambas ocorreu ampla participação da sociedade civil através de instituições favoráveis ou contrárias ao casamento gay, suscitando amplo debate social que indica alguma democratização nas decisões da Corte Constitucional.

A decisão colombiana é bastante semelhante à brasileira em sua fundamentação. Assim como a nossa, baseia-se, sobretudo, nos

princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Tais princípios são autoaplicados e lidos a partir da teoria dos direitos fundamentais do pós-guerra, buscando proteger as garantias das minorias sub-representadas ofuscadas pelas maiorias políticas. Embora não haja menção expressa, pode-se falar em papel contramajoritário do Judiciário para preservar o direito das pessoas LGBT. Semelhantemente, ambas as decisões identificam a orientação sexual e a livre escolha de parceiros enquanto elementos que compõem a autonomia privada e efetivam a dignidade da pessoa humana. Vale ressaltar, ainda, que ambas percebem o respaldo constitucional de múltiplas formações familiares. Dentre os argumentos brasileiros, não se repete, no julgado colombiano, a segurança jurídica dos envolvidos.

Dessa forma - embora o caso brasileiro seja expressão do controle de constitucionalidade em abstrato e o colombiano, em concreto - ambos têm fundamentação semelhante embasada em princípios jurídicos centrais para a doutrina dos direitos fundamentais.

3 Entre a tutela de direitos fundamentais e a autocontenção da Corte Constitucional

Ainda que nenhum dos dois julgados faça menção direta, é possível concluir que as semelhanças argumentativas derivam da ascensão do neoconstitucionalismo, definido por João Paulo Allain e Maria Lucia Barbosa como "uma releitura da tradição constitucional a partir da atribuição de um papel diferenciado para as Constituições e para a jurisdição constitucional, enquanto instância reconhecida como legítima intérprete dos direitos fundamentais" (2017). Aqui, segundo os autores, a ascensão do judiciário, a autoaplicabilidade da constituição (e seus princípios), as técnicas ponderativas e a dimensão principiológica definem o fenômeno. Autores como Artur Stamford (2016) defendem que a decisão brasileira derivou de tal corrente, por exemplo.

Aqui, deixo de usar a categoria de novo constitucionalismo latinoamericano em virtude da resistência da doutrina majoritária – a exemplo de Roberto Viciano Pastor (2010) e Maria Lucia Barbosa (2015) – em posicionar a Constituição Federal de 1988 no fenômeno. Ocorre que nosso processo constituinte não apresentou os caracteres de participação popular associados ao movimento supracitado.

O fenômeno insere-se, ainda, no contexto de judicialização da política, experimentado, no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988. Em sentido semelhante, Luís Roberto Barroso (2012) fala em judicialização da vida, associando o processo à redemocratização, à constitucionalização abrangente (em clara influência das Constituições europeias do pós-guerra) e a do próprio sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que é extremamente abrangente.

Sobre o tema, Flávia Santiago (2013) fala sobre como o protagonismo judicial criado pelo constituinte originário foi acentuado pelas reformas constitucionais (sobretudo a Emenda Constitucional 45) que se seguiram, ampliando as intervenções e o poder de intervenção do STF.

Tais elementos são igualmente presentes na história constitucional colombiana, marcada pela Constituição de 1991, que surge em meio à crise institucional ligada ao narcotráfico e aos grupos guerrilheiros, assim como a perpetuação de grupos políticos no poder. Para lidar com tal problema, adotou-se uma Constituição analítica que rege diversos direitos fundamentais, a semelhança da brasileira, e prevê sua efetivação através de um controle constitucional largamente reformado pela nova Constituição, com a criação da Corte Constitucional de Colômbia – responsável constitucional de preservar a integridade e a supremacia da CP-91; ampliação do controle em concreto/difuso através da *acción de tutela*, pela qual os cidadãos podem requerer o cumprimento de direitos fundamentais; e ampliação dos atos controláveis pela via prévia (CEPEDA, 1995). O produto da expansão constitucional na

redemocratização teve produto semelhante ao brasileiro: a judicialização da política. Sobre o tema, Manuel José Cepeda (1995) diz que quase todos os temas atuais são direcionados para demandas judiciais na Colômbia.

Contudo, tal interpretação para além da literalidade suscitou, neste caso e em diversos outros, as acusações de usurpação das competências dos demais poderes, invadindo, especialmente, prerrogativas do Legislativo. Aqui entende-se que o fenômeno do ativismo compõe a judicialização da política. Com efeito, ao dar interpretação conforme a Constituição, o STF estaria suprindo uma espécie de omissão do constituinte, conferindo sentidos para além dos pretendidos inicialmente.

Tal preocupação é, em certa medida, antecipada pelos próprios magistrados do STF, em especial no voto de Ricardo Lewandowski, que suscita o método interpretativo histórico para defender a impossibilidade de ser meramente estendido analogicamente o instituto da união estável. Sobre isso, Gilmar Mendes, embora perceba a dificuldade hermenêutica, ratifica a legitimidade do STF de solucionar o problema:

"Os senhores sabem que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: essa coisa de que não podemos fazer isto porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.

(...)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É. Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo. "

Sobre o tema, em sua tese de doutorado, Flávia Santiago (2013) traz o julgado em tela entre as condutas ativistas, ainda que com a relevante ressalva da crítica técnica ser independente da concordância com o mérito da ação. Ela traz as críticas realizadas a técnica de "interpretação conforme a Constituição", configurando o que Streck denomina de "terceiro turno constituinte". Aqui, cita a teoria de Lênio Streck, que salienta a presença de um "ativismo metodológico", em que, segundo o constitucionalista, a prática neoconstitucional de resolver o litígio a partir dos princípios constitucionais é aplicada a pretexto de "abrir" o sentido da normatividade. A autora cita, ainda, que mesmo os defensores da decisão não negam o caráter ativista.

Por outro lado, Alexandre Bahia e Paulo Iotti (2013) descrevem que, na resistência parlamentar (majoritária/democrática) em atender as demandas populares de grupos minoritários, tais pleitos são encaminhados para o Judiciário (papel contramajoritário/limitação constitucional ao pensamento da maioria). Essa situação é paradigmática no pertinente aos direitos de pessoas LGBT, pois é patente a negligência parlamentar sobre os diversos Projetos de Lei que representam reivindicações históricas do referido grupo (casamento, criminalização da homofobia etc). Nesse contexto, o Judiciário funciona como *ultima ratio* para as demandas político-públicas ignoradas pelos partidos que, com o perdão do trocadilho, não tomam partido. Contudo, vale ressaltar que a prestação jurisdicional é uma faca de dois gumes, pois também funciona para anular medidas progressistas.

Além disso, os autores alegam que as correntes hermenêuticas auxiliam a decisão do STF, de Hesse, Gadamer e Heidegger. Aqui, defende-se a interpretação diferente conforme a mudança das condições sociais, conferir interpretação unificada da Constituição conferindo aplicabilidade aos direitos fundamentais. Nesse contexto, a analogia é meio legítimo para alcançar a igualdade jurídica frente a lacuna legislativa.

Por conseguinte, percebe-se que os julgados que viabilizaram o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo apresentam características do neoconstitucionalismo e surgem dentro do fenômeno controverso da judicialização da política. Enquanto parte da doutrina aponta o caráter ativista e constitucionalmente perigoso de oferecer poderes excessivos ao Judiciário, outra aponta a imprescindibilidade de que os direitos fundamentais das pessoas LGBT fossem tutelados em vista da omissão legislativa sobre o tema.

4 Da principal distinção entre os casos brasileiro e colombiano

É certo que a judicialização das questões centrais da política colombiana – a exemplo do casamento gay – levou a uma preocupação com a conduta ativista da Corte Constitucional, mas é visível, na *Sentencia* 214-2016, maior preocupação em preservar a autocontenção do Judiciário.

Neste ponto, surge a mais relevante das diferenças entre os casos brasileiro e colombiano, o qual funciona como uma proposta de conciliação do embate entre a imprescindibilidade de efetivar direitos fundamentais e a inafastabilidade da autocontenção do STF. A Corte Constitucional colombiana, em 2011, havia declarado a natureza familiar das uniões entre pessoas do mesmo sexo, contudo entendeu que a regulação de tais relacionamentos era mandamento constitucional direcionado ao Legislativo, optando por esquivar-se de tal competência em virtude da previsão constitucional sobre o tema. Assim aduz a *Constitución de Colombia*:

"Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

(...)

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil." (COLOMBIA, 1991)

Em virtude da referida determinação constitucional, a Corte adotou postura de autocontenção, alegando que não poderia determinar a aplicação analógica às relações homoafetivas, sob pena de invadir a competência legislativa. Argumentou-se que o Congresso poderia conferir características específicas para o instituto, devendo ser responsável pela sua legalização.

Contudo, tal mandamento jamais foi cumprido. Logo, tendo em vista a persistência da omissão legislativa após a decorrência do prazo estabelecido em pronunciar-se sobre assunto que interfere diretamente na efetivação de direitos fundamentais, a Corte entendeu pela autoaplicação da decisão judicial, estendendo aos casais do mesmo sexo às prerrogativas do casamento em sentido tradicional.

Portanto, foi declarada a igualdade entre casais de mesmo sexo ou de sexos diferentes, conferindo aplicabilidade aos direitos fundamentais e sacramentando a importância política do reconhecimento jurídico-estatal das minorias de orientação sexual. sem invadir, completamente, o espaço do Poder Legislativo. Por outro lado, na persistência da negligência sobre temas centrais para as minorias políticas, a Corte portou-se com autonomia e severidade ao declarar a equiparação ao casamento de pessoas de sexos diferentes.

5 Considerações finais

Percebe-se, assim, uma série de semelhanças entre os casos brasileiro e colombiano, tendo em vista que ambos são marcados por fundamentações de naturezas principiológicas típicas do neoconstitucionalismo. Seu embasamento está, sobretudo, na dignidade da pessoa humana, na liberdade e na igualdade.

Os dois julgados lidam com questões que tipicamente seriam enfrentadas pelo Poder Legislativo, mas, diante da resistência parlamentar, foram judicializadas para materializar direitos

fundamentais das pessoas LGBT. Esse tipo de ocasião é rotineira em ambos os países em vista da judicialização da política impulsionada, principalmente, após a promulgação das Constituições de 1988 (Brasil) e 1991 (Colômbia).

Todavia, há uma diferença fundamental na decisão colombiana: ao invés de julgar o caso procedente de pronto, foi oportunizada a correta regulação do instituto do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo pelas vias institucionalmente tradicionais, o que ocorreu através de um mandamento para que o Poder Legislativo legislasse sobre a matéria. Apenas diante da negligência parlamentar foram conferidos plenos efeitos à decisão que reconheceu a natureza familiar dos relacionamentos entre pessoas LGBT.

Tal distinção aponta maior preocupação com os freios instituídos pela autocontenção do Judiciário e serve como uma proposta de postura da Corte Constitucional, qual seja provocar os demais poderes para efetivar os direitos fundamentais e, apenas quando persistir a violação, resolver a questão que normalmente seria trilhada pelos demais poderes.

Referências

- BAHIA, A. G. M. F.; VECCHIATTI, P. R. I. ADI n. 4277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como insituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, SP, v. 9, n. 1, p.65/92, jan./jun. 2013.
- BARBOSA, M. L.; TEIXEIRA, J. P. A. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. In: **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, RJ, v. 8, n. 2, p. 1113/1142, abr./jun. 2017.
- BARBOSA, Maria Lúcia. **Democracia direta e participativa**: um diálogo entre a democracia no Brasil e o Novo Constitucionalismo Latino Americano. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2015.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, RJ, v. 5, n. 1, p.23/32, jan./jun. 2012.

BRASIL. **Código civil**. Org. Juarez Oliveira. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 175 de 14/05/2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 14 mai. 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1754>. Acesso em 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 10 dez. 2017.

CEPEDA, J. M. El derecho a la constitución en colombia: entre la rebelión pacífica y la esperanza. In: **Revista española de derecho constitucional**. Madri, v. 15, n. 44, p. 129/183, 1995.

COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia 1991. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf> Acesso em 10 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-577, 2011. Relator: Min. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sala Plena, julgada em 26 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20033087> Acesso em 10 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU214/16. Relator: Min. Alberto Rojas Ríos, Sala Plena, julgada em 28 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm> Acesso em 10 dez. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal**: uma proposta de delimitação do debate. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2013.

MARTÍNEZ, Rubén; VICIANO, R. Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: GALLO, A. O. Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo en América Latina. 1 ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, p. 9/44, 2010.

SILVA, A. S. da. Sociologia da decisão jurídica: aplicação ao caso da homoafetividade. In: **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, RS, v. 1, n.1, p. 66/85, jan/jun. 2014.

**Intercâmbio de informações fiscais
no âmbito internacional:
a necessidade de harmonização entre o combate
à elusão fiscal e a proteção dos direitos
fundamentais dos contribuintes no Brasil**

Idalina Cecília Fonseca da Cunha Hinrichsen¹

1 Introdução

Em um cenário de recessão econômica e diminuição de arrecadação de receita tributária em escala mundial, acordos de cooperação entre países na busca e transmissão de informações fiscais têm sido idealizados e amplamente discutidos como instrumentos de fortalecimento do combate à elusão fiscal internacional.

Após a promulgação do texto da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, através do Decreto n. 8.842/2016, o Brasil passa a fazer parte de uma rede mundial de troca de informações fiscais multilaterais em crescente expansão. Diante desse contexto, percebe-se a necessidade de analisar o *modus operandi* da Administração Tributária brasileira na nova “era” de

¹ Mestranda em Estado e Regulação pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE), pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), com período sanduiche na Universidad de Salamanca (USAL). E-mail: idalinacfcunha@gmail.com.

intercâmbio internacional de informações fiscais. Além do mais, de grande relevância se apresenta a análise da harmonização entre a fiscalização e a proteção jurídica dos direitos dos contribuintes, prevista principalmente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pelo Código Tributário Nacional.

Havendo a verificação de incompatibilidade de tais elementos, existe a necessidade de investigar o que pode ser feito para mitigar sua ocorrência no atual contexto de cooperação internacional em que o Brasil se insere, a fim de harmonizar as disposições da Convenção recentemente aprovada e o ordenamento jurídico brasileiro.

2 O intercâmbio de informações entre fiscos como instrumento de combate aos planejamentos fiscais abusivos

O fenômeno da globalização permitiu que grandes empresas, que antes tinham claros os seus limites de atuação, comessem a ampliar suas possibilidades de planejamento fiscal. Tal limite que antes se restringia, em regra, ao país em que estivessem sediadas, passou a ser flexibilizado. Isso porque, com as constantes mudanças no cenário do comércio mundial, muitas corporações se difundiram progressivamente por inúmeros países através da abertura de filiais, sucursais e controladas (ROLIM; FONSECA, 2016, p. 356). Assim, abriu-se uma gama de possíveis ordenamentos jurídicos a se adequar, cabendo à própria empresa escolher, por vezes, aquele que oferecesse condições economicamente mais favoráveis.

Essa possibilidade de escolha da jurisdição mais favorável por parte do contribuinte, que, a princípio, resultaria tão somente na Concorrência Fiscal Internacional (na qual se destaca a famosa figura dos “paraísos fiscais”), desencadeou, após certo tempo, uma preocupação generalizada por inúmeros países. Isso se deu em decorrência da significativa redução do montante arrecadado resultantes de planejamentos fiscais abusivos. Os contribuintes, especialmente as empresas multinacionais, detentoras e produtoras

de grandes riquezas, começaram a se vincular àqueles países que ofereciam – e ainda oferecem – condições mais atrativas, como baixas ou, até mesmo, inexistentes tributações, o que culminou em um grande desfalque nas arrecadações tributárias de países em todo o mundo (ROLIM; FONSECA, 2016). Vislumbrou-se, portanto, a necessidade de imposição de limites ao planejamento fiscal abusivo no âmbito internacional.

Conforme leciona Becker (2010, p. 143), a busca pelo resultado financeiro com a maior economia possível, ou seja, com a menor despesa constitui aspiração natural de qualquer sujeito. Assim, todo indivíduo – abarcadas aí as pessoas jurídicas – tem a indiscutível liberdade de planejar seus negócios do modo menos oneroso possível, inclusive tributariamente, desde que não sejam violadas regras jurídicas.

Ocorre que, a liberdade de escolha na execução do planejamento fiscal das grandes empresas e demais contribuintes não pode se sobrepor ao dever fundamental de contribuir para o suporte da manutenção do Estado, ou seja, o dever fundamental de pagar tributos (CASALTA NABAIS, 2004, p.679). Nesse mesmo sentido, Rosenblatt (2014, p.10) defende que os princípios da estrita legalidade, da tipicidade fechada e da autonomia da vontade, não são absolutos e, portanto, não garantem uma liberdade ilimitada do contribuinte para esquivar-se do Fisco.

É importante frisar que o planejamento fiscal, ainda que lícito e, por conseguinte, em conformidade com o ordenamento jurídico a que se submeta, pode, não obstante, ser agressivo e danoso. Torres (*apud* OLIVEIRA, [2015], p.3) adota, portanto, o termo “elusão” para referir-se a tal conduta. Isso porque, segundo ele, o termo “elisão” não deve ser utilizado para se referir à postura lícita do contribuinte na economia de tributos, o que torna necessário que se lho abandone. O referido autor explica que, para evitar confusões no uso da linguagem e para melhor representar a atuação do contribuinte que se esquia da incidência tributária, é preferível a palavra “elusão”. Assim, “elusivo” seria aquele que evita, escapole, furta-se

de algo com destreza. E é justamente nesse sentido que agem as corporações aqui mencionadas. Elas se moldam àquelas jurisdições que lhes ofereçam melhores condições fiscais, resultando em maior economia empresarial, em detrimento da arrecadação tributária daquele país em que, caso tal manobra não fosse utilizada, deveria ocorrer o cumprimento da obrigação tributária.

Diante desse contexto, conforme Rolim e Fonseca (2016, p. 356), a OCDE intensificou, a partir da década de 1990, os estudos acerca da necessidade de maior integração entre os Estados na prevenção de elusão fiscal. Dessa forma, percebeu-se que a ausência de efetiva troca de informações entre os fiscos dos países seria um dos pontos chave para a realização de práticas fiscais internacionais abusivas. Uma solução viável seria, então, a promoção da cooperação internacional em assuntos fiscais, encorajando-se a transparência e a colaboração mútua entre Estados (ROLIM e FONSECA, 2016, p. 356). A partir disso, acentuou-se o debate acerca da necessidade de intercâmbio de informações entre Administrações Tributárias de todo o mundo como meio de combate ao planejamento fiscal agressivo. Desse modo, inicia-se um período de crescente elaboração de acordos de troca de informações fiscais bilaterais e multilaterais.

Como explicam Rolim e Fonseca (2016, p. 357), desde a década de 1960 a OCDE e a ONU já apresentavam preocupação com a perda de receita tributária em decorrência da adoção de práticas fiscais agressivas por grandes corporações, o que comprometia a função social do tributo – acentuando-se que este constitui a principal fonte de custeio do Estado. Assim, apesar de a troca de informações tributárias não constituir um instituto novo, surgem inovações que merecem ser estudadas, tais como o multilateralismo e a mais recente característica de automaticidade nas trocas das informações em questão.

É importante frisar que a adoção da automaticidade na troca de informações fiscais pelos Estados visa diminuir cada vez mais as eventuais burocracias e esperas entre a solicitação e o envio dos

dados desejados. Conforme Schneeweiss (2016, p.336), essa é, inclusive, o padrão de intercâmbio de informações ideal a ser adotado no modelo proposto pela OCDE. Dentre os acordos que preveem essa “nova” modalidade, destaca-se a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal, a qual foi recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, resultando na promulgação do seu texto através do Decreto n. 8.842, de 29 de agosto de 2016 (BRASIL, 2016).

Ponto fulcral para a garantia de efetividade do instituto da troca de informações é, conforme Rolim e Fonseca (2016, p.359), a priorização da segurança jurídica no manejo dos dados intercambiados, devendo-se sempre prezar pela compatibilização das garantias e direitos constitucionais dos diversos países envolvidos com as convenções. Só assim o objetivo buscado pelo intercâmbio de informações seria atingido com a devida preservação do equilíbrio e proporcionalidade entre eles.

3 Mudança de paradigma: da bilateralidade para a multilateralidade do intercâmbio de dados

O presente trabalho parte da constatação do atual cenário de integração entre países no combate à fraude fiscal. Surge um novo paradigma no direito tributário, ocorrendo, conforme afirma Torres (2015, p. 1), o fim do isolamento fiscal entre nações e a substituição do modelo tradicional de soberania tributária por um modelo de cooperação entre Estados, através de convenções bilaterais ou multilaterais, configurando-se o que ele denomina de “novos tempos do fisco global”.

Conforme informação recentemente divulgada (BRASIL, 2016a), o secretário da Receita Federal do Brasil, Jorge Rachid, assinou o Acordo Multilateral de Autoridades Competentes – *Multilateral Competent Authority Agreement* (MCAA) para o *Common Reporting Standard* (CRS). O referido acordo, amparado pela Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria

Tributária, apenas reforça o comprometimento do Brasil (e sua Administração Tributária) em seguir o padrão global para o intercâmbio automático de informações financeiras para fins tributários.

Vislumbra-se, portanto, diante dos últimos acontecimentos, a relevância do papel que o Brasil tem assumido no cenário de cooperação internacional de troca de dados tributários. Apesar da inegável importância de diversos acordos internacionais nessa matéria, tais como o já mencionado FATCA, toma-se como objeto específico de análise no presente trabalho a atuação do Brasil na implementação da Convenção Multilateral recentemente promulgada.

O problema inicia-se, então, com a necessidade de exame crítico sobre os primeiros efeitos da vigência da mencionada Convenção no Brasil, uma vez que ele se encontra habilitado, a partir do dia 1º de janeiro de 2017, para realizar inúmeros intercâmbios de informações com as Administrações Tributárias de todos os países que tenham igualmente implementado a referida convenção. Em verdade, percebe-se que, com a adesão cada vez maior do Brasil ao modelo do denominado “fisco global”, é importante analisar a harmonização, na prática, entre o atendimento e respeito à cooperação internacional a que se propõe o país através do mencionado acordo e o seu direito interno, que traz, em seu bojo, direitos e garantias ao contribuinte.

É de suma importância uma análise atenta acerca dos impactos da participação do Brasil na rede mundial de intercâmbio automática de informações. Em consonância com o que afirma Torres (2015, p. 8), entende-se aqui ser necessário vislumbrar quais seriam os limites materiais de tais trocas e suas consequências para os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, podendo ocorrer até mesmo um confronto entre disposições da Carta Magna e disposições de acordos internacionais.

Conforme alerta Torres (2015, p. 8), embora as Administrações Tributárias tenham o dever de utilizar as

informações recebidas apenas para os fins a que se propõe o seu intercâmbio, o problema maior é o grau de respeitabilidade ao dever de confidencialidade, que difere de jurisdição para jurisdição. Dessa forma, o grau de proteção aplicado pelo Estado fornecedor da informação poderá diferir daquele conferido pelo destinatário do dado fiscal, o que poderia trazer problemas ao funcionamento de tais procedimentos de trocas. Para isso, Torres (2015, p. 8) prevê a possibilidade, em um futuro próximo, de um eventual aumento na aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos e liberdades fundamentais na proteção dos contribuintes.

4 Ponderações necessárias na automaticidade da troca de informações entre fiscos

Importante frisar também, como tendência e inovação, não apenas a multilateralidade, mas, também, a busca pela automaticidade na transferência de dados fiscais entre fiscos, em detrimento da anterior necessidade de solicitação ou espontaneidade.

Segundo Schneeweiss (2016, p. 337), o modelo mais recentemente proposto pela OCDE para o intercâmbio de informações entre países é o “automático”, no qual a transferência de informações fiscais entre Estados se dá periodicamente e independentemente de solicitações. É importante notar, além do mais, que esse mencionado modelo, por seu turno, já tem sido adotado por diversos países da União Europeia. Schneeweiss (2016, p.337) ressalta, ainda, que a adoção da modalidade automática por um número cada vez maior de países está estritamente ligada ao desenvolvimento de modelo de intercâmbio multilateral. Ocorre que, para a efetiva implementação da multilateralidade de trocas informacionais, faz-se necessário levar em consideração as características jurídico-econômicas de cada país (SCHNEEWEISS, 2016, p. 337).

De acordo com Schneeweiss (2016, p. 338), a busca de aumento de eficácia dos sistemas tributários nacionais e o combate à elusão fiscal internacional estão entre os objetivos principais da tentativa de estabelecer um padrão mínimo de trocas de informações fiscais internacionais. Entretanto, ela (SCHNEEWEISS, 2016, p.338) destaca três pontos que merecem ponderação, ao se colocar em execução, pelo Brasil, o plano de intercâmbio de informações fiscais automáticas: (a) em primeiro lugar, a ponderação entre o direito do contribuinte de ser cientificado acerca da ocorrência de transmissão de seus dados e a necessária rapidez de obtenção de informações de modo que não se frustre o sucesso de eventuais investigações; (b) em segundo lugar, a ponderação entre o direito ao sigilo bancário e fiscal do contribuinte (consagrado constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental) e o seu dever de colaboração; e, por fim, (c) em terceiro lugar, a ponderação entre a permuta irrestrita de informações e a verificação tanto de sua finalidade quanto de sua utilidade pretendida.

Ainda sobre esse terceiro ponto, para que haja legitimidade na utilização de tais informações, seria necessária a presença do interesse de fiscalização e arrecadação tributária. Trata-se, aqui, conforme Torres (2015, p. 4), do limite material para o tratamento dessas informações. Nesse sentido, a sua utilização fora dos limites estabelecidos pelos artigos 198 e 199 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966) pode resultar em imposição de responsabilidade administrativa ao(s) agente(s) que tenha(m) concorrido para a sua prestação despropositada.

Há de se enfatizar, por fim, que a adesão do Brasil ao sistema de intercâmbio multilateral e automático de informações internacionais não é a única solução para o fim da elusão fiscal internacional, uma vez que há outras formas de resolução do problema, como, por exemplo, os diversos planos de ação propostos

pelo projeto *Base Erosion and Profit shifting* (BEPS)². Contudo, tal adesão, desde que bem desenhada e implantada, pode trazer contribuições importantes para um maior controle sobre os planejamentos fiscais abusivos de transnacionais, tornando possível a recuperação dos níveis de arrecadação tributária, tão importante para a manutenção de um Estado Fiscal saudável.

5 A flexibilização do sigilo fiscal do contribuinte em decorrência do dever fundamental de contribuir com o estado fiscal

Aspecto a ser considerado diz respeito ao dever de contribuir e, outrossim, sua inerência à possibilidade de concretização do Estado Fiscal. Como bem adverte Mélo (2008, p. 158-159), o mandamento constitucional do dever fundamental de contribuição nos gastos públicos é de indiscutível relevância jurídica, o que autoriza a restrição dos direitos das pessoas pelo legislador infraconstitucional, devendo-se ressaltar o conteúdo dos direitos e liberdades individuais consagrados na Carta Magna. Além disso, Mélo (2008, p. 159) afirma que, ao se ter em mente o dever fundamental de contribuir para as despesas públicas, tal dever explicita um interesse constitucional, cujo objeto é uma gestão tributária justa e eficiente.

Ainda segundo a autora (MÉLO, 2008, p.187), o sigilo bancário não constitui cláusula pétrea, nem pode funcionar como limitação constitucional ao dever de colaborar com a Administração Tributária. Outrossim, ainda que o fosse, dever-se-ia, antes de tudo, perceber que sequer os direitos fundamentais são absolutos, devendo-se, portanto, interpretar o direito à intimidade em consonância com um interesse igualmente relevante a nível constitucional, qual seja o de se obter contribuição para os gastos públicos de acordo com a capacidade contributiva de cada cidadão.

²

Embora o tema do BEPS seja muito interessante e bastante profícuo para ser trabalhado, devido à necessidade de delimitação do assunto, ele não será aqui tratado.

Foi, inclusive, nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016b) decidiu, em recente julgamento do Recurso Extraordinário de n. 601.314, submetido à repercussão geral, na data de 24 de fevereiro de 2016, ao considerar o direito ao sigilo como não absoluto, apesar de serem necessárias medidas razoáveis e proporcionais para sua proteção na hipótese de obtenção de informações bancárias do contribuinte pelo fisco.

O julgamento, pelo STF, do RE 601.314/SP e das ADIS 2390; 2386; 2397 e 2859 e o novo entendimento da Corte Suprema, que mantém o acesso, pelo fisco, aos dados relativos às operações financeiras dos contribuintes, na forma da LC 105/2001, sem necessidade de prévia autorização judicial.

Assim, apesar de não ter sido encontrada, até o momento da finalização deste trabalho, nenhuma decisão acerca de conflitos entre a troca de informações fiscais internacionais e direitos fundamentais dos contribuintes no cumprimento da Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal pela Administração Tributária brasileira, o posicionamento da Suprema Corte no sentido da flexibilização do direito ao sigilo bancário pode ser uma sinalização do que está por vir nos próximos anos. Para tanto, uma vez que este tema ainda está se desenvolvendo no Brasil, é necessária a sua investigação.

Deve-se, portanto, tomar-se como ponto de observação o procedimento de realização da transferência de informações fiscais entre o Brasil e demais Estados, no cumprimento da referida convenção, verificando-se a ocorrência de eventuais conflitos que possam surgir entre sua execução e os direitos fundamentais dos contribuintes, especialmente no que tange o sigilo bancário. Assim, diante do iminente surgimento de lides nessa matéria, necessário se faz observar possíveis orientações (ainda que conflitantes) do judiciário a fim de sinalizar o posicionamento das cortes brasileiras nos anos vindouros.

6 Considerações finais

Considerando a problemática do planejamento fiscal abusivo no âmbito internacional e a tendência de cooperação entre Administrações Tributárias internacionais para o seu combate, com a mudança de paradigmas do Direito Tributário e o surgimento, dos “novos tempos do fisco global”, o interesse trazido no presente artigo em tratar a implementação, pelo Brasil, de acordos de intercâmbios de informações fiscais decorre da sua importância para a recuperação e/ou aumento dos níveis de arrecadação tributária como elemento essencial à manutenção do Estado Fiscal, assim como tratado por Casalta Nabais.

A abordagem sobre o tema, na tentativa de vislumbrar e prever alguns pontos consequentes da execução no Brasil de um dos mais recentes acordos nesse assunto (a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal) destinou-se a trazer a importância da busca do equilíbrio entre os objetivos intentados por tais acordos e os direitos fundamentais do contribuinte consagrados no Direito interno. Tentou-se, com isso, identificar os problemas iniciais, apesar da aplicação da referida convenção ser, de certa maneira, embrionária.

O presente tema é, sem dúvida, instigante, cujo estudo e aperfeiçoamento não se justificam apenas em prol de um dos elementos confrontados, mas de um equilíbrio entre a devida proteção dos direitos do contribuinte e a viabilidade da adoção do modelo de trocas informacionais entre Estados no combate à elusão fiscal.

Conclui-se, portanto, que independentemente da multiplicidade de ordenamentos jurídicos envolvidos – principalmente em decorrência da multilateralidade da convenção tratada – e consequentes diferenças de graus de proteção assegurada ao contribuinte e confidencialidade aplicada aos dados intercambiados, deve-se buscar alcançar uma aplicação razoável e

proporcional do referido modelo de trocas de dados, o que, em certa medida, tem se revelado presente nas cortes brasileiras. Revela-se, destarte, um debate de grande importância no cenário fiscal brasileiro e mundial, tendo o presente trabalho o fim precípua de fomentar a discussão que está apenas em seu início no país.

Referências

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 nov. 2017.

_____. Decreto n. 8.842, de 29 de agosto de 2016. Promulga o texto da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária emendada pelo Protocolo de 1º de junho de 2010, firmada pela República Federativa do Brasil em Cannes, em 3 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 ago. 2016a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8842.htm>. Acesso em: 11 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 601.314. Relator: Ministro Edson Fachin. **DJe**, Brasília, DF, 16 set. 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2689108>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CASALTA NABAIS, José. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: AA.VV. **Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 737-767.

_____. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004.

ESTRADA, Roberto Duque; SAUNDERS, Ana Paula Braga; CORDEIRO, Daniel Vieira de Biasi. O desenvolvimento de um instrumento multilateral: a ação 15 do projeto BEPS. In: GOMES, Marcus Lívio (Coord.); SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A Tributação Internacional na era pós-BEPS**: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 299-321. v. 2.

MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa. **Estado social e tributação**: uma abordagem sobre o dever de informar e a responsabilidade por infração. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2008. (Coleção teses e dissertações).

_____. Relação jurídica tributária: em busca do equilíbrio entre a eficiência da administração tributária e a proteção dos direitos individuais. **Revista Acadêmica – Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 86, n. 2, p. 244-253, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.repositorios.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/1265/971>>. Acesso em: 23 out. 2017.

OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de. Intercâmbio de informação como instrumento de preservação do tradicional modelo de tributação internacional. In: OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de; ROSENBLATT, Paulo (Org.). **Direito Tributário: comemoração dos 50 anos do Código Tributário Nacional**. Recife: Nossa Livraria, 2016. p. 239-273.

OLIVEIRA, Nilo Junior de. Elisão, Evasão e Planejamento Tributário. **Revista Científica Integrada**, Guarujá, v. 1, n. 4, p. 1-6, [2015]. Disponível em: <<http://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-antiores/edicao-n-4-2014-1-1/1499-433-1508-1-sm/file>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

RECEITA FEDERAL. Brasil avança na transparência internacional sobre questões tributárias. **Secretaria da Receita Federal do Brasil**, Brasília, DF, 8 nov. 2016. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2016/novembro/bras-il-avanca-na-transparencia-internacional-sobre-questoes-tributarias>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

ROLIM, João Dácio; FONSECA, Frederico de Almeida. O plano de ação n. 5 do BEPS sobre as *patent boxes* e a troca de informações em matéria tributária: análise de casos e repercussões no direito tributário brasileiro. In: GOMES, Marcus Lívio (Coord.); SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A Tributação Internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 347-363. v. 1.

ROSENBLATT, Paulo. A possibilidade de aplicação imediata pelos Estados da norma geral antielisiva (Artigo 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional). **ANAPE**, Brasília, DF, p. 1-24, 2014. Disponível em: <<http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-1-AUTOR-Paulo-Rosenblatt.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

SANCHES, José Luís Saldanha. **Justiça Fiscal**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

SCHNEEWEISS, Kristal Heine. BEPS: desafios nacionais na adoção dos padrões internacionais de transparência fiscal e troca de informações. In: GOMES, Marcus Lívio (Coord.); SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A Tributação Internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 333-346. v. 1.

TORRES, Heleno Taveira. O Brasil inova como fisco global na luta contra a evasão fiscal. **Jornal GGN**, [S.l.], 2015. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/heleno_torres_-_trocas_de_informacoes_com_eua.2015.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2017.

Tráfico de drogas e mulheres: entre autoritarismos, seletividades e permanências

Iricherlly Dayane da Costa Barbosa¹

Érica Babini L. do A. Machado²

1. Criminalização do tráfico de drogas: serviço prestado, violência justificada

A Lei de Drogas nº 11.343/06 reforça a base ideológica proibicionista já trazida na Lei 6.368/76, embora traga algumas alterações no seu modelo incriminador, como o desdobramento da repressão ao comércio ilegal nas inúmeras hipóteses típicas contidas em seu bojo e o processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal (FLAUZINA, 2008).

Dessa forma, ao prever graves sanções para aqueles envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas e a implementação de medidas terapêutico-penais alternativas para usuários e dependentes, essa lei reforça também a histórica lógica dualista do proibicionismo: punitivista e encarcerador para uns, médico e moralizador para outros (CARVALHO, 2016).

¹ Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e integrante do Grupo Asa Branca de Criminologia.

² Doutora em Direito pela universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professora da Universidade Católica de Pernambuco.

É justamente dentro desse punitivismo encarcerador, agora reforçado pela nova legislação de combate ao tráfico de drogas, que se insere a caça ao inimigo social contemporâneo, o traficante.

O modelo belicista, que tomou forma durante o período ditatorial e que convocou a sociedade para combater o inimigo traficante, permaneceu vivo e cada vez mais acentuado. A entrada na democracia em nada mudou a lógica de guerra implementada na caça aos inimigos e o policiamento ostensivo e militarizado nas ruas dá provas disso.

No entanto, o que vem tornando esse cenário de guerra ainda mais preocupante é o fato de as funções genocidas passarem a compor o novo discurso oficial de combate às drogas, de modo que passa a não ser mais necessária uma atuação baseada, nem que seja apenas formalmente, em princípios democráticos de atuação. Atinge-se um patamar onde, como diz Salo de Carvalho (2017), “a transferência da programação real do direito penal do terror ao nível enunciativo potencializa o incremento da violência na nova realidade que se deseja criar”.

É assumida a dicotomia “bem” e “mal”, no intuito de separar a sociedade em “cidadãos” e “inimigos”. Aos “cidadãos” são resguardados os direitos e garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, mesmo que estes venham a cometer algum tipo de crime. Já aos inimigos, categoria na qual os traficantes de drogas ilícitas estão enquadrados, é despendido um Direito Penal belicista de neutralização. Assume-se, dessa forma, uma política diferenciadora entre “Direito Penal do Cidadão” e “Direito Penal do Inimigo” (CARVALHO, 2017).

Assim sendo, ao atuar pautado na lógica de um Direito Penal do Inimigo, onde os princípios estruturais do sistema penal de (teórica) base democrática são completamente pulverizados e os indivíduos (traficantes) são vistos enquanto meros seres perigosos, o Estado passa a gerenciar um processo de despersonalização. Pois, como aponta Zaffaroni (2007, p.18), “na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte,

necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa”.

Contudo, é importante observar que essa atuação de política de exceção e neutralização na sociedade brasileira é também regida por elementos de exclusão e violação que ultrapassam questões legais e recaem sobre questões sociais que são constitutivas do próprio povo brasileiro.

Quando se fala em tráfico de drogas muito provavelmente o que vem no imaginário social é a imagem do “narcotraficante”, estereotipicamente visto (muito por influência da grande mídia e do histórico de repressão e chamamento ao combate do “inimigo traficante”) como o criminoso violento, organizado, poderoso e enriquecido através da atividade no tráfico de drogas ilícitas.

No entanto, ao se deparar com os indivíduos autuados e presos por tráfico de drogas, o que pode ser visto são mulheres e homens extremamente pobres, com baixo grau de escolaridade, na maioria das vezes sem portar arma e desprovidos do apoio de qualquer “organização” (ZACCONE, 2007).

Nesses termos pode ser vista não apenas a dicotomia Narcotraficantes x Varejistas do tráfico (aqueles responsáveis pela venda de drogas no varejo, alvos fáceis da repressão policial, conhecidos como “esticas”, “mulas”, “aviões”), como também a seletiva atuação do principal agente da criminalização secundária, qual seja, a polícia (não descartando a seletividade estrutural do próprio Sistema Punitivo, que atua sob uma lógica sexista, classista, racista, heteronormativa), bem como a existência de um “escalonamento” dentro da própria rede do tráfico (ZACCONE, 2007).

De um lado estão os “grandes traficantes”, apontados pela mídia e considerados delinquentes de alto grau de periculosidade (que somam pouco mais que uma dezena); do outro, milhares de varejista que, por serem alvos fáceis para a seletividade do Sistema, lotam os cárceres.

E nesse sentido Maria Lucia Karam (2015, p. 36-37) pontua que

A ‘guerra às drogas’ não é propriamente uma guerra contra as drogas. Não se trata de uma guerra contra coisas. Como quaisquer outras guerras, dirige-se sim contra pessoas – os produtores, comerciantes e consumidores das substâncias proibidas. Mas, não exatamente todos eles. Os alvos preferenciais da ‘guerra às drogas’ são os mais vulneráveis dentre esses produtores, comerciantes e consumidores. Os ‘inimigos’ nessa guerra são os pobres, os marginalizados, os negros, os desprovidos de poder, como os vendedores de drogas do varejo das favelas do Rio de Janeiro, demonizados como ‘traficantes’, ou aqueles que a eles se assemelham pela cor da pele, pelas mesmas condições de pobreza e marginalização, pelo local de moradia que, conforme o paradigma bélico, não deve ser policiado como os demais locais de moradia, mas sim militarmente ‘conquistado’ e ocupado.

Assim sendo, a criminalização do tráfico de drogas está atrelada, não por coincidência, mas pela perpetuação das seletividades e autoritarismos que constituíram o povo brasileiro, à criminalização daqueles indivíduos historicamente vulnerabilizados, violados e exterminados.

2. Tráfico: uma nova criminalidade para mulheres

Dentro do cenário criminal atual, muito influenciado pela repressão ao Tráfico de Drogas, um novo elemento passa a ganhar visibilidade: a criminalidade feminina.

À mulher sempre foi relegado o âmbito privado das relações. O machismo, o autoritarismo e os ditames patriarcalistas impuseram a ela uma condição de passividade e submissão. Seu papel fora estabelecido socialmente como sendo cuidar das atividades domésticas, enquanto a face pública das relações sociais ficava a cargo da figura masculina (ANDRADE, 2005).

Muito em decorrência dessa realidade social, a criminalidade feminina foi tradicionalmente ignorada, vista enquanto constituída por condutas de caráter passional ou explicada como consequência do relacionamento com homens envolvidos em

condutas criminalizadas. Nesses termos, a análise da criminalidade feminina costumava vir de forma subsidiária ao estudo da criminalidade masculina (BARCINSKI, 20017).

Para o Direito, a mulher era vista, na maior parte das vezes, enquanto um objeto de tutela. E, nesses termos, sua sexualidade e seu papel social sempre fora reclamado, como exemplifica a criminalização do aborto, da prostituição e, durante um bom tempo, do adultério.

Esse poder punitivo que recaía sobre a mulher vinha no sentido de resguardar seu papel de transmissora dos valores culturais mantenedores da ordem social, reforçando, para isso, seu pertencimento ao espaço privado-reprodutivo (FREITAS, 2012).

Desde a Era Medieval, com a figura das bruxas, aquelas mulheres que rompiam com os padrões e ocupavam o espaço público eram vistas como passíveis de contenção. Era necessário força-las a manterem-se seguindo aquele papel a elas destinado (ZORDAN, 2005).

Esse estigma da mulher delinquente, mas não violenta, se perpetua ao longo dos séculos subsequentes. O cenário de desvio estava, dessa forma, intimamente ligado ao rompimento com o “dever ser mulher”.

No Brasil, como aponta Carolina Freitas (2012), os pressupostos punitivos no século XIX e início do século XX foram narrados em obras como *Crime e Cotidiano* de Boris Fausto. O que se viu, segundo a autora, foi que o controle social sobre as prostitutas requereu uma atenção normativa especial, simbolizada pelo *Regulamento provisório dos Bons Costumes* em São Paulo de 1893. No entanto, a partir da década de 80, com a “Guerra às Drogas” já declarada e o cenário de repressão cada vez mais alarmante (e mais na frente, com incremento de uma nova lei que acentuaria ainda mais a caça ao inimigo traficante - Lei nº 11.343/06), os rumos da criminalidade feminina passaram a chamar mais atenção das instituições de controle da Segurança Pública e, conseqüentemente, do ideário social.

O tráfico de drogas era visto como um crime produtor de violência e isso destoava do que comumente era tido enquanto criminalidade feminina. Ao passo disso, segundo os dados do DEPEN, tal conduta passou a ser o tipo penal que mais aprisionava mulheres no Brasil.

Desde 2006, com a mudança legislativa referente à repressão ao Tráfico de Drogas Ilícitas o incremento punitivo foi ainda mais intensificado. Segundo dados do Infopen, a população carcerária cresce tanto em relação aos homens como em relação às mulheres, mas para elas de forma mais acelerada.

A população absoluta de mulheres encarceradas cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014, já a população de homens encarcerados cresceu 220% no mesmo período. Em junho de 2014, a população carcerária feminina presa por tráfico de drogas ou tráfico internacional de drogas equivalia a 68% do total, ao passo que, no caso masculino, o percentual de presos por esses crimes era de 26%.

Como se percebe, mais da metade das mulheres está presa por tráfico, o que representa uma mudança significativa dos padrões de criminalidade tradicionalmente atribuído a elas.

Dessa forma, se faz necessário analisar de forma mais ampla esse novo elemento da criminalidade: a questão de gênero. Tal análise, por sua vez, precisa investigar não apenas a questão criminal, mas também, e principalmente, a opressão e o controle sofrido pelas mulheres nas diversas esferas sociais (seja no seio familiar, no mercado de trabalho ou nos espaços públicos em geral), e como isso reflete na sua condição dentro da própria teia do tráfico.

Também é imprescindível analisar quais são as mulheres que estão sendo criminalizadas pelo tráfico de drogas e de que forma as raízes autoritárias e seletivas do do sistema punitivo (ZAFFARONI, 1991) contribuem para a constituição desse cenário. Nesse sentido, a criminologia feminista torna-se uma indispensável lente teórica na análise de tais questões.

3. Mais do que criminosa: mulher, negra e pobre

A incidência cada vez maior de mulheres nos índices mais baixos da pobreza é consequência direta e indireta de uma série de subfatores relativos ao campo social do trabalho, tais como a diferença salarial em relação aos homens, a predominância de

mulheres ocupando as vagas em empregos temporários, de tempo parcial, no mercado informal, a concentração em ocupações que demandam menor qualificação profissional e que, portanto, são postos de menor remuneração (RIBEIRO, 2014). Na rede do Tráfico de Drogas essa lógica não é muito diferente.

Falando-se sobre o que é efetivamente a prática criminosa do tráfico, primeiramente, ela não deve ser encarada como o ato exclusivo de vender substâncias ilegais, mas sim como cadeia que exige uma série de atos para que o comércio em si seja feito. A própria Lei nº 11.343, em seu artigo 33 (referente à conduta típica de traficar) expande as hipóteses que poderiam constituir essa cadeia.

Contam-se quase vinte condutas classificadas legalmente como tráfico. Supondo que todas essas práticas são tipos de atividade econômica, indaga-se a seguir quais delas são mais verificadas entre as mulheres traficantes e, destarte, a razão pela qual seriam designadas ao gênero feminino.

O que se confere a partir das pesquisas regionais que alguns estudiosos brasileiros desenvolveram é que, em geral, as mulheres desempenham funções de menos destaque e menor complexidade nas redes do tráfico. Dificilmente são encontradas mulheres na posição de chefes ou proprietárias das “bocas-de-fumo”. Os trabalhos femininos mais comuns observados são os de transporte, embalagem e depósito das drogas ilícitas, e mais raramente a participação na venda e na gerência.

Não por acaso são essas as funções predominantes designadas às mulheres, visto que o gênero feminino chama menos atenção da polícia e do sistema repressivo. São historicamente invisibilizadas aos olhos dos atores do espaço público (mercado, mídia, Estado etc.) pela herança do papel social caracterizado pela passividade e obediência. Sintetiza Gabriela Jacinto (2011, p.7):

A mulher está fora dos discursos criminalizadores e dentro dos discursos vitimados do sistema punitivo, porque se tinha uma

visão da mulher como sendo incapaz de cometer crimes. Um viés da cultura machista, universalista e moralista projetou a mulher para um âmbito privado, cujo controle se dá de modo informal, exercido pela família, a escola, a igreja, a vizinhança. Por inúmeras vezes, as mulheres foram tratadas e visualizadas como vítimas de crimes e poucas vezes como autoras, pois o estereótipo da mulher – principalmente daquela visualizada como passiva – se mantém em um espaço privado (doméstico) que corresponde ao estereótipo de vítima no sistema penal.

Sendo assim, a mulher acaba sendo mão-de-obra vantajosa para o tráfico porque é menos custosa financeiramente, levando-se em conta que os papéis subalternos que cumprem estão sujeitos a pagamentos menores, e também pelo motivo de serem socialmente menos suspeitas ao poder repressivo, pelo papel tradicional que carregam de não associação com a agressividade, a subversão e a violência.

Por conta dessa designação, as mulheres são mais suscetíveis aos flagrantes e à criminalização sem negociações com os agentes do Estado, porque não ocupam postos consideráveis, raramente são traficantes importantes e conhecidos pela polícia. A respeito disso, comentam Bárbara Musumeci Soares e Iara Ilgenfritz (2002, p.88):

Isso pode significar que, ao contrário do que acontece rotineiramente com os traficantes de maior peso, as mulheres envolvidas em tarefas periféricas no tráfico de drogas têm pouca margem de manobra junto à polícia – que, como se sabe negocia sistematicamente a liberdade dos traficantes.

Ou seja, mesmo no relacionamento promíscuo que o mercado ilegal cultiva com o Poder Estatal, a mulher está marginalizada pela insignificância política e econômica que representa nessa cadeia. Não à toa, a maior parte desse contingente de traficantes femininas é presa em flagrante, hipótese que ilustra com clareza a falta de qualquer tipo de negociação com policiais, justamente pelo imediatismo como são reprimidas (em que pese a sociedade ainda patriarcal na qual estamos inseridos e a lógica androcêntrica de

criminalização que ainda perpassa o imaginário do nosso Sistema Punitivo), bastando observar que em Pernambuco 57% das mulheres que estão presas o estão sem condenação.

E quando presas, pelo fato de cumprirem obrigações menores, rapidamente são descartadas e facilmente substituídas. Essa realidade constatada potencializa a vulnerabilidade em relação à prisionalização: muitos criminosos do tráfico não chegam a ser presos porque a impunidade está diretamente ligada às relações de poder “extra-oficiais” entre crime e Estado. A privação de poder às mulheres causa sua dificuldade de se defender nos processos criminais e também de sair da prisão (63% das mulheres condenadas têm penas de até 8 anos), seja porque os homens estão mais aptos a esquemas de fuga e acordos, seja porque recebem melhores condições de defesa pelas vias do sistema judiciário.

Contudo, de imediato pode-se constatar que, em números absolutos e pelo critério puramente biológico adotado pelo sistema penal, existem quantitativamente mais homens encarcerados que mulheres no Brasil. Entretanto, ao contrário do que pode parecer, isso não significa que o sistema penal criminaliza menos as mulheres que os homens.

É necessário destacar que os números absolutos não são suficientes para traduzir a realidade de uma sociedade profundamente marcada pelas relações patriarcais, cujo conjunto forma o arcabouço que se materializa na diferença social concreta entre homens e mulheres. Nesta esteira, ressalve-se que todos os demais aparatos de controle social, que não apenas o Direito Penal, cumprem historicamente um papel especial no controle da autonomia e dos corpos das mulheres (FREITAS, 2012). A mulher enquanto objeto da tutela jurídica traduz e traduzia, na verdade, uma mulher-objeto, cuja autonomia e a sexualidade eram absolutamente controladas em nome de uma suposta “proteção” ou “incapacidade” que a mulher possuiria de lidar com a própria vida. A figura da “mulher honesta”, da qual fala Vera Andrade (2005),

bem como a criminalização do adultério, do aborto, da prostituição, refletem essa ideia. Como nos diz Karyna Sposato (2003, p. 287):

No entanto, no caso das mulheres, o controle social ao contrário de restringir-se ao sistema penal e à legislação penal, está provavelmente de maneira mais intensa justamente na estrutura familiar, na escola e nos métodos pedagógicos, na universidade e na liberdade (ou falta de) cátedra, na medicina mediante sua ideologia e prática, ou seja, em diversos aspectos do tecido social, razão pela qual a análise de uma suposta seletividade diminuída do sistema penal sobre as mulheres não pode prescindir de observar todo o arsenal de controle social existente, e sobretudo a dimensão altamente repressiva de sua intervenção.

De tal forma não pode se ignorar que a história da criminalização de mulheres é, a história do exercício do poder do gênero masculino sobre o feminino, fundado em um direito cujas bases são evidentemente patriarcais (FREITAS, 2012).

Maria Lúcia Karam (2006, p. 97) descreve:

Dentro de um vitorioso Estado mínimo da pregação neoliberal faz-se presente um simultâneo e incontestado Estado máximo, vigilante e onipresente. O Estado máximo, vigilante e onipresente, manipula a distorcida percepção dos riscos, manipula o medo e os anseios de segurança, manipula uma indignação dirigida contra os inimigos e fantasmas produzidos pelo processo de criminalização e se vale de ampliadas técnicas de investigação e de controle, propiciadas pelo desenvolvimento tecnológico, para criar novas e dar roupagem “pós-moderna” a antigas formas de intervenção e de restrições sobre a liberdade individual.

Essa nova roupagem certamente está ligada à figura emergente da mulher traficante. De novo, figuras antigas com roupagens inéditas surgem ao cenário: perpetua-se incessantemente a divisão sexual do trabalho e a desigualdade existencial e social sobre os dois gêneros historicamente constituídos.

Como à mulher foi relegado, historicamente, o espaço privado, aquelas que ousaram transgredir esse padrão socialmente estabelecido, seja por livre vontade, seja pelas necessidades materiais, estavam mais susceptíveis a incorrer no espectro da criminalização. A incidência de criminalização pesava mais sobre os delitos representados predominantemente pelas condutas: alcoolismo, desordem, averiguações e desobediência. Isto evidencia que a polícia atuava no combate à transgressão do “dever ser” socialmente imposto a cada gênero, de modo que à mulher que subvertia a lógica do espaço maternal, de dona de casa ou de esposa reclusa, era cabida a intervenção do aparato penal (RIBEIRO, 2014).

Dessa maneira, esses processos históricos se entrecruzam (o ingresso precário e cada vez maior da mulher no mercado de trabalho formal e no informal, bem como a criminalização cada vez mais acentuada da mulher), processos esses que se dão ao mesmo tempo e que não são alheios um ao outro, sendo dentro dessa lógica que surge a figura da mulher traficante. E é observando quem são essas mulheres que é possível perceber que elas não fogem ao aspecto preponderantemente seletivo dos meios de efetivação do Direito Penal.

No Brasil em junho de 2014 a proporção de mulheres negras presas era de duas em cada três, representando 67% da população carcerária feminina. E em Pernambuco esse número é ainda maior, sendo 81% da população carcerária feminina composta por mulheres negras. Por sua vez, no que tange ao nível de escolaridade dessas mulheres (o que está intimamente ligado à classe social que elas compõem), o que pode ser visto é que 50% delas não concluíram o Ensino Fundamental e, enquanto na população brasileira total cerca de 32% completou o Ensino Médio, apenas 8% da população prisional total o concluiu. E em Pernambuco o que mais chama atenção é o percentual de mulheres analfabetas, que corresponde a 20% (enquanto no cenário prisional feminino total esse percentual é de 4%). E no que diz respeito à faixa etária dessa população, o que pode ser visto é um grande encarceramento de

uma população jovem, tendo em vista que 50% das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos. Daí, portanto, constata-se que as mulheres negras, pobres e jovens são as primeiras afetadas pelo espectro de criminalização do sistema penal.

4. Autoritarismos e permanências – seletividade estruturante e violação de direitos por parte das polícias

Ante o cenário de atuação do Sistema de Justiça Criminal, como visto, é necessário compreender os seus traços históricos de atuação, um vez que

Não há como pensar ou repensar a história das ideias penais e políticas brasileiras ignorando que foram edificadas sobre os alicerces da repressão, da punição e do controle. É, então, preciso elaborar análises que recuperem o inventário do autoritarismo, as ideologias que o fundamentava e a função simbólica da justiça criminal (RODRIGUES, 2017, p. 128).

Decorrente do modelo de Estado Democrático de Direito, o sistema de justiça criminal, enquanto tal, é fruto do processo de democratização, com saída de um modelo autoritário para a consagração de direitos fundamentais e submissão irrestrita à lei. Ocorre que, quando se fala do processo de transição democrática do Brasil é comum ver menções à ditadura como sendo o grande período de violência, ilegalidades e tortura, como se essa tivesse sido uma época sombria e isolada dentro da história do Brasil. Contudo, pelo que já foi apresentado, sabe-se que esse cenário de violações já vem de muito antes e carrega em seu bojo um público alvo determinado.

Entretanto, o que diferencia as violências desse período ditatorial do período de violências que o antecedeu é exatamente os sujeitos violados.

Durante a ditadura houve um cenário de violações ao qual a sociedade não estava habituada. Agora a classe média, até então

vista como inviolável, passa a sofrer com a violência estatal, passa a ter seus corpos torturáveis e violáveis.

Foi dentro desse contexto e dessa indignação seletiva que a sociedade passou a lutar contra o fim da ditadura. Nesse momento, as reivindicações populares tomaram as ruas, as mortes foram choradas por todos, os corpos violados e desaparecidos foram (e ainda são) reclamados.

A partir desse contexto foi construída a ideia de que, com a democratização do Estado, a violência cessaria. Contudo, como observa Benoni Belli (2004, p. 23)

A década de 90, entretanto, provou-se extremamente frustrada para aqueles que depositaram tantas esperanças na democratização do país. Tomando a questão de um ponto de vista estritamente empírico, há evidências claras de que as violações apenas se avolumaram.

E Belli continua a dizer: “O fim do regime militar representou um avanço fundamental ao garantir os direitos políticos e o estabelecimento de instituições democráticas, mas não gerou, necessariamente, um grau mais elevado de respeito aos direitos civis” (BELLI, 2004, p. 23).

O que acontece é que a transição democrática pela qual passou o Brasil, nem de longe representou uma ruptura com as antigas estruturas vigentes. Na realidade, o que ocorreu foi um processo de negociação para que a democratização do país fosse viabilizada.

Nessa negociação, a participação e a representação política foi ampliada, entretanto não foi vista uma ampliação da justiça social. Pelo contrário, o que se viu foi um aprofundamento das desigualdades sociais, sendo um grande desafio o respeito aos direitos humanos para a maioria da população. Conflitando dessa forma as exigências de uma democracia política, com as de uma democracia social (ADORNO, 2002).

Se, por um lado, as oposições políticas não são mais perseguidas pelo Estado³; por outro é flagrante que os pobres, marginalizados e integrantes dos grupos vulneráveis (negros, índios, mulheres, LGBTs) continuam sendo os alvos preferenciais da violência policial e a criminalidade comum.

Mas como aponta Belli (2004, p. 24)

Não é nova, porém, a constatação de que setores específicos da sociedade brasileira constituem tradicionalmente alvo preferencial da violência praticada por agentes públicos e nem chega a causar surpresa a sobrevivência de um modelo hierárquico de relações sociais mesmo em tempos menos sombrios. O ineditismo da década de 90 está relacionado ao abismo, sem precedentes na história nacional, entre as promessas da democracia e a realidade de exclusão social, entre os direitos consagrados em textos legais e a realidade cotidiana da violência e da impunidade, ou ainda entre o princípio da igualdade perante a lei e o tratamento que estabelece na prática diferentes categorias de cidadãos. Trata-se de um abismo que reflete sobretudo a esperança frustrada de que o advento da democracia política seria capaz de garantir o efetivo exercício dos direitos da cidadania em condições mínimas de igualdade para todos.

Desse modo, o que fica evidente é que o processo de democratização do Brasil não se propôs a romper as barreiras autoritárias que vinham se perpetuando ao longo da história do país, nem a garantir uma democracia social no campo prático. O que houve foi uma troca de favores na qual a estrutura democrática foi flexibilizada para que pudesse viver harmonicamente com as bases autoritárias em seu seio (RODRIGUES, 2017). Bem como, manter-se enquanto garantidora dos privilégios da classe dominante.

Constituiu-se assim uma Democracia alternativa e tutelada (FERNANDES, 2009). Alternativa porque os valores existiam apenas

³ As oposições políticas continuam a ser perseguidas, no entanto, dentro do regime democrático, essa perseguição não é organizada diretamente pelo Estado. Formalmente, não é ele que coordena as violências ilegais cometidas pelos seus agentes.

no plano formal-legal, mas eram socialmente inoperantes. E Tutelada porque o Estado, para garantir o desmanche estatal sem que exista nenhuma contestação política capaz de reverter o processo, flexibiliza ao máximo os limites democráticos, mas sem o suprimir no sentido da legalidade estrita.

Nesse bojo, o autoritarismo continua tendo lugar de destaque dentro da operacionalização estatal, no entanto, o discurso que o justifica passa a ser um discurso que se molda a atual estrutura democrática.

Esse passa a ser então um regime que tem ares de justo e igualitário, de proteção aos indivíduos, mas que na realidade se estrutura nas mesmas bases que antes. Sendo a harmonia política mantida através de jogadas de governabilidade que formalmente remetem à uma democracia, mas que na prática são meros mecanismos de docilização social.

E é nesse sentido que conclui Paulo Sérgio Pinheiro (2017, p. 43)

Diante da corrupção, do agravamento das violações de direitos humanos e de sua impunidade, o regime autoritário (1964-1985) e o regime constitucional de 1988 com os governos civis de transição e eleitos, dada a ausência de rupturas significativas na área da cidadania, foram expressões diferenciadas de uma mesma estrutura de dominação fundada na hierarquia, discriminação, impunidade e exclusão social.

Vê-se com isso que o cenário democrático no Brasil, por mais que formalmente disponha sobre garantias sociais, continua a perpetuar o cenário de violência seletiva e de uma proteção dos interesses das classes sociais detentoras do poder. Foi assim no período colonial, foi assim durante a ditadura e, por meio de uma transição negociada, perpetua essa raiz autoritária dentro do Estado Democrático de Direito.

E no âmbito formal-legal desse autoritarismo surge a necessidade de manter dentro do seio democrático uma instituição de contenção e neutralização. Que formalmente atue enquanto

garantidora da ordem social, mas que, na prática, carregue consigo o ranço autoritário e seletivo das raízes na qual está fincado.

Desse modo, o Sistema de Justiça Criminal no Estado Democrático de Direito se coloca enquanto braço forte que sustenta com mãos de ferro a “harmonia” entre democracia, autoritarismo e manutenção de privilégios.

Considerações finais

Ao analisar o histórico patriarcal que incide fortemente sobre as mulheres, juntamente ao histórico autoritário que carrega a formação do povo brasileiro e sob o qual o sistema punitivo de repressão às drogas finca suas raízes, é possível perceber de forma ampla as particularidades que estão em torno da criminalização das mulheres por tráfico de drogas.

Por ser mulher em uma sociedade imersa na cultura patriarcal a ela são relegadas as funções menos importantes e mais vulnerabilizantes da rede do tráfico. É essa maior vulnerabilidade que faz com que as mulheres sejam mais suscetíveis à apreensão em flagrante, assim como a sua menor importância dentro da teia do tráfico faz com que a ela não seja dado apoio e auxílio jurídico depois da apreensão.

Mas também é por estar ocupando o espaço público, a ela socialmente não destinado, e por romper com os padrões do “dever ser mulher” que sob elas recai a suspeição de um sistema machista e sexista.

Contudo, como foi apresentado, não é qualquer mulher que compõe a população carcerária feminina que cresce desenfreadamente.

Em uma sociedade constituída a partir de violações e autoritarismos, da existência de corpos tidos como violáveis e de um sistema de justiça criminal que atua como elemento de dominação e manutenção de privilégios, a camada social atingida pelo espectro da criminalização já vem definida.

Foi constatado que as mulheres apreendidas por tráfico de drogas são negras e pobres e isso não é por acaso. A história do povo brasileiro se constituiu a partir da dominação dos povos negros e pobres, das violações falaciosamente “justificadas” e da cruel ideia de corpos violáveis. Dentro da criminalização por tráfico de drogas essa lógica de atuação não falha.

O sistema repressivo continua a punir e a exterminar os corpos de sempre e a justificar com uma ideia de segurança nacional. Quem propõe essa segurança e a quem ela serve? É só olhar para trás e ver que a resposta não mudou!

Uma vez que não se rompe com as estruturas autoritárias sob as quais se foi constituído, torna-se impossível atuar de maneira diversa. O Estado brasileiro, através do seu sistema repressivo autoritário e seletivo continua a relegar ao povo negro e pobre a marginalidade, a tortura e o extermínio.

Dessa forma, o solo brasileiro segue encharcado, mas não é pelas águas da fertilidade democrática, é pelo sangue preto e pobre que sempre serviu como adubo para uma sociedade exterminadora. O número de mulheres encarceradas continua aumentando, mas não é apenas por serem traficantes, é por serem quem são e estarem em uma sociedade que as enxerga enquanto *elementos* indesejáveis.

Referências

ADORNO, Sérgio. Exclusão socioeconômica e violência urbana. **Sociologias**, Porto Alegre, nº 8, ano 4, p.84-135, jul. 2002, p. 99

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Soberania Patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, n. 50, p. 71-102, jul, 2005.

BARCINSKI, Mariana. **Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v14n5/26.pdf>>. Acesso em 22/09/2017.

BELLI, Benoni. Brasil - Democracia e Continuidade Autoritária. In: BELLI, Benoni. **Tolerância Zero e democracia no Brasil: visões de segurança pública na década de 90.** São Paulo: Perspectiva, 2004.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 104.

CARVALHO, Salo de. **A Política de Guerra às Drogas na América Latins entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente.** Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.7_2007_164-177/278>. Acesso em: 15/09/2017.

FERNANDES *apud* PASTAMA, Débora. Justiça Penal Autoritária e consolidação do Estado Punitivo no Brasil. **Sociologia e Política**, Curitiba, v. 17, n. 32, p.121-138, fev. 2009.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão:** o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2008, p. 104.

FREITAS, Carolina Alvim de Oliveira. GÊNERO, CRIMINALIDADE E TRÁFICO DE DROGAS: embaralhamentos sociais e históricos. **Monografia (TCC)** – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

INFOPEN MULHERES. Jun/2014. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acessado em: 15/09/2017

JACINTO, Gabriela. **Mulheres presas por tráfico de drogas e a ética do cuidado.** Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis. Revista Sociais e Humanas, Santa Maria, 2º semestre de 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **Para conter e superar a expansão do poder punitivo.** Veredas do Direito. Belo Horizonte, 2006. p. 97.

KARAM, Maria Lucia. Violência, militarização e 'guerra às drogas'. In: KUCINSKI, Bernardo (Ed.). **Bala Perdida:** a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. O PASSADO NÃO ESTÁ MORTO: NEM PASSADO É AINDA. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/downooo.pdf>>. Acesso em: 26/08/2017. P. 43

RIBEIRO, Juliana Serretti de Castro Colaço. **Silenciadas pelo tráfico: um Estudo Criminológico do Duplo Grau de Vulnerabilidade das adolescentes internas do CASE Santa Luzia.** 2014. 69 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

RODRIGUES, Ricardo C. de Carvalho. **PERMANÊNCIA AUTORITÁRIA NO REGIME DEMOCRÁTICO BRASILEIRO: Uma análise sobre como as teorias da transição e dos direitos humanos e seus instrumentos foram condicionados e enfrentaram o autoritarismo.** 2017. 244 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017

SOARES, Bárbara Musumeci. ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras-vida e violência atrás das grades.** Rio de Janeiro: Garamond, 2002. (Centro de Estudos de Segurança e Cidadania).

SPOSATO, Karyna. **Mulheres presas no Brasil: Um retrato da desigualdade.** In Cescontexto. Debates. Atas do Colóquio Internacional Direito(s) e Desigualdades. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, nº 4, dezembro/2003.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZORDAN, Paola Basso Menna Barreto Gomes. Bruxas: figuras de poder. **Estudos feministas**, v. 13, n. 2, Florianópolis, maio-agosto, 2005

Tratamento jurídico fornecido aos transgêneros à luz da jurisprudência do STF

Isabella Torres Monteiro¹

Luís Felipe Andrade Barbosa²

Rayanne de Moura Medeiros³

Introdução

Hodiernamente, vislumbra-se preocupação, maior que em qualquer outro século, com a abrangência da tutela jurisdicional e estatal em termos de proteção aos direitos fundamentais dos transgêneros. Assim, o presente artigo tem por escopo identificar se os marcos normativos existentes são condizentes com a realidade social, e, por conseguinte observar se as garantias da população transgênera, inclusive o respeito à dignidade da pessoa humana, são postas em prática.

Para a concretização deste objetivo, empregou-se no artigo o método dedutivo, utilizando-se de técnicas exploratórias, posto que a análise realizada debruçou-se em pesquisas bibliográficas e

¹ Acadêmica do Curso de Direito no Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA); 2014101409@app.ascses.edu.br

² Doutorando em Ciência Política e Professor do Curso de Direito no Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA); luisbarbosa@ascses.edu.br

³ Acadêmica do Curso de Direito no Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA); 2014101410@app.ascses.edu.br

documentais (artigos, leis, jurisprudências, recursos), para descrever a problemática em comento.

Inicialmente, foi realizada análise acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, que confere proteção a qualquer ser humano, abarcando assim toda forma de vida pensante. Por conseguinte, foi oportunamente demonstrado os diversos termos existentes na atualidade referentes a gênero, sexo e orientação sexual, e suas diferenças básicas, uma vez que é mister entender a conceituação da expressão transgênero, sem, entretanto, limitá-la.

Em seguida, foram empreendidos esforços a fim de observar os movimentos que até hoje defendem os direitos dos indivíduos que se identificam com gênero diferente do sexo, destacando-se o projeto de Lei nº 5002/13 e o apoio fornecido pelos movimentos LGBTQ's a promulgação da lei referida.

Por fim, realizou-se uma análise acerca do Recurso Extraordinário (RE) nº 670422 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275, com o intuito de auferir se a mais alta corte do país permanece inerte em relação à matéria em discussão ou se apresentou meios de possibilitar a mudança no registro civil dos transgêneros, sem que seja requisito a cirurgia de redesignação sexual.

1. Transgênero e as Diferenças entre Gênero, Sexo e Orientação sexual

Inicialmente, é pertinente demonstrar o conceito das pessoas transgêneras, aquelas que não se identificam com o sexo em que nasceram, sendo o oposto do termo cisgênero. As pessoas transgêneras nascem com o sexo feminino ou masculino, mas não se percebem no corpo certo, e acabam por sentir que vestem uma fantasia na estrutura física que possuem.

A palavra trans é originada do latim e significa “do outro lado”, ou seja, o gênero de uma pessoa trans difere daquele gênero imposto. A diferença do uso dos termos transgêneros e transexuais

é muito divergente. Há correntes que defendem que aquela é uma versão contemporânea do termo transexual, todavia, alguns argumentam que existe diferença no significado dos termos.

Assim, o transgênero seria a pessoa que não se identifica com o sexo biológico, porque nasce com um sexo e em contrapartida, se identifica como ser do sexo oposto. Entretanto, não sente a constante necessidade de realizar procedimento cirúrgico de transgenitalização.

Já o transexual, pode-se dizer que é além do transgênero, pois a insatisfação com seu corpo é tanta que há necessidade de transgenitalização, ou seja, a cirurgia de mudança de sexo, uma vez que sente a necessidade de modificação de sua anatomia corporal. O problema é que, por vezes, o transgênero convive em constante conflito referente a sua identidade de gênero.

A questão é que, independente do termo transexual ou transgênero, entendeu-se por bem utilizar a expressão mais recorrente nos dias atuais em filmes, novelas, rodas de debate, dentre outras situações, quer seja, a expressão transgênero. Importante lembrar que ser transgênero não implica arbítrio, uma vez sua condição independente de qualquer vontade pessoal.

Ainda, entre esses dois termos, existe o termo travesti. Este não se refere propriamente ao gênero, mas a pessoa do sexo feminino ou masculino que se veste do sexo contrário para criar um personagem. Todavia, existe uma corrente que entende por elevar os travestis a um terceiro gênero.

Para ser considerado trans, não há necessidade de realizar a cirurgia, basta que o sentimento exista, além do mais, é imperioso destacar que a cirurgia está em fase de experimento, não sabendo as reais consequências futuras. Ademais, o procedimento é bastante caro e a rede pública do país, embora forneça a realização do procedimento, não consegue abarcar toda a demanda.

Destarte, para melhor entendimento da questão de gênero, é mister a realização de uma breve diferenciação entre orientação sexual, sexo e gênero: a orientação sexual relaciona-se somente a

questão afetiva, com quem sente-se atração para obter relações, tendo-se como exemplo homossexuais (interesse pelo mesmo sexo), heterossexuais (interesse pelo sexo oposto) e bissexuais (interesse por ambos os sexos); sexo refere-se ao sexo biológico, podendo ser feminino ou masculino; e gênero é aquele assumido pela pessoa, como se sente em relação ao mundo, não sendo apenas um binarismo como ocorre no sexo.

É importante destacar que qualquer conceituação apresentada é digna de mutação, portanto nenhuma definição pode ser estigmatizada a ponto de limitar um indivíduo, que para a sociedade pode se encaixar em um termo existente, mas que como ser humano se sente fora da definição apresentada.

2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana Norteando o Direito das Minorias

Atualmente, assim como outras minorias sociais, a classe LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros), encontra-se diante de preconceitos e diversas formas de discriminações perpetuadas ao longo de décadas, e acompanhadas de uma série de violências consequentes da intolerância sexual.

Essa minoria não possui legislação própria, só a atribuição protetiva advinda da Constituição Federal de 1988 (CF/88), constatando-se, por vezes, a omissão estatal, legislativa e jurídica. Nessa senda, a CF/88 preconiza em seu artigo 1º, inciso III, o respeito à dignidade da pessoa humana:

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 - (...)

II - (...)

III - a dignidade da pessoa humana. (grifos nossos)

Nesse sentido, a autora Flávia Piovesan (2000, p. 54) defende que:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Destarte, observa-se que a dignidade da pessoa humana é princípio constitucional tido por base, posto que os demais princípios devem ser interpretados conforme sua disposição, que, por obviedade, é a de conferir máxima proteção a pessoa humana. Além disso, percebe-se que o princípio em comento não é matriz apenas de interpretação de princípios, mas de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, no mesmo sentido, a referida autora (2004, p. 92) destaca:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Depreende-se que todos, sem exceção, possuem o direito de serem salvaguardados pelo Estado, obtendo inclusão social e reconhecimento de direitos garantidos pela Constituição. Por seu turno, ser diferente do aceitável como “padrão” não pode ser considerado como sinônimo de doença ou distúrbios psicológicos.

Dessa forma, especialistas, assim como a jurisdição brasileira, já deixaram de considerar a homossexualidade e a transgenitalidade como condição patológica, entretanto é reconhecido que o sujeito transgênero precisa de ajuda médica, posto que o processo

transgenitalizador precisa de acompanhamento de endocrinologistas e psicólogos.

Ademais, quando o princípio constitucional supramencionado entrar em conflitos com outros princípios constitucionais, é mister a sua não violação, uma vez que é princípio que impera no contexto social e jurídico. Outrossim, vale firmar que o direito a esse princípio é irrenunciável, inafastável, não se podendo abrir mão dessa garantia, pois refere-se à integridade do homem e é característica do Estado Democrático de Direito.

Todavia, mesmo existindo um princípio que confira proteção aos direitos de qualquer indivíduo, inclusive o transgênero, observa-se que esses direitos são constantemente violados e o Estado não consegue abarcar todas as questões sociais. Assim, é contraditório o Estado Brasileiro ter uma Constituição que afirma a igualdade e em liberdade de expressão, mas ao mesmo tempo ter parte da população sofrendo violências por não se enquadrar em um padrão imposto socialmente.

Sendo assim, percebe-se que a suposta democracia existente é disfarçada em relação a vários temas, inclusive ao assunto transgêneros. Esta democracia é maquiada pelo próprio Estado para se valer do status de Estado democrático de direito, entretanto diariamente percebe-se a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, como também a ausência de condições de igualdade e proteção contra a violência sofrida.

3. Importância dos Movimentos LGBT's

O movimento LGBT é sociopolítico cultural e visa alcançar os direitos dos seus membros e garantir melhoria na qualidade de vida, buscando ainda, o reconhecimento da diversidade sexual e erradicação da homofobia.

Movimentos são paralizações mais recentes que as greves, com cunho político e com objetivo de abarcar insatisfações sociais da sociedade civil. Os primeiros movimentos no Brasil surgiram

durante da Ditadura Militar, uma vez que a insatisfação populacional gerou movimentos de reivindicação contra as mudanças ocorridas no contexto político da época.

O primeiro movimento de fato, no tocante a luta dos LGBT's, ocorreu nos Estados Unidos em 1969, iniciando-se quando um grupo da classe referida enfrentou policiais e iniciou uma rebelião pela luta de seus direitos. Esse movimento durou quase uma semana e ficou conhecido como “Stonewall Riot”, sendo uma resposta as atitudes absolutistas da polícia. Em consequência o dia 28 de junho ficou conhecido como dia internacional do orgulho LGBT.

Em seguida, na década de 70, os movimentos LGBT's ganharam apoio com artistas famosos que deram força ao movimento. Nessa mesma década, surgiu um jornal intitulado de “Jornal Lampião”, que passou a ser a principal forma de comunicação homossexual da época. Nesse período também, foi fundado o grupo “somos de afirmação homossexual”, sendo o primeiro grupo da classe no Brasil, que teve por nascedouro a cidade de São Paulo.

Com o passar dos anos, após o início das manifestações, foi fundado em 1978 outro movimento denominado de “O Lampião de Esquina”, que além de versar sobre questões políticas, era abertamente homossexual e preocupava-se em efetuar várias denúncias de violências contra a população LGBT.

Na década de 80, um grupo de mulheres lésbicas fundaram o jornal “ChanacomChana”, que era comercializado em um bar onde trabalhavam, entretanto não eram bem vistas e muito menos bem tratadas nesse estabelecimento. Por conseguinte, dois anos após o surgimento do jornal, elas foram expulsas do bar e após esse episódio fatídico se uniram com outras feministas homossexuais e realizaram um ato político em frente ao bar.

Tal episódio foi intitulado como o “stonewall brasileiro”, por ser considerado uma forma de manifesto do movimento e ter alcançado importantes conquistas contra o preconceito. Em detrimento, a data do orgulho lésbico no país passou a ser 19 de agosto, dia do ocorrido manifesto.

Atualmente, o movimento LGBT tem objetivos e pautas a serem conquistados, conforme destacado (FERRAZ, 2017):

- Criminalização da homo-lesbo-bi-transfobia;
- Fim da criminalização da homossexualidade (e consequentemente das punições previstas pelas leis que criminalizam a prática);
- Reconhecimento da identidade de gênero (que inclui a questão do nome social);
- Despatologização das identidades trans;
- Fim da “cura gay”;
- Casamento civil igualitário;
- Permissão de adoção para casais homo-afetivos;
- Laicidade do Estado e o fim da influência da religião na política;
- Leis e políticas públicas que garantam o fim da discriminação em lugares públicos, como escolas e empresas;
- Fim da estereotipação da comunidade LGBT na mídia (jornais e entretenimento), assim como real representatividade nela.

Em seguida, observa-se a existência de um movimento exclusivo dos transgêneros, uma vez que a luta pelos direitos, ainda que de minorias, difere do alvo somente LGBT. Assim, no dia 29 de janeiro de 2004, homens e mulheres trans foram recebidos no Ministério da Saúde, em Brasília, passando esse dia a ser reconhecido como o dia da visibilidade trans.

Logo, nos dias de hoje, o principal desafio do movimento é desconstruir o preconceito que está enraizado na mente populacional, principalmente no tocante ao pensamento de que os transgêneros guardam relação com a prostituição, sendo mais uma barreira a ser enfrentada.

Ademais, atualmente tramita na Câmara dos Deputados um projeto de Lei nº 5002/2013, proposto pelo Deputado Jean Willys, tendo como principal objetivo o reconhecimento da identidade de gênero como direito e apoio do movimento LGBT. O referido projeto de lei, dentre outros artigos, dispõe:

Art. 1º - Toda pessoa tem direito:

I - **ao reconhecimento de sua identidade de gênero;**

II - ao livre desenvolvimento de sua pessoa conforme sua identidade de gênero;

III - a ser tratada de acordo com sua identidade de gênero e, em particular, a ser identificada dessa maneira nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal a respeito do/s prenome/s, da imagem e do sexo com que é registrada neles.

Art. 2º - Entende-se por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo. **(grifos nossos)**

Nessa senda, aufere-se a importância do reconhecimento da identidade de gênero para a pessoa que sente que nasceu com gênero diverso do sexo. Para isso, é necessária a continuação dos movimentos que preconizam o respeito, a igualdade e a liberdade de gênero, o seguimento das campanhas de conscientização e a não omissão do poder legislativo em promover a efetivação dos direitos fundamentais da minoria transgênera.

4. Análise do RE nº 670422 e da ADI nº 4275

Finalmente, é mister analisar se a mais alta corte do país confere efetiva proteção aos direitos dos transgêneros ou simplesmente não consegue acompanhar a evolução social e cultural perpetrada ao longo das últimas décadas, no tocante à abrangência de vivências que se apresentem fora do padrão dominante. Para o desenvolvimento de tal análise, serão apresentados o Recurso Extraordinário (RE) nº 670422 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275.

Conforme descrição apresentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o Recurso Extraordinário (RE) nº 670422, protocolado em 26 de janeiro de 2012, discute, com base nos artigos 1º, IV; 3º; 5º, X, e 6º da Constituição Federal, a possibilidade de mudança do gênero feminino para masculino no registro civil de

pessoa transgênera, sem que tenha acontecido a cirurgia de transgenitalização para redesignação de sexo e teve repercussão geral reconhecida.

No RE nº 670422, a recorrente questiona decisão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), que por sua vez manteve a sentença proferida na primeira instância permitindo a mudança do nome, entretanto, condicionando a alteração do gênero à realização da cirurgia de transgenitalização. Ainda, o TJ-RS determinou que a mudança no assentamento do registro de nascimento seria precedida do termo "transexual", à luz dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos.

Nessa senda, a recorrente, defendeu que o condicionamento realizado ofende o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade, bem como cria óbice ao objetivo fundamental da República, quer seja, o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ademais, a recorrente argumentou a existência de violação do direito à saúde, posto que a cirurgia de redesignação sexual tem caráter experimental, trazendo alto risco para o paciente e reduzida probabilidade de êxito.

Igualmente, tratando de similar matéria, existe a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275, protocolada em 21 de julho de 2009, e ajuizada pela Procuradoria Geral da República, com intuito de ser fornecida interpretação constitucional ao artigo 58, da Lei nº 6.015/73 que preconiza: "o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios" (redação dada pela Lei nº 9.708/98).

Por seu turno, uma vez que a alteração do nome no registro civil já é possível, a ADI nº 4275, busca conferir proteção a identidade de gênero, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da privacidade, permitindo a alteração do gênero em documentos pessoais, sem a necessidade do transgênero realizar o procedimento cirúrgico da transgenitalização.

Assim, o ex-Procurador da República, (Rodrigo Janot, 2017) defendeu que:

Impor uma pessoa à manutenção de um nome em descompasso com a sua identidade, é a um só tempo atentatório à dignidade e comprometedor de sua interlocução com terceiros nos espaços públicos e privados (...) para que se respeite a necessária congruência entre a real identidade da pessoa e os respectivos dados no registro civil, por obviedade palmar, não há que se exigir a realização de cirurgia de transgenitalismo.

É importante destacar que o julgamento do RE nº 670422 foi suspenso em 20 de abril de 2017 e o julgamento da ADI nº 4275, por sua vez, foi suspenso em 07 de junho de 2017, determinando-se assim que as duas ações seriam julgadas em conjunto no dia 20 de setembro do presente ano.

Todavia, observa-se que o julgamento foi remarcado e no dia 22 de novembro de 2017, o Ministro Dias Toffoli (Relator) deu provimento ao recurso extraordinário, sendo seu voto acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, tendo o Ministro Marco Aurélio pedido vistas aos autos, que foram devolvidos em 06 de dezembro do corrido ano.

Ainda, realizando-se buscas pela jurisprudência nacional, constatou-se que alguns tribunais têm permitido a alteração do gênero no registro de nascimento de transexuais, sem impor a necessidade da cirurgia de transgenitalização, no entanto, essas decisões não possuem caráter vinculante para outros tribunais em casos idênticos, sendo preciso aguardar a conclusão do RE nº 670422 e da ADI nº 4275.

Assim, a título de exemplo, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deferiu o pedido de alteração nos documentos pessoais de prenome e gênero de mulher transexual, determinando a proibição da anotação, ainda que sigilosa, da

expressão “transexual”, do sexo biológico ou de qualquer menção aos motivos que culminaram na mudança.

Diante do exposto, observa-se inicialmente que as duas ações em comento foram propostas há muito tempo, entretanto, por anos, o STF se absteve de julgar e decidir seu mérito. Ainda, resta notório que a anotação do termo "transexual" no registro de nascimento ou em qualquer outro documento pessoal é prática discriminatória e violadora da intimidade, além de ser vexatória para os indivíduos que anseiam a mudança.

Ademais, vislumbra-se que não é o procedimento cirúrgico de mudança de sexo, que concede ao seu humano a condição de transgênero, mas sim o modo como se vê diante do mundo e de suas escolhas. Assim, é imprescindível o provimento integral do recurso extraordinário e da ação direta de inconstitucionalidade, a fim de conferir proteção a quem se sente em desconforto constante em relação ao próprio corpo.

É cediço também, que o condicionamento da alteração à cirurgia de transgenitalização é prática inviabilizada, posto que esse tipo de procedimento é caro, e embora disponibilizado no Sistema Único de Saúde (SUS), a quantidade de vagas é limitada. Sem mencionar, que existem transgêneros que não querem realizar a mudança de sexo, principalmente por ser considerado procedimento em fase experimental.

Outrossim, nenhum cidadão pode ser submetido a mutilação do seu próprio corpo ou a anotação de termos constrangedores em documentos pessoais para ter acesso ao direito à personalidade, à igualdade, à preservação da intimidade e principalmente à dignidade da pessoa humana, direitos estes que são fundamentais e gozam de tutela constitucional.

Ainda, observa-se que diariamente a população transgênera é vítima da violência, sendo o Brasil, de acordo com o dossiê batizado de "A Geografia dos Corpos das Pessoas Trans", divulgado pela Rede Trans Brasil, o país que lidera assassinatos de pessoas trans no mundo, sendo registrado que de 1º de outubro de 2015 a 30 de

setembro de 2016 aconteceram 123 mortes. Além do que, conforme pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a expectativa de vida do grupo em questão não passa dos 35 anos (ARAÚJO, 2017).

Nessa senda, diante de tais alarmantes e assustadores dados, o Estado Brasileiro não pode fechar os olhos para a necessidade de proteger quem sente que seu gênero é diverso do seu sexo, tampouco permitir que um documento de identificação se torne ato de violência psíquica, moral e física.

Além disso, percebe-se que as proposições ajuizadas limitam-se a questão de mudança do sexo no assentamento civil, matéria demasiadamente importante, mas que por si só não irá contemplar todas as necessidades da população transgênera. Por isso, é imperioso que o STF, assim como qualquer outro tribunal, contemple proteção nas mais variadas formas, principalmente nos casos de omissão legislativa.

Considerações finais

Diante do relatado, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser amplamente respeitado, isto porque, além de se aplicar a qualquer ser humano, independente de origem, classe, sexo, raça, gênero, cor, idade, ideologias, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito.

Ademais, vislumbrou-se que embora a Constituição Federal preconize igualdade entre todos os cidadãos, é comum observar parcelas da população, em geral minorias, que não se enquadram no padrão imposto socialmente e por consequência se tornam alvo do abandono estatal e das mais variadas formas de discriminação.

Ainda, foi permitido, por meio da conceituação de sexo, gênero e orientação sexual, compreender as diferenças entre os termos e entender que a transgenitalidade, assim como o homossexualismo, não são formas de doença ou distúrbio psicológico, mas formas que

fogem do supostamente abarcado na sociedade como “padrão”. Ressalta-se também, que a apresentação das definições acerca de transgênero não podem ser tidas como verdade absoluta, sob pena de estigmatizar um conceito que pode ser mutável.

No tocante aos diversos movimentos LGBT’s, aufere-se sua importância para a própria aceitação do transgênero e seu reconhecimento como sujeito de direitos frente à sociedade. Além disso, esses movimentos realizam pressão popular frente aos órgãos estatais que não podem permanecer inertes diante da real necessidade de contemplação dos direitos fundamentais dos transgêneros.

Destarte, é preciso aguardar o julgamento final do RE nº 670422 e da ADI nº 4275, a fim de saber se a decisão permitirá que os transgêneros alterem o sexo no registro civil, sem ser necessária a realização de procedimento cirúrgico de transgenitalização. Ademais, conforme já apontado, é imperioso a procedência das ações em comento na proteção aos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Entretanto, é mister salientar que mesmo que procedente, a decisão em questão não conseguirá contemplar todas as necessidades da população transgênero, posto que existem diversas matérias que precisam de enfrentamento, e não somente em sede jurisprudencial, mas também em sede estatal, com a inclusão devida dessa parcela na sociedade e a promoção de políticas públicas de inclusão e minimização de preconceitos, e na seara legislativa, por meio de leis que promovam a igualdade, o respeito e efetivem a proteção.

Referências

ARAÚJO, Peu. **Brasil lidera assassinatos de pessoas trans no mundo**. Notícias r7, 30 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/brasil-lidera-assassinatos-de-pessoas-transnomundo30012017>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BALAN, Mariana. **STF avalia se mudança no registro civil de transexual pode ser feita sem cirurgia**. Gazeta do Povo, 20 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/stf-avalia-se-mudanca-no-registro-civil-detranssexual-podeserfeitasemcirurgiaf3ft5kcu7xxv3b5allmdlii>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02. Dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 6015/73. **Lex**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5002/13**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1059446>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 670422**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.aspinciden4192182#>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

CAMARA, Gabi. **Movimento LGBT**. Trabalhos Gratuitos, 05 de junho de 2014. Disponível em: <<https://www.trabalhosgratuitos.com/Sociais-Aplicadas/Ci%C3%A2ncias-Sociais/Movimento-LGBT-366075.html>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

FERRAZ, Thaís. **Conheça a História do Movimento pelos Direitos LGBT**. Politize, 28 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/lgbt-historia-movimento/>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

LIVRARIA FLORENSE. **Diferença entre sexo, identidade de gênero e orientação sexual**, 2015. Disponível em: <<https://blog.livrariaflorence.com.br/identidade-de-genero-e-orientacao-sexual/>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

MUNDO DOS PSICÓLOGOS. **Há diferenças entre transgêneros, travestis e transexuais?** 13 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://br.mundopsicologos.com/artigos/ha-diferencas-entre-transgeneros-travestis-e-transexuais>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4º ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição de 1988**. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

SANTANA, Raquel Santos de. **A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto**. Direito Net, 17 de junho de 2010. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Transexuais têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia**. STJ, 09 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%Ao-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia>. Acesso em: 02 dez. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo inicia julgamento de ADI sobre alteração de registro civil sem mudança de sexo**. STF, 07 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346000>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

O Princípio do Contraditório nas Ações Possessórias: análise da constitucionalidade do artigo 557 do Código de Processo Civil

João Carlos Rangel Moreira Filho¹

1. Considerações Iniciais

Considerando os postulados do racionalismo, o contraditório prévio se configurou como expressão de uma decisão judicial "mais certa" ou justa. Com o tempo, entretanto, a necessidade de conferir maior efetividade aos provimentos jurisdicionais engendrou novas formas de manifestação dessa garantia (contraditório diferido e o eventual). Essas expressões fundam os ritos sumários, realidade, em princípio, compatível com os parâmetros constitucionais (especialmente diante do direito fundamental à razoável duração do processo).

Para garantir o sumário, o legislador ordinário estabeleceu diversas vedações à cognição em ritos diferenciados. Os procedimentos especiais não são, porém, democratizados (com algumas ressalvas, como no caso da estabilização da tutela). Eles atendem à tutela de interesses das diversas estruturas de poder, seja o Estado ou as elites econômicas (Baptista, 2004). Diante disso, cumpre ponderar até que ponto a inibição do contraditório e da ampla defesa em prol da celeridade são capazes de efetivar uma

¹ Graduando em Direito pela FDR-UFPE

pacificação social condizente com os valores inculpidos na Constituição de 1988.

Nas ações possessórias, especificamente, o artigo 557 do Código de Processo vigente, ao reiterar norma do diploma anterior, veda a propositura de ação ordinária para o reconhecimento de domínio por ambas as partes, salvo se a pretensão for dirigida a um terceiro. Além disso, a alegação de propriedade ou outro direito real, consoante preceitua o parágrafo único, não deve interferir no julgamento. Assim, impende analisar essas restrições próprias do rito a fim de averiguar se elas coadunam com o escopo constitucional do processo, já que posse, domínio e propriedade são institutos relativos a um objeto comum e com capacidade de promoverem alterações de estado recíprocas. Por exemplo, a posse contínua de determinada área gera a possibilidade de aquisição da propriedade por usucapião; essa alegação, diante de algumas hipóteses, apesar de substancial para a resolução do conflito, estaria obstada. Desse modo, o grau de conflituosidade social só aumentaria após a conclusão do processo.

2. O Princípio do Contraditório no Processo Civil Brasileiro

Apesar da doutrina já aceitar a aplicação do princípio do contraditório em momento anterior, somente com a promulgação da Constituição de 1988, o texto constitucional alargou o âmbito de influência desse princípio da esfera do Direito Penal para abarcar todos os processos judiciais e administrativos. Atualmente, esse princípio não representa, apenas, um comando formal de ciência e oportunidade de manifestação das partes sobre os atos processuais. Além desse viés de informação e reação, o contraditório denota algo mais amplo: um poder das partes de participarem do processo, influenciando de maneira ativa as decisões judiciais (Alvaro de Oliveira, 2014).

Derivação do devido processo legal, o contraditório representa o vetor democrático do processo. Se democracia implica

em participação, o processo em um Estado Democrático de Direito demanda a participação (Didier, 2015). É lugar comum, na doutrina, que não existe processo sem contraditório e, caso haja, será nulo.

Os livros de Processo, na maior parte (embora muitos autores se refiram unicamente ao primeiro tipo), concebem o contraditório de duas maneiras: o contraditório prévio e o diferido. Aquele é a regra geral quase absoluta, sendo afastado de modo excepcional em situações de urgência, quando dará lugar a este. Entretanto, a doutrina esquece da existência no sistema processual brasileiro de uma terceira espécie, o contraditório eventual.

O contraditório prévio (princípio da audiência bilateral) preceitua, basicamente, que o julgador não poderá decidir sobre determinada pretensão, sem ouvir a parte contrária (*audiatur et altera pars*) (Carreira Alvim, 2012). Essa é a lógica geral do processo ordinário e que, durante muito tempo, foi considerada única forma de manifestação do contraditório no direito processual civil.

Por sua vez, o contraditório diferido ocorrerá naquela situação excepcional, de urgência na qual a decisão é tomada sem oportunizar a manifestação da parte contrária (*inaudita altera parte*), cabendo a esta se pronunciar em momento imediatamente posterior, no mesmo processo. Essa adaptação do princípio surge na medida em que se percebe a necessidade de promover uma tutela jurisdicional cautelar. Dessa forma, a tutela provisória de urgência surge como o principal exemplo de instituto processual que justifica o contraditório deferido.

Em prol da razoável duração do processo, bem como de sua efetividade, posterga-se o momento de exercício do contraditório. Nesse sentido:

Não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo, de tutela provisória liminar. Isso porque há uma ponderação legislativa entre a efetividade e o contraditório, preservando-se o contraditório para momento posterior. O contraditório, neste caso, é postecipado para momento seguinte ao

da concessão da providência de urgência. Como a decisão é provisória, o prejuízo para o réu fica aliviado (Didier, 2015, pg. 83).

Vale destacar: o contraditório deferido ou postergado é aceito, em nosso ordenamento, sob três argumentos: a) no mesmo processo, será oportunizado o exercício do contraditório; b) “há uma ponderação legislativa entre efetividade e o contraditório”; c) como a decisão é provisória, não forma coisa julgada, não haveria prejuízo para o réu, diante da reversibilidade de seus efeitos.

Ocorre que, como dito, identifica-se no sistema processual pátrio, lógicas de um contraditório diferenciado, que rompe com os paradigmas comumente defendidos pelos doutrinadores. Ovídio Baptista percebe a existência de procedimentos privilegiados que retiram do interior da demanda o contraditório ou o reduz a, apenas, determinadas questões (Baptista, 2004, pg 152):

Entretanto, no inesgotável elenco de procedimentos especiais, em sua maioria existente na legislação extravagante, a “ampla defesa” não tem a vigência, com a generalidade que seria de supor. Nesses procedimentos privilegiados, o contraditório, além de não ser “prévio”, às vezes nem mesmo existe.

Encontramo-nos, aqui, em um dos vértices de que se pode vislumbrar a diferença entre o direito “verdadeiro” dos sábios, que “trabalham no silêncio de seus gabinetes” e a falsa ciência dos “práticos” que “corvejam” no foro.

O contraditório eventual se configura como o modelo no qual a o exercício da ampla defesa se faz em outro processo. Isso pode se dá de modo amplo, em uma ação incidental, como nos embargos de devedor, ou através da restrição de cognição imposta para certa ação, como a de desapropriação, quando o réu na ação principal se torna autor para exercer o contraditório. Assim, resta claro que o contraditório só aparecerá de modo mais concreto nas ações de rito ordinário, praticamente desaparecendo dos ritos privilegiados, sumários (Baptista, 2004). Nesse sentido, esclarece o autor:

Muitas vezes, ao demandado não restará outro recurso senão valer-se de uma “ação inversa”, para impedir o sucesso de seu antagonista, tendo em vista que o sistema, além de não lhe assegurar “ampla” defesa, nem mesmo lhe permite qualquer defesa (...).

Entretanto, o chamado “contraditório eventual” distingue-se das duas formas anteriores em ponto relevante. Enquanto no chamado contraditório prévio e no contraditório diferido, as posições das partes não se alteram, em virtude da aplicação do princípio – o autor continua autor e o réu, como réu, haverá de contestar a ação –, no eventual aquele que figura inicialmente como autor irá tornar-se demandado, na ação plenária subsequente (Baptista, 2004, pg. 156 e 157).

Sendo assim, aquele procedimento que poderia ser plenário será dividido em duas partes. A primeira será sumária e a segunda plenária, invertendo-se o ônus de iniciar o contraditório. Com isso, o demandante do rito sumário obtém inegável vantagem, pois não precisará contra argumentar acerca de determinadas matérias, ao menos nesse momento.

3. Contraditório Eventual: fundamentos de sua constitucionalidade

Por ser uma realidade tão diferente daquela que estamos habituados a ler sobre o princípio do contraditório e sua importância para um processo democrático, tendemos a, no mínimo, estranhar o seu modo eventual. Apesar dos referidos processos privilegiados estarem presentes no cotidiano do foro, dificilmente questionamos sobre como se dá a relação entre as partes neles.

Contudo, é importante salientar que o contraditório eventual não é um cerceamento de defesa, ao menos de início. A fundamentação de sua constitucionalidade é bastante semelhante à justificação do contraditório postergado. Embora forme coisa julgada material e o exercício de defesa, em muitos casos, não se faça presente no mesmo processo; é feita uma ponderação legislativa entre o contraditório e a eficiência do provimento jurisdicional. O

legislador elege os bens que, de acordo com a estrutura constitucional, possuem relevância e necessidade de proteção maior.

Então, quando analisamos a constitucionalidade de um dispositivo inserido em um modelo processual guiado pelo contraditório eventual, devemos considera-la sob a perspectiva da efetividade. Ou seja, devemos observar se a decisão decorrente desse processo foi capaz de pacificar o meio social. Do contrário, isto é, caso a supressão (ainda que parcial) do contraditório não tenha servido para dirimir ou reduzir a conflituosidade social, aquele procedimento não será efetivo. Logo, as restrições impostas ao contraditório das partes foi excessiva, prejudicial à resolução da lide. A ponderação legislativa feita entre a efetividade e o contraditório não se mostrou correta.

Neste ponto, é imprescindível fazer a seguinte colocação: o fato do contraditório eventual não ferir o caráter democrático do processo, não significa dizer que ele está democratizado no sistema. Na verdade, apesar de ser algo constitucional, pois parte de uma análise de correlação com a efetividade da decisão judicial, não está ao alcance de todos.

Os procedimentos que fazem uso desse instituto, em geral, estão a tutelar interesses próprios de grupos de poder. Mais recentemente, a estabilização da tutela pareceu tornar a ruptura com o plenário algo mais acessível. No entanto, os procedimentos especiais ainda servem ao interesse de grupos de atores bastante específicos.

O que nos salva da aplicação universal do princípio constitucional da “plena defesa” são precisamente os “processos privilegiados”, que formam o universo dos procedimentos constantes da legislação extravagante, que naturalmente não foram incomodados. A doutrina convive bem com o mandamento constitucional que preconiza a “ampla defesa”, ao lado de procedimentos que, ou a limitam, reduzindo o campo litigioso, ou a eliminam (...).

Como a enorme constelação de procedimentos especiais, existente fora do código, é preservada, não obstante a consagração do

princípio da “ampla defesa”, o resultado é a formação de dois sistemas processuais, um popular, plebeu, para aqueles que não disponham de um procedimento privilegiado, o outro, destinado a tutelar as várias estruturas de Poder, visível e invisível. Em última análise, o produtor do sistema não o consome. Ele é produzido para o consumo das massas.

O Estado, como autor, continua utilizando-se de procedimentos sem defesa, como na execução fiscal; ou de procedimentos em que a defesa permitida ao demandado torna-se raquítica, como na ação de desapropriação. Assim como o poder formal, também as estruturas de poder econômico gozam de instrumentos que os livram do Processo de Conhecimento. A “ação de busca e apreensão” do bem fiduciariamente alienado é um pequeno exemplo de uma demanda radicalmente sumária concebida para a proteção de uma classe de empresários. Porém, tanto o elogio ao sistema quanto as lamúrias contra sua inoperância conservam-se inalterados.

4. O Princípio do Contraditório nas Ações Possessórias

A proteção da posse é uma das maiores preocupações do Estado. Desenvolveu-se, assim, um rito célere e simplificado para garantir que o possuidor preserve sua condição como tal.

O autor deverá provar seu estado de possuidor direto ou indireto, a turbação ou o esbulho praticado pelo réu, bem como a data em que ocorreu a ameaça ou o esbulho (com a finalidade de determinar se cabe ou não o rito especial, já que, caso a propositura da ação se dê em prazo superior a um ano do fato, a ação será regida pelo procedimento comum, mantendo o caráter possessório); deve fazer prova, também, da continuação da posse ou de sua perda, sendo o caso de turbação ou esbulho, respectivamente.

Diante dessas evidências apresentadas pelo autor, o juízo poderá, sem ouvir a parte contrária, determinar a expedição de mandado liminar de manutenção ou de reintegração de posse contra o réu, salvo se for pessoa jurídica de direito público. Caso o órgão julgador não considere a petição inicial como bem instruída, determinará que o autor justifique os termos do pedido e citará o réu para comparecer à audiência de conciliação. Como se percebe, o

contraditório, na primeira hipótese narrada, será o postergado ou diferido e, na segunda, o contraditório prévio.

Impende destacar que há no rito das ações possessórias clara vantagem para o autor que não precisará, como demonstra a prática, fazer uma prova cabal de sua posse. Diante disso, cumpre transcrever mais um trecho do livro do Professor Ovídio Baptista, no qual o autor exemplifica o que pode ocorrer com a restrição de cognição nas ações possessórias, hipótese em que se manifesta o contraditório eventual (Baptista, 2004, pg. 159):

Um exemplo poderá auxiliar na compreensão do problema. Figuremos a hipótese de alguém (“A”) que, tendo adquirido um sítio destinado a residência ocasional de férias, tenha viajada antes de tomar posse efetiva do imóvel. A transmissão da posse dera-se simbolicamente, pelo constituto possessório, através de escritura de compra e venda, regularmente registrada.

Ao regressar de viagem, porém, constata o adquirente que o imóvel acha-se ocupado por alguém (“B”), dizendo-se também proprietário. “B” alega que seu título de propriedade é o único legítimo, sendo nula a compra e venda que dera origem à aquisição do domínio por parte de “A”. Suponha-se que a posse da pessoa que lhe vendeu o imóvel seja duvidosa, de modo que “A” considere arriscada a ação de esbulho possessório. Por outro lado, se lhe fosse possível obter uma vitória rápida no possessório, evitaria a controvérsia sobre a legitimidade do título. As duas alternativas oferecem, no caso, vantagens e inconvenientes. Se “A” decidir-se pela possessória, a área litigiosa ficará limitada às questões possessórias. Uma vez afastada a controvérsia sobre o título de propriedade, a vitória de “A” no possessório não o livrará, porém, de responder – como demandado – a futura ação reivindicatória. O que ele ganhar em rapidez, perderá pela redução do campo coberto pela coisa julgada, ficando exposto a perder a posse na subsequente ação possessória.

(...) A opção resume-se, portanto, em aceitar uma vitória rápida, porém não definitiva quanto ao resultado prático, na hipótese de “A” eleger o processo possessório; ou escolher o longo caminho da reivindicatória, que será definitivo, ao preço de submeter o título a todos os ataques imagináveis.

Diante disso, podemos observar que a separação da discussão processual acerca da posse e da propriedade, em alguns casos, não produz uma definição acerca da lide e pode aumentar bastante a conflituosidade social. Isso porque posse e propriedade, embora distintas, são categorias que recaem sobre um mesmo objeto e, através dele, se influenciam mutuamente.

5. O Artigo 557 do Código de Processo Civil: limitação excessiva do contraditório

O artigo 557 do Código de Processo Civil/2015 promove a vedação a qualquer discussão que envolva a propriedade no possessório, *in verbis*:

Art. 557. Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa.

Parágrafo único. Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa.

Esse artigo possui o objetivo de demarcar claramente a diferenciação entre posse e propriedade como categorias autônomas. Dessa forma, seja pelo rito sumário ou pelo rito ordinário, não se pode propor ação de reconhecimento de domínio, salvo se voltada contra terceira pessoa. De igual modo, o fato de se alegar algum direito real, não prejudica a manutenção ou a reintegração da posse. Essa sistemática se revela eficaz em muitos casos. Imagine, por exemplo, um proprietário que expulsa repentinamente o locatário de seu imóvel.

Baseados nisso, os acadêmicos defendem a constitucionalidade dessa vedação à discussão de domínio na pendência de ação possessória, afirmando que não há violação ao direito de propriedade nem ao direito de ação, pois busca-se assegurar o direito do possuidor, sob pena de esvaziá-lo. Caso o contrário ocorresse, o possuidor estaria desamparado pelo Estado.

Sendo assim, a proibição encontra sua razão de ser na própria necessidade de tutelar a posse, além do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva dos direitos (art. 5º, XXXV, CF), cabendo o debate sobre a propriedade a momento posterior (Marinoni, Arenhart, Mitidiero,

Entretanto, existem situações em que a vedação resulta em medida desproporcional, já que essa restrição ao contraditório pode não se mostrar efetiva. O principal exemplo disso é o caso da aquisição originária da propriedade por usucapião. Nesse caso, o possuidor (“A”), após cumprir os requisitos legais, torna-se proprietário do imóvel. Entretanto, caso esse imóvel tenha pertencido ao proprietário (“B”) e este entrar com uma ação possessória, demonstrando sua posse por meio de constituto possessório (escritura de compra e venda regularmente registrada); “A” perderá a posse do bem que é proprietário e possuidor, podendo, apenas, ter sua aquisição formalizada, isto é, entrar com a ação de usucapião, após o trânsito em julgado da possessória. Por analogia, também, não será possível que “A” reconheça administrativamente a sua propriedade.

Situações como está podem parecer extremas, mas demonstram certa ineficácia desse rito e chegam no Judiciário com certa frequência:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONEXÃO ENTRE AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE E DE USUCAPIÃO. RECONHECIMENTO DA CONEXÃO. FACULDADE ATRIBUÍDA AO JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE EXTERNA, CONEXÃO OU CONTINÊNCIA ENTRE AÇÃO POSSESSÓRIA E USUCAPIÃO. 1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a reunião dos processos por conexão configura faculdade atribuída ao julgador. 2. Não há prejudicialidade externa que justifique a suspensão da demanda possessória até que se julgue a ação de usucapião. 3. A posse é fato, podendo estar dissociada da propriedade. 4. Por conseguinte, a tutela da posse pode ser eventualmente concedida mesmo contra o direito de propriedade. 5. As demandas, possessória e de usucapião, não possuem, entre si,

relação de conexão ou continência. (...) 7. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ..EMEN: (AGRESP 201303726226, PAULO DE TARSO SANSEVERINO, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:13/10/2015 ..DTPB:.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO. PENDÊNCIA DE AÇÃO POSSESSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 923 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A usucapião integra o rol de formas de aquisição originária da propriedade e, consequentemente, a ação que busca seu reconhecimento, invariavelmente, discutirá o domínio do bem. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de vedar o manejo de ação de usucapião, quando pendente ação possessória envolvendo as mesmas partes e o mesmo objeto, conforme inteligência do artigo 923 do Código de Processo Civil. 3. É predominante a jurisprudência desta Corte em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decurso. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AAGRESP 201300831978, RAUL ARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:28/03/2014. DTPB:.)

Por mais que posse e propriedade tenham fundamentos distintos, não se pode negar a conexão entre esses institutos. A restrição ao contraditório imposta pelo procedimento possessório em nome de certa efetividade ou razoável duração do processo, não se mostra adequada em alguns casos. Ora, como não discutir propriedade em ações cuja posse se funda em matéria relativa à propriedade?

6. Considerações Finais

Ovídio Baptista critica justamente essa necessidade de entregar uma resposta mais definitiva para as ações possessórias fundadas na propriedade, pois, para o autor, isso poderia ser resolvido com a ação reivindicatória proposta em seguida. Logo, rechaça a tese de reformulação de um procedimento diferenciado

para essas ações no qual a questão da posse seria decidida como uma tutela provisória, enquanto o debate em torno da propriedade continuaria até a decisão final (Baptista, 2004).

No entanto, deve-se ponderar que, ao menos nas ações de usucapião, o espaço cedido pelo contraditório no processo para a efetividade do provimento jurisdicional pode resultar em um aumento da conflituosidade no meio social, distanciando a aplicação do Direito de sua função de pacificação social. Inclusive, quando consideramos que, em geral, o público que adquire propriedade por esse meio está nas camadas mais desfavorecidas da população, cuja capacidade de adaptação às incertezas é deveras difícil, o provisório pode ser eterno.

7. Referências

- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17^a ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Comentário ao art. 5º, LV**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Pg. 432-437.
- SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Um diálogo sobre garantismo diante de uma proposta “pós garantista” em matéria penal e processual penal

*João André da Silva Neto*¹

*Thalita Bezerra Souto Maior*²

*Pedro Henrique Ramos Coutinho dos Santos*³

1. A teoria garantista de Ferrajoli

Como é cediço, Garantismo Penal é uma teoria jusfilosófica elaborada pelo italiano Luigi Ferrajoli no final do século XX. Suas ideias remontam ao Iluminismo do século XVIII e foram compiladas na obra *Direito e Razão*, onde, relacionando um conjunto de teorias penais e processuais penais, Ferrajoli propôs uma aplicação reducionista da lei, sustentada pelo respeito à prevalência de um Estado Democrático de Direito.

Em princípio, ao tentar explicar o Constitucionalismo, o jurista estabelece que pode o mesmo ser concebido de duas maneiras opostas. Em uma perspectiva jusnaturalista, pode ser

¹ Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Integrante do grupo Asa Branca de Criminologia.

² Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (PPGD / UNICAP). Pós-Graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp / Rede LFG. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Integrante do grupo Asa Branca de Criminologia.

³ Graduando do curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Voluntário no PIBIC da UNICAP. Integrante do grupo Asa Branca de Criminologia.

entendido como a superação do Positivismo Jurídico, concepção essa etiquetada como neoconstitucionalista; ou, sob um olhar positivista, pode ser entendido como uma complementação ao Positivismo, concepção nomeada como garantista (FERRAJOLI, 2010).

Ferrajoli monta a sua Teoria Garantista em três diferentes acepções: I - a de um modelo normativo de direito, de estrita legalidade, caracterizando-se como uma técnica de tutela idônea em garantia dos direitos; II - a de teoria jurídica da validade e da efetividade, exprimindo uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ e o ‘dever ser’ no direito; III - uma filosofia política, que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.

Do ponto de vista penal, Ferrajoli institui um sistema normativo no qual o arbítrio seja reduzido, limitando o poder de punir do Estado. Constantemente, historicamente, o Estado quer aumentar o seu poder punitivo e ele precisa ser de alguma forma freado; isso se dá por meio de limites temporais, espaciais e morais.

Ao dispor sobre a tutela dos direitos fundamentais e embasar o seu sistema garantista nos famosos 10 (dez) axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, o movimento garantista preceitua a garantia do mínimo sofrimento necessário em decorrência da intervenção punitiva estatal. O Garantismo Penal como um todo defende o aumento máximo possível da liberdade do indivíduo, à luz do conceito de Estado Democrático de Direito, e a diminuição máxima possível do poder estatal.

Como bem se sabe, o Garantismo Penal assumiu, no Brasil, a imagem de uma teoria associada ao manto da impunidade e de abrandamentos punitivos. Todavia, a Teoria Garantista nada mais estabelece que uma correlação entre democracia e controle. Menciona Pinho (2017) ser, no mínimo, contraditório que uma tese legitimadora do direito penal e que, dessa maneira, compreende a punição a partir de alguma finalidade, signifique, ao mesmo tempo, a defesa de impunidade. Ora, o que se pretende nada mais é do que

a definição de regras transparentes e prévias quanto ao constrangimento da liberdade individual, que funcionem em qualquer lugar do país e para qualquer pessoa. Traz, então, a pena não como resposta obrigatória, mas como resposta possível.

Utilizando a metáfora de um jogo, este será tanto mais democrático, quanto mais claras e precisas forem as suas regras. Ainda assim, tal não é suficiente. É necessário que elas atendam aos participantes do jogo, em paridade de condições. E mais: precisam de um certo grau de coerência interna, de tal modo que uma jogada não possa constituir, ao mesmo tempo, falta e vantagem, a depender de quem lhe tenha dado causa (PINHO, 2017).

Ao construir a Teoria Garantista, o que Ferrajoli pretende é uma aplicação homogênea das regras. Nesse viés, continua-se trabalhando atualmente numa perspectiva equivocada, porquanto dotar o sistema penal de maior racionalidade é, verdadeiramente, o mesmo que operacionalizar e legitimar o direito penal, felizmente não como estratégia negativa de impunidade, infelizmente não como uma estratégia progressista de abolição. Trata-se, sobretudo de uma possibilidade de redução de danos através de um discurso utilitarista.

A bem dizer, o Garantismo reforça o aparato criminalizador; contudo, mostra-se como uma etapa necessária, em um direcionamento de radicalização democrática e constitucional. Leia-se, os principais direitos naturais foram positivados; porém, a preocupação é dar eficácia ao que está constitucionalmente posto, para que a previsão efetivamente constitua algo.

2. As lacunas da teoria garantista e a (in)existência de cisão entre moral e direito na teoria garantista

Tendo em consideração a importância da Teoria Garantista na procura de uma decisão penal mais acertada, mais condizente com os paradigmas de um Estado Democrático de Direito, passamos

a falar de uma necessidade de aprimoramento dessa teoria como forma de manter um real controle das decisões penais. Tal discussão se forma num período em que cada vez mais os juízes utilizam-se da discricionariedade como uma forma de exercer uma carga de subjetivismo que não cabe em nosso modelo estatal. Tal problema nos foi relegado pelo Positivismo.

Da mesma forma que carregamos o problema da discricionariedade, que nos coloca diante de decisionismos e relativismos judiciais, observamos também o não enfrentamento da Constituição como este deveria ocorrer, visto a formação de boa parte da magistratura nos ditames positivistas. Uma prova disto é a utilização dos princípios como forma de permissão. Os princípios não estão inscritos como uma forma de abertura de sentidos, mas muito pelo contrário, eles existem como forma de preservação de valores, para encerrar em si os valores sociais máximos que devem ser respeitados.

É imprescindível destacarmos que o Garantismo teve uma contribuição gigantesca em uma formatação séria do Estado Democrático, mas, ao mesmo tempo,

Existem pontos em que a (aparente) sólida arquitetura teórica ferrajoliana parece vacilar. Por exemplo, quando aposta na precisão semântica como forma de corrigir o poder discricionário do juiz [...] ou quando defende teses aparentemente contraditórias – como a vinculação a um positivismo crítico (o que parece uma contradição em termos), a separação radical entre direito e moral (embora reconheça a existência de princípios) e, ainda, a cisão entre validade e vigência, ser e dever ser (mesmo admitindo e, inclusive, fomentando o controle constitucional material das leis inferiores) (PINHO, 2013, p. 23).

Quanto à questão do controle da decisão judicial através da semântica, Pinho (2013) traz um acerto na crítica à Ferrajoli, visto que não há estrutura linguística capaz de conter a sanha punitivista existente culturalmente em nosso país (aqui colocamos um tanto de conteúdo criminológico crítico como forma trazer à tona a espécie

de *decisum* que se tenta controlar em maior escala, aquelas que parecem punir o agente pelo *ser* e não pela conduta. Em menor, as decisões que clamam por liberdade sem haver fundamentação coerente ou a preocupação em obedecer aos ditames legais no sentido de alcançar aquele resultado).

Indo mais além na crítica a ser tecida, o que se observa é que os atores penais, com enfoque na magistratura, continuam a adotar uma posição essencialmente positivista kelseniana, não ultrapassando a visão do Código Penal e do Código de Processo Penal, visão esta que deveria ter sido modificada com o advento da Constituição Republicana de 1988. A partir desta, um olhar garantista deveria ter se instalado e, conseqüentemente, uma junção das disciplinas dogmáticas e as não dogmáticas como um conjunto capaz de construir decisões penais coerentes com o sentido da Constituição (SILVA e ROSA, p. 60-61).

Poderia aqui surgir um momento de confusão focado em dois fatores: 1 – o texto faz uma crítica ao modelo positivista e diz ser o Garantismo uma forma mais coerente de tratar as decisões penais mas ao mesmo tempo; 2 – coloca o Garantismo contra a parede e acaba por abarcar, também, problemas estruturais na Teoria Garantista, por haver nela certas lacunas que acabam por fugir à lógica garantista e basear-se no Positivismo como uma forma de buscar a sua completude, ou mesmo recorrer a instrumentos semânticos que não teriam força de coibir decisionismos e relativismos. Por fim, o que seria possível fazer?

Há de se observar que a postura garantista nem mesmo chegou a ser adotada em sua completude no Brasil e já precisa ser suplantada, ser modificada com o que pode ser chamado, talvez, de um Pós-Positivismo. Tal reformulação teórica (não é uma nova teoria, mas um aperfeiçoamento que “amarre” o juiz), de acordo com Pinho (2013), guarda relação com a hermenêutica de Gadamer e com a teoria da integridade do direito de Dworkin. Mas antes de chegar em tais teorias, como funcionariam e se a hermenêutica seria realmente capaz de exercer tal controle sobre a magistratura,

devemos nos ater às questões do porquê o Garantismo já se encontra ultrapassado.

Em um primeiro momento, temos a questão da cisão entre moral e direito. Tal construção positivista, criada em oposição ao Jusnaturalismo do Direito, é colocada na berlinda a partir do momento em que as teorias Neoconstitucionais, de caráter principiológico, carregam em si uma enorme carga de moralidade. Até porque, o que são os princípios senão uma *chave moral*, os mais difundidos anseios de uma coletividade, de uma nação?

A separação entre moral e direito seria uma separação de juízos jurídicos dos juízos ético políticos, o que não se vê como possível. Ambos os juízos fluem na consciência de quem julga até que esteja finalizada a tese penal de condenação ou absolvição. Não temos aqui uma construção teórica semelhante àquela que vemos na consciência dentro da teoria do analítica do crime, na qual a consciência da conduta é uma e a consciência da ilicitude do fato é outra (tanto é que a primeira torna o fato típico ou atípico e a outra torna a conduta culpável ou escusável).

Ferrajoli, no período em que os países modificavam suas estruturas e reformulavam-se sob a alcunha de Estados Constitucionais, tinha uma visão extremamente fechada quanto à cisão entre moral e direito. Entretanto, numa visão mais recente sobre o tema, sua visão é modificada. Com efeito,

Ferrajoli [...] reconhece que seria insustentável negar a conexão entre moral e direito, pelo simples fato de que qualquer sistema jurídico expressa valores morais, nem que sejam os de seus legisladores. Para o garantismo, portanto, afirmar a separação entre ambos os conceitos significaria, tão somente, sustentar a autonomia entre eles (um não pode ser derivado do outro) (PINHO, 2013, p. 46).

Através da discussão dessa cisão, do ser e do dever ser, das modificações dos Estados no momento em que era construída a Teoria Garantista Ferrajoliana, entende-se que, realmente, não há

como haver uma cisão entre moral e direito, mas ao mesmo tempo a moral tem de ser afastada para uma boa compreensão do objeto da decisão e, mais importante ainda, as consequências para a pessoa que praticou a conduta definida, em primeira análise (normalmente a análise da autoridade policial), como criminosa.

3. Gadamer e Dworkin: a hermenêutica como saída?

Nesta seção, vamos trazer à baila os principais conceitos da hermêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e da teoria da integralidade de Ronald Dworkin, a fim de analisarmos a impossibilidade de cisão entre a moral e o direito.

De início, deve-se salientar que a hermenêutica de Gadamer vai ao encontro da ideia de que o processo de compreensão, de interpretação e de aplicação é uno (STRECK, 2010; PINHO, 2013). Desse modo, o conceito gadameriano de *pré-compreensão* é bastante ilustrativo, na medida em que:

[...] a compreensão/interpretação/aplicação [...] dá-se a partir do movimento circular entre intérprete e texto, com suas partes e seu todo, em que o texto antecipa um sentido que confirmará (ou não) as opiniões prévias com as quais se lança o intérprete à tarefa compreensiva [...] (PINHO, 2013, p. 65).

Quer dizer, a *pré-compreensão* está aliada ao conceito de *tradição*, o que implica dizer que se, de um lado, os nossos juízos prévios ou preconceitos se configuram como verdadeira condição de possibilidade para a compreensão, de outro, os mesmos revelam o pertencimento à tradição na qual estamos inseridos (PINHO, 2013).

Com efeito, o conceito de *fusão de horizontes* termina por expressar a distância temporal entre o intérprete e a tradição no processo de compreensão (PINHO, 2013). Para Lenio Streck (2010, p. 162), “[...] o acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (Horizontenverschmelzung), porque

compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos”.

Nessa esteira, passamos a analisar a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin, para reforçar a inviabilidade da separação entre direito e moral. Ana Cláudia Pinho (2013, p. 85) sintetiza a referida teoria:

[...] A fim de refutar as bases de ambas as correntes contrapostas (convencionalismo e pragmatismo), Dworkin sugere os testes de integralidade, propondo que qualquer decisão jurídica deve passar pelo teste da adequação e da justificação, para saber se é uma decisão que respeitou a integridade, que foi tomada com base em princípios.

Quer dizer, a fundamentação das decisões, com base nos princípios da moralidade política, se impõe aos juízes (PINHO, 2013). O conceito de comunidade de princípios, assim, “[...] permite que as decisões sejam tomadas em bases sólidas, bases que devem ser objeto de discussão ampla na comunidade, bases que devem ser conhecidas por todos, a ponto de uma decisão [...] jamais poder ser adjetivada de arbitrária ou discricionária” (PINHO, p. 88).

Nessa mesma perspectiva, Lenio Streck (2010, p. 166) afirma:

[...] Dworkin e Gadamer, cada um ao seu modo, procuram controlar esse subjetivismo e essa subjetividade solipsista a partir da tradição, do não-relativismo, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas, porque rejeitam [...] a incindibilidade entre interpretação e aplicação [...].

De todo modo, a proposta hermenêutica apresenta limitações – as quais não puderam ser objeto do presente artigo – que precisam ser enfrentadas, para garantir, se possível, a promessa de controle das decisões judiciais na seara penal.

Referências

- FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. In: Academia Brasileira de Direito Constitucional. Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst: Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba, 2010.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica do controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **O dress code do garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. Revista Consultor Jurídico. Junho de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/opinioao-dress-code-garantismo-penal-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- ROSA, Alexandre Moraes da. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: ROSA *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 133-143.
- STRECK, Lenio. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Revista Novos Estudos Jurídicos (Online), vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr 2010.

Endividamento dos estados e federalismo fiscal: uma análise sob a perspectiva da auditoria cidadã da dívida pública

José Lafayette Pires Benevides Gadelha¹

1 Introdução

O presente artigo tem como objeto o estudo do endividamento público estadual e as consequências desse processo em relação ao pacto federativo fiscal e a (des) necessidade da realização de uma auditoria da dívida pública dos Estados Membros.

O objetivo geral deste trabalho é compreender de que maneira as condições de empréstimos sob as quais se submeteram os Estados brasileiros e seus antecedentes históricos provocaram alguma fratura nas relações federativas entre eles e a União, além de digredir sobre os vícios que possivelmente possam sugerir a realização de uma auditoria.

Para tanto, dividiremos este estudo em três seções. A primeira cuidará de delimitar conceitual e caracteristicamente o federalismo, mormente, na sua modalidade fiscal. A segunda terá a missão de traçar um panorama geral sobre o processo de endividamento dos entes estaduais, suas motivações históricas e as renegociações ocorridas

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelas Faculdades Integradas de Patos. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

desde o final da década de 1980. Na última parte, enumeraremos os vícios constatados nesses processos de renegociação e, com base nisso, aventaremos a possibilidade ou não de auditoria.

A temática que envolve a dívida pública é, indubitavelmente, um dos principais pilares sobre os quais se assenta a economia e as finanças públicas de um governo, de modo que seu tratamento orbita entre as principais causas de sucesso ou fracasso da gestão pública.

2 Federalismo fiscal

Antes de tratar a respeito do endividamento público dos Estados brasileiros e até mesmo do federalismo fiscal, cabe tracejar algumas linhas sobre a ideia de federalismo, especialmente sob a sua acepção mais política, para, em seguida, abordar os temas já mencionados sobre os quais orbitará, certamente, o ponto nevrálgico deste trabalho.

A ideia de federalismo nasce a partir da formação do Estado Moderno concomitante à derrubada do Absolutismo, em face da necessidade de uma descentralização maior das tomadas de decisões que, sob a égide anterior, concentravam-se nas mãos de um rei soberano, pretensamente, instrumento divino (BONAVIDES, 2008).

Bonavides (2008) continua, ilustrando a presente conjuntura ao paralelizá-la com outro relevante advento epocal, fruto do mesmo contexto histórico e ideológico: a Teoria da Separação dos Poderes, sendo ela a técnica horizontal de organização do poder político, e o federalismo a técnica vertical, o que demonstra ainda mais a finalidade de desconcentrar esse poder das mãos unívocas reais.

O Estado fatiado em dois órgãos ao menos, – o governo central e os governos estaduais ou províncias – sobre os quais recai determinado rol de competências repartido constitucionalmente e aos quais é concedida autonomia sob vários aspectos (político, financeiro, administrativo, etc.), constitui uma *federação*, forma de Estado que exala o valor *federalismo* (REVERBEL, 2012).

Para compreender mais acuradamente a construção do pacto federativo pátrio, faz-se necessário dissecar algumas classificações doutrinárias baseadas em uma diversidade de critérios.

A primeira delas concebe o federalismo em duas tipologias de acordo com a natureza das relações intergovernamentais: a competitiva ou dual, como acontece nos Estados Unidos e na Suíça, cujos entes federados possuem uma maior independência na repartição horizontal ou material de competências executivas e legislativas; e a cooperativa, cujo modelo mais relevante é o alemão, em que se tenciona por uma repartição vertical através da qual o ente nacional define ou legisla sobre as bases gerais e os demais estados executam-nas (MIRANDA, 2011).

Um Estado federal pode basear-se também em um federalismo simétrico ou assimétrico, isto é, caso a Constituição atribua o mesmo grau de poderes, encargos e competências aos Estados há de se falar em simetria, contudo, se o grau for diferenciado de acordo com as peculiaridades ou outros critérios distintivos referentes aos Estados, falar-se-á de assimetria (REVERBEL, 2012).

Outra bifurcação é aquela que divide o federalismo em centrípeto e centrífugo, ocorrendo o primeiro em função do fortalecimento do poder central e o segundo do poder local. No que tange ao processo histórico de formação federal, o federalismo pode se erigir por agregação, na oportunidade em que estados soberanos decidem se federalizar, e por segregação, quando um Estado unitário compreende a necessidade de uma separação legal de suas províncias (REVERBEL, 2012).

Ambas as modalidades derradeiramente paragrafadas são fundamentais na compreensão do arquétipo do endividamento dos estados brasileiros e sua relação com o modelo federalista vigente, já que, como o Brasil moldou sua federação de maneira centrípeta e por segregação, é possível perceber que esses dois movimentos resultaram em uma concentração histórica de poderes muito forte nas mãos da União em detrimento dos estados e municípios.

Essa herança dos primórdios da nossa formação política republicana ratifica a precariedade sob a qual a federação brasileira foi esboçada na sua gênese, consoante Viveiros de Castro *apud* Silva (1983, p. 13) comenta:

O nosso regime federativo, forçoso é confessar, ainda não tem existência real. Os estados, em sua maioria, são verdadeiras capitanias enfeudadas e donatários felizes, que, usufruindo a título precário, procuram tirar das suas concessões o maior lucro possível.

O federalismo fiscal representa tão somente um braço do federalismo político, através do qual os entes federados arranjam as suas atribuições de arrecadação tributária, endividamento e gasto (ANDERSON, 2010).

Silva (2005, p. 119) complementa:

A adoção do federalismo fiscal implica distribuição de competências constitucionais fiscais entre os diferentes níveis de governo, para que cada um, de modo autônomo, e na medida de suas competências e capacidade de financiamento, possa construir desenhos institucionais capazes de disciplinar os procedimentos de contribuição e gestão tributária, transferências fiscais, composição e dimensão da despesa.

Esse empoderamento político exacerbado da União, sobre o qual já se falou, replicou-se igualmente na esfera fiscal. A despeito das propostas descentralizadoras insertas corrente e invariavelmente nas constituintes de 1946 a 1988, que concederam mais recursos aos Estados, a elas se acompanhavam reformas tributárias que possuíam a clara finalidade de aquilatar a carga tributária federal para superar o desequilíbrio fiscal (COSSIO, 2002).

A retomada do regime democrático na década de 1980 revelou, em todos os cenários, a possibilidade de uma maior abertura e o sepultamento de velhas práticas políticas, de sorte que a nova Constituição a ser gestada em 1988 traria contornos federativos de maior autonomia dos Estados e dos Municípios,

através de mecanismos como a perda de capacidade tributária da União, a vedação para conceder isenções relativas a tributos que estivessem fora de sua competência e as transferências constitucionais obrigatórias por meio dos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (FPE e FPM) (LOPREATO, 2002).

Nada obstante essas medidas descentralizadoras, a União encetou o curso do que Lopreato (2002, p. 112) chamou de “operação desmonte”, baseada em uma série de ações engendradas a partir da redução das transferências voluntárias dos cofres federais para os governos estaduais e municipais e, especialmente, através da ênfase à arrecadação das contribuições sociais e de impostos não partilhados com esferas de governos subnacionais.

Essa não foi a única experiência assaz descentralizadora, realizada ao alvedrio da ideia máxima do espectro constitucional do momento em questão, uma vez que a própria Reforma Tributária de 1966, inclusive acordando com a proposta ditatorial daquele período, desidratou os recursos destinados aos Estados e aos Municípios, de maneira que estes entes restaram detentores de capacidade ativa para arrecadar e controlar apenas 04 (quatro) impostos – (02) cada um, competindo a estes o imposto sobre serviços de qualquer natureza e o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana e àqueles o imposto sobre circulação de mercadorias e o imposto sobre a transmissão de bens móveis (FEITOSA, 2006).

O mencionado período que envolveu a ditadura civil-militar iniciada em 1964 foi tão emblemático na concentração de recursos nas mãos da União que, conforme entendimento de alguns autores a exemplo de Silva (2012, p. 99), o federalismo insculpido na Constituição de 1967 e na sua Emenda 1/69 é considerado apenas “nominal”.

A Reforma Tributária de 1966, como será visto no tópico seguinte, conformou-se como fator relevante para o endividamento dos Estados, dando ensejo a uma série de negociações e renegociações ao longo da história e provocando uma situação de profunda instabilidade às contas públicas estaduais.

3 Panorama do endividamento público dos estados brasileiros

Em prelúdio, cumpre inicialmente delimitar alguns aspectos mais conceituais e classificatórios relativos à própria dívida pública, para que, em seguida e com base nessa digressão incipiente, revolvase ao tema do endividamento dos Estados membros.

Oliveira (2015, p. 992) traz a seguinte definição para o termo “dívida pública”:

Obrigação assumida pelo Poder Público através de empréstimos obtidos, no exterior ou internamente, mediante contratos em que o governo recebe dinheiro de instituições financeiras ou o consegue pela venda de títulos ao público, com a obrigação de devolvê-lo com o pagamento de juros.

A dívida pública nada mais é, portanto, do que o conjunto de empréstimos contratualizados pelo Estado, sobre os quais resta a obrigação de devolução do montante acrescido aos cofres públicos e juros, a fim de angariar dinheiro para satisfazer as necessidades da máquina governamental (normalmente, extraordinárias) (BALEEIRO, 2015).

Assoni Filho, Bliacheriene e Andrade (2016) também notabilizam o instituto especificamente como negócio jurídico, entretanto utilizam a mesma terminologia para caracterizar também as obrigações sofridas em razão de condenações judiciais, classificando a dívida pública, então, em dívida judicial e dívida contratual.

Outra relevante modalidade de dívida pública é a dívida mobiliária, fundada na emissão de títulos do Tesouro Nacional, na forma direta, por oferta pública ou através de leilão (OLIVEIRA, 2015). Essa possivelmente é a maneira mais habitual de contração creditícia pela União.

Quanto às tipologias principais, a dívida pública pode ser *interna*, quando contraída dentro da mesma praça financeira do país tomador, ou *externa*, aquela efetuada fora da praça financeira do país tomador; e também pode ser, no que tange ao prazo de

amortização e à finalidade a ser alcançada, *flutuante*, cujo prazo de amortização é igual ou inferior a 12 (doze) meses (um exercício financeiro) e possui como finalidade precípua o suprimento de insuficiências momentâneas de caixa, e *consolidada* ou *fundada*, que possui prazo de amortização superior a um exercício financeiro e cuja destinação é para investimentos mais duradouros (ASSONI FILHO; BLIACHERINE e ANDRADE, 2016).

Em relação à esfera federativa de responsabilidade, a dívida pública pode ser *federal*, *estadual* e *municipal*, quando contraída pela União, pelos Estados e pelos Municípios, respectivamente e as entidades da Administração Indireta, a eles vinculadas, portanto essa classificação consegue comprovar a assertiva de Assoni Filho, Bliacherine e Andrade (2016, p. 96): “O endividamento público é uma legítima forma de *expressão da autonomia financeira* do ente político” (itálico dos autores).

As razões que fizeram eclodir o processo de endividamento público estadual destoaram dessa noção e levaram os Estados a um resultado exatamente inverso, que provocou uma fratura na sua autonomia, sob as mais diversas perspectivas, e uma dependência financeira muito forte da União.

Até a instauração do governo ditatorial em 1964, o volume da dívida pública dos entes subnacionais era praticamente inexpressivo, comprometendo minimamente o orçamento anual com despesas referentes a juros e amortizações (REZENDE e AFONSO, 1988).

A Reforma Tributária de 1996 significou a gênese dessa trajetória, tendo em vista que ela criou uma série de mecanismos com a finalidade de pender o pacto federativo para uma maior centralização política e financeira em torno da União que, a partir de então, teve um aumento vultoso de suas receitas, e a ela foi possibilitada a criação de outros tributos, além da faculdade para alterar as alíquotas do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias (ICM) e para estabelecer isenções para impostos estaduais (ANDRADE, 2012).

Além disso, o chamado Plano de Ação Econômica do Governo (PAEG), criado pelos militares como elemento principal da reforma, significou, segundo Mora (2002, p. 5), um “processo de esvaziamento político-econômico dos governos subnacionais”, extirpando prerrogativas, antes privativas dos Estados, a exemplo da criação de novos impostos, da livre definição de alíquotas e a concessão de incentivos fiscais; bem como enfraquecendo os recursos advindos do Fundo de Participação dos Estados (FPE), dos quais 50% (cinquenta por cento) seriam destinados exclusivamente para despesas de capital e, em seguida, seu montante seria reduzido pela metade e a ele seria injungido o cumprimento de algumas condições para o seu recebimento como a aprovação de programas e a realização de gastos em conformidade com as políticas federais (LOPREATO, 2002).

Paralelas às modificações de criva fiscal, houve uma série de mudanças tendentes ao aumento significativo da dívida: tanto na política de crédito, por meio da ampliação do crédito externo que seduziram os Estados membros em face da baixa taxa de juros que permeou toda a década de 1970 (ANDRADE, 2012); como também nas normas relativas ao controle da dívida, já que estas não atingiam as dívidas extralimites, - aquelas realizadas junto ao Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Urbano (FNDU), ao Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS) e ao Banco Nacional de Habitação (BNH) - nem a dívida externa, consoante Mora (2002, p. 5):

Criaram-se, assim, as condições necessárias para o financiamento subnacional por terceiros. Entretanto, somente em 1975, com a Resolução 93 do Senado, encetou-se o processo de endividamento estadual. Essa resolução estabelecia limites às operações de crédito internas e definia aquelas classificadas como extralimites, mas não tratava da dívida externa. Para a contratação de operações com credores externos os governos subnacionais deveriam solicitar autorização ao Senado Federal e consultar o Executivo Federal, que chancelava o pedido.

Uma vez que os governos estaduais defrontavam-se com restrição orçamentária resultante da estratégia centralizadora da União, a oferta de recursos, condicionada ao uso em acordo com as

diretrizes federais e mediante contrapartida dos governos estaduais, motivou as UF's a contratarem operações de crédito extralimites e externas. A concessão de crédito funcionou como um instrumento a mais de dominação política do governo federal

A crise econômica de 1980 deu continuidade ao processo de endividamento, acentuou a dependência dos entes subnacionais, cujas dívidas passaram por um caminho de federalização, e principiou uma série de negociações e renegociações que são o centro da discussão sobre a temática em testilha até a atualidade.

A herança dos “choques do petróleo”², provocados pelas intempéries políticas ocorridas no Oriente Médio com a participação protagonista dos Estados Unidos, foi peremptória na formação da retração econômica que assolou a década de 1980 e, inclusive, pode explicar o aumento vertiginoso da dívida pública, haja vista que, como o preço do barril de petróleo elevou-se consideravelmente em 1973 e 1979³ e o Brasil era um país essencialmente importador do produto, houve um impacto muito forte na balança comercial e no crescimento da dívida externa como forma de conter o déficit (FURTADO, 1989).

Enquanto países a exemplo dos Estados Unidos simplesmente puderam adotar medidas no sentido de reduzir o consumo de energia, os países do chamado Terceiro Mundo (caso do Brasil) renderam-se aos bancos internacionais para contrair empréstimos de bilhões de dólares para saldar as importações, de modo a acarretar o surgimento de dívidas esmagadoras:

Em 1988, a dívida externa do Terceiro Mundo chegara à impressionante cifra de US\$ 1,3 trilhão. Só o pagamento dos juros desses empréstimos já representava uma enorme transferência de

² Para compreender melhor esses fenômenos históricos, recomenda-se a leitura de *A História do Petróleo* (SHAH, 2007).

³ Em 1973, o valor do barril saltou de US\$ 3 para US\$ 12. Já entre 1979 e 1981, o preço nominal do barril aumentou de 13 para 34 dólares (SHAH, 2007).

dinheiro dos países do Sul aos banqueiros do Norte (SHAH, 2007, p. 53).

Além disso, a lentidão nas exportações, a maior taxa real de juros e o preço das *commodities* em queda aparecem como fatores também bastante relevantes para o desencadeamento da crise, todavia o seu estopim aconteceu essencialmente com o advento da moratória mexicana de 1982 que subtraiu potencialmente o acesso ao crédito externo, de maneira a dificultar a concessão de novos empréstimos aos países devedores e, por conseguinte, a própria rolagem da dívida (CARDOSO e DORNSBUSCH, 1989).

A partir daí, os estados brasileiros entraram em uma situação de insolvência e passaram a deixar de cumprir os compromissos externos, acarretando uma dependência da União para assumir os seus débitos, já que o Tesouro Nacional era o garantidor dos créditos estaduais (ANDRADE, 2012).

O governo federal teve de aportar recursos junto ao Fundo Monetário Internacional (FMI) para superar a crise fiscal que assolou os estados, mas, para isso, sujeitou-os a uma série de condições e limites estabelecidos pelo FMI, a saber: corte de gastos públicos, uma maior restrição no que se refere às transferências da União para os entes subnacionais e uma série de outras alterações no padrão de convivência com os Estados:

Houve cortes nos gastos com convênios, fundos, programas e linhas de financiamento destinadas a aplicações no âmbito estadual, bem como no crédito das agências oficiais, o que restringiu as articulações com os governos estaduais e a descentralização do setor público estadual vinculada a repasses de recursos federais (ANDRADE, 2012, p. 157).

Essas dificuldades se tornaram ainda mais agudas, na medida em que faltavam aos governos estaduais outras fontes de financiamento regulares e a autonomia para a criação de novos tributos, permanecendo na dependência de variáveis que fugiam ao controle dos Estados e acarretando uma substituição paulatina da

dívida externa pela interna, mormente, por meio da utilização intensa das instituições financeiras controladas pelos próprios entes subnacionais (LOPREATO, 2002; ANDRADE, 2012).

A Constituição de 1988 trouxe, em seu bojo, uma natureza verdadeiramente descentralizadora no que pertine ao federalismo fiscal, aumentando os recursos do FPE e do FPM e aquilatando a autonomia tributária dos Estados e Municípios (FEITOSA, 2003).

Nessa mesma perspectiva, é preciso também consignar que esse fenômeno de descentralização também abarcou a outra ponta da questão, ou seja, ao passo em que as receitas se expandiram, o nível de obrigações quanto à legislação e ao provimento de serviços públicos cresceu na mesma proporção. Segundo Andrade (2012, p. 160): “A Lei Maior explicitamente reserva determinados poderes para o ente central enquanto prevê um mandato vasto e genérico para os Estados e os Municípios”.

A tendência descentralizadora da Constituinte foi paulatinamente sendo desmontada pela União – como já se fez referência no primeiro tópico – e, nesse sentido, Mora (2002, p. 4) explica com maior profundidade:

De fato, no entanto, o que é objeto de decisão na descentralização fiscal proposta pela Constituição de 1988 é um conceito limitado de aumento da participação da receita tributária própria dos estados e municípios e de receita disponível (fundos de participação e partilha do ICMS).

A reversão desse processo de descentralização se dará tanto pela reconcentração fiscal propiciada pelo crescimento da participação das contribuições sociais na receita federal, como pelas soluções encaminhadas para a superação da crise financeira dos governos subnacionais. Não só novos “tributos” federais cresceram escapando da base da partilha, como o volume e a forma de renegociação do endividamento solaparam o processo enunciado na Carta Constitucional, frustrando e distorcendo suas intenções descentralizadoras.

Rezendo e Afonso (1988) obtemperam que, a despeito de todas essas situações mais concernentes às relações extremamente móveis do pacto federativo fiscal, urgia uma discussão sobre propriamente o saneamento das dívidas estaduais e municipais, para que os recursos conquistados a partir da Constituição de 1988 – seja por meio do maior poder de arrecadação, seja em face do aumento dos Fundos de Participação – não fossem canalizados apenas para a cobertura do serviço da dívida, tornando inevitável um processo de renegociação do montante da dívida pública dos entes subnacionais.

Cabe a essa parte da pesquisa uma narrativa sintética das renegociações empreendidas pela União em favor da recuperação das finanças estaduais e todas as suas características próprias, especialmente, as condições que foram impostas às suas efetivações.

3.1 – O primeiro refinanciamento: a lei 7.976/89

A Lei nº 7.976 de 27 de Dezembro de 1989 visava a refinarciar os débitos dos Estados e dos Municípios para com a União no que se refere aos empréstimos concedidos por esta àqueles com a finalidade de honrar compromissos financeiros decorrentes apenas de operações de crédito externa, em que o Tesouro Nacional atuou enquanto garantidor (BRASIL, 1989).

Para tanto, estipulou-se um prazo de amortização de 20 (vinte) anos do montante da dívida externa contratada até 31 de Dezembro de 1988 com prazo superior a 360 (trezentos e sessenta) dias e, além disso, exigiu-se, em seu art. 3º, II, como garantia, que houvesse a vinculação das quotas ou parcelas do FPE e do FPM ao pagamento (BRASIL, 1989).

Mora (2002) considera que a medida foi insuficiente, tendo em vista que não abrangeu todas as dívidas dos entes subnacionais, fato que impediu uma reestruturação financeira mais holística e agravou o desequilíbrio, prenunciando a necessidade invariável da edição de novas leis com o fulcro de regulamentar novos refinanciamentos.

3.2 – O segundo refinanciamento: as leis 8.388/91 e 8.727/93

A Lei nº 8.388 de 30 de Dezembro de 1991 institui as condições para um novo refinanciamento relativo às operações de crédito interno e da dívida pública mobiliária (BRASIL, 1991).

Essa norma, segundo compreende Lopreato (2000, p. 14), dispunha sobre os saldos devedores das dívidas estaduais contratadas com agentes financeiros, as chamadas dívidas extralimites, bem como, como já mencionado, sobre as dívidas mobiliárias, e “fixava limites de comprometimento de receitas com o pagamento dos encargos da dívida”.

Na vigência da referida lei, não existiu consenso quanto às condições do acordo e, portanto, nenhum contrato foi assinado, impelindo o governo à realização de uma retomada de negociações com os Estados, através da Lei nº 8.727/93 (LOPREATO, 2000).

Além disso, outro fato que, em tese, obstaculizou a concretude das disposições da Lei nº 8.388/91 foi a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal (STF) que suscitava uma dúvida sobre a competência legislativa e a espécie normativa correta para tratar a matéria inserta na lei (BRASIL, 1992).

O Partido Social Trabalhista (PST), requerente na ação, entendia que o conteúdo sobre o qual abordava a norma questionada era da competência do Senado Federal, através de Resolução, contudo, ao final do processo, o STF decidiu que a norma não padecia do vício de inconstitucionalidade aventado, pois não se tratava de novas contratações que resultassem aumento da dívida, matéria, aí sim, adstrita à atribuição legislativa do Senado (BRASIL, 1992; ANDRADE, 2012).

A Lei nº 8.727 de 05 de Novembro de 1993 versava sobre o refinanciamento das parcelas referentes às dívidas internas contratadas até o dia 30 de Setembro de 1991 pelos Estados e Municípios junto à União em 240 (duzentos e quarenta) prestações

mensais e consecutivas, contudo o art. 1º, § 1º também possibilitou a incorporação dos saldos junto a bancos estrangeiros, desde que garantidos pela União (BRASIL, 1993).

Houve também, conforme a leitura do art. 1º, § 2º do diploma normativo, uma série de restrições para algumas modalidades de dívidas, a exemplo daquelas contraídas junto ao Fundo de Garantia e Tempo de Serviço (FGTS), relativas a contribuições compulsórias; das operações por antecipação de receita orçamentária; daquelas inscritas na Dívida Ativa da União; dentre outras (BRASIL, 1993).

A norma também previu a assunção das dívidas das entidades controladas pelos governos subnacionais e, a exemplo das leis anteriores, determinou o comprometimento das receitas próprias e dos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios, como forma de assegurar o pagamento do refinanciamento da dívida (BRASIL, 1993).

Apesar do esforço empreendido em favor do reescalonamento, a expansão da dívida não cessou em face de duas razões precípuas: a primeira residia na Emenda Constitucional nº 03/93 que permitiu a emissão de novos títulos das dívidas estaduais apenas para o refinanciamento das dívidas pretéritas e para o pagamento de precatórios, consoante a redação do art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁴; e ausência da dívida mobiliária na nova pactuação de refinanciamento firmada, aliada a uma política de elevação de juros (ANDRADE, 2012).

Esses ingredientes tencionaram para a continuidade das dificuldades fiscais enfrentadas pelos Estados pelo menos no curto e médio prazo, exigindo novas mudanças nas regras de pagamento das dívidas estaduais para com o governo federal.

⁴ Muitos Estados utilizaram desse mecanismo de maneira irregular, violando o princípio da publicidade e ampliando a interpretação sobre o conceito de “precatório” para emitir mais títulos do que o efetivamente necessário, de maneira que, através disso, esquivaram-se dos instrumentos de controle recém-inaugurados, para ampliar o endividamento. Esses fatos desencadearam uma série de denúncias que culminou com a criação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (a conhecida CPI dos Precatórios) que funcionou entre 1996 e 1997, atestando inúmeras ilegalidades e crimes cometidos e enumerando uma série de agentes, dentre os quais 161 (cento e sessenta e uma) instituições financeiras (FATORELLI, 2013).

3.3 – O terceiro refinanciamento: a lei 9.496/97

No início da segunda metade da década de 1990, os Estados brasileiros se encontravam praticamente em uma conjuntura de insolvência e a dívida total alcançava um patamar insustentável de 16,6% do Produto Interno Bruto (PIB) na busca de soluções governamentais, ameaçando a estabilidade macroeconômica (MORA E GIAMBIAGI, 2007).

Além dos movimentos pendulares já cedidos que historicamente caracterizaram as relações federativas, causando uma profunda instabilidade, a estabilização econômica derrubou os índices inflacionários e levou os bancos estaduais a uma situação falimentar, já que, segundo Andrade (2012, p. 166), “o Plano Real desnudou as contas públicas estaduais, acabando com a lógica orçamentária irreal até então vigente, resultante dos ganhos com a variação da inflação”.

Em 1995 mais especificamente, o Voto nº 162 do Conselho Monetário Nacional (CMN) criou o Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados que visava à implementação de medidas satisfatórias ao cumprimento do saneamento financeiro, a exemplo do controle salarial do funcionalismo e da privatização e concessão de serviços públicos (CASTRO E CARVALHO, 2012).

O referido Voto daria ensejo ao refinanciamento, criado pela Lei nº 9.496/97, que possuiu três eixos fundamentais: o ajuste fiscal com a produção de superávits; a venda de ativos, especialmente, a desestatização das prestadoras do serviço de distribuição de energia elétrica; e, por último, a privatização ou liquidação dos bancos estaduais (MORA E GIAMBIAGI, 2007).

Além disso, foi proibida a emissão de novos títulos da dívida pública estadual, e a Resolução nº 78 de 1998 do Senado Federal estipularia um controle muito forte do endividamento, ao vedar a realização de novos empréstimos para Estados que apresentassem

déficit fiscal no período de 12 meses anterior à aplicação, dentre outras injunções (ANDRADE, 2012).

A Lei nº 9.946 de 11 de Setembro de 1997, condicionando os Estados ao cumprimento do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal, autorizou, em seu art. 1º, a União a:

- I - assumir a dívida pública mobiliária dos estados e do Distrito Federal, bem como, ao exclusivo critério do Poder Executivo Federal, outras obrigações decorrentes de operações de crédito interno e externo, ou de natureza contratual, relativas a despesas de investimentos, líquidas e certas, exigíveis até 31 de dezembro de 1994;
- II - assumir os empréstimos tomados pelos Estados e pelo Distrito Federal junto à Caixa Econômica Federal, com amparo na Resolução nº 70, de 5 de dezembro de 1995, do Senado Federal, bem como, ao exclusivo critério do Poder Executivo Federal, outras dívidas cujo refinanciamento pela União, nos termos desta Lei, tenha sido autorizado pelo Senado Federal até 30 de junho de 1999; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.192-70/2001)
- III - compensar, ao exclusivo critério do Ministério da Fazenda, os créditos então assumidos com eventuais créditos de natureza contratual, líquidos, certos e exigíveis, detidos pelas unidades da Federação contra a União;
- IV - assumir a dívida pública mobiliária emitida por Estados e pelo Distrito Federal, após 13 de dezembro de 1995, para pagamento de precatórios judiciais, nos termos do art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.192-70/2001).
- V - refinar os créditos decorrentes da assunção a que se referem os incisos I e IV, juntamente com créditos titulados pela União contra as Unidades da Federação, estes a exclusivo critério do Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.192-70/2001) (BRASIL, 1997).

O art. 3º estipulou um prazo de pagamento em 360 (trezentos e sessenta) prestações mensais e sucessivas, calculadas com base na Tabela Price, observados o pagamento de taxa de juros não inferior a 6% (seis por cento) ao ano sobre o saldo devedor atualizado e a atualização monetária calculada e debitada mensalmente com base

no Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI) (BRASIL, 1997).

A forma de pagamento da dívida foi reestruturada: pagar-se-ia 20% (vinte por cento) ou 10% (dez por cento) à vista com o dinheiro arrecadado com as privatizações exigidas pelo Programa de Ajuste Fiscal e 80% em 30 anos mais uma taxa de juros que variaria entre 6% (seis por cento) para aqueles que quitassem 20% (vinte por cento) de entrada, 7% (sete por cento) para os que pagassem 10% (dez por cento) de entrada e 9% (nove por cento) aos que não dispusessem de reservas para arras (ANDRADE, 2012).

Assim como nas outras renegociações, o art. 4º da Lei 9.946/97 dispôs sobre a possibilidade de vinculação de receitas próprias e do Fundo de Participação dos Estados para o pagamento das parcelas (BRASIL, 1997).

Relevante salientar que, antes mesmo da edição da lei em comento, houve a criação do Programa de Incentivo à Redução da Participação do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (PROES), por meio inicialmente da Medida Provisória nº 1.514 de 07 de Agosto de 1996⁵, com o propósito de privatizar, extinguir ou transformar em instituições não financeiras ou em agências de fomento as instituições financeiras sob controle acionário de Unidades da Federação, funcionando como substrato condicional para a formatação da Lei nº 9.496/97 (ANDRADE, 2012).

As várias renegociações sobre as quais se abordou nesta seção içaram uma discussão a propósito da real autonomia dos entes federados e, a partir disso, diante da situação em que se puseram os Estados membros, os critérios e condições estabelecidos nas normas já mencionadas tornaram-se alvo de muitas dúvidas quanto à sua legalidade, possibilitando a realização de uma auditoria.

⁵ Diga-se “inicialmente”, em função das setenta reedições da Medida Provisória do PROES, desde a MP 1.514 (SALVIANO JUNIOR, 2004).

4 A (des) necessidade de auditoria da dívida pública dos estados

Há uma série de questionamentos em relação às condições às quais foram submetidos os Estados membros nas negociações de suas dívidas para com a União que instigam permanentemente a necessidade de processar uma auditoria sobre os valores envolvidos.

A Auditoria Cidadã da Dívida é uma organização sem fins lucrativos que possui, como objetivo central, a defesa em favor do cumprimento do art. 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que impera a realização da auditoria da dívida pública, dispositivo até hoje não cumprido. A associação trabalha igualmente no sentido de questionar a legalidade das condições de endividamento dos entes subnacionais como empecilho à efetivação de direitos sociais (FATTORELLI, 2013).

Em Agosto de 2009, a Câmara dos Deputados instalou as atividades da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), decorridos 09 (nove) meses de sua criação, cujo objeto era “investigar a dívida pública da União, Estados e Municípios, o pagamento de juros da mesma, os beneficiários destes pagamentos e o seu impacto nas políticas sociais e no desenvolvimento sustentável do País” (BRASIL, 2010, p. 5).

A Comissão fracionou-se em três subcomissões as quais ficaram responsáveis por três temas em específico: a dívida interna, a dívida externa e a dívida dos Estados e dos Municípios (BRASIL, 2010).

Fattorelli (2013) sintetiza uma série de ilegalidades e ilegitimidades que viciam os termos em que se fundaram as negociações das dívidas estaduais com a União, de maneira que, através deste rol, abordá-las-emos em diálogo com aquilo que é proposto pela Auditoria Cidadã da Dívida e o que foi consignado na CPI da Dívida.

4.1 – O desrespeito ao federalismo

A mitigação da autonomia dos Estados possivelmente foi o vetor nuclear das irregularidades cometidas nas negociações das dívidas estaduais, uma vez que as imposições estabelecidas pela União nas normas em que constaram as renegociações seguiram uma tendência histórica de centralização fiscal que culminou com o enfraquecimento político e financeiro dos entes subnacionais e condicionaram os Estados ao cumprimento de condições, em tese, desiguais.

Segundo Fattorelli (2013, p. 171-172):

Em 2010, por exemplo, entes federados pagaram cerca de 20% de remuneração à União, enquanto esta emprestou aos Estados Unidos da América do Norte a taxa inferior a 10% e o BNDES emprestou a empresas privadas a taxas inferiores a 6% ao ano.

As reformas de 1964 possibilitaram à União não apenas uma enorme concentração das receitas tributárias em suas mãos, mas também, em função do seu comando sobre a política econômica e sua relação com credores externos, deixou os Estados em uma posição de bastante dependências em relação às suas fontes de financiamento (LOPREATO, 2002).

Assim, a questão do federalismo no Brasil ganhou uma dimensão que não pode ser definida apenas com base nas relações estritamente fiscais. Não se trata de esquecer o caráter das relações na esfera fiscal nem de desconsiderar o problema fundamental de coordenação federativa diante da enorme disparidade econômica e fiscal entre as unidades, colocando a maioria dos Estados na dependência das transferências federais (constitucionais ou negociadas) e presos à barganha política, mas de chamar atenção para a dimensão das articulações financeiras e o papel que desempenharam na composição do quadro institucional responsável por definir o federalismo no Brasil (LOPREATO, 2002, p. 196).

O êxito dos planos de estabilização econômica na década de 1990 e o desequilíbrio das finanças estaduais causadas também pela

utilização desenfreada dos bancos públicos como instituições financiadoras das despesas públicas permitiram a União atuar de forma ainda mais injuntiva na negociação dos débitos dos Estados, na oportunidade em que atuou como garantidora (LOPREATO, 2002).

As condições para um novo aporte de recursos da União para os Estados frente aos credores destes residiram na criação do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados que obrigou aos Estados, ademais, privatizar, extinguir ou transformar em agências de fomento as suas instituições financeiras estaduais (MORA, 2002).

O Decreto nº 2.372 de 10 de Novembro de 1997 proibiu as instituições financeiras federais de efetuar quaisquer empréstimos aos Estados, suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, enquanto os contratos de refinanciamento da dívida estadual não fossem assinados nos termos da Lei nº 9.496/1997.

Na visão de Fattorelli (2013), esse Decreto feriu a autonomia das unidades da federação e representou uma camisa de força, deixando os Estados sem opção no que se refere à adesão à Lei nº 9.496/1997.

Nos contratos de renegociação, também havia a previsão com base na lei da utilização das transferências constitucionais obrigatórias como fonte de garantia da liquidez do débito, significando, sob a ótica de Fattorelli (2013), um risco de inadimplência nulo.

As Resoluções referentes à dívida pública de 2000 até 2012 se notabilizaram por, em seu conteúdo, acelerar as operações de crédito dos Estados com o Banco Mundial, denotando uma ingerência federal no sentido de influenciar os Estados a praticarem comportamentos específicos (FATTORELLI, 2013).

4.2 – Cobrança equivocada dos juros

O equívoco na cobrança dos juros, segundo a Auditoria Cidadã da Dívida, encontra-se em várias variáveis: em primeiro lugar, a cobrança de juros sobre juros vedada pela Lei de Usura e pelo

Supremo Tribunal Federal; segundo, o pagamento de taxa de juros superior àquela autorizada pelo Senado Federal; e, por último, a estipulação de uma taxa de juros menor para outros devedores.

O art. 4º da Lei da Usura (Decreto nº 2.626/1933) proíbe a contagem de juros dos juros e o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 121 também vedou a capitalização dos juros, ainda que expressamente convencionada e, a despeito disso, todas as negociações do refinanciamento da dívida das unidades federativas para com o governo federal se utilizaram da Tabela Price que pratica o anatocismo (FATTORELLI).

No caso dos valores pagos a maior, Fattorelli (2013) assevera que o Estado de Minas Gerais, por exemplo, pagou uma taxa de juros de 7,763%, quando deveria pagar 7,5% a.a., conforme autorização do Senado Federal, diferença esta que resultou em mais de 2 (dois) bilhões de reais pagos indevidamente. No Rio de Janeiro, enquanto o acordo previa uma taxa de juros anual de 6%, foram pagos 6,17%.

Além disso, a União atuou, consoante explica Fattorelli (2013), de maneira pouco isonômica para com os seus Estados membros, porquanto que utilizou uma taxa de juros nominais (juros reais mais IGP-DI) considerada uma das mais altas do mundo, ao passo que emprestava bilhões de dólares ao governo norte-americano sob uma taxa de juros próxima de zero. À guisa de ilustração, o Estado de Minas Gerais em 2011 chegou a pagar de juros quase 20% ao ano.

4.3 – Condições diferentes para cada estado

Os contratos previam taxas de juros diferentes para cada Estado de acordo com as condições de pagamento acertadas no ato da assinatura, ou seja, aqueles que conseguissem pagar um valor maior à vista, obrigaram-se-iam com juros menores em seguida (ANDRADE, 2012).

No entanto, o referido critério estabelecido causou uma série de problemas, tendo em vista que os Estados menos abastados eram evidentemente aqueles que tinham menos capital público para

privatizar ou transferir à União, de sorte a amortizar mais a sua dívida e suavizar as futuras prestações (SILVA; MONTEIRO NETO; GERARDO, 2013).

Silva, Monteiro Neto e Gerardo (2013, p. 12) continuam afirmando que “nesse sentido, há de se ressaltar que a própria engenharia financeira do ajuste fiscal estadual já penalizava os estados que detinham menor estoque de capital público”.

Ademais, os subsídios implícitos conferidos a alguns Estados pela União, baseado na diferença entre a taxa Selic e a taxa de juros nominais acordada na negociação foram concedidos majoritariamente aos Estados do Sudeste (79,8%, em 1999 e 76,8%, em 2011) e do Sul (12,8%, em 1999 e 14,6%, em 2011), enquanto os Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste receberam 0,5% e 0,7%; 4% e 4,6%; 2,9% e 3,3%, respectivamente nos anos de 1999 e 2011, confirmando a desigualdade regional sobre a qual foi pautou-se o reescalamento (SILVA; MONTEIRO NETO; GERARDO).

4.4 – Adoção do IGP-DI

Além da escolha por uma taxa de juros relativamente alta em comparação com outras negociações em que a União atuou como credora, a adoção do IGP-DI como índice de correção monetária, segundo o próprio Relatório da CPI da Dívida Pública (BRASIL, 2010), representou um custo bastante excessivo para os Estados.

A volatilidade e a apresentação invariável de picos, dada a absorção das variações cambiais (uma característica do referido índice) especialmente entre os anos de 1999 e 2002, provocou um aumento do saldo devedor no estoque da dívida, mesmo com a pontualidade das parcelas (BRASIL, 2010).

Prova disso é a tabela ilustrada por Fattorelli (2013) que indica um refinanciamento a partir da Lei nº 9.496/97 de 113,18 bilhões de reais, um pagamento entre 1997 e 2011 de 176,19 bilhões de reais à título de juros e amortizações e um saldo devedor, nada obstante o

montante arcado em testilha, de 369,36 bilhões de reais em 31 de Dezembro de 2011.

A escolha do IGP-DI como indexador foi absurda sob diversos aspectos. Além de se tratar de índice calculado por instituição privada que não deveria ser utilizado para controlar a remuneração devida entre entes federados, esse índice sequer mede a inflação ocorrida, mas indica uma expectativa de inflação (FATTORELLI, 2013, p. 74).

À guisa de exemplificação, no ano de 2002, o IGP-DI variou 26, 41%, levando a taxa de juros nominal a um cômputo bem superior a 30%, enquanto que o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), no mesmo período, teve uma variação de 12, 53%. O estoque dívida dos Estado de Minas Gerais, por exemplo, que se encontrava no patamar de mais de 66 bilhões de reais ao final de 2011, seria de pouco mais de 2 bilhões de reais, se o indexador fosse o IPCA (FATTORELLI, 2013).

4.5 - O desrespeito ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

O falta de respeito para com a sociedade, tendo em vista a alta carga tributária e a ausência de qualquer contrapartida em relação a essa dívida; a desconsideração do contexto econômico antecedente, em decorrência da estabilização econômica por meio do Plano Real e, por conseguinte, do esgotamento das receitas com o imposto inflacionário; a falta de publicidade; a desconsideração do valor de mercado dos títulos públicos dos entes subnacionais; as fraudes cometidas pelo esquema dos precatórios e a rolagem da dívida em detrimento da prestação de direitos sociais são elementos que subvertem o processo de endividamento público como um todo, criticados por Fattorelli (2013).

O princípio da supremacia do interesse público, que rege o regime jurídico administrativo ao lado da indisponibilidade do

interesse público, concede ao Estado determinadas prerrogativas para atuar em nome da sociedade, quando os interesses particulares intentam eventualmente soçobrar o interesse público, ou seja, sob a interpretação deste conceito, quando há conflito de interesses entre o privado e o público, este deve sempre prevalecer (BANDEIRA DE MELLO, 2011).

Nesse sentido, pode-se compreender a dívida pública dos estados brasileiros como uma dívida odiosa ou ilegítima por contrariar os interesses mais precípuos da população e, paralelo a isso, garantir um nível de tributação regressiva, uma elevada evasão fiscal e privilégios tributários a setores abastados da economia, principalmente aos bancos e investidores (CHESNAIS, 2011; FATTORELLI, 2013).

A dignidade humana, como postulado fundante da República, impele a concretude de níveis mínimos de direitos sociais, através da prestação de serviços públicos, que possibilitem uma qualidade de vida digna aos cidadãos, e isto depende da boa utilização dos recursos públicos (FATTORELLI, 2013).

Dado o comprometimento acachapante dos orçamentos estaduais com a amortização e os juros de uma dívida de legalidade minimamente duvidável e, por força de consequência, o precário investimento nos serviços públicos, conforme entendimento da Auditoria Cidadã da Dívida, a auditoria das dívidas subnacionais é imprescindível.

7 Conclusão

Esse trabalho buscou gizar um panorama geral e atual e suas motivações do processo de endividamento público estadual e suas relações com o federalismo fiscal no Brasil, com o propósito de reconhecer ou não a real necessidade da realização de uma auditoria nas negociações que ensejaram a ereção da dívida pública estadual.

O federalismo fiscal é a modalidade de federalismo com base na qual se repartem as competências tributárias dos entes

federados, de acordo com a predominância do interesse, ou seja, aqueles países que adotam um modelo de Estado federal devem dividir a atribuição de arrecadar os tributos e dispendê-los em favor da sociedade aos seus entes federados.

O Brasil adotou um modelo de federalismo chamado de dual ou cooperativo, no entanto igualmente centrípeto e por segregação, culminando, em razão disso, com uma histórica força maior da União em relação aos entes subnacionais.

Esse cenário, como se viu, foi preempatório na concreção do processo de endividamento público estadual, a partir da Reforma Tributária de 1966 que concentrou ainda mais a arrecadação de tributos nas mãos da União, enfraquecendo Estados e Municípios, levando a esses à necessidade de tomar empréstimos externos facilitados pelas condições de mercado.

Com mudança do quadro econômico no final da década de 1970, influenciada pelas duas quedas do petróleo, as condições de financiamento passaram a ficar bastante desfavoráveis, de sorte a levar a União a assumir os títulos estaduais junto aos credores externos e, por conta disso, impor uma série de restrições nas negociações encetadas em 1980, mas que perduraram até o final da década de 1990.

Nessas negociações, foram identificados uma plethora de vícios, a exemplo da adoção do IGP-DI como índice de correção monetária, a cobrança equivocada de juros, a falta de publicidade dos contratos e o desrespeito à autonomia dos Estados, que já justificam a necessidade da realização de uma auditoria pública, a qual está, inclusive, consignada no art. 26 do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Referências

ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. **O controle do endividamento público e a autonomia dos entes da federação**. Dissertação de Mestrado, São Paulo, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

ASSONI FILHO, Sérgio; BLIACHERINE, Ana Carla; ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. Dívida pública. In: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. et. al. (coord.). **Lições de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 19 ed. revista e atualizada por Hugo de Britto Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Lei nº 7.976 de 27 de Dezembro de 1989. Dispõe sobre o refinanciamento pela União da dívida externa de responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive suas entidades da Administração Indireta, e dá outras providências. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7976.htm>. Acesso em 27 Jan. 2017.

_____. Lei nº 8.388 de 30 de Dezembro de 1991. Estabelece diretrizes para que a União possa realizar a consolidação e o reescalonamento de dívidas das administrações direta e indireta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e dá outras providências.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8388.htm>. Acesso em 27 Jan. 2017.

_____. Lei nº 8.727 de 05 de Novembro de 1993. Estabelece diretrizes para a consolidação e o reescalonamento, pela União, de dívidas internas das administrações direta e indireta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8727.htm>. Acesso em 27 Jan. 2017.

_____. Lei nº 9.496 de 11 de Setembro de 1997. Estabelece critérios para a consolidação, a assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública mobiliária e outras que especifica, de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9496.htm>. Acesso em 27 Jan. 2017.

- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade com Medida Cautelar nº 688. Requerente: Partido Social Trabalhista - PST. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 26 de Março de 1992. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346540>>. Acesso em 27 Jan 2017.
- _____. Câmara dos Deputados. Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a dívida pública da União, Estados e Municípios, o pagamento de juros da mesma, os beneficiários destes pagamentos e o seu impacto nas políticas sociais e no desenvolvimento sustentável do País. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpidivi/relatorio-final-aprovado/relatorio-final-versao-autenticada>>. Acesso em 06 Fev. 2017.
- CARDOSO, Eliana A.; DORNBUSCH, Rudiger. Crises da dívida brasileira: passado e presente. In: PEREIRA, Luiz Bresser (org.). **Dívida externa: crise e soluções**. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de.; CARVALHO, Marília Gonçalves. O endividamento dos governos subnacionais brasileiros e o princípio federativo. **Revista TCE-MG**, Belo Horizonte, p. 39-57, out. nov. dez. 2012.
- CHESNAIS, François. A vulnerabilidade do sistema financeiro, a ilegitimidade das dívidas públicas e o combate político internacionalista por sua anulação. **Lutas Sociais**. São Paulo, n. 25/26, p. 09-19, 2º sem. de 2010 e 1º sem. de 2011. Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/l/article/view/18576/13778>>. Acesso em 07 Fev. 2017.
- COSSIO, Fernando Andrés Blanco. **Ensaio sobre Federalismo Fiscal no Brasil**. Tese de Doutorado, Rio de Janeiro, Departamento de Economia, Pontifícia Universidade do Rio de Janeiro, 2002.
- FATORELLI, Maria Lucia. **Auditoria cidadã da dívida dos estados**. Brasília: Inove, 2013.
- FEITOSA, Raymundo Juliano. **Política tributária no Brasil: 1966/1984**. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2006.

_____, Raymundo Juliano. **Finanças públicas e tributação na constituinte: 1987/1988**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

FURTADO, Celso. **O ABC da dívida externa: o que fazer para tirar o país da crise financeira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. **O colapso das finanças estaduais e a crise da federação**. São Paulo: UNESP, 2002.

_____, Francisco Luiz Cazeiro. O endividamento dos governos estaduais nos anos 90. **Texto para discussão**. Campinas: IE/UNICAMP, n. 94, mar. 2000.

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

MORA, Mônica. Federalismo e dívida estadual no Brasil. **Texto para discussão nº 866**. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2002. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_o866.pdf>. Acesso em 20 Dez. 2016.

_____, Mônica; GIAMBIAGI, Fabio. Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual. **Rev. Econ. Polit.**, São Paulo , v. 27, n. 3, p. 472-494, Set. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572007000300009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 28 Jan. 2017.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 7 ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2015.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O federalismo numa visão tridimensional do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

REZENDE, Fernando; AFONSO, José Roberto R. O (Des)Controle do Endividamento de Estados e Municípios – Análise Crítica das Normas Vigentes e Propostas da Reforma. **Texto para discussão interna nº 132**. Rio de Janeiro: IPEA, jan. 1988. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_o132.pdf>. Acesso em 18 Jan. 2017.

SALVIANO JUNIOR, Cleofas. **Bancos estaduais: dos problemas crônicos ao PROES**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2004.

SHAH, Sonia. **A história do petróleo**. Tradução de Marcelo Ferroni. Porto Alegre: L&PM, 2007.

SILVA, Alexandra Manoel Angelo da; MONTEIRO NETO, Aristides; GERARDO, José Carlos. Dívidas estaduais, federalismo fiscal e desigualdades regionais no Brasil: percalços no limiar do Século XXI. **Texto para discussão**. Rio de Janeiro: IPEA, out. 2013. Disponível em <http://www.portalfederativo.gov.br/biblioteca-federativa/estudos/td_1889-percalcos-de-federalismo-fiscal-dividas-estaduais-etc.pdf>. Acesso em 06 Fev. 2017.

SILVA, Carlos Medeiros. Evolução do regime federativo. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, p. 5-21, jan./mar. 1983. Disponível em <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/43722/42432> Acesso em 30 Dez. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Mauro Santos. Teoria do federalismo fiscal: notas sobre as contribuições de Oates, Musgrave, Shah e Ter-Minassian. **Nova Economia**, Belo Horizonte, p. 117-137, jan./abr. 2005. Disponível em <revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/download/447/444> Acesso em 26 Dez. 2016.

A situação do negro no Brasil à luz dos conceitos de igualdade, desigualdade e diferença e uma análise da ADPF 186

José Lafayette Pires Benevides Gadelha¹

1 Introdução

O presente artigo tem como objeto o estudo da construção social da cor no Brasil e os resultados atingidos por esse fenômeno que desembocaram na atual situação do negro perante a sociedade brasileira, bem como a análise das políticas afirmativas utilizadas para compensar determinados déficits históricos, a exemplo da política de cotas nas universidades públicas.

O objetivo geral deste trabalho é compreender o panorama geral e atual da condição do negro no Brasil, após um processo histórico de objetificação, através do regime escravocrata baseado na cor. Especificamente, buscar-se-á também pesquisar sobre as noções de igualdade, desigualdade e diferença, caracterizar os fatores e a conjuntura do contexto que permeava a escravidão brasileira e sublinhar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que ratificou a constitucionalidade do sistema de cotas como medida legítima de política de afirmação.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelas Faculdades Integradas de Patos. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

Inicialmente, é preciso demonstrar de que maneira se relacionam os conceitos de igualdade, desigualdade e diferença, a partir da construção do triângulo semiótico de José d'Assunção Barros e os desdobramentos fáticos desse teorema na construção social da cor no Brasil, por meio do processo de igualização do “negro” e do “africano”, erigida pelo europeu.

Em seguida, propõe-se mostrar as características historicamente mais relevantes do universo em que se estabeleceu a escravidão colonial pátria e o aferimento de seus resultados nos dias atuais, posicionando o negro nos mais sortidos espaços sociais da vida do país, apresentando dados que comprovam esse cenário e avaliando as formas de preconceito racial cotidianamente expostas no nosso corpo social.

Por derradeiro, cumpre evidenciar a necessidade da confecção de políticas afirmativas em situações como essa, a exemplo da política de cotas, cuja implementação pioneira na Universidade de Brasília (UnB) foi ratificada por uma decisão da Suprema Corte, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF 186.

O tema, em comento, é motivo de muita polêmica, diante da discussão ávida que existe em torno do conceito de igualdade, homenageado enquanto princípio na Constituição Federal de 1988 e eivado de uma dupla acepção que se relaciona, em primeiro plano, com os direitos de defesa e, de outra banda, com os direitos a prestações.

2 Noções de igualdade, desigualdade e diferença

As relações existentes entre esses três termos são delineadas com propriedade por José d'Assunção Barros (2005), ao traçar um paralelismo conceitual e característico entre eles, de maneira a opor, em dois planos distintos, igualdade e diferença e igualdade e desigualdade.

As diferenças distam-se da igualdade na ordem das essências e dos contrários, ou seja, nessa perspectiva, as pessoas se diferenciam pelas características inatas de sua natureza, a exemplo da cor da pele, da condição sexual, da nacionalidade, dentre outros (BARROS, 2005).

Já em relação à dualidade entre desigualdade e igualdade, há que se considerar que, desta feita, a comunicação reside no campo das circunstâncias, na ordem das contradições, isto é, trata-se da concessão de mais direitos ou privilégios a um indivíduo em detrimento de outro. São exemplos disso os conceitos de riqueza e pobreza, escravidão e liberdade, etc. (BARROS, 2005).

É possível inferir, através das reflexões mencionadas, que as relações compreendidas no binômio diferença/igualdade são imutáveis e irreversíveis e não admitem gradações entre o igual e o diferente, tendo em vista que, por exemplo, o negro será sempre negro, e o branco da mesma forma. Já no que tange ao plano da igualdade e da desigualdade, as situações encontradas nesse campo são absolutamente reversíveis e aceitam gradações entre elas, como o caso do rico que pode virar pobre e vice-versa (BARROS, 2005).

Para ilustrar essas interações, o autor as esquematiza grafando o seguinte triângulo semiótico, que coloca o plano das essências interligado por uma linha tracejada horizontal e o plano das circunstâncias por uma linha diagonal com duas setas a evidenciar a reversibilidade:



Em seguida, ele arremata com a seguinte afirmação:

De uma maneira mais simplificada, pode-se dizer que as desigualdades relacionam-se mais frequentemente ao *estar* ou

mesmo ao *ter* (pode-se ter mais riqueza, mais liberdade, mais direitos políticos), enquanto as diferenças relacionam-se habitualmente ao *ser* (ser negro, ser brasileiro, ser mulher). A compreensão destas distinções fundamentais entre diferença e desigualdade será imprescindível para que se possa perceber como estas duas noções têm se relacionado entre si no âmbito social e como ambas relacionam-se com a noção de igualdade.

Nesse sentido, há que se falar também na relação entre desigualdade e diferença, a partir da existência de interações e deslocamentos, por meio dos quais a sociedade transporta determinadas categorias, que pertencem ao plano das distinções circunstanciais, ao eixo das essências e vice-versa (BARROS, 2005).

Exemplo claro disso é o que se convencionou chamar de discriminação social, através da qual se procura impor um jogo de dominação e estratificação social, com a finalidade de conduzir as diferenças e começar a tratá-las como desigualdades, como é o caso da discriminação racial no Brasil, onde a população negra é majoritariamente mais pobre (BARROS, 2005).

Há exemplos históricos de deslocamentos recíprocos entre as noções de desigualdade e diferença. A ideia de nobreza surgiu a partir de certas condições pautadas nas circunstâncias como o acesso à terra e a posse de armas, contudo, no deslinde da história, essa situação passou a ocupar o plano das essências, ou seja, a partir de um dado momento, já “nascia-se nobre”. O retorno dessa lógica ao plano da desigualdade foi uma das causas a arrimar a derrubada do Antigo Regime, com base nas convicções iluministas, de maneira a convencionar que o nobre naturalmente poderia deixar de sê-lo (BARROS, 2005, p. 356).

Outros casos relevantes foram construídos na Idade Média e consistiram em transpor as diferenças entre mulheres e homens e crianças e adultos ao plano das desigualdades, tratando a mulher como um homem incompleto, um homem inacabado, um mero receptáculo passivo destinado à reprodução e a criança como um adulto incipiente, sem permitir que fossem criadas representações

específicas, na arte e na produção de um vestuário próprio da infância (BARROS, 2005).

O professor, por fim, consigna: “Os deslocamentos impostos entre os planos da desigualdade e da diferença podem significar opressão ou dominação (mas também libertação, quando o deslocamento refere-se a uma posterior desconstrução do deslocamento opressor)” (BARROS, 2005, p. 358).

Rubio (2014) disserta sobre questão semelhante a esta ao polarizar as formas de emancipação e de dominação, observando as primeiras como relações horizontais e solidárias que permitem o olhar do ser humano enquanto sujeito e as últimas como relações verticais e de discriminação que tratam o ser humano como um objeto.

Foi esse o processo de construção e de (tentativa de) desconstrução das formas de dominação do negro que ocorreu no Brasil, no início do período colonial e que irradia consequências até os dias hodiernos.

3 As diferenças construídas historicamente: a construção social da cor no Brasil

Esse tópico pretende demonstrar que, apesar das diferenças serem corolários de características essenciais do ser humano, há algumas delas que são construídas deliberadamente no curso da história e de acordo com os interesses de grupos de dominação, a exemplo da construção social da cor no Brasil, a partir da utilização da mão de obra escrava de origem africana.

Barros (2005, p. 358) afirma que “se as desigualdades são sempre construções históricas, as diferenças também podem sê-lo”, de modo que, com o propósito de cumprir o objetivo da pesquisa, cabe a análise da construção histórica de algumas noções que se interseccionaram no século XVI para justificar a escravidão ocidental moderna: negro, escravo e africano.

Antes do processo de escravização, o negro não se via absolutamente como “negro”. Essa nova concepção partiu de uma

visão do homem branco ocidental que tratou de igualá-los, havendo, pois, um processo de “homogeneização” ou “indiferenciação” das características daquele povo a partir de uma semelhança na tonalidade da cor da pele, superando as inúmeras diferenciações que existem até hoje entre eles e criando uma dicotomia estática entre “negro” e “branco” (BARROS, 2010).

Estratégia igual foi utilizada no processo de construção do “africano” pelo europeu, tendo em vista que as populações daquela região possuíam incontáveis contrastes entre eles próprios, sejam culturais, físicos ou geopolíticos. As tribos eram muito diferentes em seus costumes, nas vestimentas, nas formas de expressão, nos aspectos aparentes como a formação dos lábios e a textura do cabelo, além de seus dissabores políticos mútuos (BARROS, 2010).

A canção *A Tonga da Mironga do Kabuletê* de autoria de Vinicius de Moraes e Toquinho representa uma boa ilustração desses conflitos, quando os compositores utilizam essa expressão, em nagô (idioma nativo da região africana), que significa “o último pentelho do saco”, para protestar contra o momento político do país na década de 1970 (KUEHN, 2014). Vinicius relata, na introdução da gravação da música, que o termo era invocado pelas tribos africanas da época quando entravam em guerra.

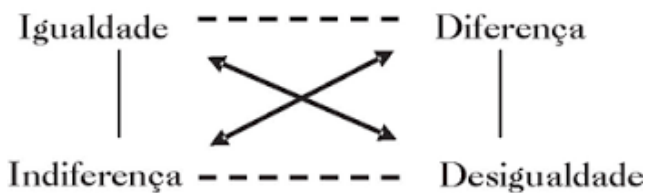
Para consubstanciar ainda mais a diversidade ululante do continente africano, Barros (2010) informa que um quarto das línguas em uso do planeta é de origem africana e cinco das seis antigas divisões da humanidade habitavam a África (apenas os aborígenes australianos não viviam nessa plaga). Os europeus, inclusive, conheciam uma de suas separações: os sudaneses, que por sua vez se dividiam em *uolof*, *bambara* e *mandinga*, e os bantos, de maneira que essa igualização se deu em virtude do temor pela facilidade de revoltas mais facilmente instigáveis em razão da identidade.

O europeu também tratou de erigir um novo conceito de escravo, o grande mote para a estratégia de deslocamento dessa condição do eixo das desigualdades ao eixo das diferenças. O modelo escravista da Antiguidade era baseado na escravização por guerra,

quando houvesse a captura bélica de um homem, ou por dívida, casos que homenageiam o critério da reversibilidade contido no plano das circunstâncias. Já a escravidão moderna utilizou a cor como critério natural de agrilhoamento (BARROS, 2010).

Além disso, a escravização africana, ao contrário do sistema escravista antigo menos extenso geograficamente, menos comercial e mais heterogêneo do ponto de vista da origem étnica ou nacional, foi pautada na extensão oceânica, em uma finalidade comercial muito mais intensa e no recrutamento exclusivamente de gênese africana. Dessa maneira, “Desigualdades e Diferenças várias, neste caso construídas historicamente, entrelaçaram-se para dar apoio a um dos mais cruéis sistemas de dominação que a História conheceu (BARROS, 2010, p. 42).

Por meio do quadrado semiótico, ao incluir o conceito da “Indiferença” para completar o esquema, Barros (2010, p. 45) demonstra hermeticamente esse processo de deslocamento, através do esquema positivo de Greimas e Courtés o qual cria um percurso semiótico da seguinte maneira: “descida pela primeira diagonal, subida pela vertical direita, nova descida através da segunda diagonal, e retorno ao vértice inicial através da vertical esquerda”.



Quadrado Semiótico da Igualdade

No entanto, o deslocamento das diferenças negras às diferenças escravas se explica pelo esquema negativo cujo trajeto é exatamente o oposto do esquema positivo, mas segue a mesma lógica da técnica semiótica:

Na realidade africana pré-colonial tinham-se as várias diferenças intertribais (vértice superior direito). O tráfico negreiro embaralhou estas diferenças percebidas pelos africanos e, a partir de uma Indiferenciação, igualizou todos os negros (descida pela segunda diagonal e subida pela vertical esquerda até o vértice da Igualdade). O restante do percurso é já conhecido: produção de Desigualdade através da Escravidão e transformação desta desigualdade em Diferença entre negros escravos e brancos livres (retorno ao vértice superior direito, agora configurando um novo tipo de Diferenciação). Desconstruída a Escravidão pelo posterior processo abolicionista, a percepção de uma diferenciação “racial” entre negros e brancos (Quadrado Semiótico da Igualdade) continuou contudo a fazer parte das percepções sociais mais significativas (grifo nosso) (BARROS, 2010, p. 45).

Esse processo trouxe resultados sacrificantes à autenticidade das diferenças, remodelou os materiais históricos e culturais da época e provocou a construção de uma desigualdade social alarmante que podem ser observadas a olho nu nos mais diversos espaços de convivência social e através de indicadores estatísticos representativos desse cenário (BARROS, 2010).

Para compreender esses fatores, é necessário perscrutar sobre o contexto histórico que permeou o regime escravocrata brasileiro.

4 A cultura da escravidão no Brasil

É preciso compreender também, para além de como foi urdido o processo que desembocou na exploração da mão de obra escrava de origem africana no Brasil, as maneiras de como essa estratégia trouxe consequências extremamente negativas à construção da cidadania brasileira e às condições socioeconômicas do negro.

José Murilo de Carvalho (2008), ao digredir sobre a posição dos direitos civis no século XIX e no início do século XX, faz algumas observações sobre a influência da escravidão para que esses direitos estivessem dispostos apenas na lei, sem atingir a sociedade de maneira holística.

Do início do tráfico de escravos até 1850, ano em que houve a invasão da Marinha inglesa nos portos brasileiros com o intuito de afundar navios suspeitos de transporte escravo, diante do interesse britânico no fim do comércio, entraram mais de 4 milhões de negros como escravos nas terras tupiniquins e foram distribuídos de modo desigual: nos séculos XVI e XXVII, concentraram-se na região nordestina produtora de açúcar, especialmente em Pernambuco e na Bahia; no século XVIII, o maior número foi levado à região de Minas Gerais para a exploração do ouro; e, a partir do início do século XIX permaneceram especialmente na região do café que incluía Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo (CARVALHO, 2008).

Na época da Independência, pouco mais de 60 (sessenta) anos antes da abolição da escravidão, o número de escravos representava a soma de 30% (trinta por cento) da população. O Brasil foi o último país de tradição cristã a abolir a escravidão em 1888 e o fez, quando esse número já era quase insignificante, tendo em vista que, em 1887, a porcentagem de escravos era de apenas 5% (cinco por cento) (CARVALHO, 2008).

Apesar da cultura relevante dos quilombos na história brasileira, na época, a possibilidade de fuga era mínima, de maneira que a organização de grupos revoltosos formados em quilombos era bastante provisória e susceptível a ataques pelas forças do governo. Aqueles que duravam por um período mais perene, acabavam por manter relações de negociação com a sociedade. No quilombo dos Palmares, por exemplo, também havia escravos (CARVALHO, 2008).

Como já mencionado, uma das principais mudanças ocorridas entre o modelo escravista antigo e o moderno foi a natureza mais comercial deste último, de sorte que, para além da utilidade que os escravos representavam à elite brasileira, eles também significavam uma importante fonte de renda, e essa lógica estava tão enraizada que fenômenos altamente esdrúxulos aconteciam, a exemplo da propriedade de escravos por libertos e até mesmo de escravos por escravos (CARVALHO, 2008).

A religião chancelava a escravatura, justificando, consoante comenta Carvalho (2008, p. 49) que “a escravidão que se devia evitar era a da alma, causada pelo pecado, e não a escravidão de corpo”. O catolicismo não combatia esse regime e, inclusive, seus conventos, clérigos e padres, em sua ampla maioria, possuíam escravos.

Outro problema bastante sério se deu nas bases que motivaram o movimento abolicionista, em contraste com o que fora defendido nos casos europeu e norte-americano, nos quais prevaleceu o realce aos direitos e liberdades individuais. O abolicionismo brasileiro se alicerçou na tese da razão nacional, representada por José Bonifácio, segundo o qual o subjugamento de uma parcela da população sobre outra obstaculizava a integração social e política (CARVALHO, 2008).

Após a abolição, o tratamento oferecido aos libertos foi de completa indiferença. Ao contrário do que aconteceu nos Estados Unidos, onde a sociedade se empenhou na educação dos ex escravos, aqui, além da ausência de oferta de direitos sociais, os novos empregos foram ocupados paulatinamente pelos imigrantes europeus, levando os libertos a penarem por ocupações pessimamente remuneradas ou esporádicas e trabalhos mais brutos (CARVALHO, 2008). Houve, inclusive, uma política de estímulo à imigração europeia de natureza claramente racista que possuía a missão de “branquear” a população como se esse aspecto fosse decisivo ao desenvolvimento econômico de um país (JACCOURD, 2008).

A escravidão não acarretou apenas problemas aos negros, mas provocou também aos proprietários de escravos a uma má formação cidadã com rala consciência de seus direitos civis e seus limites, criando um arquétipo elitista enraizado na exigência de privilégios e em uma arrogância até hoje exalados (CARVALHO, 2008).

Esse contexto gerou uma série de resultados sintomáticos na destruição da cultura originária do povo africano, a partir do processo de homogeneização urdido pelo europeu, e na ereção de uma sociedade desigual social e economicamente, em cuja base da pirâmide a população afrodescendente prevalece.

5 Os resultados da construção social da cor

É possível bifurcar esses resultados em dois tipos principais: aqueles desnudados com o advento do processo de igualização por parte do colonizador europeu dos negros e dos africanos e as condições sociais em que vivem a população negra no Brasil até os dias atuais.

O mecanismo utilizado pelos portugueses calcado em certa semelhança da cor da pele consistiu na produção de um novo padrão diferenciador que, por conseguinte, consumou tal movimento em uma nova realidade única e monolítica, levando o próprio negro a se enxergar desta maneira e a formar uma nova identidade cultural com novas idiossincrasias religiosas, artísticas e musicais. Inaugurou-se uma cultura inédita: a afro-brasileira (BARROS, 2010).

Diante do temor de revoltas que poderia ser facilitada por uma maior identidade cultural, os compradores de escravos separavam de maneira estratégica aqueles de regiões iguais e misturavam com os de mais distintas procedências e etnias. Esse fator produziu uma nova geografia da diferença baseada nas zonas portuárias (cabindas, congos e minas) e nos circuitos de comércio (angolanos, congoleses e benguelas) (BARROS, 2010).

Além disso, foram criados novos critérios de diferenciação a partir das funcionalidades que existiam aos senhores, a exemplo da adaptação ao trabalho. Uma nova divisão mais contemporânea também foi gestada desde o período colonial como o crioulo (homem de pele negra nascido no Brasil) e o pardo (fruto da miscelânea entre africanos e brancos) (BARROS, 2010).

De outra banda, afora essa descaracterização cultural, a forma de tratamento para com o negro terminou por cimentar profundas desigualdades sociais e econômicas, comprovadas claramente por vários indicadores.

A revista Exame fez uma reportagem, em 2014, trazendo 8 (oito) dados que evidenciam a disparidade social entre negros e

brancos no que se refere a diversos aspectos como violência, acesso à educação, participação política, pobreza, dentre outros.

Segundo a reportagem, que maneja dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), a população negra é vítima de um maior número de casos de agressão do que a população branca, na proporção de 2,1% para 1,5% em relação aos homens e de 1,4% para 1,1% no que diz respeito às mulheres, respectivamente (SOUZA, 2014).

O Brasil, em toda sua história republicana, elegeu apenas um presidente negro: Nilo Procópio Peçanha, em 1909. O Supremo Tribunal Federal teve apenas 3 (três) ministros negros e passou 72 (setenta e dois) anos sem nenhum representante, tendo em vista que, depois de Hermenegildo Barros que saiu em 1931, Joaquim Barbosa só veio a assumir em 2003 como membro da Corte e como presidente em 2012. Nas eleições de 2014, menos de um terço dos candidatos a governador eram negros ou pardos (SOUZA, 2014).

A pobreza se alastra com maior preponderância na população negra. Sete em cada dez residências beneficiárias do Programa Bolsa Família e dois terços das casas das favelas são chefiados por um negro. A renda dos negros é menor em 40% (quarenta por cento) em relação a dos brancos, e a taxa de analfabetismo é duas vezes maior entre os negros. O desemprego é superior entre os negros do que entre os brancos, mormente na população negra feminina, cujo índice é de mais de 12% (doze por cento) (SOUZA, 2014).

A despeito do crescimento do acesso dos negros à universidade pública, a preponderância da população branca nesse espaço ainda é vantajosamente mais aquilatada. Em 2004, dos jovens brancos entre 18 e 24 anos, 47,2% frequentavam a universidade, enquanto que a juventude negra, nessa condição, representava apenas 16,7%. Dez anos depois, o mesmo nicho etário de brancos passou a ser de 71,4%, enquanto que de negros chegou a 45,5% (SALES, 2015).

A maior inclusão dos negros nas universidades, ante a profunda disparidade que ainda existe, – diga-se – aconteceu em

face das políticas públicas afirmativas materializadas pela implantação do sistema de cotas vigente em várias das instituições públicas de ensino superior no Brasil, não obstante as críticas formuladas a essa política, uma delas, inclusive, instrumentalizada por meio da proposição de uma ação perante o STF.

6 As políticas afirmativas, o sistema de cotas e a ADPF 186

Nos Estados Unidos, na década de 1960, houve um movimento em favor da igualdade de oportunidades para todos, expressão dos direitos civis, e pelo fim das leis segregacionistas contra a população negra, contudo o movimento negro passou a reivindicar, nesse contexto, medidas que não apenas infirmassem a segregação racial, mas que também, paralelamente, viabilizassem uma política de postura ativa no sentido de melhorar as condições de vida dos negros (MOEHLECKE, 2002).

Política afirmativa consiste basicamente, consoante definição de Moehlecke (2002, p. 203), em:

(...) ação reparatória/compensatória e/ou preventiva, que busca corrigir uma situação de discriminação e desigualdade infringida a certos grupos no passado, presente ou futuro, através da valorização social, econômica, política e/ou cultural desses grupos, durante um período limitado.

A partir desse conceito, é possível identificar pelo menos três elementos que o constituem: i) a natureza compensatória no sentido de privilegiar determinado segmento abandonado no curso da história; ii) um sentimento de justiça distributiva para com essa categoria baseado na perspectiva material do princípio da igualdade; iii) e o caráter transitório.

O sistema de cotas para negros nas universidades públicas é um dos exemplos mais simbólicos de uma política afirmativa, tendo em vista que, a partir desse instrumento, considera-se o reduzido índice de acesso da população negra aos cursos superiores como

argumento para estabelecer um número de vagas mínimo e específico nas instituições de ensino superior para estudantes negros (MUNANGA, 2001).

Em 20 de Julho de 2009, o Partido Democratas apresentou junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF 186, em face da decisão da Universidade de Brasília (UnB), publicada através de uma resolução do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão, que estipulou as cotas étnico raciais como critério ao ingresso nesta instituição (TRAMONTINA; SILVA, 2014).

Baseando-se em primados constitucionais a exemplo do princípio republicano, da dignidade da pessoa humana, da vedação do preconceito e da discriminação, do repúdio ao racismo, do princípio da igualdade, do direito universal à educação e do princípio meritocrático, o arguente buscou tornar inconstitucional a mencionada resolução e mais três documentos também exarados pela UnB (BRASIL, 2009).

Houve o indeferimento do pedido de medida liminar pelo então presidente Ministro Gilmar Mendes e, apenas em abril de 2012, aconteceu o julgamento de mérito que considerou improcedente a arguição por unanimidade dos votos da Suprema Corte que acolheram o voto do relator Ministro Ricardo Lewandowski, em processo do qual participaram vários movimentos e organizações sociais na condição de *amicus curiae* (BRASIL, 2009).

Em seu voto, o relator inicialmente fez algumas considerações teóricas relevantes ao deslinde do tema. Cuidou em diferenciar as acepções material e formal do conceito de igualdade, inscrevendo a necessidade de dar luz, no caso em comento à perspectiva material e, para tanto, invocando o professor Boaventura de Sousa Santos, em uma de suas célebres frases:

(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza,

alimento ou reproduza as desigualdades (SANTOS *apud* BRASIL, 2009, p. 51).

Em seguida, arrima seu veredicto no conceito de justiça distributiva elaborado por John Rawls, em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, defendendo a sua instrumentalização por meio das chamadas políticas de ação afirmativa (BRASIL, 2009).

A relatoria, com a finalidade de derrubar os argumentos içados pelo arguente no que se refere ao princípio da meritocracia ao acesso à educação inscrito nos arts. 206 e 208 da Constituição Federal, destacou que a referida diretriz não deve ser analisada sob uma única ótica, aduzindo a obrigação de temperá-la com o conceito de igualdade material (BRASIL, 2009).

O voto problematiza também a questão do critério étnico-racial como plausível de utilização em processos de seleção dada a inexistência comprovada pela ciência do conceito biológico ou genético de raça, no entanto o ministro compreende que a desigualdade entre essas raças ou etnias é produto de um processo histórico de dominação de alguns grupos sobre outros, inferindo que, assim como a Constituição estabeleceu mecanismos de discriminação negativa, a exemplo da valoração do crime de racismo como inafiançável, é legítimo que o Estado promova atitudes de discriminação positiva, visando à inclusão social de grupos historicamente marginalizados (BRASIL, 2009).

Outra justificativa à utilização de políticas de ações afirmativas é a consciência étnico-racial como fator de exclusão, tendo em vista a disparidade enorme existente entre o acesso de brancos e negros ao exercício de cargos e funções de relevo e, sobretudo, à educação, de maneira que “a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas” (BRASIL, 2009, p. 66).

Portanto, essas ações também, a despeito dos efeitos práticos, possuem um papel simbólico na busca por mitigar o subjugo nos

espaços sociais e na necessidade de fusão defendida por Bauman (apud Brasil, 2009, p. 73):

(...) a identificação é também um fator poderoso na estratificação, uma de suas dimensões mais divisivas e fortemente diferenciadoras. Num dos pólos da hierarquia global emergente estão aqueles que constituem e desarticulam as suas identidades mais ou menos à própria vontade, escolhendo-as no leque de ofertas extraordinariamente amplo, de abrangência planetária. No outro polo se abarrotam aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da identidade, que não tem o direito de manifestar as suas preferências e que no final se vêem oprimidos por identidades aplicadas e impostas por outros – identidades de que eles próprios se ressentem, mas não tem permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar. Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam.

O acórdão também reflete o papel integrador da universidade nesse processo de redução das desigualdades, até porque boa parte desse processo nasceu da academia como centro de convergência de criação da elite brasileira e de exclusão através do reduzido acesso. Segundo o relator, a universidade obterá o contributo de conviver com a diversidade, com o diferente, com o outro e será um vetor de integração da sociedade (BRASIL, 2009).

O sistema de cotas, enquanto espécie de política de ação afirmativa, não configuram meras concessões do Estado, mas significam deveres. Um exemplo disso – lembra o relator – é a estipulação de um percentual destinado às pessoas com deficiência nos concursos públicos, mostrando que a reserva de vagas não corresponde a uma medida inédita (BRASIL, 2009).

Além disso, as cotas criadas para o vestibular da UnB respeitam o elemento da transitoriedade como congênito do conceito de ações afirmativas, já que a mencionada política perdurará por 10 (dez) anos, bem como o princípio da proporcionalidade, ao conceder 20% (vinte por cento) do número de vagas aos cotistas, número razoável (BRASIL, 2009).

Com isso, pelos argumentos expostos pela relatoria, a ADPF 186 foi julgada improcedente e o sistema de cotas nas universidades públicas para negros e pardos foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

7 Conclusão

Esse trabalho buscou gizarr um panorama geral e atual e suas motivações da condição do negro no Brasil, estudando os conceitos de igualdade, desigualdade e diferença, indicadores que comprovam a marginalização do negro na sociedade brasileira e a criação de políticas de ações afirmativa no sentido de retificar esses déficits.

Constatou-se que, para manietar a escravatura brasileira, o europeu desconsiderou as diferenças étnico-raciais existentes entre os negros da África e transfigurou o conceito e escravidão, ao deslocá-la do eixo circunstancial e reversível das desigualdades ao eixo essencial e irreversível das diferenças, tornando imutável a situação do negro enquanto escravo.

Esse movimento provocou uma série de resultados maléficos à condição do negro no Brasil, durante o período escravista e também para o futuro, tendo em vista o tratamento que era dispendido aos escravos no século XIX e após a abolição e a disparidade no que tange ao acesso aos espaços sociais de relevo, especialmente, à educação, que separa a população negra da população branca.

No sentido de retificar a presente conjuntura destoante, o Estado deve empreender políticas afirmativas que procurem reduzir paulatinamente, com base na justiça compensatória, as desigualdades existentes. Uma espécie dessas políticas é o sistema de cotas que reserva um número determinado de vagas nas universidades públicas aos negros, implantado pela Universidade de Brasília e, desde logo, contestado judicialmente, em sede de controle concentrado pela ADPF 186, pelo Partido Democratas.

A Suprema Corte brasileira julgou improcedente a referida arguição, considerando que o princípio da igualdade precisa ser observado sob o prisma da isonomia material que objetiva tratar os desiguais como desiguais na medida de suas desigualdades, legitimando, pois, a utilização da política de cotas nas instituições públicas de ensino superior, tendo em vista também que ela obedeceu critérios de transitoriedade e razoabilidade.

Referências

BARROS, José d' Assunção. Igualdade, desigualdade e diferença: em torno de três noções. **Análise Social**, v. XL, p. 345-366, 2005.

_____, José d' Assunção. A 'construção social da cor' e a 'desconstrução da diferença escrava' - reflexões sobre as idéias escravistas no Brasil colonial. **Opsis, Catalão**, v. 10, n. 1, p. 29-54, jan-jun 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Requerente: Democratas - DEM. Interessado: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de Julho de 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=o&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 06 Jul. 2016.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

JACCOUD, Luciana. Racismo e república: o debate sobre o branqueamento e a discriminação racial no Brasil. In: THEODORO, Mário. **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição**. Brasília: Ipea, 2008.

KUEHN, Frank Michael Carlos. Estudo sobre os elementos afro-brasileiros do candomblé em letra e música de vinícius de Moraes e Baden Powell: os "afro-sambas". **Anais do 3º Colóquio de Pesquisa em Música**, Rio de Janeiro, Escola de Música da UFRJ, 2014 (2002), p.94-103. Disponível em: unesp.academia.edu/fmc>. Acesso em 05 Jul. 2016.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, n. 117, p. 197-217, nov. 2002. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559>>. Acesso em 05 Jul. 2016.

MUNANGA, Kabengele. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas. **Sociedade e Cultura**, v. 4, n. 2, p. 31-43, jul./dez. 2001.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Tradução de Ivone Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SALES, Robson. IBGE: Acesso de negros à universidade cresce; maioria ainda é branca. **Valor Econômico**, dez. 2015. Disponível em <<http://www.valor.com.br/brasil/4342534/ibge-acesso-de-negros-universidade-cresce-maioria-ainda-e-branca>>. Acesso em 05 Jun. 2016.

SOUZA, Beatriz. 8 dados que mostram o abismo social entre negros e brancos. **Exame.com**, nov. 2014. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/8-dados-que-mostram-o-abismo-social-entre-negros-e-brancos>>. Acesso em 05 Jun. 2016.

TRAMONTINA, Robison; SILVA, Rogério Luiz Néri da. O debate em torno das cotas raciais como critério para o ingresso no ensino superior: considerações acerca da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 8, n° 28, p. 190-208, jul./set. 2014. Disponível em <http://www.dfi.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/28_Doutrina_Nacional_07.pdf>. Acesso em 06 Ago. 2016.

VINICIUS DE MORAES – A Tonga da Mironga do Kabuletê. Club Brasil. Parte del disco "La Fusa" en Mar Del Plata, que registra el histórico show de Vinicius de Moraes, Toquinho y María Bethânia. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=iiW2lmJLWoc>>. Acesso em 05 Ago. 2016.

Direito a visita íntima durante o cumprimento da pena privativa de liberdade

João Firmo Neto¹

José Lafayette Pires Benevides Gadelha²

Keoma Polyenne Mariz Rodrigues²

1 Introdução

O presente artigo tem como objeto o estudo da o direito à visita íntima dos presos no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a relevância da atividade sexual para a saúde física e mental do ser humano, sendo esta um componente decisivo na concreção do princípio da dignidade da pessoa humana.

O objetivo geral deste trabalho é conhecer as disposições legislativas que regulamentam o direito à visita íntima no Brasil. Especificamente, buscar-se-á também abordar de maneira teórica institutos do Direito como a dignidade da pessoa humana e a ressocialização do preso e, interdisciplinarmente, o impacto das relações sexuais na qualidade de vida humana; perscrutar nos sítios

¹ Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa. Pós-Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado da Paraíba – FESMIP-PB.

² Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelas Faculdades Integradas de Patos. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

² Graduanda em Medicina pela Faculdade de Ciências Médicas de Campina Grande.

oficiais as proposituras e matérias relacionadas à visitação íntima nos presídios e pesquisar sobre os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais – mormente no Supremo Tribunal Federal - a propósito do tema.

Aprioristicamente, cumpre compreender a dignidade da pessoa humana como um dos primados maiores da República brasileira e o seu caráter decisivo na ressocialização do preso e as razões científicas, no campo da Psicologia e da Medicina, que fazem da relação sexual frequente uma prática fundamental para a melhoria da qualidade de vida e da saúde do ser humano.

Em seguida, insta verificar a lacuna existente na legislação federal no que se refere a uma regulamentação mais detida sobre a temática da visita íntima a demonstrar que tal negligência culmina com o agir discricionário e não linear das administrações penitenciárias estaduais.

Por final, deve-se sublinhar a necessidade de uma positivação nacional sobre o direito à visita íntima dos presos, para homenagear uma pletora de princípios e garantias constitucionais basilares, a exemplo da dignidade humana, do direito à saúde e da economia processual.

O tema, em comento, é motivo de muita polêmica, diante do atual cenário por que passa o sistema penitenciário e a segurança pública no Brasil: de um lado, a sociedade ávida ante um sentimento quase que unânime de impunidade diante da violência grassada; de outro, a não menos importante discussão sobre as garantias do preso como forma de reintegrá-lo ao seio social.

2 Da dignidade do preso

O Direito Penal brasileiro traz, em seus regramentos, diversas espécies punitivas, dentre as quais, a mais importante, indubitavelmente, é a pena privativa de liberdade, correlata aos tipos penais mais gravosos selecionados pelo legislador ordinário. Por exemplo, a sanção para aquele que pratica um homicídio deve

ser a privação de sua liberdade por um espaço de tempo compreendido entre 6 (seis) e 20 (vinte) anos, via de regra, consoante a redação do art. 121 do Código Penal.

A despeito de tão drástica medida, – porém, inevitavelmente, necessária – a Constituição Federal obtemperou-a no sentido de dar cumprimento aquilo que pugnou como um dos fundamentos da República: o princípio da dignidade da pessoa humana. No art. 5º, o constituinte foi zeloso ao vedar as penas cruéis e de trabalhos forçados (XLVII, b, e) e ao assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral (XLIX) (BRASIL, 1988).

A Lei de Execução Penal (LEP), com a teleologia de homenagear a função ressocializadora da pena, traz diretrizes e aponta caminhos para trilhar esse objetivo, enfatizando a necessidade de fruição de direitos, a exemplo do trabalho, da educação, do lazer e da saúde, em vários de seus dispositivos:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado** e do internado (destaque nosso) (BRASIL, 1984).

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o **retorno à convivência em sociedade** (destaque nosso) (BRASIL, 1984).

Art. 11. A assistência será:

- I - material;
 - II - à saúde;
 - III - jurídica;
 - IV - educacional;
 - V - social;
 - VI - religiosa.
- (BRASIL, 1984)

Todo esse rol de direitos é norteado, como já mencionado, pelo primado da dignidade da pessoa humana. Silva (1998) considera este valor como fundante do próprio ser humano,

inerente à sua natureza e que a sua constitucionalização é apenas um reconhecimento de sua supremacia dentro da ordem jurídica.

Sarlet (2015, p. 70, 71), ao gizar um quadro histórico e característico da dignidade e ponderando sempre sobre a vagueza do termo, erige, ao final, o seguinte conceito:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (destaque nosso).

A dignidade humana deve ser tutelada pelo Estado ora como tarefa, outrora como limite, isto é, exigindo intervenção no que se refere à sua materialização especialmente na prestação de direitos sociais e, em outros momentos, uma abstenção na medida em que proibições indevidas possam atentar contra esse princípio nuclear, dentro da concepção kantiana de autonomia (SARLET, 2015).

A lógica da ressocialização prisional passa obrigatoriamente pela oferta de direitos básicos que visam a dignificar a existência humana, de sorte que um ambiente em que já se extirpa a liberdade e ainda submete o detento a condições subumanas que não possibilitem o seu desenvolvimento social, por inferência lógica e consequencial, não conseguirá alcançar a finalidade de reintegrá-lo à sociedade (SEQUEIRA, 2006).

Vários desses direitos, inobstante o arrolamento erigido pelo legislador infraconstitucional na LEP, estão dispostos na própria Constituição de 1988, mormente no art. 6º, como forma de salvaguardar condições de vida digna. A saúde, evidentemente,

como substrato do direito à vida, incorpora-se ao Texto Constitucional no referido dispositivo, bem como no art. 196, oportunidade em que o constituinte a valora como “direito de **todos** e dever do **Estado**” (destaque nosso) (BRASIL, 1988).

Para o exercício de uma vida saudável, é necessária uma série de hábitos indicados pelos especialistas, não apenas no que se refere ao tratamento de doenças, mas principalmente quanto à profilaxia destas, inclusive, para economizar o gasto público investido nessa área, e a prática de relações sexuais com frequência é essencial na busca por uma saúde de qualidade.

3 Do direito à saúde como fundamento para a atividade sexual

Durante muito tempo, “saúde” significou a ausência de enfermidade, ou seja, uma pessoa que estava saudável era aquela que não padecia de nenhum tipo de doença, no entanto a Organização Mundial de Saúde (OMS)³ remodelou esse conceito, por ocasião da Conferência Sanitária Internacional realizada em Nova York em Junho de 1946 cujas disposições entrariam em vigor a partir de 1948, e definiu “saúde” como o “estado de completo bem estar físico, mental e social”⁴ (SÁ JÚNIOR, 2004).

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que uma vida sexual ativa é um elemento fundamental para manter a saúde em dia. Cabral (2012) lista uma série de benefícios que o sexo proporciona ao corpo e à mente: o alívio das enxaquecas, através das substâncias como a endorfina que o orgasmo libera; melhoramento do aspecto da pele que, segundo pesquisa da Universidade Queens do Reino Unido, ocorre graças ao aumento dos níveis de estrogênio, testosterona e outros hormônios; redução das dores pré-menstruais em algumas

³ Organismo sanitário internacional integrante da Organização das Nações Unidas (ONU), fundado em 1948 (SÁ JÚNIOR, 2004).

⁴ Há, porém, muitas críticas até mesmo a essa conceituação mais moderna. Sá Júnior (2004) compreende que esse entendimento não contempla os outros seres vivos e Segre e Ferraz (1997) questiona a própria amplitude da noção de “bem estar”.

mulheres; melhora do sono; diminuição do estresse em face da queda da atividade dos hormônios do estresse como o cortisol; diminuição dos riscos de infarto, consoante estudo realizado com mais de 3 (três) mil homens entre 45 (quarenta e cinco) e 49 (quarenta e nove) anos pela Universidade de Bristol na Grã Bretanha; queima de calorias (85 calorias, em média); e o aumento da imunidade, de acordo com uma pesquisa elaborada pela Wilkes University, nos Estados Unidos que demonstrou que uma vida sexual ativa sobe os níveis de um anticorpo chamado IgA⁵.

A OMS criou um mecanismo capaz de auferir o nível de qualidade de vida das pessoas, denominado de World Health Organization Quality of Life (WHOQOL) que consiste em cem perguntas relacionadas a seis tipos de domínios que, por sua vez, são subdivididos em facetas. Dentro do domínio “relações sociais”, uma das facetas é exatamente a prática de atividade sexual, demonstrando, pois, a sua relevância como hábito cotidiano (FLECK, 2000).

É evidente inferir, portanto, que o contrário também se percebe como verdadeiro: a abstinência sexual, independente da motivação que a proporcione – questões morais, religiosas, logísticas, funcionais ou até mesmo uma possível restrição legal como no caso da lacuna no que tange à regulamentação da visita íntima nos presídios – produz muito provavelmente malefícios ao bem estar físico e mental.

Segundo Freud *apud* Reich (1968, p. 24): “a repressão sexual não somente torna enfermo o indivíduo, mas também o torna incapaz para a cultura e para o trabalho”, de sorte a demonstrar que as conquistas culturais são frutos de energia sexual.

⁵ Segundo Rúpolo, Mira e Kantor Junior (1998, p. 433), “a imunoglobulina A (IgA) foi identificada pela primeira vez em 1959 por Heremans e cols., e está presente no soro e líquidos orgânicos de todos os mamíferos¹. É um monômero composto de glicoproteínas produzido por plasmócitos, quando estes são estimulados por linfócitos B. Representa 15 a 20% das imunoglobulinas e é dividida em subclasses, IgA 1 (90%) e IgA 2 (10%). A principal função biológica da IgA é a proteção contra microorganismos invasores como vírus e bactérias nas superfícies das mucosas, inibindo o mecanismo de aderência desses às células epiteliais”.

Marcal (2012) compreende que a abstinência sexual causa inúmeros prejuízos psicológicos e físicos e exemplifica que as paredes vaginais das mulheres, quando passam 10 (dez) dias privadas de sexo, começam a perder a elasticidade e ressecam e, no caso dos homens, em 3 (três) dias, a potência e o volume do sêmen duplicam.

Uma pesquisa realizada em 2002 que entrevistou 82 (oitenta e duas) pessoas que involuntariamente não praticavam sexo, divididos em três grupos: os virgens, aqueles que nunca praticaram sexo; os solteiros, que estabeleceram relações sexuais no passado, mas não têm conseguido praticar com mais frequência; e os *partners*, os quais em cujas relações afetivas ainda não há sexo (BURGESS et al., 2001).

Apesar das distinções entre as três classes, os pesquisadores identificaram certa semelhança quanto às reações negativas desse celibato involuntário, quais sejam, acometimento de depressão ou extrema baixo-estima, além de todos eles se dizerem infelizes (BURGESS et al., 2001).

As evidências acima reportadas diagnosticam a relevância latente da atividade sexual na vida do ser humano, de maneira que privá-lo de tal é um ato que atenta contra o princípio da dignidade humana e, até mesmo, - como corolário deste - contra o direito à saúde, ambos pugnados na Carta Magna de 1988, o que evidencia a importância do direito à visita íntima nos estabelecimentos penitenciários, como a finalidade de cumprir direitos humanos básicos.

4 Do direito à visita íntima

4.1 Previsão legal no ordenamento jurídico

No que pertine à previsão legal do direito a visita íntima nos presídios brasileiros, insta salientar que não existe regulamentação

geral para o exercício do referido direito em nosso ordenamento jurídico criminal.

Ab Initio, vale ressaltar que a competência para legislar sobre direito penitenciário é concorrente da União, Distrito Federal e dos Estados da Federação, conforme determinação do artigo 24, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, PLANALTO, 1988).

Ou seja, todos os entes federados elencados acima poderão legislar concorrentemente sobre o assunto, cabendo sempre a União legislar de maneira geral, e os Estados e o Distrito Federal (quando exercer competência estadual) legislarem de maneira suplementar, ou seja, nas omissões e brechas deixadas pela União.

Sendo assim, por se tratar de matéria de competência concorrente, percebe-se que em alguns Estados o legislador outorga esse direito aos agentes encarcerados, e em outros o mesmo não é deferido, gerando assim, uma verdadeira confusão a respeito do tema.

No que pertine ao direito a visita do encarcerado, o art. 41, inciso X, da Lei de Execuções Penais (BRASIL, PLANALTO, 1984) assegura ao preso o direito de visita do cônjuge, companheiro, parentes e amigos em dias determinados, contudo, a Lei de Execuções Penais foi omissa na questão atinente ao direito da visita íntima do encarcerado.

Posto isso, via de regra, o direito a visita íntima não foi colocado à disposição dos agentes recolhidos à prisão, haja vista que a norma geral, qual seja, a Lei de Execuções Penais, só previu o direito à visita, não falando nada a respeito da visita íntima.

Em face dessa omissão, e vislumbrando-se a patente necessidade de exercício daquele direito, o Decreto nº 6.049/2007 passou a regular que os presídios em âmbito federal devem conceder direito à visita íntima por parte dos agentes que cumprem pena privativa de liberdade, entretanto, tal decreto só tem validade perante os presídios federais.

A respeito dessa observação legal, vejamos o que diz o Regulamento Penitenciário Nacional (Decreto nº 6.049/2007) em

seu artigo 95 (BRASIL, PLANALTO, 2007): “A visita íntima tem por finalidade fortalecer as relações familiares do preso e será regulamentada pelo Ministério da Justiça”.

Diante da omissão legal, os presídios estaduais não possuem respaldo legal para conceder o referido direito (ressalvada a legislação estadual futura), gerando assim, muita insatisfação por parte dos presidiários, que se veem tolhidos do direito à visita íntima.

Nos Estados que não possuem regulamentação sobre tal assunto, os Diretores de presídios acabam por sucumbir a pressão interna impostas pelos presidiários, e, deixam acontecer o direito da visita íntima. Vale salientar que esse “deixar acontecer” é uma prática bastante comum nos presídios estaduais brasileiros, aonde podemos chegar a constatação de que na maioria deles, essa prática errônea é bastante utilizada ou permitida.

Conforme será demonstrado no tópico seguinte, entendemos que enquanto não há regulamentação do supracitado direito, este deverá ser deferido temporariamente aos encarcerados, observando-se, entretanto, algumas diretrizes legais. Sobre isso, ensina Marcão (2015, p. 62-63):

Também em tema de *direitos do preso*, a interpretação que se deve buscar é a mais ampla, no sentido de que tudo aquilo que não constitui restrição legal, decorrente da particular condição do encarcerado, permanece como direito seu.

Deve-se buscar, primeiro, o rol de restrições, O que nele não se inserir será permitido, e, portanto, direito seu.

Portanto, seguindo as lições de Marcão, enquanto não existe vedação legal para o seu exercício, não vejo porque indeferir este benefício, que, como já elucidado, constitui direito fundamental da pessoa humana e fator crucial para a ressocialização e recuperação do apenado.

O raciocínio desenvolvido por Marcão se coaduna com o princípio da legalidade no âmbito do direito criminal, que assevera

que ao agente é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe. Sendo assim, apesar de não gozar de previsão legal, tal direito não pode ser negado, tendo em vista, que não consta em qualquer rol da Lei de Execuções Penais, ou, outro regulamento legal, a sua expressa vedação.

4.2 Da necessidade de positivação do direito a visita íntima

O direito à visita íntima do apenado que cumpre pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional, é uma medida de extrema importância ao preso, isso porque, com o gozo de tal direito, podemos verificar a efetivação de diversos benefícios ao agente, que se desdobram em várias consequências positivas, tais como a melhora da disciplina do preso, o estímulo à manutenção dos vínculos conjugais, familiares e afetivos, a redução de violência entre os presos, principalmente as de ordem sexual.

Sendo assim, não existe óbice à concessão do referido direito, já que a visita íntima tem por único objetivo o bem-estar do apenado, servindo assim, para a sua reabilitação e retorno ao bom convívio social, efeitos esses que constituem objetivos nucleares da pena.

Sobre esses argumentos, vejamos o que diz o eminente professor Mirabete (2004, *epub reader*):

Fundamental ao regime penitenciário é o princípio de que o preso não deve romper seus contatos com o mundo exterior e que não sejam debilitadas as relações que o unem aos familiares e amigos. Não há dúvida de que os laços mantidos principalmente com a família são essencialmente benéficos para o preso, porque o levam a sentir que, mantendo contatos, embora com limitações, com as pessoas que encontram fora do presídio, não foi excluído da comunidade. Dessa forma, no momento em que for posto em liberdade, o processo de reinserção social produzir-se-á de forma natural e de forma mais facilmente, sem problemas de readaptação a seu meio familiar e comunitário. Preceituam, aliás, as Regras Mínimas da ONU que se deve velar para que se

mantenham e melhorem as boas relações entre o preso e a família quando estas sejam convenientes para ambas as partes (n.º 79), devendo ser autorizadas visitas de familiares e amigos, ao menos periodicamente e sob devida vigilância (n.º 37). Por isso, concede-se ao preso o direito da visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados (art. 41, X).

Antonini (1990) também avalia de maneira positiva o exercício livre da visita íntima nos desdobramentos comportamentais dos detentos em presídios do Estado de São Paulo:

O resultado foi muito melhor que o esperado. Caiu intensamente o índice de violência sexual nos presídios e arrefeceu-se a tensão emocional dos presos deixando de ocorrer o fato, este sim degradante, de os detentos terem relação sexual com suas mulheres em pleno pátio, por ocasião das visitas comuns, dentro do círculo humano formado por outros presos para ocultar a cena às vistas grossas dos vigilantes, acontecimento então corriqueiro na Casa de Detenção de São Paulo. Demais, protegeu-se assim a difícil subsistência da relação afetiva do sentenciado com seu cônjuge, ao mesmo tempo em que se atendeu quanto a este o princípio da pessoalidade da sanção criminal (art. 5º, XLV, da CF).

Nesse sentido, podemos destacar que a Lei de Execuções Penais assegura a manutenção e o exercício de todos os direitos não alcançados pela pena privativa de liberdade ao agente. Assim, vejamos o que diz a Lei de Execuções Penais (BRASIL, PLANALTO, 1984): “Art. 3º, LEP. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Por conta da omissão legislativa que se mostra patente, conforme fora abordado no tópico anterior, os diretores e demais autoridades responsáveis pelos estabelecimentos prisionais acabam fechando os olhos e permitindo o direito a visita íntima. Falando assim, até parece que estamos exigindo uma mera formalidade da lei, tendo em vista que esse direito já é devidamente exercido na prática pelos encarcerados! Entretanto, isso não é verdade.

É relevante trazermos à presente obra, que apesar desses agentes gozarem do instituto da visita íntima, esta, por sua vez, e do jeito que está sendo exercitada, às escuras, está longe de trazer os benefícios esperados com a regulamentação legal.

Isso porque, o objetivo não é o de apenas satisfazer as necessidades sexuais do agente encarcerado, vai, além disso, fazer que com as visitas íntimas dos cônjuges (união estável), namoradas e demais pessoas do relacionamento interno do agente, satisfaçam as necessidades físico-sexuais do agente e fortaleçam os vínculos familiares e amorosos que o agente possui por detrás das grades e muros da reclusão que lhe fora imposta.

Portanto, objetiva-se assim, incutir na cabeça do agente, a idéia de que quando sair dali terá uma família, uma unidade familiar lhe esperando. Terá pessoas que certamente e prontamente lhe ajudarão para se reinserir no convívio social e posteriormente no mercado de trabalho.

Sobre isso, anota Avena (2014, *epub reader*):

Independentemente dessas vantagens, é certo que algumas cautelas devem ser adotadas para sua efetivação, entre elas a exigência de que o visitante esteja previamente cadastrado e vinculado a preso determinado, evitando-se, destarte, a prática de atos de prostituição no interior dos estabelecimentos prisionais.

Por isso, preenchendo esses requisitos, pode-se dizer que agora sim, o direito a visita íntima cumpre o papel esperado e previsto pelos estudiosos e pensadores do direito criminal.

Isto posto, da forma que atualmente é “tolerada” pelos diretores de presídios em todo o Brasil, percebe-se que as pessoas que adentram aos supracitados estabelecimentos são desconhecidas e muitas vezes prostitutas e garotas de programa, que adentram ao referido recinto, tão somente para satisfazer as necessidades sexuais do agente em contrapartida de determinado valor.

No mais, essas pessoas além de não cumprirem o objetivo ao qual se espera, muitas vezes praticam o tráfico de drogas no interior

do estabelecimento prisional, são utilizadas para mandar “recados” para organizações criminosas e são utilizadas para a prática e coordenação de pequenos delitos no interior dos estabelecimentos prisionais.

Corroborando o que fora dito acima, vejamos o que ensina Mirabete (2004, *epub reader*):

[...] não há dúvida de que os laços mantidos principalmente com a família são essencialmente benéficos para o preso, porque o levam a sentir que, mantendo contatos, embora com limitações, com as pessoas que se encontram fora do presídio, não foi excluído da comunidade. Dessa forma, no momento em que for posto em liberdade, o processo de reinserção social produzirá-se de forma natural e mais facilmente, sem problemas de readaptação a seu meio familiar e comunitário.

Por conta disso, é possível observar que com a adoção expressa de uma lei geral que regulamente o direito a visita íntima, o Estado estará cumprindo com o seu dever legal, qual seja, o de estabelecer uma pena que busque primeiramente a punibilidade do condenado, contudo, deverá também, ter o viés de recuperá-lo, reinseri-lo na sociedade. Portanto, tendo o cônjuge e a família por perto, todos esses objetivos se tornam bem mais fáceis de serem concretizados pelo Estado.

Na Câmara dos Deputados, já há, ao menos, três Projetos de Leis (PLs) que dispõem sobre o direito à visita íntima: o PL nº 5071/2001, que propõe uma série de alterações na LEP, dentre as quais a inclusão do direito à visita íntima do cônjuge ou companheiro (a) no rol de direitos do preso dispostos no art. 41 do referido diploma; o PL nº 2690/2015, que, igualmente visando a modificar a Lei 7.210/1984, dispõe sobre a necessidade de se conceder um espaço privativo para o preso (a) e sua companheira (o); e o PL nº 4343/2016 que objetiva a criação de regulamentação sobre o assunto apartada da LEP (BRASIL, 2001, 2015, 2016).

Esse último projeto de autoria do Deputado Átila Nunes, inobstante a incidência de suas disposições sobre as administrações penitenciárias federal e estaduais, contraria a ideia da visita íntima como direito do preso e sua importância na ressocialização, no instante em que afirma categoricamente ser o referido instituto um ato discricionário da Administração Pública (BRASIL, 2016).

A única propositura que verticalizou a demanda, uniformizando o entendimento já existente quanto aos presídios federais, exarado por ato normativo secundário, vai de encontro ao conteúdo material que preconizaria a visita íntima como direito do preso.

Nenhum desses projetos atentou para, quiçá, o problema mais evidente: a ausência de um controle temporal entre uma visita e outra, já que, como frisado no segundo tópico, depois de um certo período, abstinência sexual passa a ser um fator que prejudica sobremodo as condições físicas e mentais da pessoa, de modo que a escassa prática do sexo pode provocar inúmeros danos à saúde.

Insta salientar que essa posição levantada por nós é defendida por muitos doutrinadores e estudiosos da área, sendo inclusive, uma orientação expressa do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que por sua vez, deveria ser prontamente obedecida pelos demais estabelecimentos prisionais de todo o país.

Assim, torna-se relevante evidenciarmos o entendimento do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), quando, por meio da Resolução nº 04/2011 (BRASIL, 2011) acabou por explanar os motivos que o levaram a entender o direito a visita íntima como direito fundamental do agente encarcerado, grifo nosso:

CONSIDERANDO a decisão do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP);

CONSIDERANDO constituir-se a visita íntima em direito constitucionalmente assegurado a pessoa presa;

CONSIDERANDO dever se recomendar aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que enviem o

máximo esforço no sentido de que as pessoas presas tenham condições de usufruir do direito da visita íntima;

CONSIDERANDO o atual Plano de Política Criminal e Penitenciária que dispõe que as diferenças devem ser respeitadas para gerar igualdade de direitos e que as condições sexuais devem ser consideradas inclusive no campo criminal e penitenciário, garantindo visita íntima à população carcerária LGBT.

Por tudo o que já foi explicitado nessa obra, podemos elencar alguns importantes precedentes que corroboram uma inegável tendência legislativa para que num futuro próximo, seja legislado o tão esperado e aguardado direito a visita íntima do agente encarcerado.

Assim, podemos elencar a Resolução nº 04/2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Regulamento Penitenciário Federal, o apoio da doutrina majoritária, além das decisões do Poder Judiciário, que a todo o momento demonstra ser favorável à ideia do legislador em conceder tal direito ao apenado.

Isso se deve ao fato de percebermos no dia-a-dia forense uma “propensão” dos magistrados em conceder tal direito em situações de normalidade, tendo em vista que muitos deles entendem que tal situação configura um direito humano fundamental do apenado.

Sendo assim, após analisar diversos julgados nesse sentido, cabe destacar o trecho do julgamento do Habeas Corpus nº 106.300/MG apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, 2013), aonde o Ministro Relator Marco Aurélio, entendeu o direito a visita íntima como sendo, grifo nosso:

[...] Ora, o encontro íntimo há de ser viabilizado pelo Estado para não se solapar a dignidade do homem, a busca da indispensável ressocialização, isolando-se presos como se necessidades inerentes a eles pudessem ser mitigadas.

Após trazermos ao estudo a opinião do aclamado Ministro Marco Aurélio da Suprema Corte Brasileira, e, por todos os motivos expostos ao decorrer do presente estudo, enalteçemos a importância

e a patente necessidade da legislação geral por parte da União do famigerado direito a visita íntima.

Chegamos a um dado momento, em que a necessidade de legislar sobre tal assunto se mostra patente, aonde a doutrina, a jurisprudência e o próprio Poder Legislativo já apontam e sinalizam para a imediata observância deste direito.

Posto isto, a legislação do direito a visita íntima, objetiva, trazer o bem estar do preso, o bom comportamento carcerário, e, principalmente, a ressocialização e recuperação do apenado, estes últimos, objetivos centrais da pena.

Além do mais, terá por efeito, conceder segurança jurídica às relações castrenses, a fim de que, a partir de então, todos saibam verdadeiramente se gozam ou não do referido direito, não ficando, portanto, condicionado a uma decisão discricionária do Magistrado.

Outro efeito de manifesta importância é a de que a legislação do tema irá “desafogar” o Poder Judiciário, e, principalmente as Varas da Execução de Penal, que atualmente estão assoberbadas de processos, tendo em vista o superpovoamento penitenciário e o número excessivo de demandas.

Sendo assim, o advogado do réu não necessitará impetrar petições nas mais diversas instâncias judiciais a fim de angariar a concessão de tal direito, haja vista que, uma vez cumpridos os requisitos posteriormente impostos à gozação de tal direito, será ele concedido de pronto pelo próprio Diretor do Presídio.

Isso porque, o supracitado instituto faria parte do rol dos “direitos do preso”, elencados no artigo 7º da Lei de Execuções Penais. Sendo assim, ao nosso ver, em situações de normalidade, tal direito deverá ser concedido pelo Diretor do Presídio.

3 Considerações finais

A visita íntima do preso é um assunto muito debatido nas Ciências Criminais em conexão com os Direitos Humanos, todavia ainda não há efetivamente um entendimento comum sobre como

lidar com a matéria, dada a bifurcação existente entre aqueles que acreditam tratar-se de regalia demasiada ou uma mera discricionariedade do estabelecimento penitenciário e outros que pensam corresponder a um direito inequívoco e inviolável.

A dignidade da pessoa humana, inserta no Texto Constitucional na condição de princípio fundante da República, exprime, em todas as suas acepções, a fruição das necessidades básicas pelo ser humano com o propósito de que todos tenham uma vida digna.

A ideia de ressocialização como função precípua da pena privativa de liberdade passa pela oferta de direitos como educação e trabalho, para que o criminoso seja reintegrado à sociedade, sendo fundamental que, nesse período, o preso não seja condenado a condições de vida indigna, como proscreve a própria Constituição Federal.

Partindo dessas premissas, contatou-se a importância das relações sexuais para a saúde e a melhor qualidade de vida do ser humano, sendo elas indispensáveis ao bem estar psicossocial e à mente. Várias pesquisas listadas no trabalho comprovam que a vida sexual ativa traz uma série de benefícios a exemplo do aumento da imunidade e da perda de peso, ao passo que, paralelamente, a abstinência sexual pode causar vários prejuízos à saúde como a depressão e o estresse.

Malgrado existam algumas propostas já em tramitação no Congresso Nacional, a regulamentação da visita íntima dos presos só existe no que concerne aos presídios federais através de um ato normativo secundário, ficando ao alvedrio das administrações penitenciárias estaduais quais serão as regras estabelecidas para tal.

Uma disposição legal nacional sobre o instituto da visita íntima enquanto direito do preso que inclua os Estados como destinatários ao cumprimento do teor normativo transparece uma necessidade peremptória, com o propósito de assegurar dignidade àqueles que cumprem determinada penalidade, dada relevância dos

lações familiares e afetivos na reconstrução de vida e da relação sexual como prática fundamental à saúde.

Ademais, regulamentar a referida matéria traria benefícios à segurança jurídica, dada a atual volatilidade da jurisprudência - mormente, de primeiro grau - na apreciação do tema e, por conseguinte, a economia processual.

Referências

ANTONINI, José Roberto. *Uma experiência democrática na administração penitenciária*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1990.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal: Esquematizado**. São Paulo: Forense, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 24 de Março de 2016.

_____. **Decreto nº 6.049/2007 - Regulamento Penitenciário Nacional**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6049.htm>. Acesso em 21 de Dezembro de 2015.

_____. **Lei nº 7.210/1984 - Lei de Execução Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 19 de Dezembro de 2015.

_____. **Ministério da Justiça - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - Ato Resolução nº 04, de 29 de junho de 2011**. Disponível em: < http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Resolucao_CNPCP/resol_4_2011_CNPCP.pdf>. Acesso em 01 de Abril de 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº 106.300/MG**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3736542>>. Acesso em 01 de Abril de 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5071, de 13 de Agosto de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2690, de 19 de Agosto de 2015. Limita o contato físico entre o preso e seu advogado ou visitante, e determina que a visita íntima, quando admitida, seja realizada em local próprio e reservado..

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4343, de 04 de Fevereiro de 2015. Dispõe sobre a visitação íntima para presos do regime fechado ou semiaberto.

BURGESS, Elisabeth et al. Involuntary Celibacy: A Life Course Analysis. The Journal of Sex Research, v. 38, n. 2, pp. 169-169, 2001. Disponível em <<http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/00224490109552083?noredAccess=true>>. Acesso em 19 Dez. 2016.

CABRAL, Samuel Couto. **Identidade Feminina: a Reconstrução do Ser**, Madrid: Vision Libros, 2012.

FLECK, Marcelo Pio de Almeida. O instrumento de avaliação de qualidade de vida da Organização Mundial da Saúde (WHOQOL-100): características e perspectivas. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 33-38, 2000. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232000000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19 Dez. 2016.

MARCAL, Eliane Subtil. **Por que a abstinência sexual não faz bem?** Disponível em <<https://www.portaleducacao.com.br/educacao/artigos/11261/por-que-a-abstinencia-sexual-nao-faz-bem>>. Acesso em 10 Dez. 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal - Comentários à Lei 7.210, de 11/07/1984**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RÚPOLO, Bethina Sanches; MIRA, João G. Sprot; KANTOR JUNIOR, Orlei. Deficiência de IgA. **Jornal de Pediatria**, v. 74, n. 6, p. 433-440, 1998. Disponível em <<http://www.jped.com.br/conteudo/98-74-06-433/port.pdf>>. Acesso em 16 Dez. 2016.

REICH, Wilhelm. **A Revolução Sexual**. 8 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

SÁ JÚNIOR, Luis Salvador de Miranda. Desconstruindo a definição de saúde. **Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM)**, p. 15-16, jul/ago/set 2004. Disponível em <<http://www.dis.unifesp.br/pg/Def-Saude.pdf>>. Acesso em 16 Dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, Out. 1997. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 16 Dez. 2016.

SEQUEIRA, Vania Conselheiro. Uma vida que não vale nada: prisão e abandono político-social. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 26, n. 4, p. 660-671, dez. 2006. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932006000400012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 15 dez. 2016.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>>. Acesso em: 16 Dez. 2016.

Notas sobre o controle judicial do mérito das políticas públicas de saúde: mínimo existencial, reserva do possível e eficiência administrativa

Flávia Danielle Santiago Lima¹

José Lázaro Alfredo Guimarães Neto²

1 Introdução: judicialização de políticas públicas de saúde

Como o Poder Judiciário, num contexto de separação entre poderes, pode interferir nas políticas públicas de saúde? Para responder a esta pergunta de pesquisa, o artigo parte da caracterização das políticas públicas, aqui conceituadas como uma “(...) decisão quanto ao percurso da ação formulada por atores governamentais, revestida de autoridade e sujeita a sanções”. (VALLE, 2016, p. 33) Para analisar tais ações estatais, necessário expor os fatores que vieram a sedimentar essa faceta essencial para a existência de um Estado Democrático de Direito, na transição da Administração Pública voltada à proteção e garantia de direitos, mas também à ações promotoras destes. Para isso, desenvolveu-se um

¹ Doutora e Mestre em Direito Público (Faculdade de Direito do Recife). Professora da Universidade de Pernambuco (FCAP, campus Benfica) e da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Advogada da União.

² Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pesquisador do PIBIC/UNICAP.

verdadeiro sistema de especialização no estudo das políticas públicas, no que consiste em curiosa peculiaridade, sendo esta a interseção de inúmeras áreas de conhecimento com o direito.

A partir deste contexto geral, é que se chega ao estudo da saúde como direito constitucionalmente garantido ao cidadão, previsto entre outros dispositivos, no art. 196 da Constituição Federal (CRFB). Porém, constata-se que nem sempre a promoção de políticas públicas, principalmente dentro de um contexto nacional de ineficiência da Administração, é apta à satisfação do direito. Assim, o fenômeno da “judicialização da saúde” se apresenta. Isto é, a provocação do poder judiciário para decidir quanto às matérias de políticas públicas de saúde dentro de uma necessidade, seja essa individual, seja essa coletiva.

Diante da problemática apresentada ao judiciário, há três questões jurídicas imprescindíveis para a análise da lide, com relevantes consequências para as políticas públicas. Primeiro, a garantia do cidadão ter, provindo do Estado, um atendimento às suas necessidades essenciais para a garantia de uma dignidade mínima, com o reconhecimento de um “mínimo existencial”. Já a análise da real (im)possibilidade do Estado atender a todas as necessidades dos cidadãos, no argumento da “reserva do possível”. E não menos importante, a análise orçamentária dentro das políticas públicas, assim verificando como estas políticas estão sendo realizadas de modo que se respeite o princípio da eficiência, disposto no art. 37 da CRFB.

Expostas estas questões gerais, os últimos tópicos dedicam-se ao estudo das linhas gerais da intervenção judicial e o impacto das decisões na esfera do Poder Executivo, ou seja, no planejamento e execução das políticas públicas.

2 Políticas públicas e garantia de direitos fundamentais: definição da atuação estatal

Inevitável desenvolver um estudo de políticas públicas sem que se estabeleça uma breve explicação do desenvolvimento histórico do Estado e dos Direitos Fundamentais. Sendo assim, se faz, primeiramente, um corte para o momento em que se instituiu todo o rol de direitos fundamentais que hoje chamamos de primeira geração.

Com o desencadear das revoluções burguesas do século XVIII e XIX, o Estado tomou uma posição de garantidor mínimo de direitos provindo dos ideais liberais. Deste modo, a garantia à propriedade e à liberdade eram as prioridades, associado ao entendimento de mérito próprio do cidadão que, por si só, dentro da política capitalista poderia alcançar uma subsistência mínima (LUSTOZA, 2015, p. 33-35). Não por acaso, as cartas constitucionais do período voltam-se ao estabelecimento de limites ao poder estatal - e não à definição de deveres.

Com o aprofundamento da revolução industrial e a consequente precarização das condições de trabalho, foi constatada a ineficácia deste Estado mínimo para manter uma relativa “paz social”. De modo consequente, em face de tal contexto, não mais se viu que o cidadão poderia atingir um patamar mínimo de dignidade sem uma intervenção estatal, seja indiretamente, com intervenções na política econômica, seja diretamente com investimentos em meios de subsistência do próprio indivíduo como o atendimento à educação e à saúde. É nesse sentido que se constata a origem do que pode se chamar de direitos de segunda geração, aqueles que não estabelecem limites de interferência, mas sim, um dever de agir do Estado para garantia de direitos. Assim, direitos fundamentais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana passam a ter uma significativa importância. E nesse contexto, se verifica como maior exemplo da referida mudança de paradigma a Declaração Universal dos Direitos Humanos (LEÃO, 2017. p. 57).

Os direitos de primeira e segunda geração possuem pressupostos distintos. Neste renovado constitucionalismo, não se pode inferir um conflito, mas complementaridade. Deste modo, é falsa a premissa de que a igualdade e a liberdade não poderiam “conviver” de forma plena ao mesmo tempo; para melhor esclarecimento, seria impossível garantir a igualdade sem que se interfira na liberdade de outros cidadãos. Isto porque não se pode atingir a liberdade em uma sociedade desigual; como recíproca, não há igualdade sem a garantia da liberdade.

Importante salientar, ainda, que os direitos fundamentais sociais contemplam uma *posição estatal negativa e também positiva* como condição para sua eficácia (SARLET; FIGUEIREDO, 2008 p. 14-15).

As políticas públicas nascem diante desse novo contexto de Estado no qual este passa a ter o dever prestacional de modo a construir, prover, os meios necessários para o indivíduo ter como garantidos os seus direitos fundamentais, como anteriormente constatado.

Deste modo, inicialmente, destaca-se o elemento nuclear da análise de políticas públicas: *escolha* do administrador público, ou seja, o estudo de uma política pública será diante de como se dá tal escolha, quais os critérios para que se adote uma opção sob a outra, diante de quais circunstâncias as escolhas devem ser feitas e quais os resultados que essas decisões terão ou tiveram sob os sujeitos que devem ou deveriam ser atingidos por tal política. Possível, ainda, a análise das omissões, seja do legislador ou do administrador público. A partir do momento em que se tem uma “escolha” o agente político estará optando por um “não agir”, direta ou indiretamente, devido a inúmeras circunstâncias, de sorte que esta omissão terá implicações jurídicas futuras ou não.

Diante de tal circunstância é que Vanice Lírio do Vale (2016, p. 35) passa a analisar as políticas públicas sob a ótica de dois pilares fundamentais: a *multiplicidade* e a *continuidade*. Multiplicidade no sentido de que são múltiplas as escolhas no planejamento de uma

política pública bem como também são múltiplas as áreas da sociedade que estas atingirão e conseqüentemente as áreas de conhecimento necessárias para a análise das políticas. Continuidade se qualifica no sentido de que as políticas públicas inevitavelmente necessitarão de uma perspectiva temporal voltada ao futuro, seja esta breve ou a um longo prazo.

Nesse sentido, ambas características são, especialmente, de grande relevância para uma análise das políticas públicas de saúde, visto que estas devem abranger tanto as necessidades mediatas como as imediatas do cidadão. Como exemplo, o indivíduo tanto pode necessitar de atendimento urgente, como também precisar ser submetido a um tratamento extensivo que, inclusive, poderá durar toda sua vida, tendo o Estado o dever de estar preparado para todas as situações. No caso da multiplicidade, diante do atendimento integral e universal estabelecido pela Constituição (art. 196), as políticas públicas de saúde deverão atingir toda a sociedade. Contudo, se faz a ressalva da real possibilidade de concretização desta universalidade e quais implicações essa não concretização traz perante o princípio da igualdade, conforme será abordado em capítulo ulterior.

As políticas públicas têm um desenvolvimento teórico-acadêmico relativamente recente, não obstante a grande gama de estudos quanto ao tema. Estes estudos decorrem da necessidade de se estabelecer um sistema metodológico básico para lidar com a realização das ações públicas. Sendo assim, tem-se a sucessão dos seguintes procedimentos: (1) reconhecimento do problema; (2) formação de uma agenda, ou seja, a apresentação do problema e a escolha das prioridades; (3) formulação da política em si, com a definição dos meios para tratamento do problema será tratado; (4) definição de estratégia pelo agente político, que escolherá o melhor meio para executar a política pública; (5) implementação da política pública e, finalmente, (6) avaliação dos resultados das políticas implementadas. (THEODOULOU, 2005. p 86-97)

Contudo, a implementação desses “passos” para a realização das políticas públicas não necessariamente implica no seu sucesso, como se constata no Brasil. Com a expansão da judicialização das políticas públicas, em especial das voltadas à garantia da saúde, os operadores do direito se deparam com a discussão de três questões jurídicas básicas, intrinsecamente relacionadas aos diversos aspectos dos procedimentos das políticas públicas: mínimo existencial, reserva do possível e eficiência.

3 Mínimo existencial, princípio da eficiência e reserva do possível: aspectos jurídicos da formação das políticas públicas de saúde

Tomando como base novamente o contexto histórico em que se tem uma maior participação do Estado como promovedor dos direitos, sobretudo os de segunda geração (também denominados sociais), inevitável chegar a um questionamento: qual seria a garantia mínima que se poderia proporcionar ao cidadão de modo que não aflija sua dignidade? A partir dessa premissa que, primeiramente, na Alemanha, surgiram as construções teóricas em torno da garantia do “mínimo existencial”.

O maior desafio teórico presente não é definir a existência de tal garantia. No caso brasileiro, ainda que não esteja expressamente definida no texto constitucional, na previsão do próprio direito à saúde constam expressões como: “direito de todos e dever do Estado” no *caput* do art. 196 (BRASIL, 1988), o que afasta qualquer dúvida sobre a imperatividade do direito.

Complexa, contudo, é a definição do seu conteúdo, na formulação do mínimo a ser garantido ao cidadão pelo estado. Diante deste questionamento, toma-se como base três direitos fundamentais: o direito a vida, a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Com isso, inevitável chegar à conclusão de que o direito a saúde é parte da garantia de um mínimo existencial, eis que nada mais é do que a proteção da vida e dignidade do cidadão:

(...) Nesse sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade - onde a todos e qualquer um estiver garantida nem mais nem menos do que uma vida saudável. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008. p. 24)

Porém, a garantia de uma vida saudável, como qualquer prestação estatal planejada, gera custos. Por isso, as construções do direito financeiro, econômico e até tributário são necessários para o estudo das políticas públicas de saúde. Para a máxima garantia do direito à saúde, é necessária a busca da melhor distribuição de gastos possível, extraindo-se a maior efetivação do direito. Esta lógica, vinda da economia, associada às construções do direito administrativo, como o princípio da boa administração, materializou-se na Emenda Constitucional 19/98, que inseriu a eficiência entre os princípios vetores da Administração Brasileira.

A despeito da expressão previsão constitucional, a origem econômica da eficiência, afastada de cânones estritamente jurídicos, traz dificuldades para sua aplicação (TIMM, 2008. p. 58-59). Assim, a busca da melhor relação custo-benefício como princípio norteador do direito administrativo não estará amparada nas relações de livre mercado, mas nos ditames da estrita legalidade. Sua positivação afasta a ideia de que o princípio da eficiência estaria “simplificando” uma relação jurídica, moldando-a à lógica de mercado baseada na busca do lucro.

Tal princípio toma significativa importância quando se está tratando de políticas públicas de saúde, visto que a garantia da saúde está ligada diretamente a garantia do mínimo existencial. No momento em que se tem uma administração ineficiente dos recursos de saúde, é inevitável que, o cidadão que dependa da prestação do Estado, tenha sua garantia mínima à saúde violada.

Contudo, o administrador público - por estar diante de recursos limitados - deverá escolher as prioridades a serem objetivadas, também chamadas de “escolhas trágicas”, no sentido de

que a possível escolha de prioridades poderá prejudicar alguns grupos. É nesse contexto que se tem a questão da “reserva do possível” estabelecida. Basicamente, nessa construção teórica alega-se impossibilidade, por maior que sejam os esforços do administrador, de garantir a atenção do Estado a todos. Essa teoria também foi construída na Alemanha, em caso marcante no qual um aluno exigia a sua entrada em uma universidade pública da Baviera quando todas as vagas disponíveis já estavam preenchidas³.

É importante distinguir reserva do possível *fática* e *jurídica*. A primeira seria quanto a impossibilidade fática de realizar a pretensão do cidadão, como em um caso em que o paciente necessita de um transplante de fígado mas não há no banco de órgãos um fígado compatível para ele. O presente artigo refere-se à versão jurídica da reserva do possível, quando o fator impeditivo da Administração realizar o direito decorre da escassez de recursos.

4 Intervenção judicial nas políticas públicas de saúde: linhas gerais do debate jurídico

Fixadas as linhas gerais das políticas públicas e dos seus princípios norteadores, importante traçar o contexto da judicialização da saúde no Brasil, processo que se intensifica exponencialmente. Com efeito, os gastos com os processos judiciais referentes à saúde chegaram a 1 bilhão de reais em 2015, segundo auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2017), o que denota uma ativa postura Poder Judiciário na análise das controvérsias referentes ao atendimento médico – sobretudo medicamentos - provindo do Estado.

³ Trata-se de ação judicial analisada pelo Tribunal Constitucional Alemão, no qual analisou a possibilidade ingresso de aluno no curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e da Baviera. Na citada decisão julgada em 18/07/1972, BVERFGE 33, 303, ficou verificada a impossibilidade da exigência por parte do indivíduo em face da coletividade, além das questões de impossibilidade orçamentária. (FARIAS, 2017, p. 96)

Cabe ressaltar que, sem prejuízo das peculiaridades e diferenças das demandas judiciais específicas, é possível isolar discussões comuns às diversas ações.

Preliminarmente, discute-se a legitimidade do poder judiciário de interferir nas políticas públicas, pois estas têm como elemento nuclear a escolha do Administrador público, sendo este eleito democraticamente pelo sufrágio. Em contrapartida, a atuação judicial encontraria amparo na própria Constituição, pela garantia do princípio do acesso à justiça, mas também renovada versão da separação e independência dos poderes, que contempla este papel ativo dos tribunais. (FARIAS, 2017, p. 46-56) Assim, o cidadão, ao ter seu direito violado pela má implementação de uma política pública ou até pela inexistência de uma, poderá pleitear seu direito perante o judiciário. Igualmente, o judiciário, diante do caso concreto, deve decidir a lide nos moldes dos poderes que lhe foram constitucionalmente atribuídos.

No entanto, a busca por uma solução dentro de uma lide envolvendo o direito a saúde não é, e nem pode ser simples.

Feita esta breve constatação, o que primeiro se coloca é da possibilidade de existir tanto demandas coletivas como individuais nos casos de judicialização da saúde. Inevitável estabelecer aqui uma preferência quanto às ações coletivas no sentido de dar a maior efetividade do direito à saúde, considerando que a decisão judicial afetará toda uma coletividade. A opção por este meio afastaria discussões quanto ao privilégio de grupos que tem maior possibilidade de acesso à justiça.

Nas ações individuais, defende-se a efetiva comprovação da hipossuficiência do autor da demanda, diante da garantia universal da saúde prevista na Constituição e na Lei. 8.080/90 (Lei Instituidora do Sistema Único de Saúde - SUS). Do mesmo modo, a comprovação de hipossuficiência não é uma questão consolidada na jurisprudência. Os que optam por uma aplicação mais abrangente do princípio da universalidade normalmente não se dão o trabalho de estabelecer uma dilação probatória para concluir que o Autor da

demanda realmente necessita da assistência financeira do Estado. (ARAUJO; LÓPES; JUNQUEIRA, 2016, p. 184 e 185)

Importante notar que os tribunais brasileiros em geral – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – rechaçam a simples alegação genérica do princípio da reserva do possível como argumento para a desobrigação do Estado promover o mínimo existencial, principalmente com relação à prestação médico-hospitalar, tendo como exemplo maior o ARE (Recurso Extraordinário com Agravo) 727864 cujo entendimento da corte basicamente ficou sedimentado nesse sentido, com o voto do Relator Ministro Celso de Melo seguido por unanimidade. (BRASIL, 2014).

Entretanto, há outra posição no sentido de que para o tratamento requisitado, o *status* de pobreza no sentido da real impossibilidade de garantir o tratamento por recursos próprios é imprescindível. Tal conclusão se baseia a partir de noções do princípio da igualdade, visto que há possibilidade de privilegiar um indivíduo que menos precisa do Estado, sob uma toda coletividade que possa estar em um maior estado de necessidade. (ARAUJO; LÓPES; JUNQUEIRA, 2016, p. 185) Ainda, se inclui o princípio da solidariedade previsto no art. 3º, I, da CRFB (BRASIL, 1988), pois justificativas no sentido de que o regular pagamento dos tributos justifica por inteiro a demanda judicial são descartados.

Considerando que os recursos para aplicação das políticas públicas de saúde são limitados, estabelecer prioridades para o gasto dos recursos é inevitável. Defende-se, neste sentido, a prioridade para os indivíduos de classes menos favorecidas, especialmente dentro do contexto nacional de grande desigualdade; ao revés, posição no sentido contrário infringiria o próprio princípio da igualdade e inviabilizaria a realização de ações no âmbito do SUS (ARAUJO; LÓPES; JUNQUEIRA, 2016, p. 200).

Outro ponto importante nas decisões judiciais se dá a partir da interpretação do princípio da integralidade, expressamente disposto no art. 7º, II da Lei 8.080/90:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;(...) (BRASIL, 1990)

O que se vem verificando é que referido princípio vem sendo interpretado no sentido de que as ações de serviços de saúde estariam sujeitas a qualquer meio de atendimento, o enseja decisões concessivas de tratamentos não autorizados pelo SUS e o fornecimento de medicamentos não regularizados pelo órgão responsável – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Em sentido contrário, o que se tem com a implementação da integralidade é um direcionamento para o SUS na promoção e recuperação da saúde estabelecida por tecnologias alicerçadas pela Medicina Baseada em Evidências, exigência da Lei 8.080/90, que determina que a utilização de qualquer tratamento médico passe por testes e regularização para a sua utilização

Importa destacar que a esmagadora maioria das ações judiciais possuem pedidos de tutela de urgência, de sorte que, muitas das vezes, o juiz se vê “obrigado” a atender o pedido sob pena de infringir gravemente a dignidade ou até a própria vida do cidadão. Contudo, as noções de eficácia plena dos direitos fundamentais não podem ser confundidas com a automática concessão do direito em pedido liminar, bem como é imprescindível a comprovação da verdadeira violação ao mínimo existencial ao caso concreto. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 44). Tem-se, portanto, a relevância de uma análise criteriosa, ainda que em sede de liminar, para atender à linhas gerais do sistema.

Considerando a execução do direito no contexto de uma política pública, outro ponto de suma importância para a análise

definitiva de mérito é consideração das medidas administrativas em curso com vistas ao atendimento da demanda pleiteada. Como denomina Vanice Regina Lírio do Vale (2016, p. 176-178), a *autovinculação* da Administração Pública. Conforme a autora, as decisões judiciais se tornariam mais simples, eis que caberia ao juízo determinar o cumprimento de providência que a própria administração se comprometeu a tomar, seguindo assim os próprios ditames da política existente.

5 Conclusões

Diante do exposto, num quadro de intensa judicialização da saúde pública no Brasil, tem-se a premência de discussão e apresentação de soluções administrativas para a melhora dos diversos aspectos desta política pública, no sentido de um melhor estudo e planejamento das ações propostas, sempre buscando a maior eficiência, para efetivação deste direito. Certamente, contemplando-se a real questão da impossibilidade de atendimento a toda e qualquer pretensão, em virtude das limitações orçamentárias do estado e demais restrições fáticas.

No caso do Poder Judiciário, instado a interferir e assegurar o direito no caso concreto, compete-lhe uma análise minuciosa, com a verificação das peculiaridades da situação trazida à apreciação. Deste modo, viabiliza-se a tomada da decisão que satisfaça a garantia do mínimo existencial do indivíduo e – ao mesmo tempo – não seja tão onerosa para a Administração. Do contrário, prejudica-se toda a coletividade e redunda-se na própria ineficiência das políticas públicas, considerando o deslocamento e remanejamento de recursos para ações não prioritárias.

Importante, neste sentido, incentivar a cooperação entre poderes, principalmente Judiciário e Executivo, com o estabelecimento de ações conjuntas, no sentido de implementar planos de ação para enfrentar as crescentes demandas de saúde. Deste modo, o Judiciário não prejudicaria a implementação das

políticas públicas com o deslocamento dos recursos para solução das demandas; a Administração, com uma atuação mais efetiva, evitaria a excessiva judicialização.

Referências

ARAUJO, Cynthia Pereira; LÓPEZ, Éder Maurício Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. **Judicialização da saúde: saúde pública e outras questões**, 1 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

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

BRASIL. **Lei n. 8.080**, de 19 de set. de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, Brasília, DF, set. 1990.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 727864/PR. Relator(a) Min. Celso de Melo, Segunda Turma. DJ: 04/11/2014. Portal STF. 2014. Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ARE&numero=727864&origem=AP>>. Acesso em 26 fev. 2018.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Recurso de Auditoria RA: 00925320157, Relator: Min. Bruno Dantas, DJ: 16/08/2017, Jus Brasil. 2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisa/jurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 26 fev. 2018.

FARIAS, Márcio de Almeida. **Judicialização da saúde: doutrina e jurisprudência**, 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEÃO, Lidiane Nascimento. **Direito à saúde e políticas públicas**, 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência administrativa e ativismo judicial**, 1. ed. Curitiba: Íthala, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

THEODOULOU, Stella Z. How public policy is made. In: THEODOULOU, Stella Z; CAHN, Matthew A. **Public policy the essencial readings**. Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**, 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

O sindicato como protagonista das relações coletivas

Juliana Teixeira Esteves¹

Amaro Clementino Pessoa²

Introdução

O sindicato dá mobilidade aos entes coletivos. As categorias para agirem nas relações coletivas, o fazem mediante o sindicato da classe.

No sistema organizacional brasileiro, o sindicato figura como o único e legítimo representante da categoria de classe.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 8º, inciso III, *in verbis* menciona: “III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”³.

Ademais, o sindicato figura como legítimo protagonista representante da categoria na produção dos negócios jurídicos

¹ Professora Adjunta de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito do Recife/UFPE, doutora em neoconstitucionalismo e mestre em ciência política pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogada trabalhista

² Professor de Direito do trabalho da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Mestre em Direito. Advogado trabalhista

³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2012.

coletivos, seja no modelo autocompositivo, heterocompositivo e na autodefesa, visto que a greve só será deflagrada com autorização do órgão máximo do sindicato que é a Assembleia geral, segundo o artigo 4º da Lei nº 7.783/89 de junho de 1989.

Criação, conceito e natureza do sindicato

O surgimento dos sindicatos confunde-se com a própria origem do direito coletivo. A coalizão dos proletários, a mera união dos operários era vedada no liberalismo clássico. A coalizão foi uma conquista da classe operária que juntamente com a paralisação coletiva e temporária, redundou na queda do liberalismo clássico com as suas facetas de maldade e fez eclodir as primeiras normas mínimas de proteção ao trabalho, o que se passou a denominar de direito do trabalho.

No Brasil, a característica do sistema sindical nasceu e continua indiretamente preso aos grilhões do Estado. A história indica que o sindicalismo pátrio nasceu sobre a égide do autoritarismo estatal, em detrimento do sindicato livre, autônomo e independente, exatamente como afirma Vito Giannotti:

Até a ascensão da era Vargas, existiam muitos sindicatos de tendência anarquista e comunista. Sua forma de organização era livre, decidida pelos associados. A função desses sindicatos era lutar pelos interesses dos trabalhadores contra seus inimigos de classe, os patrões. As lutas eram decididas pelos trabalhadores. Até aquela época, no Brasil o sindicalismo era livre mesmo que tenha sido sempre reprimido pela polícia, a serviço dos patrões. Livre para decidir suas lutas e suas formas de organização. A partir da era Vargas, esses sindicatos são obrigados a desaparecer e, em seu lugar, nasce um outro sindicalismo. Um sindicalismo que esquece a luta de classes e, mais ainda, o conceito de classes sociais. Não haveria mais patrão de um lado e operário do outro. Agora seriam

o ‘empregado’ e o ‘empregador’. Duas palavras quase idênticas. Só um pequeno ‘r’ de diferença⁴.

O direito positivo brasileiro não conceitua o sindicato. Os fragmentos conceituais presentes no artigo 511 do texto consolidado, apenas sugerem uma entidade coletiva na defesa dos interesses de patões e empregados. Cabe a doutrina trabalhar o conceito de sindicato.

Orlando Gomes, entende que o sindicato:

É o agrupamento estável de membros de uma profissão destinado a assegurar a defesa e representação da respectiva profissão para melhorar as condições de trabalho. O sindicato patronal congrega os empregadores com a finalidade de defender seus interesses econômicos⁵.

Para Sayão Romita:

Sindicato é espécie do gênero associação. O sindicato se caracteriza pelos objetivos, isto é pelos fins que procura alcançar. Todo sindicato é uma é uma associação cuja finalidade consiste na defesa dos interesses de classe que representa, quer morais, quer econômicos⁶.

E acrescenta Sergio Martins, “sindicato é associação de pessoas físicas ou jurídicas que têm atividades econômicas ou profissionais, visando à defesa dos interesses coletivos coletivos e individuais de seus membros ou categoria”⁷.

⁴GIANNOTTI, Vito. **História das Lutas dos trabalhadores no Brasil**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007. p. 131. E acrescenta: BARROSO, Fábio Túlio. **Neocorporativismo e concentração social**: análise político-jurídica das atuais relações coletivas de trabalho no Brasil. Recife: Universitária da UFPE, 2010. p. 35. Sustenta que: “o sistema sindical brasileiro se organizou historicamente graças à mão intervencionista do Estado. Pode-se afirmar que a cultura sindical do país está pautada em um atrelamento aos desígnios do poder público para com a atividade sindical”.

⁵GOMES, Orlando. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1986. p. 166.

⁶ROMITA, Arion Sayão. **Direito sindical brasileiro**. Rio de Janeiro: Brasília, 1976. p. 21.

⁷MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 731.

Para nós, o sindicato pode ser conceituado como uma pessoa jurídica de direito privado, que na qualidade de entidade representativa de primeiro, segundo e terceiro grau que tem como objetivo a defesa individual ou coletiva da categoria profissional ou econômica.

Quanto à natureza jurídica, os sindicatos podem ser analisados de duas formas. Uma clássica, que a remete para o velho corporativismo italiano que suprimiu do sindicato a liberdade, a independência e a representatividade, pois este se confundia com o próprio Estado, que concedia, inclusive, autorização expressa para sua criação, podendo, a qualquer momento cassá-la. Assim, a natureza jurídica do sindicato era de pessoa de direito público, porquanto era a extensão do próprio Estado.

Inicialmente, cabe explicar que a natureza jurídica do sindicato obedece a uma variante posta num determinado sistema jurídico em que o mesmo se insere.

Nos países totalitários, àqueles onde reina o império e a vontade de um governo unilateral e antidemocrático, os sindicatos possuem natureza de pessoa jurídica de direito público porque integra o próprio Estado.

O direito brasileiro conservou esta natureza na Constituição Federal de 1937 até o texto constitucional de promulgado em Outubro de 1988. O Sindicato era criado pelo Estado, por ele gerido e fiscalizado, como bem explica Vito Giannotti:

Vargas também começou a legalizar o funcionamento dos sindicatos. Aparentemente tratava-se de uma abertura para a liberdade dos sindicatos que anteriormente sempre tinham sido reprimidos. Na prática essa liberdade concedida para os sindicatos dependia de uma condição: que fossem sindicatos oficiais, de acordo com as normas ditadas pelo governo, ou seja, os sindicatos deveriam ser totalmente controlados pelo Ministério do Trabalho⁸.

⁸GIANNOTTI, Vito. **História das lutas dos trabalhadores no Brasil**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007. p. 130.

Neste contexto, é coerente que o sindicato uma vez dominado pelos grilhões do Estado, baseado no corporativismo de Mussolini, possuísse uma natureza de pessoa jurídica de direito.

Hodiernamente, sob os efeitos de uma relativa liberdade sindical, o inciso I do artigo 8º da Constituição Federal, veda ao poder público a interferência e intervenção na organização sindical. Assim, pode-se afirmar que o sindicato possui natureza de pessoa jurídica de direito privado, posto que se sujeita aos cumprimentos das formalidades do artigo 45 do Código Civil Brasileiro, para efeito de criar e adquirir personalidade jurídica, tal como nas demais pessoas jurídicas.

Isto posto, no direito brasileiro, bem como nos sistemas jurídicos fundamentados na democracia, o sindicato possui natureza jurídica de direito privado por não sofrerem mais quaisquer interferência do Estado, seja na sua criação, seja na sua gestão, seja na sua atuação no mundo do trabalho.

Funções

Inicialmente, a função clássica do sindicato é representar a categoria profissional ou econômica, respectivamente, defendendo seus interesses.

A doutrina brasileira não é uniforme quanto às funções do sindicato. Barbosa Garcia menciona quatro:

- a) representação (art. 513 da CLT); b) substituição processual (art. 8º Constituição Federal); c) Negociação Coletiva (art. 7º, inciso XXVI e 8º, inciso VI da Constituição Federal e; d) Assistencial (art. 514, b e d e 477, parágrafo primeiro, 500 da CLT)⁹.
- b)

⁹GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 832.

Ademais, a função política é voltada para a costura de atuação dos sindicatos a partir do momento em que o mesmo funciona como órgão construtor da norma jurídica. O diálogo com os interlocutores na formação desse processo manifesta-se num processo eminentemente político, o que não se confunde, necessariamente, com atividade política partidária.

A função negocial insere-se na sua mais óbvia função, pois, valendo-se dos poderes representativos, tem o dever e a obrigação de participar nas fases e nos procedimentos da construção da norma coletiva.

O princípio da liberdade sindical: a necessidade da reeleitura do inciso II do artigo 8º da Constituição Federal

O assunto liberdade sindical é tratado como princípio. Barbosa Garcia, leciona que: “é princípio fundamental de toda organização sindical da atualidade, pautada pela democracia nas relações coletivas de trabalho”¹⁰.

A questão é tão necessária ao sindicalismo que está fundamentada em diplomas internacionais, que coloca confere a status e expressão máxima dos direitos humanos. Tanto assim que a na raiz do inciso II do artigo 8º da Constituição Federal, encontra-se o esteio jurídico baseado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que garantiu a liberdade aos sindicatos para agir na proteção de interesses dos trabalhadores.

No plano internacional, ainda está cristalizada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ambos promulgados em 1966, pela Convenção Americana de Direitos Humanos e ainda pela Convenção nº 87 da OIT, que diferente dos demais, ainda não foi incorporada ao sistema legal brasileiro, haja vista não ter sido ratificada.

¹⁰GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Médoto, 2007. p. 803.

A liberdade sindical encontra seu fundamento nos instrumentos internacionais porque recomenda o sindicato livre, independente do Estado, rompendo com a concepção clássica originária do sindicalismo de Estado ou sindicalismo assistencialista, cuja função consiste em propiciar atitudes e políticas que não representem a luta pelas conquistas sociais dos trabalhadores.

O sindicato era um mero colaborador do Estado e objetivava, tão somente, para o desenvolvimento de políticas voltadas para a assistência social tais como jurídica, saúde, educação e lazer, papel que desvirtua a origem do sindicalismo representativo, autônomo e independente.

Yone Frediani citando o mencionado por Cássio Mesquita Barros, aponta que a liberdade sindical poderá ser analisada sob múltiplos aspectos, dentre os quais seleciona três:

- a) liberdade sindical individual, atribuída a toda pessoa física e que corresponde ao direito de cada trabalhador tem de associar-se a sindicato e de nele permanecer ou do mesmo retirar-se quando entender oportuno; b) Liberdade sindical coletiva, conferida ao sindicato, implicando no direito de representação da categoria profissional, econômica ou diferenciada nas inúmeras atribuições que lhes são próprias e materializadas através da negociação coletiva, ajuizamento de dissídio coletivo e deflagração de greve, entre outras; c) liberdade sindical institucional e que corresponde ao direito de organização da entidade sem quaisquer interferências ou autorização do poder público para seu reconhecimento, também denominada autonomia sindical, que concebe o sindicato como senhor de suas deliberações, sem interferências de forças estranhas¹¹.

Com efeito, prescreve o artigo 8º, incisos I e II da Constituição Federal:

¹¹BARROS, Cássio Mesquita *apud* FREDIANI, Yoni. Liberdade Sindical. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, nº 114, 2004. p. 154.

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município¹².

A simples leitura literal do texto constitucional aponta para uma libertação dos grilhões do Estado na criação do sindicato. Sem sombra de dúvidas, o constituinte originário, sob a influência da ordem internacional, libertou o processo criativo formal dos sindicatos das amarras e égide do Estado, posto que expressamente determinou, no *caput* do artigo 8º da Constituição Federal que o Estado não poderia mais intervir ou conceder autorização para a criação do sindicato. De certa forma, houve significativa mas não plena progressão na aplicação do princípio internacional da Liberdade sindical no direito brasileiro.

De fato, quanto à criação do sindicato, a liberdade sindical parece incontestes, haja vista a ausência expressa da autorização estatal para tal fim. Tanto assim que, como já analisado acima, após o Diploma promulgado em outubro de 1988, os sindicatos passaram a ter natureza jurídica de direito privado, sujeitando, inclusive, às formalidades do artigo 45 do Código Civil, tal como as demais pessoas coletivas.

Contudo, a fora essa regra, a liberdade sindical, é limitada do direito brasileiro, para não dizer tosa.

Os incisos II e IV do artigo 8º da Lei Maior, conservou o princípio da unicidade sindical e o imposto sindical que visa a manutenção do sistema confederativo, dando-lhe um nova

¹²BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2012.

roupagem, um novo rótulo, “contribuição confederativa”. Contraditório, haja vista que, tal “contribuição”, como inserido no texto constitucional, é imposto à luz do artigo 3º do Código Tributário Nacional.

Com efeito, o constituinte, travando a liberdade sindical, limitou a criação de mais de uma entidade representativa da mesma categoria na mesma base territorial. Mero mecanismo de controle do Estado praticado no sindicalismo corporativista italiano. Este sistema é contrário a recomendação da Convenção nº 87, da Organização Internacional do Trabalho, máxime quando confere liberdade, no plano individual, para o trabalhador filiar-se, livremente, por sua própria escolha, ao sindicato que lhe convier.

Convém, assinalar a fragilidade da liberdade sindical brasileira, ainda quando da imposição do registro do sindicato no “órgão competente”, entenda-se, Ministério do Trabalho e Emprego, órgão de Estado, sob pena do mesmo não possuir legitimidade para agir na defesa da sua categoria, conforme prescreve a Súmula nº 677 do Supremo Tribunal Federal: “Até que a lei venha dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade”¹³.

Ora, tal exigência cria uma situação jurídica incapaz de enquadrar-se no sistema jurídico pátrio: a pessoa jurídica de direito privado já possui personalidade jurídica própria, mas restará impedida de atuar no mundo sindical mediante a recusa do registro no órgão de Estado. Assim, sendo, há ou não interferência do Estado na criação do sindicato?

Com se vê, existe restrição no plano individual quando ao empregado é vedada a livre escolha de associação, ante a prevalência da unicidade; a imposição do imposto sindical como forma de custear e manter o sistema confederativo e, no plano da criação, o

¹³BRASIL. Súmula do Supremo Tribunal Federal. **Vade mecum**. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 1108.

sindicato está sujeito sim ao crivo do Estado quando sujeito, para efeito de funcionamento, ao registro sindical.

Neste cenário restritivo de plenitude libertária ao sindicato, assevera Fábio Túlio que:

Se for dada uma interpretação inflexível, em que a única forma de liberdade sindical é a presente na Convenção nº 87 da OIT, então o Brasil não possui liberdade sindical, pois seu modelo complexo não respeita totalmente as normas emanadas deste diploma internacional¹⁴.

Também neste mesmo sentido, Yone Frediani arremata:

Do quanto exposto, não é preciso grande esforço para constatar-se que o sistema pátrio adotado, viola frontalmente o princípio de liberdade sindical, exceto quanto aos aspectos coletivos, eis que prestigia a negociação coletiva, a instauração de dissídio e a deflagração da greve, consideradas universalmente como expressão máxima da liberdade sindical¹⁵.

Barroso e Frediani, neste contexto, parecem apontar, com coerência, para uma situação bastante óbvia no direito brasileiro: liberdade sindical inexiste na sua plenitude. Melhor seria reconhecer a coerência da Declaração III da Carta Del Lavoro, ao regulamentar a organização sindical italiana:

A organização sindical ou profissional é livre. Mas só é sindicato legalmente reconhecido submetido ao controle do Estado tem o direito de representar legalmente toda a categoria de empregadores ou de trabalhadores para a qual é constituído; de defender os interesses dessa categoria perante o Estado e as outras associações profissionais; de celebrar contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os integrantes da categoria

¹⁴BARROSO, Fábio Túlio. **Manual de direito coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2010. p. 84.

¹⁵FREDIANI, Yoni. Liberdade Sindical. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, nº 114, 2004. p. 155.

impor-lhes contribuições e exercer, relativamente a eles, funções delegadas de interesse público¹⁶.

Finalmente, ainda neste sentido, arremata Everaldo Gaspar:

Ora, se a Constituição de 88 quis exorcizar a presença do Estado na organização sindical, ao recepcionar taxativamente a liberdade, a não interferência e a não intervenção, exigir o registro no órgão competente – e como a própria Constituição reconhece: enquanto interferência e intervenção – passa ela mesma a instaurar uma flagrante antinomia, pois segundo a lógica maior de Aristóteles, uma coisa não pode deixar de ser, ao mesmo tempo e so o mesmo aspecto. Logo, ou existem as liberdades de organização e de funcionamento, que implicam necessariamente em não interferência e em não intervenção ou cai por terra estas liberdades, na medida em que condiciona a vida sindical àquele registro. É preciso reafirmar: quem o inclui no contexto das expressões interferência e intervenção não é este interprete, é a Constituição de 88. Por isso, não pode haver jamais liberdade sindical, com interferência e intervenção do Estado¹⁷.

Assim pelo exposto a doutrina da liberdade sindical brasileira configura-se no instituto frágil, para não dizer incoerente com a liberdade sindical recomendada pela organização Internacional do Trabalho, o que, consequentemente, deságua na representatividade do sindicato perante a sua categoria. A consequência disso, sem dúvidas, resulta na interferência do Estado ao controlar a organização sindical contribuindo dessa forma para a criação de instrumentos normativos de conteúdo frágil e de avanço questionável na criação de direitos e de condições de trabalho para a classe mais fraca.

¹⁶TRENTO, Ângelo. *Do outro lado do Atlântico um século de imigração italiana no Brasil*. São Paulo: Nobel, Instituto di cultura Italiana, 1988.

¹⁷ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. As Antinomias do artigo 8º. Da Constituição Federal. Um contraponto à doutrina dominante. *Revista do TRT 8ª Região*. Belém, v. 44, n. 86, 2011. p. 1445.

A crise do direito material contemporâneo e do sindicalismo representativo

A crise no direito individual passa pela redução das conquistas sociais minimamente contextualizadas no sistema jurídico. É a propalada e já fartamente dissecada flexibilização do direito do trabalho ou, redução dos direitos sociais.

Ainda que de forma sucinta, há que se fazer uma análise do Direito do Trabalho à luz do contexto histórico, pois não há compreensão do fenômeno jurídico que não preceda da informação histórica.

História e Direito constituem-se em saberes distintos quanto aos seus respectivos objetos - um informa e o outro dita a regra de conduta -, mas ambos se completam na essência.

O processo histórico de formação do Direito Laboral, passa necessariamente pelas conquistas da classe operária na revolução industrial em meados do século XVI.

Esta máxima por si só não é capaz de revelar o seu significado histórico, pois antes da existência de uma norma reguladora, em plena vigência do liberalismo de Adam Smith, havia um quadro desolador na relação entre capital e o trabalho: Jornada de trabalho desumana, exploração da mão de obra infantil, juvenil e feminino, além de remuneração pífia sob condições insalubres de trabalho. Tal quadro sobrevivera à luz do pensamento liberal: O Estado não deveria intervir nessas injustiças em respeito a existência de um contrato celebrado ente as partes, ainda que nocivo fosse à dignidade do contratante. Prevalecera a livre concorrência e o *laissez faire*¹⁸.

O pensamento econômico de Adam Smith, em sua clássica obra intitulada de A Riqueza das Nações, se constitui no pano de

¹⁸ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Teoria geral do estado**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 52.

fundo do liberalismo clássico e o colocou como mentor do sistema reinante¹⁹.

Foram os fundamentos teóricos constantes na Doutrina Social da Igreja em 1890, através da Encíclica *Rerum Novarum* e nos escritos de Karl Marx e Engels, em 1948, no Manifesto Comunista que, felizmente, fizeram sucumbir os ideais liberais de Smith, e dando gênese as primeiras leis de proteção ao trabalho, regulamentando o trabalho da mulher, a jornada de trabalho e propiciando de uma forma geral, melhores condições para o exercício da mão de obra remunerada, contínua e subordinada.

Uma vez positivada, a norma trabalhista ganhou, posteriormente, o *status* constitucional inaugurado pela Constituição de Weimar e o *status* internacional através da Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, cuja atividade consiste na produção normativa de normas protetoras, tratados multilaterais de amplitude supraestatal, celebrados no âmbito da entidade e os respectivos estados membros. Daí por diante, assiste-se uma verdadeira multiplicação das leis sociais-trabalhistas em diversos países mundo, sobretudo àqueles formalmente regidos pelo Estado Democrático de Direito.

Nasce, assim, o Direito do Trabalho como sendo um ramo do direito voltado para a proteção do trabalhador diante do poderio econômico do empregador, pois essa relação sempre trará uma desigualdade econômica seja num plano individual ou coletivo.

A positivação das relações trabalhistas será, então, o vetor de equilíbrio capaz de propiciar ao hipossuficiente as condições humanas para a prestação da mão de obra.

Hodiernamente, o papel protetor do Direito do Trabalho como vetor de equilíbrio na relação capital/trabalho vem sendo cada vez mais questionado na perspectiva do pensamento globalizante.

¹⁹O'ROUKER, P. J. **A riqueza das nações de Adam Smith**: uma biografia. Tradução, Roberto Franco Valente. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 23.

Com efeito, será que os princípios protetores do “velho” Direito Laboral resistirão ante ao fenômeno da terceira revolução industrial? Será que o discurso da globalização econômica e o seu braço operacional intitulada de flexibilização são instrumentos compatíveis com os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados? Reflitamos, abaixo, procurando desmistificar alguns sofismas presentes no discurso flexibilizatório.

Com a extinção da União Soviética e a existência de uma única força econômica no mundo, os Estados Unidos da América, o capitalismo tornou-se absoluto, ditando um novo modelo econômico, onde prevalecesse em primeiro lugar o lucro, em segundo lugar o lucro e em terceiro lugar, também o lucro, porque seus fundamentos assentara-se na recém-inaugurada economia de mercado, como resumidamente explica Elaine Nasif:

Além da queda do muro, nos anos 90, houve um conjunto de conclusões de economistas do FMI, do BIRD e do Tesouro dos Estados Unidos, a partir de reuniões realizadas em Washington D. C., denominado Consenso de Washington. Desse conjunto saíram recomendações para que os países em desenvolvimento adotassem políticas de abertura de seus mercados e implantassem o ‘Estado mínimo’, privatizando as atividades produtivas e reduzindo ao mínimo as inversões sociais, como forma de solucionar os problemas relacionados com a crise fiscal²⁰.

Na visão de Noamy Chomsky, este novo modelo econômico possui regras próprias, a saber: “liberalização do mercado e do sistema financeiro, fixação dos preços pelo mercado, estabilidade macroeconômica e a privatização”²¹. Por essa regra, o Estado torna-se impotente para intervir nesta ordem em face do princípio da economia de livre mercado, onde o próprio mercado é quem dita as regras.

²⁰NASSIF, Elaine Noronha. **Fundamentos da flexibilização**: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho. Dissertação de Mestrado da Universidade Católica de Minas Gerais, 2000. Disponível em: <http://servero5.pucminas.br/teses/Letras_NassifEN_1.pdf>. p. 29.

²¹CHOMSKY, Noamy. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e a ordem global. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 39.

Observa-se posições estratégicas no mundo dos negócios das grandes corporações que traduziram os interesses das empresas multinacionais brotaram o que conhecemos como globalização. É óbvio que a locomotiva do novo pensamento econômico contaria com a “bênção” dos EUA e da Inglaterra, nações imperialistas no contexto mundial. Assim foi no governo do ex-presidente americano, Ronald Reagan e da primeira Ministra da Inglaterra, Margaret Thatcher, que inauguraram o que atualmente se denomina de globalização econômica, neoliberalismo, ou mesmo liberalismo econômico.

Neste sentido, ainda salutar a lição de Noamy Chomsky, segundo o qual:

Os ‘grandes arquitetos’ do Consenso (neoliberal) de Washington são os senhores da economia privada, em geral empresas gigantescas que controlam a maior parte da economia internacional e têm meios de ditar a formulação e políticas e a estruturação do pensamento e da opinião. Os Estados Unidos têm um papel especial nesse sistema, por razões óbvias²².

Estabelecida, portanto, a nova ordem econômica mundial, a flexibilização dos direitos sociais será o seu braço operacional. Este parece ser o espírito do neoliberalismo econômico.

A flexibilização dos direitos sociais ou a adaptação do direito laboral à nova ordem econômica mundial, tornou-se objeto de discursões calorosas no cenário acadêmico, empresarial e, sobretudo, entre as categorias profissionais e econômicas por serem os atores da relação jurídica tipificada nos artigos 2º, 3º e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Neste sentido, Soares Filho, com a precisão científica que lhe é peculiar, aborda a questão da flexibilização do trabalho e do cenário de crise provocada pela globalização econômica. Segundo o eminente professor:

²²*Ibidem*, p. 40.

O direito vive uma crise sem precedentes, no plano geral das relações laborais. Aponta-se, como causa fundamental, a transformação por que passa o sistema econômico mundial, caracterizada pela globalização da economia, que traduz uma das facetas do neoliberalismo. Apregoa-se o caos nas relações de trabalho, com o fim da estabilidade no emprego e do próprio contrato de trabalho, o completo esvaziamento dos sindicatos, dos organismos nacionais e internacionais, incumbidos da proteção do trabalhador, a extinção da Justiça do Trabalho e até do direito do trabalho²³.

Analisando a questão da flexibilização laboral à luz da Teoria Geral do direito, há uma incongruência teórico-científica que não permite um desenvolvimento razoável da retórica neoliberal. Senão, vejamos.

Inicialmente, explica José Catharino que: “flexibilização é expressão antônima de rigidez ou enrijamento. Flexibilizar é fazer do rígido flexível, ou o que já o é mais ainda”²⁴, neste diapasão, não há como aplicar o termo em análise sob a ótica do Direito, porque este é um fenômeno que está presente em qualquer sociedade que apresente um mínimo de complexidade, daí porque mutável pela própria natureza, principalmente, na experiência brasileira, o direito do trabalho que na sua forma coletiva, através dos processos jurisdicional e negocial da produção da norma coletiva, tem o poder de criar regras peculiares que vão subordinar as categorias envolvidas no conflito coletivo. Tal capacidade de criar, confere aos um dinamismo espetacular e singular do direito coletivo, pois os atores fixam, renovam ou mesmo tornam sem efeito cláusulas existentes em outros instrumentos normativos. Esta evidência leva o Direito Coletivo diretamente para o alcance teórica tridimensional de Miguel Reale, segundo a qual, “todo direito nasce de um fato que

²³SOARES FILHO, José. **Elementos da ordem jurídica internacional e comunitária**. Curitiba: Juruá, 2003. p.158-159.

²⁴CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequelas**: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTr, 1997. p. 49.

é valorado pela sociedade”²⁵, daí porque fato, valor e norma estão presentes em toda e qualquer indagação do direito.

Ainda, à guisa ilustrativa, Daubler, assegura esse extremo dinamismo do direito laboral quando assevera que “O direito do trabalho sempre foi uma matéria dinâmica. É suficiente lembrar a expressão de Otto Kahn: ‘no Direito do Trabalho’, uma semana é um período muito longo”²⁶. Assim, os instrumentos normativos, de natureza econômica ou jurídica, são os exemplos cristalinos do dinamismo e da capacidade flexibilizatória das normas trabalhistas sob o prisma teórico-jurídico. Imaginar o contrário é fugir da ótica jurídica, o que não se constitui o objetivo do presente raciocínio.

Com efeito, se o direito (norma jurídica) é fenômeno dinâmico *ad natum* de uma forma geral, o direito do trabalho o é mais ainda em função de, no pólo coletivo, poder criar, alterar e extinguir cláusulas contratuais revestidas de coercibilidade.

Se no campo das relações coletivas de trabalho, as leis trabalhistas se configuram como dinâmicas, ao passo em que são criadas segundo os interesses dos atores e sofrem mutações a cada período de sua vigência, no campo do direito material também o é. Não há exceção à regra. Neste sentido, exemplifica Arnaldo Sussekind que:

Além das hipóteses de flexibilização autorizadas pela Constituição Federal de 1988, referidas na Seção VIII do Capítulo anterior, que concernem aos dois pólos fundamentais de contrato de trabalho - salário e duração de trabalho - a Lei nº 4.923 de 1965, facultou a redução geral e transitória dos salários até 25%, por acordo sindical, quando a empresa for afetada substancialmente m situações excepcionais da conjuntura econômica, enquanto a legislação sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) conferiu ampla liberdade ao empregador para despedir seus empregados, salvo quando, excepcionalmente, estiverem

²⁵REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 8. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 37.

²⁶DAUBLER, *apud* REALE, Miguel. *Ibid.* p. 41.

amparadas pela estabilidade no emprego (Lei nº 5.109, de 1966, substituída pela Lei nº 8.036, de 1990)²⁷.

Esta é a flexibilização jurídico-laboral. É a flexibilização que se confunde com a própria essência e a razão de ser do direito do trabalho e sob a qual não deve pairar qualquer tipo de manifestação legal que não seja mutável, até porque, como diz Kátia Magalhães Arruda:

Nesse contexto, flexibilizar direitos é permitir uma maior amplitude de opções de negociação entre partes envolvidas, sendo uma concepção contemporânea real, diferentemente da diminuição e exclusão de direitos, que aprofunda a desigualdade jurídica e econômica dos trabalhadores²⁸.

Com efeito, o termo flexibilização dentro da perspectiva neoliberal, parece não entoar com o sentido jurídico que acima demonstramos, como explica José Catharino:

No campo específico das relações de trabalho a ‘flexibilização’ normativa, destinada a adequar o sistema de produção à realidade modificada, de modo a assegurar o desenvolvimento econômico, pode acarretar - o que está ocorrendo - redução de caráter protetor da legislação do trabalho, pondo em divergência economistas e juristas²⁹.

Observe-se que o sofisma do problema está exatamente no sentido diverso que se emprega ao vocábulo flexibilização. Enquanto sob a ótica da teoria geral do direito, admite-se a forma mutante e dinâmica do direito laboral, no discurso econômico-imperialista, o sentido é um só: Redução de Direitos. Fica claro, portanto, que há que se fazer uma separação entre o “trigo e o joio”, para não cairmos

²⁷SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 57.

²⁸ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal**. São Paulo: LTr, 1998. p. 104.

²⁹CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequelas**: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTr, 1997. p. 51.

no codilho de uma flexibilização generalizada, como bem esclarece Ivo Dantas:

Em outras palavras, o denominado modelo do Estado Neoliberal deveria provocar, exatamente, uma Reforma do Estado fundada, principalmente, em 2 (dois) pontos: a) Transferência de serviços que, até então se achavam sob a responsabilidade do Estado, com a mudança estrutural deste, ocorreria o fenômeno da desestatização; b) A redução dos direitos sociais e previdenciários, o que ocorreria através do corte, via flexibilização, dos denominados direitos sociais e trabalhistas (sobretudo, no tocante às normas referentes ao contrato de trabalho), chegando alguns até a falar em ‘deslegalização da legislação social’, como é o caso de José Eduardo Farias³⁰.

A flexibilização trabalhista como redução dos direitos sociais, importa em utopia científica na teoria geral do direito, pois não há o menor sentido científico na junção dos termos flexibilizar e reduzir. Um não se confunde com outro. Um importa em subtrair (reduzir) e outro (flexibilizar) importa em criar e ou alterar.

No cenário científico em que se encontram, a flexibilização e o Direito, é possível traçar algumas distinções:

- a) A flexibilização surgiu como uma imposição de modelo econômico dos países ricos para os periféricos, o direito surge como fenômeno social presente, portanto, em qualquer grupo social;
- b) A flexibilização objetiva o implemento de uma economia mercadológica sob a liderança de nações imperialistas, o direito objetiva a paz e o bem estar social através da aplicação do direito positivo;
- c) A flexibilização, como instrumento da globalização, tem o lucro como objetivo maior, no núcleo do direito está o homem

³⁰DANTAS, Ivo. **Constituição federal**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 105.

como sua principal razão de ser enquanto criado pelo próprio Estado;

- d) A flexibilização ou globalização é excludente para os que dela não se valem, o direito é coercível é *erga omnes*, não admite recusa;
- e) A flexibilização ou globalização tem como paradigma teórico a Escola de Manchester onde se destacam Adam Smith, Thomas Robert e David Ricardo e Baptiste Say, o direito está presente em toda literatura da mais remota civilização, confundindo-se com a própria história do homem.

As distinções acima denotam que, ao menos do ponto de vista teórico-conceitual, a globalização econômica ou flexibilização laboral, não pode coexistir com direito muito menos a ele se assemelhar diante da sua magnitude científica (é ramo do saber) e a globalização é retórica econômica falível no tempo.

Com efeito, não há como negar o cenário de crise que envolve o Direito do Trabalho: seus princípios protetores estão sendo postos à prova pelos fundamentos da globalização econômica, na medida em que esta, num plano vertical é imposta aos sistemas governamentais do presente século.

Alberto de Souza, com a visão focada para essa realidade corrobora que: “a ninguém é dado negar que a sociedade contemporânea, particularmente nas últimas duas décadas, presenciou incisivas transformações”³¹.

O neoliberalismo, através de sua reestruturação produtiva (da era transicional da acumulação flexível), com dotes de forte caráter destrutivo - conforme magistério de Ricardo Antunes - tem desenvolvido, entre tantos aspectos nefastos, um monumental desemprego que atinge a humanidade que trabalha em escala globalizada. A crise do capitalismo real deste fim de século e de

³¹SOUZA, Sérgio Alberto de. **Direito, globalização e barbaria**: estudos críticos de temas de direito do trabalho e de direitos humanos sob a ótica de uma leitura não liberal. São Paulo: LTr, 1998. p. 67.

milênio é uma das mais perversas de todos os tempos. Prova inequívoca de que a saída não está no capitalismo. É preciso entender: da Inglaterra à Espanha, da Rússia à Índia, para não se falar no Brasil, quanto mais se avança na competitividade e na “integração mundial”, mais explosivas tornam-se as taxas de precarização, exclusão e desemprego”³².

No Brasil, o a experiência flexibilizadora dos direitos sociais, rotulou-se de “reforma da CLT” ou mesmo “reforma trabalhista”.

O pensamento reformista brasileiro, como não poderia deixar de ser, foi encabeçado pela elite empresarial da Avenida Paulista, em São Paulo. Juristas de tendência empresarial como Otávio Bueno de Magano, Luiz Carlos Amorim Robortela, Ives Gandra Filho, dentre outros, deram o tom da parada neoliberal da reforma trabalhista brasileira.

De uma forma geral, na proposta de “reforma” estavam presentes: a) redução dos direitos materiais; b) a quebra do Poder Normativo; c) a reforma da Justiça Trabalhista e; d) a reforma Sindical.

O argumento “plausível” para justificar as reformas era a criação de novos postos de trabalho e a diminuição dos encargos sociais incidentes sobre a folha de pagamento. Com a redução dos encargos trabalhistas e cortes de conquistas sociais significativas da classe trabalhadora, abria-se espaço para o surgimento do crescimento econômico.

Numa visão tosca, o país parece não crescer “por causa da CLT”. A cantiga reformista induz a jogar pedra na CLT, atribuindo a ela a culpa pelo atraso na economia brasileira. Bastante óbvio, nesta perspectiva, uma que a Consolidação das Leis do Trabalho, elenca o mínimo de direitos e princípios protetores da classe operária, tais como, irredutibilidade e intangibilidade salarial, férias, 13º salário, adicionais noturno, insalubridade etc.

³²ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Boitempo, 2002. p. 165.

Com efeito, na prática assim não parece ser. Tanto assim que Dallegrave Neto, assinala com muita propriedade que:

A flexibilização importa, inevitavelmente, a precarização das relações das relações sociais do trabalho. Direitos outrora conquistados arduamente são abruptamente exterminados. Tudo em nome da ‘modernização’ e da competitividade que afetaram os contratos de trabalho³³.

A história da flexibilização trabalhista no direito brasileiro teve seu auge no Governo de Fernando Henrique Cardoso, que conseguiu implementar medidas liberais de impacto no direito material do trabalho, como lembra Arnaldo Sussekind:

Para justificar sua política trabalhista, que não procura conciliar os interesses econômicos com as necessidades sociais, o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, invoca equivocadamente, duas causas: a) os elevados encargos sociais incidentes sobre os salários; b) a inflexibilidade das normas que regem a relação de emprego³⁴.

Note-se que o termo inflexibilidade neste sentido, configura-se como o sofisma neo-liberal para justificar as reformas precárias, pois não há ramo do direito mais flexível do que o trabalho, como já exemplificamos alhures. Neste sentido, ainda na palavra abalizada de Arnaldo Sussekind:

Quanto ao alegado engessamento das normas trabalhistas brasileira, ao contrário do que se alega, é indesmentível que o sistema legal foi objeto de flexibilização em importantes aspectos da relação de emprego. Além das hipóteses de flexibilização autorizadas pela Constituição de 1988, que concernem aos dois pólos fundamentais de contrato de trabalho - salário e duração de

³³DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Transformações das relações de trabalho à luz do neoliberalismo**. Acervo eletrônico doado ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região em 03/12/2010. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_jadn_16.asp>. Acesso em: 22 set. 2012.

³⁴SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 56.

trabalho - a Lei 4.923 de 1965, facultou a redução geral e transitória dos salários até 25%, por acordo sindical, quando a empresa for afetada substancialmente em situações excepcionais da conjuntura econômica, enquanto a legislação sobre o FGTS conferiu ampla liberdade ao empregador para despedir seus empregados, salvo quando, excepcionalmente, estiverem amparadas pela estabilidade no emprego (Lei nº 5.109 de 1966, substituída pela Lei nº 8.036, de 1990)³⁵ (grifo nosso).

As medidas reformistas na legislação trabalhista brasileira devem ser analisadas sob as realidades quase peculiares do operário brasileiro: a) baixo nível salarial; b) baixo nível de escolaridade e, conseqüentemente; b) excluído da cidadania participativa. Sob uma análise crítica das inovações na legislação trabalhistas, Dallegrave Neto, destaca e comenta:

1) Lei nº 9.601/98 flexibiliza o acordo de compensação de jornada que passa a ter um banco de horas quadrimestral e introduz o contrato por prazo determinado sem qualquer vinculação a fatos de índole transitória em flagrante alargamento das hipóteses taxativas previstas no art. 443, parágrafo 2º da CLT. Não bastasse tal distorção, a nova espécie de contratação a prazo diminui de uma só vez o FGTS em 75%(de 8% passa para 2%) e em 50% as contribuições sociais (Sesi, Sesc, Senai, Senac, Sebrae etc.); 2) Leis nos.8949/94 e 9.608/98 regulamentam, respectivamente, o serviço prestado em cooperativa e o trabalho voluntário, afirmando que nenhum deles enseja o reconhecimento de vínculo empregatício; 3) Medida provisória nº 1.709 de 7.8.98 introduz o art. 58-A na CLT admitindo a contratação a tempo parcial com o pagamento salarial proporcional à jornada e a possibilidade do empregado a tempo integral optar pelo novo regime com a correspondente diminuição do valor do salário. Em qualquer dessas hipóteses o empregado tem ainda sua duração de férias diminuída em relação aos demais empregados celetistas; 4) Medida provisória nº.1779/99 introduz o art.476-A da CLT criando uma nova modalidade de suspensão contratual com diminuição de salário e ausência de recolhimento de FGTS e do INSS durante o

³⁵SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 57.

período de vigência. A medida contempla o uso da verba da FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador) para viabilizar a suspensão que é de interesse do empregador; 5) Lei nº.9.958 de 13.1.2000 implementa as Comissões de Conciliação Prévia que dificultam o livre acesso do empregado à Justiça do Trabalho e ainda possibilitam acordos extrajudiciais com eficácia liberatória³⁶.

Os Direitos Sociais têm seu porto seguro a Constituição Federal, precisamente no artigo sétimo. Neste sentido, não se trata de uma afronta ao positivismo Kelseniano, mas, pelo contrário, busca-se uma visão sob o aspecto da filosofia do direito.

O Direito Positivo quando socialmente inserido como fato social, traz consigo o Direito Natural que, por sua vez, são também denominados de Direitos Fundamentais. São, dentre outros, o direito à vida, à honra, à dignidade, ao lazer, ao trabalho, à moradia etc. Afonso da Silva, explica que:

Os direitos Sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade³⁷.

Na história constitucional brasileira, verifica-se que os direitos sociais tiveram um tratamento especial do legislador no sentido de proteger tais direitos dando-lhe albergue especial. Assim foi nas Constituições Federais de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1998.

³⁶DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Transformações das relações de trabalho à luz do neoliberalismo**. Acervo eletrônico doado ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região em 03/12/2010. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_jadn_16.asp>. Acesso em: 22 set. 2012.

³⁷SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 173.

Ademais, a Carta Política de 1988, seguindo a tradição das demais, tratou de proteger os direitos sociais de forma detalhada, conferindo ao direito laboral um capítulo inteiro (o capítulo II), abordando as garantias mínimas para a relação de emprego.

Ivo Dantas constitucionalista de relevo no cenário jurídico nacional, ao tratar a matéria da aplicação das ideias neoliberais no sentido de flexibilizar (reduzir) os direitos trabalhistas, chama o problema para o aspecto constitucional. E o faz com inteira razão, porque o Trabalho tem o *status* de figura constitucional: Não pode receber pelo estudioso ou mesmo pelo legislador, o tratamento que é dado ao credor quirografário no processo falimentar como fazem alguns³⁸. Quer queiram ou não, o direito do trabalho tem seus princípios próprios, a relação trabalhista terá sempre um hipossuficiente como parte, o que autoriza, inclusive, um tratamento diferenciado no aspecto processual. Tais peculiaridades incomodam economistas e juristas da economia de mercado, a medida em que teorizam a relação contratual trabalhista para o âmbito do antigo direito privado dos romanos. Diz o mestre:

Indagar-se da possibilidade de adoção destas medidas pelo Estado Brasileiro, implica em que sejam elas analisadas sob a irrenunciável óptica constitucional, o que se justificará, pelas razões seguintes, a saber: a) existe uma relação irrenunciável entre a norma constitucional e os fatos econômicos; estes juntamente com os demais seguimentos da Ordem Social, elementos condicionadores do conteúdo da denominação da Constituição Econômica; b) irrenunciável perspectiva constitucional, dentro de um Estado Democrático de Direito, ocorre em decorrência do princípio da Suprlegalidade Constitucional, segundo o qual nenhuma norma jurídica (ou ato jurídico) poderá ser produzida sem que se considere, exatamente, a posição de destaque que caracterize a Constituição vista com Lei Maior, sob pena de inconstitucionalidade, tornando inválido qualquer comportamento que a fira, seja materialmente, seja formalmente³⁹.

³⁸DANTAS, Ivo. **Constituição federal**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 105-106.

³⁹DANTAS, Ivo. **Constituição federal**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 105-106.

Como se vê, o status constitucional que é atribuído ao Direito do Trabalho brasileiro, não permite que se faça uma análise coerente do mesmo sem levar em consideração os princípios fundamentais da República, encravados no artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, que peço vênia para transcrever:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Município e do Distrito Federal, constitua-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]
IV – Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa⁴⁰.

Salienta-se, na transcrição supra, o Trabalho como fundamento da própria República. No Capítulo II da Constituição Federal de 1988, reservado para os Direitos Sociais, o constituinte, nos artigos 6º e 7º, consagrou definitivamente os direitos trabalhistas. Enumerou uma pauta mínima desses direitos que não podem ser subtraídos pelo poder reformador ou mesmo pelo legislador ordinário, porque possuem o status inegável de cláusula pétrea na forma dos princípios fundamentais da República, consagrados no artigo 1º da Constituição Federal.

Neste diapasão, não podem ser objeto de reformas que tenham por objetivo reduzir as conquistas sociais constantes expressamente no texto constitucional. Neste diapasão, Alberto de Souza, ao discorrer sobre o tema assevera que:

A Constituição fala expressamente em Direitos Sociais. O catálogo constitucional dos 'Direitos Sociais', como esclarece com bastante lucidez, Pinto Ferreira, não é exaustivo, mas apenas exemplificativo. É um rol mínimo dos referidos 'Direitos' que não pode, nem deve, ser diminuído pelo legislador, reformador ou ordinário⁴¹.

⁴⁰BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2012.

⁴¹SOUZA, Sérgio Alberto de. **Direito, globalização e barbaria**: estudos críticos de temas de direito do trabalho e de direitos humanos sob a ótica de uma leitura não liberal. São Paulo: LTr, 1998. p. 36.

O modelo flexibilizatório laboral, como sendo um instrumento para implemento da ordem econômica mundial (Globalização), é incompatível com os ideais protetores assentes nos direitos sociais e, por isso, não deve ser tomado como parâmetro para reforma trabalhista, por dentre outros motivos, por que:

- 1) O Neoliberalismo econômico prega o retorno das ideias liberais antigas de Smith, aprofundando as injustiças naturais advindas do desequilíbrio econômico entre o capital e o trabalho, mormente quando aumenta o fosso entre ricos e pobres;
- 2) No centro da doutrina neoliberal está o lucro em detrimento do ser humano, contrariando a razão de ser da ordem jurídica à luz dos direitos humanos;
- 3) A ordem econômica liberal, afronta sem dúvida, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1948, na medida em que propugna a desregulamentação das conquistas sociais dos trabalhadores;
- 4) No aspecto constitucional pátrio, os direitos sociais estão protegidos pelos Artigos 1º, 6º e 7º da Constituição Federal, não podendo ser abolidos em função de serem cláusulas pétreas e, finalmente, no dizer de Arnaldo Sussekind:
- 5) “Não é possível conceber a civilização à margem do direito; mas tão pouco poder-se-á qualificar de civilização um mundo ou um país em que o direito seja iníquo. Urge pôr a economia a serviço da humanidade”⁴².

Com efeito, se a crise do direito material passa pela redução dos direitos sociais via implemento no sistema positivo de regras neoliberais, no campo das relações coletivas, a organização sindical

⁴²SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 57.

também não fica imune. A crise no sistema sindical é uma realidade e atinge o seu núcleo: representatividade.

Contribui para isso a proliferação de sindicatos pelegos, arraigados na asquerosa contribuição sindical que, na prática, não passa de dinheiro publico para sustentar “sindicatos” sem a menor representatividade, o desemprego em grande escala, a precarização do emprego formal através da terceirização fraudulenta, a fragilidade e incongruências do sistema de liberdade sindical.

Orestes Dalazen aborda com muita propriedade a crise do sindicalismo contemporâneo. E menciona:

É consensual que, no limiar do século XXI, exibimos ainda hoje ainda hoje uma organização sindical anacrônica e bastante insatisfatória. Sindicatos de fachada aos borbotões, inúmeros criados sob o estímulo de sobrevivência à custa de recursos públicos, notadamente da famigerada contribuição sindical. A par da proliferação de muitos sindicatos burocratas, e até por isso, apresentamos uma baixíssima taxa de sindicalização, por sua vez em franco declínio. Não bastasse isso, nota-se um quadro de enfraquecimento do movimento sindical no âmbito universal, decorrente da política econômica neoliberal. [...] Some-se a esse cenário a necessidade de tomar-se em conta também os interesses do Capital, que luta legitimamente para reduzir os custos de mão-de-obra, a fim de tornar mais competitivos os seus produtos e serviços⁴³.

No mesmo sentido, Soares Filho, assinala que:

A crise de identidade do sindicato está vinculada à crise econômica, que provocou uma radical modificação das estratégias tradicionais das organizações sindicais, as quais vieram a atenuar os níveis de reivindicação e concentrar sua ação em matérias de caráter mais defensivo, tais como as pertinentes a conquista do direito à informação e à consulta na planificação de políticas empresariais

⁴³DALAZEN. Oreste João. Reflexões sobre o poder normativo da justiça do trabalho e a EC nº 45/2004. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 120, 2005. p. 100

com repercussão na ocupação ou a intervenção e a participação na gestão dos efeitos da crise sobre as relações de trabalho⁴⁴.

Seguindo o pensamento de José Soares Filho, parece-me lógico pensar que a crise do sindicalismo contemporâneo resulta do modelo econômico imposto pelo capitalismo reinante e por seus agentes instrumentais, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento Econômico, cujo destino não é outro, senão, o de criar desemprego e aprofundamento das desigualdades sociais.

Assinale-se que o efeito imediato do desemprego para o sindicalismo é a falta de associado. Enquanto mais desemprego, consequentemente, mais agudo será o esvaziamento do sindicato. Neste contexto, coerente é a lição de Wagner D. Giglio:

No setor jurídico trabalhista em que se situam os sindicatos o problema notoriamente mais grave é o do desemprego, que infelicita, em maior ou menor grau, todos os países do mundo com raríssimas exceções. Os países da América Latina estão entre os mais afetados, porque a abertura de novos postos de trabalho depende principalmente do desenvolvimento industrial e este necessita desesperadamente de investimentos. O maior desafio à atuação sindical, contudo, será vencer o fantasma do desemprego. De todos os estudos sobre esse tema, parece-nos que as propostas com maiores possibilidades de sucesso passam. Necessariamente, pela diminuição das jornadas de trabalho, para facultar a contratação de maior número de trabalhadores, e pelo investimento na estrutura técnica dos trabalhadores para habilitá-los ao exercício das novas funções requeridas pelo progresso tecnológico. Na luta para alcançar esses objetivos a atuação sindical desempenhará um papel importantíssimo⁴⁵.

Ainda sobre a crise do sindicalismo, há que se salientar que o modelo hodierno, baseado na dualidade clássica que eternizou a luta

⁴⁴SOARES FILHO, José. **Elementos de direito coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011. p. 48.

⁴⁵GIGLIO, Wagner D. O sindicalismo diante da crise. **Revista Jurídica de Direito do Trabalho**. Porto Alegre, v. 20, nº 235, 2003. p.7-14.

de classes entre proletariado e burguesia, parece se diluir a tal ponto que o capitalismo globalizante vem criando instrumentos afastam o próprio Estado como ente regulatório supremo das relações coletivas, como observa-se recentemente com o novo dissídio coletivo de natureza econômica que, na prática, propiciou a quebra do por normativo da Justiça do Trabalho ao instituir o pressuposto do “comum acordo” para o seu exercício, isto é, o suscitado não poderá mais acionar por iniciativa própria a categoria econômica para requerer a tutela jurisdicional do Estado. Em outras palavras, suprimiu o princípio da jurisdição consagrado no artigo 5º, XXXV da Carta Magna. A modernização da crise do capitalismo, globalização, a precarização das relações individuais que criam novos institutos que objetivam a privatização das relações trabalhistas, deságuam na queda de paradigma da representatividade dos sindicatos.

Everaldo Gaspar Lopes de Andrade fornece os novos elementos doutrinários dessa crise sob uma perspectiva do direito do trabalho na pós-modernidade. De fato, os fundamentos teóricos do mestre da faculdade de direito do Recife, ao abordar o papel dos sindicatos na crise da pós-modernidade, apontam para elementos e valores culturais da sociedade moderna que rompem com os objetivos do sindicalismo clássico, conforme ele acentua:

Quais são esses fenômenos e valores culturais da Sociedade pós-industrial capazes de promover teorias e práticas sindicais distanciadas do velho discurso obreirista? a) A verticalidade teórica-prática do fenômeno associativo típico da sociedade industrial é o primeiro obstáculo a ser enfrentado - entendendo-se como tal a estrutura organizacional e suas práticas, ações e métodos de comunicação dirigidos exclusivamente à centralidade do mundo industrial e sua dicotomia operário padrão; b) O predomínio do setor de serviços como obstáculo ao discurso sindical; c) a fenomenologia do trabalho formal no contexto da sociedade pós-moderna; d) Os modelos comunicacionais e

contemporâneos; e) Os métodos e técnicas de gestão administrativa no contexto do sindicalismo⁴⁶.

A certeza que temos é que a organização sindical brasileira, oriunda do sistema originário da Carta de 1937, tornou-se num grande negócio, onde a rentabilidade financeira, oriunda da distribuição do imposto sindical, é o maior atrativo de grupos que se apoderam dos sindicatos, tornando-os um verdadeiro feudo financeiro, com garantias hereditárias. Acrescente-se o fato de que, apesar de vedado pela norma consolidada, o viés político partidário é uma realidade.

O sindicalista de hoje é o parlamentar de amanhã. Neste sentido, o sindicato funciona como o braço operacional e um o trampolim de ingresso para bem remunerada atividade parlamentar. Para tais sindicatos, a representatividade da classe que representa é apenas um rótulo, uma designação protocolar na forma da lei, em detrimento do sindicalismo autônomo, independente e representativo.

Esse é, resumidamente, o quadro de crise pelo qual passa o sindicato contemporâneo. Contudo, a revitalização do sindicato, neste contexto, passa, não apenas pela reforma do modelo instituído em 1937, tal como introduzido na Constituição da República de 1988, mas sim pelo rompimento total do corporativismo sindical clássico, onde, sobretudo, reine, de fato, um modelo livre, autônomo e independente, nos moldes cristalizados pela Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho.

Referências

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Teoria geral do estado**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2010.

⁴⁶ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade**: fundamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2005. p. 92-94.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito do trabalho: ensaios filosóficos**. São Paulo: Ltr, 1995. v. I.

_____. **As Antinomias do artigo 8º. Da Constituição Federal. Um contraponto à doutrina dominante**. Revista do TRT 8ª Região. Belém, v. 44, n. 86, 2011.

_____. **Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Dissídio coletivo**. São Paulo: Ltr, 1993.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Boitempo, 2002. p. 165.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal**. São Paulo: LTr, 1998. p. 104.

BARROS, Cássio Mesquita *apud* FREDIANI, Yoni. Liberdade Sindical. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, nº 114, 2004. p. 154.

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: 30 abr. 2012.

BRASIL. Súmula do Supremo Tribunal Federal. **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 1108.

BARROSO, Fabio Túlio. **Manual de direito coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2010. p. 84.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequela: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização**. São Paulo: LTr, 1997. p. 49.

CHOMSKY, Noamy. **O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e a ordem global**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 39.

DALAZEN, Oreste João. Reflexões sobre o poder normativo da justiça do trabalho e a EC nº 45/2004. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 120, 2005. p. 100

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Transformações das relações de trabalho à luz do neoliberalismo**. Acervo eletrônico doado ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região em 03/12/2010. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_jadn_16.asp>. Acesso em: 22 set. 2012.

DANTAS, Ivo. **Constituição federal**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 105.

FREDIANI, Yoni. Liberdade Sindical. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, nº 114, 2004. p. 155.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Médoto, 2007. p. 803.

GIANNOTTI, Vito. **História das lutas dos trabalhadores no Brasil**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007. p. 130.

GIGLIO, Wagner D. O sindicalismo diante da crise. **Revista Jurídica de Direito do Trabalho**. Porto Alegre, v. 20, nº 235, 2003. p.7-14.

GOMES, Orlando. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1986. p. 166.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 731.

NASSIF, Elaine Noronha. **Fundamentos da flexibilização**: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho. Dissertação de Mestrado da Universidade Católica de Minas Gerais, 2000. Disponível em: <http://server05.pucminas.br/teses/Letras_NassifEN_1.pdf>. p. 29.

O'ROUKER, P. J. **A riqueza das nações de Adam Smith**: uma biografia. Tradução, Roberto Franco Valente. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 23.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 8. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 37.

ROMITA, Arion Sayão. **Direito sindical brasileiro**. Rio de Janeiro: Brasília, 1976. p. 21.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 173.

SOARES FILHO, José. **Elementos da ordem jurídica internacional e comunitária**. Curitiba: Juruá, 2003. p.158-159.

SOUZA, Sérgio Alberto de. **Direito, globalização e barbaria**: estudos críticos de temas de direito do trabalho e de direitos humanos sob a ótica de uma leitura não liberal. São Paulo: LTr, 1998. p. 67.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 57.

TRENTO, Ângelo. **Do outro lado do Atlântico um século de imigração italiana no Brasil**. São Paulo: Nobel, Instituto di cultura Italiana, 1988.

Sigilo bancário: o liame entre as garantias constitucionais do cidadão e uma arrecadação fiscal justa

Kamilla Michiko Yazawa¹

1. Introdução

O sigilo bancário consiste na obrigação de instituições financeiras preservarem os dados sobre operações ativas e passivas e serviços prestados que revelem as movimentações financeiras de seus clientes a terceiros (NORONHA, 2004, p.119).

Nelson Abrão define tal garantia como:

Destarte, o sigilo bancário se caracteriza como sendo a obrigação do banqueiro – a benefício do cliente – de não revelar certos fatos, atos, cifras ou outras informações de que teve conhecimento por ocasião do exercício de sua atividade bancária e notadamente aqueles que concernem a seu cliente, sob pena de sanções muito rigorosas, civis, penais ou disciplinares.(ABRÃO, 1986, p.51).

Ao contrário do que o senso comum entende, o sigilo fiscal tem um significado distinto, já que diz respeito especificamente ao sigilo imposto ao agente público no que tange aos dados obtidos decorrentes de suas atribuições fiscalizatórias.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Email: kamillamichiko@gmail.com.

Para Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (SARAIVA FILHO, 2013, p. 226), nas hipóteses do artigo 5º, “caput”, §§ 2º e 4º, da Lei Complementar nº 105, de 10/1/2001, não há quebra de sigilo bancário, pois há uma mudança na natureza do sigilo, que de bancário passa a ser fiscal, já que é o agente público que passa a ter o ônus de resguardar as informações obtidas na instituição financeira (Art. 5º, § 5º, LC nº 105/2001).²

No Brasil, a partir do surgimento da Lei Complementar nº 105 de 2001 e com a revogação do artigo 38 da Lei nº 4.595/64 que estabelecia o dever das instituições financeiras preservarem o sigilo das operações ativas e passivas e dos seus serviços prestados, a quebra do sigilo bancário passou a ser tema de grandes debates no que concerne a sua constitucionalidade.

Foi muito questionado se os direitos individuais de intimidade, privacidade e inviolabilidade de dados dos cidadãos seriam feridos com a ocorrência da quebra do sigilo do contribuinte. Além de ter sido bastante refutada a tese se seria justa a “abstenção” do poder judiciário nesse processo, já que o fisco poderia ser arbitrário no acesso às informações de instituições financeiras às quais o contribuinte possa estar vinculado.

2. Princípios constitucionais

O Estado tem o dever de reprimir condutas de sonegação, fraude ou simulação para proteger o interesse público, efetivando os princípios da isonomia e capacidade contributiva. A atividade econômica contributiva tem como um dos requisitos fundamentais a conformidade com as normas jurídicas determinadas pelo Estado.

² Tal entendimento se assemelha à ementa proferida pelo STF no RE 601.314 / SP, com o relator Sr. Ministro Edson Fachin. “As informações prestadas ou os dados apurados pela fiscalização encontram-se amparados pelo sigilo fiscal (§ 5º do artigo 5º), ficando a quebra do sigilo bancário fora das hipóteses autorizadas, assim como o uso indevido das informações cobertas pelo sigilo fiscal, por servidores públicos, sujeitos às sanções penal, civil e administrativa”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Recurso Extraordinário 601.314/SP**. Relator Ministro Edson Fachin, São Paulo, 21 de junho de 2016).

O posicionamento majoritário consolidado, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é que deve haver proporcionalidade no pagamento dos tributos, de acordo com a capacidade contributiva do cidadão, para que assim sejam atendidos os parâmetros de equidade e de solidariedade no que tange à justiça fiscal. O que tem sido um grande desafio para a Administração Tributária é alcançar uma justiça fiscal eficiente quando seus mecanismos de averiguação da cooperação financeira dos contribuintes são limitados. Assim, fica difícil observar se houve o cometimento de algum ilícito, como a omissão de parte ou da totalidade de suas obrigações. Isso acarreta numa máquina pública calcada exclusivamente pelo sustento de parte da sociedade, mas que produz efeitos que favorecem a todos (LEAL, 2013, p. 29).

A Constituição Federal de 1988 estabelece, dentre seu rol de direitos e garantias fundamentais respaldados pela condição de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV), a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando, inclusive, direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, inc. X), assim como garante o devido processo legal nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

2.1 Direito à Intimidade e à Privacidade

Segundo o art. 5º, X, da Constituição da República, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Assim, o acesso às informações referentes à personalidade do cidadão deve ser sempre protegido.

Essa proteção de informações se estende à Administração Tributária, já que estas acabam sendo essenciais para o controle fiscal. Neste caso, o Poder Público deve proteger os dados financeiros obtidos pela quebra de sigilo bancário, pois ainda assim há sigilo

fiscal, preservando, desta forma as garantias do contribuinte determinadas pela Lei Complementar nº 105/2001 – que dispõe sobre operações financeiras.

Logo, normalmente, após a transferência de dados bancários à Receita Federal, a garantia à intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal) permanece resguardada, considerando que a Administração Pública tem o dever de proteção desses dados, que permanecem sigilosos, não tendo a faculdade de divulgá-los a terceiros. A violação dessas regras acarreta em sanções administrativas, civis e criminais.

Referente às garantias respaldadas ao art. 5º, X, da CFRB de 1988, Paulo José da Costa Júnior define o direito à intimidade:

Na expressão ‘direito à intimidade’ são tutelados dois interesses, que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada. O direito, porém, é o mesmo. (...) No âmbito do direito à intimidade, portanto, podem ser vislumbrados estes dois aspectos: a invasão e a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada COSTA JÚNIOR, 1995, p. 34).

Mesmo sendo garantido expressamente pelo artigo ante citado, resta salientar que tais interesses não são absolutos. Inclusive, independente da quebra de sigilo por parte da Receita Federal, essa ainda possui conhecimentos mais personalíssimos do que meros dados bancários. Um bom exemplo para elucidar tal argumento, presente no RE nº601.314/SP, refere-se ao caso do gerente bancário. Ele, no exercício de suas atribuições, naturalmente possui acesso a todos os dados bancários dos clientes da instituição financeira para qual trabalha. Todavia, mesmo detendo dessas informações, elas ficam resguardadas do público em geral por um mero contrato entre os particulares e pela fé a ele atribuída. Ressalte-se que tal fato ocorre sem que haja protesto por parte dos clientes bancários em função de uma violação ao seu sigilo.

Já o direito à privacidade é consolidado por fatores hereditários ou socialmente adquiridos, que definem a personalidade psíquica do homem que é compartilhada com suas pessoas mais próximas (CASTRO, 2002, 36 e 44). Assim, a vida privada não é de conhecimento notório, já que se limita a pessoas próximas de sua convivência.

Tercio Sampaio Ferraz Junior reitera esse entendimento ao afirmar em sua obra que o direito fundamental à privacidade é o direito de o indivíduo restringir da ciência de terceiros o que só lhe é conveniente, e que concerne ao seu modo de ser na esfera de sua vida privada (FERRAZ JÚNIOR, 1992, p. 141).

Ademais, Tercio Sampaio Ferraz Júnior relaciona a importante relação da privacidade, sigilo de dados e a honra de um cidadão:

A privacidade, nesse caso, protege a informação de dados que envolvam avaliações (negativas) do comportamento que, publicadas, podem ferir o bom nome do sujeito, isto é o modo como ele supõe e deseja ser visto pelos outros. Repita-se que o direito à privacidade protege a honra, o direito à inviolabilidade do sigilo de dados protege a comunicação referente a avaliações que um sujeito faz sobre outro e que, por interferir em sua honra, comunica restritivamente, por razões de interesse pessoal. É o caso, por exemplo, de cadastros pessoais que contêm avaliações negativas sobre a conduta (mau pagador, devedor impontual e relapso, etc.). No tocante à imagem, para além do que ela significa de boa imagem, assimilando-se, nesse caso, à honra, a proteção refere-se a dados que alguém fornece a alguém e não deseja ver explorada (comercialmente, por exemplo) por terceiros (FERRAZ JÚNIOR, 1992, p. 148).

Sendo assim, no que se refere ao direito à intimidade, é o livre arbítrio de restringir informações inclusive às pessoas de seu convívio; enquanto que a privacidade abrange informações que só quem participa do dia-a-dia da pessoa sabe, não sendo de conhecimento público.

Acerca da temática, o Ministro Carlos Mário Velloso se posicionou no inquérito nº1763/DF da seguinte maneira:

O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art. 5º.,X), além de atender 'a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito', registra Carlos Alberto Hagstrom, forte no magistério de G. Ruta ('Le Secret Bancaire en Droit Italien', Rapport, p. 17; Carlos Alberto Hagstrom, 'O Sigilo Bancário e o Poder Público', Rev. de Direito Mercantil, 79/34). Não é ele um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social, conforme, aliás, tem decidido esta Corte (RMS nº 15.925-GB, Relator o Ministro Gonçalves de Oliveira; RE nº 71.640-BA, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ 59/571; MS 1.047, Relator Ministro Ribeiro da Costa, Rev. Forense 143/154; MS 2.172, Relator Ministro Nelson Hungria, 'DJ' de 5.1.54; RE nº 94.608-SP, Relator Ministro Cordeiro Guerra, RTJ 110/195). Esse caráter não absoluto do segredo bancário, que constitui regra em direito comparado, no sentido de que deve ele ceder diante do interesse público, é reconhecido pela maioria dos doutrinadores (Carlos Alberto Hagstrom, ob.cit., pág. 37; Sérgio Carlos Covello, 'O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade', Rev. Dos Tribs., 648/27, 29; Ary Brandão de Oliveira, 'Considerações Acerca do Segredo Bancário', Rev. de Dir. Civil, 23/114, 119). O Segredo há de ceder, entretanto, na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei.

Destarte, desde que tenham sido adotadas todas as medidas necessárias ao resguardo dos dados sigilosos, a quebra do sigilo bancário não se consubstancia mácula à intimidade e à vida privada.

2.2 Devido Processo Legal e princípios da Isonomia, da Capacidade Contributiva e da Transparência

Intentando resguardar o contribuinte, a Lei Complementar n. 105/2001 definiu detalhadamente o procedimento administrativo

que as autoridades fazendárias se submetem quando há necessidade de acesso aos dados da conta bancária de um cidadão, caracterizando uma limitação de atos administrativos por regras legais e princípios constitucionais.

Assim sendo, o devido processo legal, garantido nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, figura como garantia de um processo administrativo ou judicial justo que concederá ou não a quebra do sigilo bancário às autoridades fazendárias. Essa postura constitucional é imprescindível, haja vista que o sigilo bancário é um direito relativo e a sua quebra invade, em um dado momento, a intimidade relativa às finanças de um cidadão no intuito de verificar se foi cometido crime de sonegação fiscal.

Alexandres de Moraes discorre acerca do devido processo legal:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, a publicidade do processo, a citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, a decisão imutável, a revisão criminal) (MORAES, 2003, p. 123).

Esse princípio é assegura ao cidadão um processo justo, com garantias processuais que afastam ilegalidades, arbitrariedades, lesões e ameaças de direito, endossando a segurança jurídica.

As disposições referentes ao sigilo das operações de instituições financeiras e à sua quebra estão presentes na Lei Complementar nº 105/2001. Assim, com a revogação do art. 38 da Lei n. 4.595/64, controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais começaram a surgir em torno dessa Lei Complementar.

A Lei Complementar nº 105/2011 passou a garantir acesso ao sigilo bancário à autoridade fiscal, sem necessidade de autorização judicial. Antes da vigência dessa lei, a única via de acesso às

informações bancárias de um contribuinte era através de uma autorização concedida pelo Poder Judiciário.

O art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001 dispõe sobre a instauração prévia do processo administrativo, garantia necessária ao contribuinte, conforme a própria Constituição Federal.

Logo, pode-se perceber que este não se trata de um mecanismo prejudicial aos cidadãos, mas sim um instrumento que salvaguarda o mesmo de invasões arbitrárias à sua intimidade, visto que o texto de lei frisa a necessidade de que seja fundamentada a indispensabilidade da quebra do sigilo bancário no caso concreto, além de destacar a obrigatoriedade do sigilo das informações a que se acessa, conforme a legislação tributária. Inclusive, há menção de sanção no art. 10 da Lei Complementar supramencionada, que dispõe que em caso de desconformidade com o devido processo legal no processo de quebra de sigilo, há configuração de crime, estando sujeitos à pena de reclusão de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

O princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, está disposto no art. 150, II, da Constituição Federal.

Roque Carrazza explana o princípio da igualdade:

A lei tributária deve ser igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade. Melhor expondo, quem está na mesma situação jurídica deve receber o mesmo tratamento tributário. Será inconstitucional – por burlar o princípio republicano e ao da isonomia – a lei tributária, que selecione pessoas, para submetê-las a regras peculiares que não alcançam outras, ocupantes de idênticas posições jurídicas (CARRAZA, 1999, p. 59).

Assim, a lei tributária deve ser aplicada aos contribuintes com igualdade. Por conseguinte, deriva **o princípio da capacidade contributiva**, que defende a justa distribuição da carga tributária. Todavia, Hugo de Brito Machado esclarece que a capacidade contributiva não pode ser confundida com o princípio da isonomia,

pois aquela se trata apenas de um dos critérios de valoração desta (MACHADO, 1994, p. 70).

A quebra de sigilo por parte do Fisco figura como um instrumento essencial para garantir a isonomia fiscal entre os contribuintes. Isso porque o Poder Público passaria a utilizar de dados verídicos e certos para ou proceder o lançamento de ofício, já que não haveria mais necessidade de depender de informações trazidas pelo contribuinte, ou pelo lançamento por arbitragem³ com uma base fixa proveniente da quebra do sigilo bancário.

O artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, dispõe sobre a graduação dos impostos com fundamento na capacidade contributiva do sujeito passivo. As liberdades individuais devem ser preservadas para a manutenção do equilíbrio estatal, e assim deriva a necessidade de se identificar a capacidade contributiva de cada indivíduo.

Marco Aurélio Pereira Valadão discorre sobre esse princípio:

[...] o Fisco tem que ter acesso aos dados patrimoniais, entre os quais se incluem as informações bancárias, para dar efetividade ao princípio da capacidade tributária. O sigilo de dados do art. 5º, XII, da Constituição, não se aplica às informações bancárias, já que o dispositivo deste inciso se refere a transmissão de dados e não aos dados em si. No que diz respeito ao inciso X do mesmo art. 5º, que protege a intimidade e privacidade, entende-se que o acesso a informações de valores relativos ao patrimônio do contribuinte não fere a privacidade, mormente se o contribuinte for pessoa jurídica, já que a intimidade é um atributo da pessoa natural. Veja-se que as informações bancárias de interesse do Fisco não revelam como foram gastos ou obtidos os recursos, mas sim o seu quantum, e dados numéricos não apontam para a intimidade ou privacidade das pessoas (VALADÃO, 2011, p.425-426).

³Art. 148 do Código Tributário Nacional da Lei 5172/66: Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Pagar tributos é um ônus atrelado a todo e qualquer cidadão que deve ser honrado por alicerçar o sistema arrecadatório tributário que movimenta a máquina pública; assim, a sonegação tributária viola⁴ a seara constitucional, sendo capaz de desequilibrar o sistema de contribuição fiscal, sobrepesando contribuintes que satisfazem plenamente as suas obrigações fiscais (MACHADO, 2008, p.1247).

Acerca do princípio da transparência fiscal, Ricardo Lobo Torres disserta:

Sinaliza no sentido de que a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza, abertura e simplicidade. Dirige-se assim ao Estado como à sociedade, tanto aos organismos financeiros supranacionais quanto às entidades não governamentais. Baliza a moldura problemática da elaboração do orçamento e da sua gestão responsável, da criação de normas antielisivas, da abertura do sigilo bancário e do controle da corrupção (TORRES, 2001, p. 1).

Diante disso, é através do princípio da transparência se almeja reduzir as consequências do implemento de uma sociedade de risco. Isso porque, para que se esclareça um mecanismo de risco, deve-se desvendar suas causas e efeitos, superando, desta forma, a insegurança.

Nesta última década, o princípio da transparência passou a ser um dos principais pilares da tributação internacional (TORRES, 2003, p. 267). A globalização estimulou a busca por um padrão universal ideal para os Estados se utilizarem de informações fundamentais para a aplicação de suas legislações tributárias. O princípio da transparência cerceia a falta de acesso a informações fiscais relevantes dos contribuintes, para impedir que evasões sejam cometidas devido a facilidade em ocultar informações referentes às transações dos sujeitos passivos.

⁴ A sonegação fiscal também causa prejuízo na concorrência de mercado, uma vez que isso estimula a fuga de capital para outros países.

3. Dispositivos legais que resguardam a legalidade nas hipóteses da quebra do sigilo bancário

A Lei Complementar nº 105/2001, nos incisos decorrentes de seu art. 1º, § 3º, dispõe sobre diversas hipóteses que não caracterizam violação do dever de sigilo. Já o art. 1º, § 4º da Lei Complementar nº 105/2001 refere-se às hipóteses de decretação da quebra de sigilo, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, dando ênfase aos crimes de terrorismo, tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins, contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção, extorsão mediante sequestro, crimes contra o sistema financeiro nacional, a Administração Pública, a ordem tributária e a previdência social, a lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores e os praticados por organização criminosa.

O Decreto n. 3.724/2001 define minuciosamente o procedimento fiscalizatório vinculado à Secretaria da Receita Federal: deverá ser instaurado o procedimento de fiscalização através de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF – Portarias nº 1.614, de 30 de novembro de 2000 e nº 1.265, de 22 de novembro de 2000), instituído em ato da Secretaria da Receita Federal (art. 2º, § 2º, do Decreto n. 3.724/2001); em seguida, o sujeito passivo deverá ser intimado para que disponha de ampla defesa e observe o procedimento ao qual está sendo submetido. Posteriormente, poderá fazer pedido de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF – Portaria SRF n. 180, de 1º de fevereiro de 2001). Segundo o art. 7º, do Decreto 3.724/2001, as informações obtidas decorrentes da quebra de sigilo bancário devem permanecer em sigilo fiscal para terceiros, devendo haver prudência no manejo dos autos.

Nas situações em que o sujeito passivo se considerar prejudicado por uso indevido das informações requisitadas, nos

termos do Decreto 3.724/2001, ou por abuso da autoridade requisitante, poderá dirigir representação ao Corregedor-Geral da Secretaria da Receita Federal, com vistas à apuração do fato e, se for o caso, cabe à aplicação de penalidades ao servidor responsável pela infração. Essa medida no âmbito administrativo não exclui a possibilidade da utilização da via judicial (o art. 12, do Decreto 3.724/2001).

É importante que haja a minúcia do procedimento administrativo concernente à requisição de informações bancárias, para evitar arbitrariedades por parte da Fazenda Pública e resguardar o cidadão com a sua garantia constitucional de devido processo legal.

4. Lei complementar Nº 105/2001 e o posicionamento do STF

As disposições referentes ao sigilo das operações de instituições financeiras e à sua quebra estão presentes na Lei Complementar nº 105/2001 – lei responsável por promover a revogação do art. 38 da Lei nº 4.595/64, que determinava a obrigação das instituições financeiras salvaguardarem o sigilo das operações ativas e passivas e dos serviços por elas prestados. Ao possibilitar o acesso ao sigilo bancário à autoridade fiscal, sem necessidade de autorização judicial, a mencionada lei complementar abriu caminho para intensas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Antes da vigência dessa lei, a única via de acesso às informações bancárias de um contribuinte era através de uma autorização concedida pelo Poder Judiciário.

Acerca das alegações de inconstitucionalidade da LC nº 105/2001, Bastos e Meira dispõem:

Os argumentos contrários à constitucionalidade da lei em comento são, basicamente, a violação ao sigilo bancário, à intimidade e à privacidade das pessoas, ao devido processo legal e ao contraditório e à ampla defesa na obtenção de dados sem manifestação do contribuinte, tendo como ponto importante o fato

de que a quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária submeter-se-ia à reserva de jurisdição, apenas sendo possível mediante autorização judicial, ou mesmo de órgão com poderes jurisdicionais, como, as comissões parlamentares de inquéritos. A ideia central das Ações Diretas é a violação a direitos e garantias fundamentais dos contribuintes que teriam a exposição de seus dados bancários tida como regra, sem que lhes fosse dado o direito de manifestação, ficando tais informações passíveis de acesso a qualquer tempo e a qualquer hora. Alega-se nesse ponto, que os contribuintes que em situação regular e aqueles em procedimento de investigação ou fiscalização estariam numa mesma situação, o que implicaria ainda violação à isonomia. (BASTOS; MEIRA; 2015, p. 235-265).

A Lei Complementar 105/01, consoante Ives Gandra Martins, teve como intuito afastar o Poder Judiciário e a proteção do contribuinte do Fisco. Ele acredita que o Poder Judiciário não objetiva proteger o sonegador, mas sim proteger o Fisco do sonegador e o bom contribuinte do Fisco. Logo, a autorização judicial não obstaría a atuação da fiscalização administrativa, sendo um meio de controle para evitar a incidência de práticas abusivas (MARTINS, 2015).

Em linhas gerais, as alegações no sentido da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 giram em torno do fato de que o Fisco não pode ser imparcial, por figurar como parte interessada na cobrança de tributos, razão pela qual só deveria poder acessar os dados protegidos pelo sigilo bancário através de autorização judicial. Além disso, seria necessária a ponderação por parte do judiciário da preservação da intimidade e privacidade representadas pelo sigilo bancário em relação ao interesse público no caso concreto.

Em contrapartida, Denise Lucena Cavalcante sustenta o posicionamento de que o art. 6º da Lei Complementar 105/2001 não é inconstitucional, pois é empregado o devido processo legal administrativo:

[...], a ordem de quebra do sigilo é subordinada a vários requisitos, tais como: existência prévia de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso; que seja demonstrada sua indispensabilidade; que o resultado desse exame seja conservado em sigilo fiscal e que o sujeito passivo seja previamente intimado a apresentar as informações que a autoridade fazendária requer. (CAVALCANTE, 2002, p. 7-15).

No mesmo sentido, Humberto Ávila declara que a LC nº 105/2001 elaborou várias exigências, regulamentadas pelo Decreto 3.724/2001, para requerer e utilizar de informações bancárias. Assim, o sigilo bancário dos contribuintes não poderia ser utilizado a partir de arbitrariedades, já que a quebra desse sigilo se submeteria a um procedimento fiscal estabelecido por lei (ÁVILA, 2001, p. 2).

Ministro Dias Toffoli, em seu voto de relatoria da ADI 2.390/DF, argumentou no sentido de que não havia quebra do sigilo bancário, mas sim transferência de sigilo entre os bancos e o fisco, fundamentada no art. 198, Parágrafo único, do Código Tributário Nacional, assim como no § 5º do art. 5º e parágrafo único do art. 6º da LC 105/2001, que dispõem que, a partir do recebimento de dados e informações sigilosas repassadas pelo banco ou qualquer outra instituição financeira à Administração Tributária, esta deveria preservar o sigilo dos dados aos quais teria acesso – sigilo fiscal. Assim, não seria necessária a intervenção judicial para que a administração tributária pudesse acessar informações bancárias.

Depois de muito debatido pelo STF a possibilidade do acesso da Administração Pública aos dados dos contribuintes sem a necessidade de se submeter a uma análise judicial, em 2016, após 15 anos do surgimento da LC 105/2001, a Corte consolida o seu entendimento, julgando o Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 601.314/SP, além das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Perdurou, por muitos anos, o que Eduardo Cambi se refere como “jurisprudência lotérica”, ocasionando um ambiente de insegurança jurídica:

A idéia da *jurisprudência lotérica* se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado (CAMBI, 2001, p. 111). (grifos do autor)

Ao todo, foram duas sessões e discussões longas até que se foi findado num acórdão não unânime de 9 votos (Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Carmén Lúcia, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin) a 2 (Celso de Mello e Marco Aurélio). Segundo o acórdão do Recurso Extraordinário nº 601.314, o litígio constitucional decorreria de um conflito entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos do cidadão. Aponta o sigilo bancário como um viés do direito de personalidade que diz respeito ao direito de ter suas informações bancárias resguardadas de arbitrariedades ou ilegalidades inclusive do Estado.

Contudo, dispõe que não haveria no que se falar de ofensa do direito ao sigilo bancário, isto porque a igualdade seria satisfeita no plano do autogoverno coletivo através do pagamento de tributos na medida da capacidade contributiva do contribuinte. Além de indicar o art. 6º da Lei Complementar 105 de 2001 como instrumento legal que estabelece requisitos objetivos, sendo responsável até por transferir o dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. Assim, não se poderia alegar que o Poder Legislativo teria desbordado parâmetros constitucionais, a partir do momento em que ele estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras. A partir dessa decisão, pôde-se notar a preocupação do Estado em relação à prevenção e repressão de crimes fiscais.

Considerações finais

Com o crescimento das práticas elusivas e evasivas no âmbito nacional e internacional, há uma grande diminuição das arrecadações tributárias, o que leva o Estado a aumentar os tributos efetivos, ou até mesmo a criar novos, como uma forma de compensação. Essa falta de pagamento por parte da população gera um desequilíbrio financeiro, ferindo o princípio da capacidade contributiva, o dever de pagar tributos e a distribuição da carga tributária de maneira justa.

A própria Constituição Federal, em seus artigos 150, II e 145, § 1º, dispõe que não deve haver distinção na forma de tratamento entre contribuintes em situações semelhantes. Assim, há o respeito à capacidade contributiva como limitador da função arrecadatória do Estado em relação ao contribuinte, de forma que o Poder Público competente não consiga manter uma máquina pública onerosa em detrimento da qualidade de vida do indivíduo.

As medidas antielisivas⁵ e antievasivas são fundamentais, pois dificultam a sonegação fiscal, que desequilibra o sistema tributário. A quebra do sigilo bancário, objeto principal da pesquisa, auxilia na fiscalização do cumprimento da obrigação tributária pois permite que o Fisco confira as informações prestadas na declaração de receitas do cidadão, no intuito de verificar a realidade econômica do mesmo. Logo, é importante que o Fisco tenha acesso às informações de instituições financeiras as quais o contribuinte esteja atrelado.

Cabe salientar que há a preservação do sigilo, que de bancário passa a ser fiscal, quando as informações são repassadas à Receita Federal do Brasil. Assim, apesar do Poder Público se beneficiar com a utilização desse instrumento no exercício de seu dever de fiscalizar, a partir do momento em que o interesse público que se sobrepõe ao privado, o mesmo deve manter o sigilo, não tendo a

⁵ *Lato senso*: recai sobre as medidas elisivas e elusivas.

faculdade de divulgar nenhuma das informações as quais teve acesso.

É ingenuidade vincular a existência de fatos geradores unicamente às informações prestadas pelo sujeito passivo, tendo em vista que este será tributado de acordo com os dados divulgados por ele. Neste caso, o Fisco acaba por prender-se às informações de fatos abstratos, e até suspeitos, para promover o lançamento do tributo, tendo por depender-se, desta forma, de uma presunção de veracidade e idoneidade dos contribuintes. Pode-se afirmar, de tal modo, que o Fisco poderá estar tributando fatos geradores e bases de cálculos fictícias, onerando os contribuintes desigualmente em relação a sua capacidade contributiva, o que atingiria veemente de forma indireta o princípio da isonomia.

Tem-se então, que permitir ao Fisco que se disponha de tal prerrogativa da quebra de sigilo pode ser uma, ou talvez, a principal alternativa legal para garantir a isonomia a todos os contribuintes, dos tributos lançados por declaração ou homologação. Desta forma, poderia o Poder Público competente, se utilizar de dados certos e precisos para, ou proceder o lançamento de ofício sem depender de informações trazidas pelo contribuinte, ou pelo lançamento por arbitragem com uma base fixa proveniente da quebra do sigilo bancário.

Esta medida concede, ao Poder Público, maior efetividade na cobrança de tributos. O sujeito passivo da relação tributária, por sua vez, irá beneficiar-se de uma garantia não abstrata, mas sim real, concreta, realista acerca do cumprimento do princípio da isonomia.

Os princípios constitucionais foram ponderados para que a questão fosse dirimida, pois não há um princípio que seja superior. É necessário que haja o sopesamento com o caso concreto, para definir o que é prioridade, numa situação particular. No caso da quebra do sigilo bancário, o interesse público se sobrepõe ao interesse privado. Claro que a aceitabilidade dessa quebra por parte da jurisprudência ocorreu principalmente graças às limitações definidas pela LC nº 105/2001 na utilização desse instrumento,

protegendo o contribuinte de exposições desnecessárias e danosas à sua imagem.

Após 15 anos do surgimento da LC nº105/2001, foi de suma importância o STF ter dirimido as inconsistências de suas próprias decisões a partir de um julgamento com efeito *Erga Omnes* do RE 601.314/SP. O entendimento do STF acerca da constitucionalidade da quebra do sigilo bancário pode proporcionar resultados positivos para o país, já que essa ferramenta afasta o cometimento de condutas abusivas por parte dos contribuintes.

Referências

ABRÃO, Nelson. **O sigilo bancário e direito falimentar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ÁVILA, Humberto. Sigilo bancário e tributação. **Gazeta Mercantil**. Porto Alegre, Opinião, ano III, n. 914, 26 mar. 2001.

BASTOS, R. V. F. ; MEIRA, L. A. . A caracterização do Brasil como paraíso fiscal ante as regras de transparência fiscal internacional e o julgamento da constitucionalidade da Lei Complementar n.º 105/2001. In: Maria Lírida Calou De Araújo E Mendonça; Antônio Carlos Diniz Murta; Valcir Gassen. (Org.). **Direito tributário e financeiro II**. XXI ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. , p. 235-265.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2.390/DF**. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Distrito Federal, 25 de fevereiro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Recurso Extraordinário 601.314/SP**. Relator Ministro Edson Fachin, São Paulo, 21 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2.386/DF**. Relator Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, Distrito Federal, 24 de setembro de 2001.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2.397/DF**. Relator Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, Distrito Federal, 24 de setembro de 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2.859/DF**. Relator Ministro José Antonio Dias Toffoli, Distrito Federal, 24 de fevereiro de 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Inquérito nº1763/DF**. Relator Ministro Carlos Velloso, Distrito Federal, 16 de agosto de 2001.
- CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CAVALCANTE, Denise Lucena. Sigilo bancário e o devido processo legal. **Revista da AGU**, Brasília, Edição Especial, 2002.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**, in “Cadernos de direito tributário e finanças públicas”, ano 1, nº 1, Ives Gandra da Silva Martins (coordenador geral), São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, out./dez. de 1992.
- LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **Sigilo Bancário e Administração Tributária Brasileira**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2013.
- MACHADO, Carolina de Paiva Queiroz. A quebra do sigilo bancário como medida antielisivista e a verificação de sua constitucionalidade. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, p. 1242-1256, nov. 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/04_635.pdf>. Acesso em 25 jun. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os Princípios Jurídicos da Tributação da Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário e Privacidade. in: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilos Bancário e Fiscal: Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, Marco Antônio Pereira. O sigilo bancário. **Revista Fórum de Direito Tributário** - RFDT, ano 2, n. 11, set./out. 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário e a Administração Tributária no Brasil. **Revista do Mestrado em Direito** – RVMD – UCB, Brasília, V. 7, nº 2, p. 174-268, Jul/Dez, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. Normas gerais antielisivas. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). **Temas de interpretação do direito tributário**. Rio de Janeiro. Renovar: 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da transparência no direito financeiro. [Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro](#). Rio de Janeiro, n. 8, p. 133-156, 2001, p. 1. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/886223>. Acesso em: 01 jun. 2017.

VALADAO, Marco Aurélio Pereira. **Troca de informações com base em tratados internacionais e os sigilos fiscal e bancário**. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Direito fundamental de acesso à justiça no Supremo Tribunal Federal

Laís Mattoso¹

Sergio Torres Teixeira²

1. Introdução

O propósito deste trabalho é analisar o acesso à justiça no Supremo Tribunal Federal. Para isso, contruiremos um conceito de acesso à justiça, visando entender a essência deste direito fundamental. Logo, estudaremos as possibilidades de ingresso de ações no STF de acordo com a Constituição Federal.

2. Acesso à justiça

Percorrendo a história e voltando ao Estado liberal, no qual o Estado era passivo, não podendo este atuar na sociedade, ficando conhecido como “mao invisível” ou “Estado guarda noturno”. Nessa época, o acesso à justiça era, segundo Mauro Capelletti, um acesso formal, visto que só quem tinha esse poder de acessar a justiça eram aqueles que poderiam arcar com os custos do processo, enquanto aqueles que não tinham esse poder financeiro, não poderiam se escorar no Estado para ajudar na solução de seus conflitos. Assim,

¹ Aluna do curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, laismattoso@hotmail.com

² Professor do curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, sergiotteixeira@uol.com.br

havia-se uma igualdade formal, mas não efetiva, já que uma parte da sociedade não exercia esse direito. Porém, esse sistema *laissez-faire* se tornou insuficiente, pois não atendia aos direitos sociais, somente aos individuais. Com essa insatisfação, iniciou-se uma exigência do povo para que o Estado agisse, exercendo uma função positiva. No preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, tem-se que o direito para ser efetivo, deve-se, primeiramente, atender a todos, o que foi recepcionado pela Constituição de 1958, adicionando os direitos sociais e econômicos:

O povo francês proclama solenemente o seu compromisso com os direitos humanos e os princípios da soberania nacional, conforme definido pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como com os direitos e deveres definidos na Carta Ambiental de 2004. Em virtude desses princípios e da livre determinação dos povos, a República oferece aos territórios ultramarinos que expressam a vontade de aderir a eles instituições novas fundadas sobre o ideal comum de liberdade, de igualdade e de fraternidade, e concebido com o propósito da sua evolução democrática.³

Nessa nova visão de igualdade dos cidadãos e com o Estado Democrático de Direito, o acesso a justiça foi admitido como um direito fundamental, estando, inclusive, no Art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Para Canotilho⁴, a união do direito de acesso à Justiça com os direitos fundamentais, dá origem à necessidade de garantir institucionalmente o acesso à Justiça, obrigando o Estado a

³ Preambulo da Constituição Francesa. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=oahUKEwil6cjw9-HJAhVLF5AKHZFmCHUQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.conseil-constitutionnel.fr%2Fconseil-constitutionnel%2Froot%2Fbank_mm%2Fportugais%2Fconstitution_portugais.pdf&usg=AFQjCNG94onApkpRNQ_YEvM6zaoKz4C2OA&sig2=syk8Ydh4LgHAc9h2VDTJ9w&bvm=bv.110151844.d.Y2I, Acessado em: 17 de dezembro de 2015.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes abud FERREIRA, Francisco Martins. Acesso à Justiça e o processo judicial na perspectiva do Estado Democrático de Direito e à luz dos princípios constitucionais do processo, 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acessado em: 17 de dezembro de 2015.

tutelar a aplicação jurisdicional do direito. Desse modo, Hesse ⁵ e Ingo Wolfgang Sarlet⁶ nos possibilita a confluência de que o direito fundamental de acesso à justiça no Estado Democrático de Direito proporciona uma situação jurídica-constitucional não só no âmbito individual, mas também para o coletivo.

Com isso, o acesso à justiça ganhou uma nova importância. Mauro Capelletti defende que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como um requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”⁷ Ainda, o mesmo autor sustenta que o acesso não seria tão-somente um mero direito fundamental social, mas seria, também, “o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna jurídica”⁸. É necessário, portanto, ser efetivo, porém, o que seria esse acesso efetivo à justiça? Seria somente o acesso ao Poder Judiciário? Seria o direito de ter seu processo analisado por um juiz competente?

Segundo Mauro Capelletti⁹, a efetividade está atrelada a uma igualdade de armas, ou seja, um apariamento de armas entre as partes litigantes no processo, mas, segundo o autor, essa igualdade é uma utopia, visto que as diferenças não são abolidas completamente, sendo necessária uma análise de quais são os obstáculos para o acesso efetivo à justiça que podem ser erradicados. Neste contexto, o citado autor criou três soluções para os obstáculos do acesso efetivo à justiça, o que ficou conhecido como as três ondas renovatórias.

⁵ HESSE, Konrad abud FERREIRA, Francisco Martins. Acesso à Justiça e o processo judicial na perspectiva do Estado Democrático de Direito e à luz dos princípios constitucionais do processo, 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acessado em: 17 de dezembro de 2015.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang abud FERREIRA, Francisco Martins. Acesso à Justiça e o processo judicial na perspectiva do Estado Democrático de Direito e à luz dos princípios constitucionais do processo, 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acessado em: 17 de dezembro de 2015.

⁷ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan; **Acesso à Justiça**, 1978, p. 12.

⁸ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan; **Acesso à Justiça**, 1978, p. 13.

⁹ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan; **Acesso à Justiça**, 1978, p. 15-73.

A) Primeira onda renovatória

A primeira onda é a assistência para os pobres, ou seja, a preocupação com assistência judiciária aos necessitados, aqueles que não tem recursos financeiros para custear os gastos do processo. Essa assistência não é apenas no sentido de garantir o acesso ao Judiciário, mas a orientação jurídica das pessoas. Clama por alguém que possa orientar os desfavorecidos sobre as implicações jurídicas de suas ações. A partir da Lei de Assistência Judiciária (Lei nº 1060/1950) foi disponibilizado advogado para aqueles que não o têm e possibilitou a gratuidade das despesas processuais para aqueles que não podem arcar com os custos do processo. Os que podem usufruir dessa qualidade de necessitados devem atender aos requisitos do Art. 2º, parágrafo único da Lei 1060: “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”¹⁰. Assim, o direito ao acesso à justiça pode ser garantido até para aqueles que não tem capital, visando uma justiça realmente efetiva, tomando como base Canotilho¹¹, o qual defende que o acesso à justiça tem seu conteúdo tocado pelo princípio da igualdade de oportunidades.

B) Segunda onda renovatória

A segunda onda ataca o problema de representação dos interesses difusos, ou seja, aqueles interesses coletivos ou não-individuais, que tem como titular mais de uma pessoa. O grande problema dos interesses metaindividuais, coletivos ou difusos, é em relação à legitimação, ou seja, em saber quem vai representar o interesse de todos, do coletivo, ou seja; quem está legitimado para falar

¹⁰ Lei nº 1060/50. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1060.htm, Acesso em: 17 de dezembro de 2015.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **O Direito Constitucional**, p. 654

em nome do interesse coletivo? Antes era necessário que o indivíduo fosse atingido diretamente para estar legitimado a pleitear a proteção do direito coletivo, mas aqueles que não o atingiam diretamente ficaram sem proteção ou possibilidade de revidicação, como os direitos do meio ambiente, por exemplo. Assim, essa onda visa estabelecer pessoas ou entidades competentes para representar esses interesses e estabelecer processos específicos voltados especialmente para a proteção desses interesses. No Brasil, a legitimidade para representar os interesses metaindividuais é dada ao Ministério Público, seja federal ou estadual, e a entidades privadas que esteja atuando há mais de um ano naquela esfera de interesse. Além disso, temos a ação civil pública, a qual é um remédio processual específico para a discussão e proteção de interesses metaindividuais.

C) Terceira onda renovatória

A terceira onda é voltada para a reorganização estrutural e aperfeiçoamento das normas jurídicas, ou seja, “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”¹². É nesse momento que se busca instrumentos para complementar e garantir a efetividade da justiça, revisando estruturas, normas, no sentido de dar efetividade ao acesso à justiça. Nessa reestruturação, procura-se órgãos mais adequados a certos tipos de conflito, admitindo até meios alternativos de solução de conflitos. Essa alternatividade tem dois sentidos: em relação à jurisdição estatal e dentro da própria jurisdição. Em relação à jurisdição estatal, essa onda defende que o cidadão não precisa estar condicionado unicamente à prestação jurisdicional do Estado para resolver seus conflitos, sendo possível a utilização de outros meios de solução, estimulando-os, como a arbitragem, a autocomposição. Em relação a dentro da própria

¹² CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan; **Acesso à Justiça**, 1978, p. 67-68

jurisdição temos a necessidade de pensar no melhor meio de resolver o conflito de acordo com a realidade do processo, ou seja, pensar numa estrutura judiciária melhor voltada para aquele conflito material que é trazido, como, por exemplo, o juizado de pequenas causas. As causas de pequeno valor serão direcionadas a estes juizados, os quais são trabalhados com menos formalidade e mais celeridade, podendo até dispensar os advogados e dando enfoque na conciliação. Assim, deste modo, temos uma melhor adequação entre o processo e meio utilizado para resolvê-lo, quebrando mais um obstáculo do acesso efetivo à justiça.

Assim, podemos concluir que o acesso a justiça não é somente o acesso ao Judiciário. O acesso efetivo a justiça visa assegurar efetivamente o gozo dos direitos, de princípios e valores, buscando uma ordem jurídica justa, permitindo o acesso ao processo, o poder de levar o conflito para a análise do juiz e preservar seu direito diante de uma autoridade competente. As ondas renovatórias são importantes para garantir a plenitude desse direito fundamental de acesso à justiça.

3. Direito processual constitucional

O direito processual constitucional visa analisar como o processo é tratado na Constituição Federal. Assim, temos dois modos em que o processo e a Carta se comunicam: a tutela constitucional e a jurisdição constitucional¹³. De acordo com a tutela constitucional dos princípios fundamentais, temos a proteção dos princípios processuais feita pela própria Constituição no âmbito da organização judiciária e do processo. Diante da organização judiciária, a Carta Maior assegura o autogoverno da magistratura, isto é, a autonomia administrativa e financeira do Judiciário; e as garantias processuais dos magistrados, ou seja, a vitaliciedade, a

¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; **Teoria geral do processo**, 30ª edição, p.98.

inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. No âmbito do processo, a Constituição irá garantir princípios processuais, como o da inafastabilidade da jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, o da motivação e etc.

Outro aspecto é a jurisdição constitucional, na qual a Constituição, que é imediatamente eficaz, utiliza-se do processo para garantir sua efetividade. Isto é visto através dos remédios constitucionais, que podem ser de controle de constitucionalidade (Ex: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação popular, mandado de segurança) e de exercício de liberdades (Ex: mandado de injunção, habeas corpus, habeas data). Assim, a jurisdição constitucional tem como funções básicas “o controle da regularidade do regime democrático e do Estado de Direito; o respeito ao equilíbrio entre o Estado e a coletividade, principalmente em proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais; a garantia do bom funcionamento dos poderes públicos e a preservação da separação dos Poderes; e, finalmente, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos”¹⁴. É nesse contexto de jurisdição constitucional que encontramos o acesso à justiça no STF, o tema do nosso trabalho.

4. Acesso à justiça no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é a corte máxima do Brasil, podendo ser última instância ou primeira instância; pode atuar como um Tribunal constitucional, ao analisar as ações de controle de constitucionalidade, como também pode ser uma Suprema Corte. Portanto, diante dessas tantas funções típicas do Supremo, é primordial o estudo do Art. 102 da Constituição Federal para uma exposição do que é competência do STF.

A própria Constituição separa o modo de acesso ao STF em duas maneiras: competência originária, competência recursal, a

¹⁴ FAVOREU, Louis et al adub MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 2014, p.581 e 582

qual pode ser através de recurso ordinário ou extraordinário. Como competência originária, o STF processa e julga:

- I) Ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão;¹⁵
- II) Remédios constitucionais quando as autoridades ferem os direitos fundamentais dos cidadãos ou quando essas autoridades têm seus direitos feridos, como o habeas corpus quando o paciente é o Presidente da República, o Vice-Presidente, o Procurador- Geral, parlamentares ou até os próprios Ministros; mandado de segurança ou habeas data contra ato do Presidente da República, Tribunal de Contas, Procurador-Geral, Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou o STF; mandado de injunção contra a omissão do Presidente da República, Congresso, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Tribunais Superiores ou STF.¹⁶
- III) Infrações penais comuns do Presidente da República, do Vice-Presidente, Procurador-Geral, Parlamentar e ainda infrações penais comuns ou crime de responsabilidade dos Ministros do Estado ou do Comandante do Exército, Marinha ou Aeronáutica, exceto se o crime for conexo com o Presidente, pois, neste caso, se enquadra no Art. 52, CF e é julgado pelo Senado Federal. É importante destacarmos que, no caso deste item, é competência do Supremo julgar os crimes dessas autoridades por causa da prerrogativa de foro, ou seja, é um benefício que alguns cargos possuem de terem seus processos julgados por órgãos colegiados, como, por exemplo, o STF. Porém, esta prerrogativa deve obedecer o princípio da atualidade

¹⁵ Constituição Federal de 1988, Art. 102.

¹⁶ Constituição Federal de 1988, Art. 102.

do mandato, ou seja, só poderá usufruir desse foro privilegiado durante a vigência do mandato, isto é, enquanto este durar. Por esse motivo, a Súmula 394 foi cancelada com efeito ex nunc, já que defendia o princípio da contemporaneidade do mandato, isto é, a perpetuação da competência do STF em julgar crimes das autoridades acima mesmo que já findado seu mandato.¹⁷

- IV) Conflito de competência entre Tribunais Superiores e entre estes e qualquer outro Tribunal;¹⁸
- V) Reclamação visando obediência das decisões e preservação de competências.¹⁹

Essa competência originária é limitada pelo o que chamamos de taxatividade constitucional, ou seja, a competência originária do Supremo Tribunal Federal não pode ir além do que está expresso no Art. 102 da Constituição. Por isso, a lei 10628/2002²⁰ foi declarada inconstitucional pela [ADIN nº 2.797-2](#)²¹ pelo fato desta estabelecer que o STF julgaria atos de improbidade administrativa das altas autoridades e a prorrogação da prerrogativa de foro mesmo após o término do exercício do cargo/mandato. Além de ferir a taxatividade constitucional, esta Lei feria o princípio da atualidade do mandato, o qual já foi citado linhas acima. Portanto, é nítida a presença desses dois limites à competência originária do STF.

Outro tipo de competência é a recursal, a qual se divide em recurso ordinário e extraordinário. No recurso ordinário é

¹⁷ Constituição Federal de 1988, Art. 102.

¹⁸ Constituição Federal de 1988, Art. 102.

¹⁹ Constituição Federal de 1988, Art. 102.

²⁰ Lei 10628/02. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10628.htm. Acesso em: 17 de dezembro de 2015.

²¹ ADIN nº 2797-2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2797&processo=2797>. Acesso em: 17 de dezembro de 2015.

competência no STF julgar crime político²²; mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus e habeas data se o Tribunal Superior for a única instância e a decisão for denegatória²³, ou seja, negada. Já as hipóteses de competência do Supremo para julgar recurso extraordinário, temos causas decididas em única instância quando a decisão for contrária à Constituição, declarar inconstitucional uma lei federal e se julgar válida uma lei ou ato de governo local que fere a Constituição ou alguma lei federal.²⁴

Porém, antes do julgamento do recurso extraordinário, este deve ser passado por um juízo de admissibilidade, o qual analisa se o processo tem uma repercussão geral, ou seja, uma seleção dos processos de acordo com “critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica”²⁵ que não se resume ao interesse subjetivo dos envolvidos, visando diminuir a quantidade de processos que são analisados pela Suprema Corte. Realmente, com o estudo da jurisprudência do STF podemos concluir que esse exame de admissibilidade filtra os processos que têm uma matéria relevante o suficiente para ser julgado pela Suprema Corte. Como exemplo, temos o RE 922144 RG / MG, no qual o Ministro-relator foi o Ministro Roberto Barroso²⁶:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. GARANTIA DE JUSTA E PRÉVIA INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DE PRECATÓRIOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional

²² Constituição Federal, Art. 102, II, b.

²³ Constituição Federal, Art. 102, II, a.

²⁴ Constituição Federal, Art. 102, III.

²⁵ Repercussão geral. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>. Acesso em: 17 de dezembro de 2015.

²⁶ Jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28recurso+extraordinario%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/h6bjtg3>. Acesso em: 17 de dezembro de 2015.

saber se e como a justa e prévia indenização em dinheiro assegurada pelo art. 5º, XXIV, da CRFB/1988 se compatibiliza com o regime de precatórios instituído no art. 100 da Carta. 2. Repercussão geral reconhecida.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Porém, segundo a Lei nº 11.418/06, a repercussão geral só será analisada nos recursos extraordinários posteriores à Emenda Regimental nº 21, a qual entrou em vigor em maio de 2007. Isto implica a irretroatividade desse filtro recursal para os processos anteriores a essa norma, já que seria incoerente analisar a repercussão geral de todos os recursos já solucionados.

O processo de admissibilidade do recurso extraordinário inicia-se com a demonstração da repercussão geral por parte do recorrente, fazendo com que esta seja analisada nos órgãos fracionários do STF, ou seja, as Turmas, as quais podem ou não reconhecer a repercussão geral. Se, no mínimo, quatro dos membros votar a favor das admissibilidade do processo, ou seja, se 4 ministros acreditarem na repercussão geral, este pode ser admitido pelo fato de não ter como alcançar o quórum de 2/3 contrários à admissibilidade do recurso extraordinário; por outro lado, se não for alcançado esse quórum de no mínimo 4 ministros, o processo irá para o Plenário para ser analisado. No Plenário haverá a votação do recurso e se a repercussão geral for negada por 2/3 dos membros, não haverá julgamento do processo e esta recusa terá efeito vinculante, ou seja, todos os recursos com matéria idêntica terão essa decisão como válida, sendo este um exercício somente do Ministro-relator, isto é, ele irá negar os seguintes recursos de maneira monocrática; porém, se for aceita a repercussão, este poderá ser julgado. A decisão sobre a repercussão geral “constará de ata que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão”.²⁷ Se

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 2014, p. 618.

houver alguma controvérsia sobre decisões do STF sobre repercussão geral, o Tribunal de origem irá encaminhar os processos contraditórios para o Supremo e este iniciará uma análise, suspendendo os processos de matéria idêntica até a decisão definitiva do mesmo Órgão.

Conclusão

Analisando essas inúmeras funções típicas do Supremo Tribunal Federal, podemos descartar a opção de que ele é somente um Tribunal Constitucional e podemos classificá-lo como uma Suprema Corte. Isso porque ele não tem como principal função o controle de constitucionalidade, fato este que é característica do Tribunal em retro. Porém, mesmo não sendo um Tribunal Constitucional, o STF exerce esta função de proteção da Constituição Federal, além de ser o órgão de mais alta instância do nosso Poder Judiciário. Isto resulta num sobrecarregamento do nosso órgão maior, visto que, como expressos acima, ele exerce inúmeras funções típicas, além das atípicas, que no caso do STF é legislar e administrar. Essa realidade provoca um mal julgamento dos inúmeros processos que chegam na Suprema Corte, além de gerar uma mora no andamento dos processos. Esse fato, inclusive, já foi declarado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, ao afirmar que a gama de processos que chegam ao Supremo afeta a qualidade das decisões e o trabalho do tribunal.²⁸ Portanto, é inadmissível que a Suprema Corte do Brasil, sendo uma última instância, não possa fazer um julgamento adequado e preciso, visto que não sendo desta forma, afetará o(s) direto(s) do(s) cidadão(s). Afinal, de nada adianta as leis, sem uma fiel aplicação das mesmas no dia-a-dia.

²⁸ Supremo julga muitos processos, e mal, afirma ministro Barroso. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/supremo-julga-processos-mal-afirma-ministro-barroso>. Acesso em: 30/01/2016.

Negociado sobre o legislado e a desconstrução do direito do trabalho

Lara Raquel Paulino de Brito¹

Fábio Túlio Barroso²

1. Introdução do surgimento do direito do trabalho e sua indisponibilidade

O Direito do Trabalho surgiu a partir da necessidade de equiparação formal entre os sujeitos da relação de produção, sendo um dos mais importantes instrumentos de pacificação social jamais vista nas sociedades capitalistas. Estabeleceu limites institucionais aos sujeitos em uma época de grande efervescência dos ânimos de uma classe que não aguentava mais ser explorada pela lógica do liberalismo em que se impunha a isonomia contratual entre os donos dos meios de produção e os trabalhadores. Desse modo,

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisadora do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC, UNICAP. Integrante do Grupo de Estudos Latino-americano de Direitos Humanos – EELAS.

² Pós-Doutor em Direito pela *Universidad de Granada*, Espanha. Doutor em Direito pela *Universidad de Deusto*, Bilbao, Espanha. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Presidente Honorário da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho - APDT. Membro Efetivo do Instituto de Advogados Brasileiros - IAB. Membro Efetivo do Instituto de Advogados de Pernambuco - IAP (Presidente da Comissão de Direito e Processo do Trabalho). Membro da *Asociación Española de Salud y Seguridad Social*. Professor da Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP (Graduação e PPGD). Professor da Faculdade de Direito de Recife - FDR, da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor da Faculdade Integrada de Pernambuco - FAPIPE. Membro do grupo de Estudos Latino Americanos em Direitos Humanos - EELAS, UNICAP, cadastrado no CNPQ. Advogado.

observa-se que no período inicial da revolução industrial vigia o princípio da autonomia da vontade individual o qual, dentro das relações trabalhistas representava a realidade em que essas relações eram tratadas em que a força de trabalho era considerada o objeto da relação e assim dissociável do mesmo.

Assim sendo, a partir do momento que se considera uma relação laboral apenas como uma relação contratual é ignorado completamente o fato de o trabalhador ser a parte hipossuficiente da relação e de a mesma se configurar como uma relação de desigualdade³.

Isto pois, na relação contratual plena são consideradas as partes como iguais, mas, somente levando em consideração a igualdade formal que é aquela em que as partes são iguais perante a lei. Dessa forma, nessa igualdade as duas partes seriam consideradas na mesma condição de se impor como sujeito de direito de forma equânime.

No entanto, vê-se que essa não é a realidade tida na prática nessas relações, pois o trabalhador sempre será hipossuficiente jurídico e econômico em relação ao empregador, por que este tem em sua posse todos os meios de produção e o poder de admitir ou não o empregado.

Isso posto, observa-se necessário a aplicação da igualdade material que leva em conta as relações de hipossuficiência e de desigualdade, buscando não só uma igualdade perante a lei, mas uma igualdade real.

Por conseguinte, observou-se que para realmente existirem relações trabalhistas com igualdade se fazia necessária uma exceção a esse liberalismo pleno na forma de uma intervenção do Estado para tentar buscar uma igualdade formal sob a tutela do intervencionismo equiparador. Intervenção, esta, que busca regular as relações laborais, reconhecendo as diferenças entre os atores sociais, até então.

³ ARIGÓN, Mario Garmendia. *Ordem Pública e Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2004.

À vista disso, observa-se que essas normas laborais vão exatamente constatar que, diferentemente das relações contratuais ordinárias, nas trabalhistas, o objeto da relação não pode ser dissociado da pessoa do trabalhador e que essa é uma das razões pelas quais se explica a existência de uma estrutura normativa que deverá salvaguardar as diferenças entre os sujeitos da relação de trabalho, impondo uma proteção social, sob pena de um incomensurável retrocesso social.

Assim, o Direito do Trabalho passa a ser um dos mais importantes instrumentos de cidadania presente nas sociedades capitalistas e que a implementação de um modelo privatista, que potencializa a autonomia da vontade, acaba por ser antitético ao conteúdo ordinário da disciplina.

2. Globalização e flexibilização: reflexo nas relações laborais

A globalização é vista, muitas vezes, pela sociedade como sinônimo de avanço e vanguardismo, no entanto, é sabido que essa significação não é muito verídica.

Desse modo, observa-se a globalização de uma perspectiva mais complexa percebendo-a não só como um movimento de progresso tecnológico, comercial, alfandegário, mas, no aspecto político-jurídico, de avanço do neoliberalismo como instrumento ideológico nos países ao redor do mundo, cuja flexibilização das relações de trabalho é uma de suas consequências, dado o progressivo abstencionismo estatal nas relações de trabalho.

Assim sendo, quando se observa a globalização em uma perspectiva das relações de trabalho, vê-se que acaba provocando um retrocesso ao liberalismo clássico, pois perpetua os ideais do mesmo, fazendo com que haja aos poucos o encadeamento de uma desconstrução do Direito do Trabalho.

Nessa lógica, percebe-se que o projeto de globalização não busca beneficiar todas as pessoas, mas só àquelas que podem vir a ganhar com essa flexibilização das normas laborais e com a

consequente interferência mínima do Estado, fazendo com que as relações laborais estejam permeadas pelo princípio da autonomia da vontade.

Desse modo, esse princípio que tem a si intrinsecamente a livre concorrência que beneficia, portanto, numa relação assimétrica de poder, o hiperssuficiente, pela flexibilização, que acaba por ser entendida como uma relativização das normas mínimas de proteção social.

Tal cenário potencializa a abertura dos mercados e facilita o empoderamento empresarial em detrimento dos trabalhadores, inclusive representados por entidades sindicais, como ocorreu na reforma trabalhista brasileira, Lei nº 13.647 de 2017, seja na potencialização da autonomia privada coletiva, presente no art. 611-A, seja potencialização da autonomia privada individual, retirando a indisponibilidade e cogência das normas trabalhistas.

Por conseguinte, como consequência de ordem prática, o que se vê é a exploração dos trabalhadores, exatamente por causa da flexibilização das normas trabalhistas e da falta de proteção interna de países como o Brasil, que abrem o seu capital interno à exploração deste. Assim como fala o renomado filósofo e sociólogo Zygmunt Bauman (1998)⁴:

A mobilidade adquirida por “pessoas que investem” — aquelas com capital, com o dinheiro necessário para investir — significa uma nova desconexão do poder face a obrigações, com efeito uma desconexão sem precedentes na sua radical incondicionalidade: obrigações com os empregados, mas também com os jovens e fracos, com as gerações futuras e com a auto-reprodução das condições gerais de vida; em suma, liberdade face ao dever de contribuir para a vida cotidiana e a perpetuação da comunidade. Surge uma nova assimetria entre a natureza extraterritorial do poder e a contínua territorialidade da “vida como um todo” — assimetria que o poder agora desarraigado, capaz de se mudar de

⁴ BAUMAN, Zygmunt (1999), *Globalização: As Consequências Humanas*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar. Tradução de Marcus Penchel, p. 15.

repente ou sem aviso, é livre para explorar e abandonar às consequências dessa exploração. (p.15)

É importante ressaltar que esses processos de flexibilização, de reformas trabalhistas que consagram o princípio da autonomia da vontade e dos ideais neoliberais, na maioria das vezes surgem nos países em tempos de crises econômicas, em que há um alto nível de desemprego e instabilidade social.

Desse modo, ao surgirem os grandes apoiadores dessas reformas utilizam o argumento de que as rígidas normas laborais impedem a livre competição e livre concorrência deixando o mercado engessado, e, portanto, prejudicando a capacidade de contratar e dar melhores condições de trabalho das empresas, que a reformas no sentido de flexibilizar o Direito do Trabalho servem para criar empregos⁵.

No entanto, quando se observa todos os países que obtiveram os processos de flexibilização, as ditas reformas trabalhistas, não houve implemento do nível de novos empregos. Além de não criar novos empregos, aumentam as relações precárias de trabalho⁶.

Um dos exemplos disso, tem-se no México que, depois de adquirir várias medidas neoliberais dentre elas uma reforma trabalhista flexibilista, ao invés de ter seu nível de pobreza diminuído acabou aumentando-o como se vê a partir do estudo das medições da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (Cepal), baseadas no poder de compra de uma cesta mínima de itens necessários à sobrevivência, observou-se que durante os anos de 2008 e 2014, após a reforma trabalhista do México, houve um

⁵ <http://www.valor.com.br/politica/5176096/reforma-trabalhista-vai-gerar-6-milhoes-de-empregos-diz-meirelles>. Acesso em 10 de maio de 2018.

⁶ LÚCIO, Clemente, Ganz. Primeiros resultados da reforma trabalhista indicam precarização do emprego <https://www.poder360.com.br/opiniao/brasil/primeiros-resultados-da-reforma-trabalhista-indicam-precarizacao-do-emprego/>. Acesso em 17 de abril de 2018.

aumento considerável nos níveis de pobreza e indigência, respectivamente em 39,2% e 12,2%⁷.

Outrossim, além do México existem outros países que passaram por um processo de flexibilização de suas normas laborais e só tiveram a maior precarização das condições de vida e trabalho do trabalhador como a Espanha. Reforma laboral espanhola, esta, que serviu de modelo para reforma trabalhista aplicada no Brasil, mas que comprovadamente conseguiu aumentar o número de empregos precários aumentando, conseqüentemente, ainda mais o número de desigualdade ⁸

No caso do Brasil, a falácia foi descoberta em curtíssimo espaço de tempo, pois só no primeiro trimestre de 2018, houve um incremento do desemprego, sabendo que a reforma trabalhista entrou em vigor em novembro de 2017⁹.

3. O negociado sobre o legislado segundo a reforma trabalhista

O Direito do Trabalho é um direito que sofre mutações a todo tempo, sempre se adaptando aos novos valores, às novas formas de relações laborais que se alteram ao longo do tempo. Assim, um instituto muito utilizado para alterar as normas, no sentido, de adaptá-las a essas mudanças seria a negociação coletiva.

No entanto, pelo menos tomando como referência a legislação brasileira essas negociações em regra deveriam acontecer, a princípio, *in melius* que seria em benefício do trabalhador, de forma a melhorar as condições de trabalho já existentes.

⁷ Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/das-reformas-de-temer-a-mexicanizacao-do-brasil>> Acessado em: 17 de nov. de 2017

⁸ Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493296487_352960.html> Acessado em: 17 de nov. de 2017

⁹ <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20995-desemprego-volta-a-crescer-no-primeiro-trimestre-de-2018.html>. Acesso em 10 de maio de 2018.

Assim, em respeito ao princípio da proteção, ao princípio da norma mais favorável, além do fato de as negociações coletivas, em regra, só poderem ser em benefício ao trabalhador não poderiam estabelecer um conteúdo normativo abaixo do definido em lei.

Por outro lado, percebe-se a situação do Brasil atual, que com o advento da reforma trabalhista, que representa o ápice do processo de flexibilização, desnaturou a sua normativa laboral, ao potencializar o instituto do negociado sobre o legislado, podendo estabelecer de forma ordinária, reduções ao conteúdo mínimo de proteção social previsto em lei.

Isto, pois, houve a aprovação da lei 13.467/17, que alterou a CLT em vários aspectos, flexibilizando inúmeros direitos garantidos anteriormente, mas que dentre eles, ressalta-se o art. 611-A¹⁰, cuja

¹⁰ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - banco de horas anual; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VI - regulamento empresarial; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

X - modalidade de registro de jornada de trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XI - troca do dia de feriado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XII - enquadramento do grau de insalubridade; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

particularidade está no fato de potencializar o conteúdo negociado em detrimento ao legislado, possibilitando que as normas heterônomas estatais seja disponibilizadas entre os sindicatos convenientes.

Dessa maneira, a negociação passa a valer mais que a norma laboral em inúmeros sentidos; tanto pelo fato de que o artigo em questão enfileira várias hipóteses em que a convenção ou acordo coletivo valham mais que a norma, inclusive com definição de condição *in pejus* ao trabalhador, em especial ao conteúdo dos incisos III, VIII, IX, X, XI, XII e XIII, além do seu § 1º.

Seja ainda pelo fato que em seu *caput*, define números abertos para a disponibilidade das normas de Direito do Trabalho, ao determinar que a prevalência do negociado sobre o legislado, “entre outros” direitos.

Ainda assim, percebe-se que o referido artigo expande a legitimidade negocial prevista na Constituição da República, nos incisos III e VI do art. 8º¹¹, que limita um poder apenas representativo

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 10 No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 30 do art. 8º desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 20 A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 30 Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 40 Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 50 Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

¹¹ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive (...)

das entidades, sindicai, não sendo-lhes concedida a disponibilidade dos Direitos que representam, o que, necessariamente deverá suscitar discussões quanto à sua constitucionalidade.

De igual modo, o conteúdo constitucional também limita peremptoriamente que haja a flexibilização das normas de Direito do Trabalho, sendo apenas por meio da negociação coletiva, nos estritos limites dos incisos VI, XIII e XIV do seu art. 7º¹², o que levou o saudoso Arnaldo Süssekind¹³ definir que, para a Constituição, somente poderia haver a flexibilização sob a tutela sindical. Ou seja, não se pode flexibilizar o Direito do Trabalho, salvo nos limites permitidos pela Constituição e estes são expressos no conteúdo do seu art. 7º.

Por sua vez, o art. 611-B¹⁴ da CLT, dialeticamente estabelece números fechados quando trata da impossibilidade de se tratar de

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

¹² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

¹³ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho, Renovar, 2001, pág. 55.

¹⁴ Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - salário mínimo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

V - valor nominal do décimo terceiro salário; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VIII - salário-família; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

-
- IX - repouso semanal remunerado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XI - número de dias de férias devidas ao empregado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XIX - aposentadoria; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezoito anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

alguns direitos por meio de negociação coletiva, dando a impressão que a *mens legis* é que todos os demais direitos dos trabalhadores poderão ser passíveis de serem negociados coletivamente, salvo os ali expressamente proibidos, o que caracteriza nitidamente o neoliberalismo jurídico, quando o Estado deixa de intervir na relação entre os interlocutores privados, estabelecendo apenas uma tênue matéria regulada, que poderá ser disponibilizadas pelas entidades sindicais. Contudo, com uma questionável legitimidade.

Assim sendo, é importante salientar que a permissão desse instituto do negociado sobre o legislado traz grandes perigos as relações trabalhistas, pois desconsidera totalmente a hipossuficiência existente na relação trabalhista e, assim, enfraquece o ordenamento jurídico tutelar e de equiparação formal entre os sujeitos da relação de trabalho.

Na mesma dinâmica de precarização das relações de trabalho, os sindicatos também passam por enormes dificuldades operacionais e existenciais após a reforma trabalhista, sendo induzidos a participar de negociações coletivas de trabalho que podem reduzir direitos dos trabalhadores, com grande dificuldades para suas manutenções, o que os torna mais vulneráveis em momentos em que são cada vez mais postos à prova para exercerem suas atividades institucionais.

Isso porque a reforma trabalhista também retirou a principal fonte de custeio do sindicatos, a contribuição sindical, com a alteração do teor dos arts. 545¹⁵ e 578¹⁶ da CLT.

XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

¹⁵ Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados. ([Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

¹⁶ Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação

Assim, a realidade de imposição do negociado ao legislado segundo a reforma trabalhista, que estabeleceu as novidades acima indicadas, acaba por vulnerar tanto os trabalhadores quanto suas entidades sindicais.

Aos trabalhadores por serem passíveis de redução do seu patrimônio legal de subsistência, sendo o mínimo que a ordem constitucional e infraconstitucional lhes concedeu para viver com dignidade. Às entidades sindicais, em especial as profissionais, por lhe ser induzida a negociação coletiva in pejus, em um momento em que é inexorável sua redução de condição de subsistência institucional.

5. Conclusão

Em vista disso, vê-se a importância da discussão desse tema em face de um novo modelo flexível do trabalho e suas consequências para a sociedade, que pode acarretar um grave retrocesso aos direitos adquiridos pelo trabalhador. Assim sendo, é importante relacionar o advento da globalização com o processo de flexibilização das leis trabalhistas, que culmina, neste momento no país com a reforma trabalhista, que no âmbito das relações coletivas de trabalho, estabelece um modelo de negociação coletiva para reduzir Direitos e garantias dos trabalhadores.

A ideia do negociado em detrimento do legislado sempre existiu, contudo, em uma perspectiva de ampliação dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Tal e qual definido pelo novel art. 611-A, tem-se que além daqueles direitos elencados, outros poderão ser objeto de aplicação flexível, disponível. Isso é ratificado quando o conteúdo do art. 611-B define que os somente os direitos ali descritos não poderão ser objeto de aplicação negociada, disponível, flexível.

Tal conjectura legal, vai de encontro ao conteúdo constitucional, que somente poderá haver a flexibilização das normas de Direito do Trabalho nos limites ali determinados, sem que os sindicatos detenham a disponibilidade dos direitos que apenas representam, pois, segundo a própria estrutura da disciplina jurídica, as normas são cogentes e indisponíveis, logo, não poderá haver a negociação daquelas normas mínimas de proteção e de dignidade dos trabalhadores, pois, abaixo do conteúdo legal, não lhes dá a dignidade.

Assim sendo, apesar da disseminação desses ideais neoliberais que provocam esses retrocessos e explorações serem uma realidade no mundo capitalista contemporâneo se faz premente a discussão nos termos de um Direito do Trabalho desde um ponto de vista das garantias mínimas e fundamentais, no estuário amplo e infinito dos Direitos Humanos, pois caso contrário, estaremos diante da desconstrução do Direito do Trabalho.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt (1999), *Globalização: As Consequências Humanas*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar. Tradução de Marcus Penchel.
- ARIGÓN, Mario Garmendia (2004), *Ordem pública e Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr.
- BARROSO, Fábio Túlio(2009), *Direito flexível do trabalho: abordagens críticas*. Recife: Ed. Universitária da UFPE.
- BARROSO, Fábio Túlio(2004), *Novo contrato de trabalho por prazo determinado*. Curitiba: Júrua Editora.
- LÚCIO, Clemente, Ganz. Primeiros resultados da reforma trabalhista indicam precarização do emprego <https://www.poder360.com.br/opiniao/brasil/primeiros-resultados-da-reforma-trabalhista-indicam-precarizacao-do-emprego/>. Acesso em 17 de abril de 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

Disponível em:
<http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Informa/2004/11C_2004.htm
l> Acessado em: 17 de nov. de 2017

Disponível em:
<https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493296487_352960.html> Acessado em: 17 de nov. de 2017

Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/das-reformas-de-temer-a-mexicanizacao-do-brasil>> Acessado em: 17 de nov. de 2017

Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/economia/a-reforma-trabalhista-que-estimula-conflito-e-judicializacao>> Acessado em: 17 de nov. de 2017

Disponível em:
<http://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/473/Fagundes_Jeferson_Mandracio.pdf?sequence=1> Acessado em: 18 de nov. de 2017

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-comissao-congresso.pdf>> Acessado em: 18 de nov. de 2017

Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-fev-04/juizes-stf-cortes-orcamento-justica-trabalho>> Acessado em: 17 de nov. de 2017

Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/5176096/reforma-trabalhista-vai-gerar-6-milhoes-de-empregos-diz-meirelles>. Acesso em 10 de maio de 2018.

A anistia e o direito ao esquecimento: uma perspectiva brasileira a partir do caso Ustra

Luiz Cláudio Cardona¹

Daniel Guedes Silva Daher²

1. Introdução

Memória e esquecimento travam um processo dialético desde sempre – e em mais de um ramo do conhecimento. No Direito, ponto de embate dos dois substantivos é a anistia, cujo significado e manifestação variou do imperativo ateniense do esquecimento amplo e absoluto ao esquecimento jurídico limitado da França republicana.

A anistia estabelecida pela Lei 6.683/79 pode ser definida como de efeitos jurídicos limitados, visto que apenas retirou do Estado a pretensão de punir penalmente aqueles que praticaram as condutas ali tipificadas. Ela não foi revogada com o advento da Constituição Federal de 1988, já tendo sua constitucionalidade sido declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153.

Tampouco a memória foi esquecida, seja pelo debate social envolvido em desvelar os fatos compreendidos entre os anos de 1964 e 1979 – marcado pelas comissões instituídas pelas Leis 9.140/95 e

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela UFPE. Pós-graduando em Processo Civil Contemporâneo pela UFPE.

² Acadêmico de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da UNICAP; Bolsista PIBIC UNICAP; Membro do Grupo REC – Recife Estudos Constitucionais.

12.528/11 –, seja pela progressiva abertura dos registros daquele tempo viabilizada pela Lei 12.527/11, que regulou o acesso à informação e revogou dispositivos de Lei impediam acesso a tais registros.

Esse processo, no entanto, foi longe de ser tranquilo. A divulgação de nomes de agentes do estado gerou uma demanda judicial. A mais significativa até o momento foi o caso do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, cujo julgamento, na forma do voto-vencido da Ministra relatora Nancy Andrighi, trouxe à discussão eventual reconhecimento do direito ao esquecimento dos anistiados políticos.

Ao largo deste debate, um instituto jurídico veio à tona na Europa e não tardou em ser discutido, em seus próprios termos, nos tribunais pátrios: trata-se do direito ao esquecimento. O instituto, que a princípio nada tem que ver com a anistia, ascendeu às cortes europeias em razão das novas relações sociais, ou da atualização das antigas formas de se relacionar, trazidas pelas novas mídias.

Na ebulição deste processo de diálogo entre esquecimento e memória, natural que surjam as seguintes questões: (1) aos anistiados da Lei 6.683/79 foi concedido direito ao esquecimento e em que medida? (2) O instituto do direito ao esquecimento que debuta pode ser aplicado aos casos de anistia? O presente artigo, através de revisão bibliográfica da literatura especializada e da análise dos casos até o momento julgados no Brasil, em especial o caso Ustra, propõe-se a trazer matéria a estas questões.

2. Anistia³

A anistia é instrumento jurídico-social cujo fim nada mais é do que o de interromper um ciclo de desordens, assim entendido como distúrbios ou caos político que afeta a paz civil, qual guerras civis, movimentos revolucionários, câmbio do regime político. A

³ Texto adaptado de artigo ainda não publicado de um dos autores, ao qual se remete para maiores informações: CARDONA, L. C. A Lei da Anistia e as Ações Declaratórias: o direito à memória.

anistia aqui não se confunde com aquela tributária, é, pois, entendida como anistia política.

Nas palavras de Rui Barbosa, “a anistia ou é um sacrifício da vitória à paz; ou, mais raramente, um ato de magnanimidade política, inspirado a um governo vitorioso, mas tolerante” (BARBOSA, 1977:341).

Teleologicamente, a anistia não deve ser entendida como o perdão de determinada conduta ou de um grupo de condutas, mas como instrumento de pacificação social, em outros termos, a finalidade da anistia é o reestabelecimento da ordem. Posto isso, o perdão é meio pelo qual se dá a anistia e não seu fim.

Não obstante a definição teleológica apresentada, durante a história da humanidade a anistia política viu a si mesma variar quanto à sua fonte, aos seus limites, seja de incidência fática, seja de incidência subjetiva, e à sua forma.

Não foge à regra: cada anistia tem seus próprios fundamentos e alcance, que variam de acordo com as necessidades de cada tempo – e não seria diferente, vez que, conforme defendido anteriormente, não é o perdão o fim da anistia, mas, sim, a pacificação social. Também se varia, em termos e circunstâncias a que não nos serve determo-nos aqui, o nível de estabilidade e respeito à anistia pela sociedade que a sucede.

3. A anistia no Brasil

No Brasil, o instituto da anistia não foi uma novidade de 1979. Em 1840, o recém-empossado D. Pedro II, através do Decreto Imperial nº 244, concedeu a anistia a todos os que estivessem “envolvidos em crimes políticos em cada uma das Províncias do Império”, como forma de buscar pacificar as regiões em que ocorriam revoltas. Dessa forma, atingia-se diretamente a Balaiada, a Sabinada, a Farroupilha e a Cabanagem, esta última que chegou a termo com a anistia. Mais: em razão do texto, que concedia em seu art. 1º efeito *ex tunc* até a data da publicação, foram afetadas outras

revoltas, como a dos Malês e a Federação do Guanais. Os termos a anistia foram os seguintes: válida para todos que estivessem envolvidos em crimes políticos, desde que se apresentassem para as autoridades locais, e de efeitos jurídicos limitados, não obstante a locução “ficão em perpetuo silencio, como se nunca tivesse existido, os processos, e sentenças”.

Da mesma forma, os governos republicanos valeram-se desse instrumento de pacificação social. Em 1895, ainda na Primeira República, o presidente Prudente de Moraes, firmando um acordo com os federalistas do sul do país, que vinham em sublevação desde o governo de Floriano Peixoto, assinou o Decreto nº 301, que anistiava “todas as pessoas que directa ou indirectamente se tenham envolvido nos movimentos revolucionarios ocorridos no territorio da Republica” até aquele ano. Em 1945, o então presidente Getúlio Vargas, através do Decreto-Lei nº 7.474, anistiou “a todos quantos tenham cometido crimes políticos desde 16 de julho de 1934 até a data da publicação” daquele decreto.

A anistia de 1979 traz consigo, portanto, suas peculiaridades, as quais, se dissociadas do contexto histórico e estrutural do momento de sua concessão, podem acarretar certa incompreensão, como identificou o Min. Eros Grau em relação a algumas posições do Conselho Federal da OAB⁴ quando da proposição da arguição de descumprimento de preceito fundamental de nº 153, à qual será dada atenção no momento devido. Enquanto as anistias, via de regra, são concedidas pelos, digamos assim, vencedores do processo histórico e social engendrado, no caso brasileiro de 1979, ela se deu, antevendo o processo de redemocratização, através de sua

⁴ “Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79. A procura dos sujeitos da História conduz à incompreensão da História. É expressiva de uma visão abstrata, uma visão intimista da História, que não se reduz a uma estática coleção de fatos desligados uns dos outros. Os homens não podem fazê-la senão nos limites materiais da real idade. Para que a possam fazer, a História, hão de estar em condições de fazê-la. [...] A mim causaria espanto se a brava OAB sob a direção de Raimundo Faoro e de Eduardo Seabra Fagundes, denodadamente empenhada nessa luta, agora a desprezasse, em autêntico *venire contra factum proprium*”. (BRASIL. STF. ADPF 153. Relator: Min. Eros Grau, Julgamento: 06/08/2010, Publicação: DJe 145 de 05/08/2010, pp. 27-28).

concessão por aquele que estava para ser destituído com a mudança de regime político vindoura. Após um movimento nacional em prol da anistia geral àqueles que lutaram contra o regime militar, desenhou-se uma anistia recíproca, cujo perdão atingia tanto aqueles que lutaram contra o regime, quanto aqueles que atuaram enquanto seus agentes.

4. Anistia e esquecimento⁵

Em Atenas, explica Aristóteles (1912:73-75), após a derrocada da Tirania dos Trinta⁶, e dos governos desastrosos e criminosos que a sucederam, foi reestabelecida a paz e estatuída anistia geral em relação às condutas cometidas no passado. A anistia era geral em relação às condutas, mas não às pessoas, vez que foram delas excluídos os Trinta tiranos e sucessores⁷.

O efeito do decreto de 403 a.C. é o esquecimento. Não se trata de uma simples forma de perdão como meio de implementar a paz social. No caso grego, o que se estabelece é o próprio esquecimento ou dever de não-memória. Na lição de Paul Ricœur (2007:460), a fórmula da anistia ateniense fora dupla:

“de um lado, o decreto propriamente dito; de outro, o juramento proferido nominalmente pelos cidadãos tomados um a um. De um lado, ‘é proibido lembrar os males [as desgraças]’; para dizer isso, o grego tem um sintagma único (*mnēsikakein*) que visa a lembrança-contrá; por outro, ‘não recordarei os males [as desgraças]’, sob pena das maldições desencadeadas pelo perjúrio”.

⁵ Texto adaptado de artigo ainda não publicado de um dos autores, ao qual se remete para maiores informações: CARDONA, L. C. A Lei da Anistia e as Ações Declaratórias: o direito à memória.

⁶ Finda a guerra do Peloponeso, restaram os trinta magistrados, conhecidos como tiranos, os quais, com o apoio de Esparta, governaram em sucessão à democracia através da qual se houvera regido a polis até aquele momento.

⁷ Não obstante essa exclusão do Decreto geral da anistia, afirmada por Aristóteles e confirmada por Nicole Loraux (2001:104), previu-se uma possibilidade de se valerem esses indivíduos dos benefícios da anistia caso fossem submetidos a um julgamento comum pelos magistrados da polis, circunstância na qual se poderia, inclusive, optar pela secessão (ARISTOTÉLES, 1912:73).

Na França do século XVI, a anistia permanece com sua fórmula dupla, apenas substituindo a vontade dos cidadãos, tida através de um juramento individual, pela vontade do Rei, que àquela altura era a própria expressão da vontade de Deus⁸.

O Édito de Nantes, assinado pelo Rei Henrique IV em 1598, traz uma divisão entre a primeira e a segunda seção que, embora àquele momento possa parecer apenas de ênfase, na fricção ocorrida naquele país com a instauração da República pós revolução francesa, moldará os limites da anistia moderna.

Na primeira seção do Édito, determina-se que a memória das coisas do passado, para ambos os lados envolvidos, irá permanecer adormecida, como coisa que não acontecera. Em seguida, proíbe que, nem os procuradores do Estado, nem as pessoas, sejam públicas ou privadas, poderão a qualquer tempo instaurar processo ou mencionar em processo corrente os fatos anistiados⁹. Na segunda seção do Édito, proíbe-se a todas as pessoas que se “renove” a memória, deixando claro que não haveria qualquer razão que o justificasse fazer, de forma tal que todos deveriam viver pacificamente como irmãos, amigos e concidadãos, sob pena de punição a quem viesse a infringir a norma¹⁰.

Não se passa despercebido que a primeira seção do Édito de Nantes direciona (limita) sua norma à dimensão judicial da norma – completamente desnecessária se considerado o conteúdo da

⁸ A própria qualificação da autoridade decretante, no caso o Rei, denota essa condição: “Henry par la grâcé de Dieu roi de France et de Navarre a tous présents et à venir”.

⁹ No original: “Premièrement, que la mémoire de toutes choses passées d'une part et d'autre, depuis le commencement du mois de mars 1585 jusqu'à notre avènement à la couronne et durant les autres troubles précédents et à leur occasion, demeurera éteinte et assoupie, comme de chose non advenue. Et ne sera loisible ni permis à nos procureurs généraux, ni autres personnes quelconques, publiques ni privées, en quelque temps, ni pour quelque occasion que ce soit, en faire mention, procès ou poursuite en aucunes cours ou juridictions que ce soit”.

¹⁰ No original: “Défendons à tous nos sujets, de quelque état et qualité qu'ils soient, d'en renouveler la mémoire, s'attaquer, ressentir, injurier, ni provoquer l'un l'autre par reproche de ce qui s'est passé, pour quelque cause et prétexte que ce soit, en disputer, contester, quereller ni s'outrager ou s'offenser de fait ou de parole, mais se contenir et vivre paisiblement ensemble comme frères, amis et concitoyens, sur peine aux contrevenants d'être punis comme infracteurs de paix et perturbateurs du repos public.”

segunda secção. Esta, por sua vez, reafirma o dever de esquecimento ou não-memória no sentido material e absoluto, tal qual ocorrido em Atenas.

A presença da primeira seção, qual seja, a dimensão jurídica da anistia, em separado é um sinal de divisão que se concretizará na República francesa, cuja primeira grande mudança diz respeito à fonte de produção normativa. Nas palavras de Paul Ricœur (2007:462):

“O direito régio, a não ser por uma exceção (o direito de graça), é transferido ao povo: fonte de direito positivo, ele está habilitado a limitar seus efeitos; a anistia põe um fim a todos os processos em andamento e suspende todas as ações judiciais. Trata-se mesmo de um esquecimento jurídico limitado, embora de vasto alcance, na medida em que a cessação dos processos equivale a apagar a memória em sua expressão de atestação e a dizer que nada ocorreu”.

Portanto, deve-se ter que a anistia política moderna traz nova camada ao instituto, agora entendido como de eficácia limitada à dimensão judicial da memória/esquecimento. Não se pretende, pois, obrigar que sejam esquecidos fatos do passado, ou, em outras palavras, não se fala mais em um dever de esquecimento ou não-memória em seu sentido material, mas apenas formal.

5. Direito ao esquecimento

Em um mundo em que a tecnologia se desenvolve cada vez mais rápido e cujas formas de comunicação e difusão da informação estão em expansão, soa contraditório falar em um instituto que tem o condão de obrigar que se apague um determinado fato dos meios de comunicação.

Parece uma afronta ao desenvolvimento tecnológico, que facilitam a chegada da informação a todos, alguém ter o direito de ser esquecido. Agrava esta condição o fato de o Brasil, em sua história recente, ter vivido por mais de duas décadas em um regime autoritário, sob o jugo do qual foram violadas liberdades individuais

e no qual a liberdade de expressão era ferozmente reprimida. Foi nesse contexto que, com a redemocratização e promulgação da Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão foi consagrada como direito fundamental¹¹.

Inegável que a liberdade de expressão é um dos direitos primordiais à democracia enquanto forma da livre manifestação do pensamento, contribuindo para a chegada de governos ao poder, assim como para a sua queda; trazendo à tona os problemas da sociedade e sempre permitindo o devido acesso àquilo que é relevante para a sociedade.

Este direito fundamental compreende o poder-dever da imprensa de informar e o direito de ser informado, garantido a todo cidadão. Desta forma, infere-se que a imprensa representa um papel fundamental na construção da identidade de uma sociedade, de forma que, ao relembrar um fato ocorrido no passado, contribui para consolidação da memória social. E um povo sem memória não tem identidade (POLLAK, 1989).

Ao mesmo tempo em que a CF/88 consagra a liberdade de expressão como direito fundamental, faz o mesmo com a dignidade humana, que engloba os chamados direitos personalíssimos: honra, imagem, privacidade. A dignidade humana tem como fim a preservação do indivíduo, protegendo-o de abusos do estado ou de particulares.

É em meio a colisão desses dois direitos fundamentais que o direito ao esquecimento encontra sua polêmica, como um possível limitador da liberdade de expressão, do interesse público, em face à dignidade humana. Ainda não foi compreendido, na maioria dos meios de discussão, que o direito ao esquecimento não tem como fim promover o esquecimento de alguém, ou de um fato, no sentindo mais originário da palavra, mas sim permitir que determinados fatos passados, que nos dias atuais sejam prejudiciais

¹¹ CF/88 – Art. 5º, IX: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença

para a imagem de determinado indivíduo, encontrem a possibilidade de serem desconsiderados em um caso concreto.

O direito ao esquecimento não nasceu de nenhuma lei ou decreto, mas sim de uma série de decisões judiciais recentes, que tinham como fim a proteção dos direitos da personalidade de um indivíduo.

O direito ao esquecimento seria ferramenta para fazer valer os direitos personalíssimos do indivíduo, como se constata no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Todavia é importante ressaltar: no Brasil, ninguém que foi tutelado pelo direito ao esquecimento, pleiteou judicialmente o direito ao esquecimento, mas sim impedir a divulgação ou propagação de notícia ou informação sobre fato pretérito, ou ainda uma indenização por danos morais devido à nova veiculação do fato.

O caso que consagrou o direito ao esquecimento como instituto foi o Caso Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. Em 1998, Mario Costeja teve seu nome e imagem vinculados no jornal espanhol *La Vanguardia*, que notificava o leilão de uma propriedade sua devido a dívidas dele com a Seguridade Social. O devedor, no entanto, conseguiu pagar sua dívida antes de ter a propriedade leiloadada.

Uma década depois, no ano de 2009, Mario constatou que o primeiro item a ser exibido pelo provedor de buscas Google ao pesquisar por seu nome era justamente a notícia do *La Vanguardia*. Mario Costeja solicitou à direção do jornal que retirasse do ar aquela antiga publicação, alegando que lhe estava causando dificuldades para conseguir novos empréstimos, além de ter sua imagem maculada, ficando com a fama de devedor. O jornal recusou sob a alegação de se tratar de um fato verídico e não de algo inventado.

Assim, Mario Costeja entrou em contato com próprio provedor de buscas, apresentando a mesma pretensão; tendo obtido como resposta que o provedor apenas disponibiliza um caminho

mais fácil para se alcançar uma informação que continuaria existindo mesmo sem o instrumento de buscas.

Então, o ex-devedor ajuizou uma ação pedindo a retirada do ar da informação, tendo sido julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que decidiu em seu favor. Todavia, não foi condenado o La Vanguardia a retirar do ar a URL da notícia, mas o provedor de buscas a suprimir a URL do índice de busca de termos relacionados ao nome Mario Costeja Gonzáles. Assim, a informação não deixou de existir, muito menos foi retirada do ar, podendo ser facilmente encontrada caso seja buscada uma lista de maus devedores à Seguridade Social, tendo apenas se obstado relacioná-la ao nome de Mário Costeja no provedor de buscas.

Mario não foi apagado da história com essa decisão, no entanto, foi reconhecido pelo TJUE o direito ao esquecimento em relação ao caso em que se encontrava. As condições do caso eram muito claras: já transcorreram uma década desde o fato, o cidadão não era uma pessoa pública e a união desses dois elementos tinha baixo interesse social. Por mais que a liberdade de expressão tenha sido cerceada, sua limitação foi mínima, afinal a URL não deixou de existir, apenas não seria mais listado no índice de resultados ao ser pesquisado por Mario Costeja Gonzáles. O TJUE apenas fez preservar a dignidade humana do autor da ação, de forma que a informação não lhe viesse a causar mais prejuízos.

No Brasil, não apenas restou claro que o direito ao esquecimento não serve para apagar a história, como também que ele não se esgota em casos que envolvam a internet.

No dia 28 de março de 2013 o Superior Tribunal de Justiça o pediu de indenização de por danos morais, peticionado por Jurandir Gomes de França frente à TV Globo. O autor alegava que a emissora de televisão, sem a sua permissão, exibiu no programa Linha Direta o seu nome e imagem, na reprodução da famosa Chacina da Candelária, ocorrida na década de noventa, crime que chocou o Brasil e o mundo.

Quando o crime ocorreu, Jurandir, que à época era serralheiro, fora indiciado como um dos chacinadores, sendo posteriormente inocentado. Em 2006, a Rede Globo decidiu reproduzir o crime, pedindo a Jurandir a permissão para exibir seu nome e imagem. Mesmo com a recusa, a emissora levou ao ar um programa em que fora citado seu nome e reproduzida sua imagem.

A ação por danos morais alegava que Jurandir Gomes de França tivera, devido ao programa, reforçada a sua imagem como chacinador, e não de inocente, passando a sofrer ameaças e retalhamentos na comunidade onde residia, precisando se mudar.

A TV Globo se defendeu alegando que o fato já era de conhecimento público, além de sua veracidade, de forma que não trouxe prejuízos à imagem do autor. A emissora também alegou não ser impossível uma reprodução fidedigna do crime sem a exibição do nome e rosto de Jurandir, tendo em vista que a ineficiência da polícia ao longo das investigações foi de grande repercussão.¹²

O STJ decidiu pela procedência do pedido, argumentando que, não obstante a veracidade dos fatos reproduzidos, esta não confere plena licitude¹³, tendo em vista que a nova veiculação pode trazer severos e desnecessários problemas aos envolvidos. Ademais, havia-se passado vários anos, não havendo mais interesse público na figura de Jurandir, sendo perfeitamente possível uma reprodução fidedigna do caso sem sequer a menção do nome do autor.

O Tribunal reconheceu, assim, a tutela do direito ao esquecimento para o autor, mas sendo preciso salientar que Jurandir não foi apagado da história, muito menos eternamente esquecido. Apenas para aquela situação em concreto, na qual sua imagem era veiculada na imprensa televisiva, foi reconhecido o seu

12 “O simples fato da pessoa se relacionar com a notícia ou fato histórico de interesse coletivo já é suficiente para mitigar seu direito à intimidade, tornando lícita a divulgação de seu nome e de sua imagem independentemente de autorização” (REsp 1334097 RJ 2012/0144910-7, Min. Luis Felipe Salomão).

13 “à liberdade de informação, a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, muito menos transforma a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado” (REsp 1334097 RJ 2012/0144910-7, Min. Luis Felipe Salomão).

direito a ser esquecido. E assim como no julgado pelo TJUE, foi levado em consideração a qualidade da pessoa, a relevância do fato para a sociedade nos dias atuais e o tempo decorrido entre o fato e a nova veiculação.

Fica claro que a qualidade da pessoa envolvida é um fato essencial a ser levado em conta. A depender de quem seja o envolvido, pode haver ou não o interesse público sobre ele e os fatos que tratam de si. Pelo entendimento da decisão do TJUE, as pessoas públicas não poderiam fazer uso do direito ao esquecimento, pois há relevância para a sociedade sobre os fatos de seu passado.

O tempo entre o fato pretérito e a sua vinda à tona deve ser levado em consideração, pois é com o decorrer do tempo que poderá haver o esgotamento do interesse público sobre o caso. O direito ao esquecimento não é um instituto ao qual se lança mão com o objetivo de ser apagado, pois os casos julgados revelam que a informação existe e não fica inacessível. O que o direito ao esquecimento proporcionou nestes casos foi a possibilidade de se discutir a forma como se tem feito uso dessas informações. Essa é a essência do instituto.

6. O Caso Ustra

Julgado no dia 09 de dezembro de 2014, o REsp 1.434.498/SP teve como recorrente Carlos Alberto Ustra, que provocou o STJ contra decisão de primeira instância que declarava a sua responsabilidade civil em relação aos autores da ação meramente declaratória de atos de tortura praticados pelo recorrente ao longo do período da ditadura militar. Em primeira instância e segunda, foi julgada procedente a ação. O recorrente, então, alegava ao STJ que o TJ/SP fora contra o princípio da pacificação, disposto na Lei da Anistia¹⁴.

14 Lei Nº 6.683, Art.1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta

Mesmo os crimes tendo sido praticados há algumas décadas, o recurso especial tratou de ação declaratória, a qual pleiteava a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica. Ocorre que as ações meramente declaratórias não são atingidas pela prescrição. O TJ/SP interpretou que a Lei da Anistia afastava apenas as consequências penais, não cíveis, dos crimes praticados na ditadura militar. Logo, seria totalmente cabível uma ação meramente declaratória contra atos cometidos por Ustra.

O recorrente alegou ao STJ que a Comissão da Verdade, instituída pela Lei 12.528/11, já fizera essa declaração que objetivava os recorridos, esclarecendo os crimes praticados contra a humanidade ao longo do regime militar. Todavia, a relatora, ministra Nancy Andrighi, em seu voto, afirmou que as atividades desenvolvidas pela Comissão da Verdade não teriam efeitos jurisdicionais, não tendo o condão de afastar a jurisdição estatal da competência de decidir a respeito de violação ou ameaça a direitos. Logo, devido ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, todo indivíduo tem o direito de provocar o Estado-juiz para que se posicione a respeito de determinado fato. Logo, apesar das conclusões da Comissão da Verdade, o poder judiciário ainda poderia se pronunciar quanto ao fato, pois só suas decisões possuem efeitos jurisdicionais. Devido a isso, a turma declarou que não houve nenhuma violação à Lei 12.528/11.

No entanto, a relatoria votou no sentido de dar provimento ao Recurso Especial, sob o argumento de que a Anistia fora algo de extrema importância para a redemocratização do Brasil, tendo o povo, inclusive, renunciado aos efeitos penais para aqueles que cometeram crimes no período ditatorial. Uma prolongação de um conflito, ainda mais depois de 40 anos, iria contra a ideia da promoção da paz social. A ministra encerrou seu voto alegando ser necessário o reconhecimento do direito ao esquecimento aos

e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

anistiados políticos, nas palavras dela, “ainda que esses fatos sobrevivam como verdade histórica e, portanto, nunca se apaguem da memória do povo”. E ainda sobre o direito ao esquecimento, a ministra proferiu:

Insta ressaltar que o direito ao esquecimento não representa leniência com os crimes cometidos, mas o reconhecimento de que a Lei da Anistia, como pacto social firmado e reafirmado, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda¹⁵.

O voto da relatora, no entanto, foi vencido pelo voto do ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Em seu voto, o ministro concordou com tudo que fora dito pela ministra Nancy Andrighi inicialmente, mas alegou que o pedido dos recorridos não consistia em uma condenação, mas em apenas uma declaração da relação jurídica de responsabilidade civil. Nas palavras do ministro:

“A pretensão formulada pelos demandantes encontra-se em plena consonância com um Estado Democrático de Direito, que busca resgatar a sua memória acerca de gravíssimos fatos ocorridos no período militar iniciado em 1964.”

Em seu voto foi, deixa claro o quanto essa ação declaratória é importante para a correta construção da memória do povo brasileiro, tendo em vista que a ditadura militar marcou eternamente nossa nação. Tendo o regime causado diversos danos a vários indivíduos, aqueles devem ser corretamente apurados, em respeito ao sofrimento das vítimas e de seus familiares, diminuindo, assim, a sensação de impunibilidade. Assim, disse o ministro mais uma vez:

após a redemocratização do país, fruto inclusive de um movimento internacional no sentido da apuração e punição de violações a direitos humanos, deve ser reconhecido também o direito daqueles

15 REsp 1.334.097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 10/09/2013.

que experimentaram o que de mais triste houve no período do regime militar, mediante demandas declaratórias individuais, que é o reconhecimento formal da existência da tortura por eles experimentados em face de quem direta ou indiretamente a perpetraram.

Tendo em vista que o pedido fora puramente declaratório, e não condenatório, não há nenhum ferimento a Lei da Anistia, que livrou os envolvidos nos crimes praticados ao longo do regime ditatorial, apenas de responder penalmente pelos seus atos.

Ainda é assegurado pelo ministro que a lei criadora da Comissão da Verdade em nenhum momento vetou o direito das vítimas e de seus familiares de exigir o reconhecimento da identidade daquele que violou direitos fundamentais.

Seu voto é, então, finalizado com as seguintes palavras:

“As vítimas e familiares, no entanto, têm plena legitimidade e interesse em responsabilizar o indivíduo que figurou como torturador, mediante o reconhecimento perene pelo Estado, através de um de seus poderes instituo Poder Judiciário, da efetiva existência dos fatos e da responsabilidade dos envolvidos”.

O caso Ustra ocupa, atualmente, a lista da expressão “direito ao esquecimento” no aparelho de busca do STJ. Isso acontece não obstante, ao longo das dez páginas do REsp 1.434.498/SP, a expressão ser utilizada apenas uma vez pela ministra relatora Nancy Andrighi. Nota-se que, nem o voto vencido, nem o voto vencedor, trouxe ao debate expressamente o instituto estudado neste trabalho. A ministra apenas mencionou que seria importante reconhecer que os anistiados mereciam ser esquecidos. Apenas.

Na decisão, não foi discutido nenhum dos critérios à concessão do direito ao esquecimento observado em outros casos, seja no direito nacional, seja no direito estrangeiro. O caso Ustra, especificamente, não é um caso de direito ao esquecimento (seja para negar, seja para conceder); o que se discutiu neste caso foi a extensão dos efeitos jurídicos da anistia.

7. Conclusão

Não se está dizendo, todavia, que não estava apto Ustra a pleitear o direito ao esquecimento, mas que não foi pleiteado e que o STJ não discutiu o direito ao esquecimento. Também não se está dizendo que outros casos de militares não poderiam ser julgados declarando o direito ao esquecimento e determinando, eventualmente, medidas a garantir a tutela específica.

Poder-se-ia desenhar uma hipótese para exemplificar: o caso de um soldado raso que apenas fazia a ronda na área de fora da área onde de perpetravam os atos de violência e que não tinha poder de influir na situação; caso esse soldado, após todos esses anos, viesse a ser lembrado como alguém que trabalhou naquele prédio e ampla divulgação deste fato viesse a prejudicar sua vida, seria concebível a concessão de uma tutela a garantir o esquecimento, haja vista o baixo nível do interesse público, a pouca relevância do fato em si e o transcurso do tempo.

Ustra, por outro lado, não se enquadraria em nenhum dos critérios para a tutela do direito ao esquecimento. A começar, ele é uma figura pública. Os fatos que o marcaram versam sobre a ditadura militar, um período marcante e polêmico na história do Brasil, no qual ele é até hoje um dos nomes mais conhecidos. Ustra foi responsável pela tortura e morte de vários indivíduos que eram contra ou guerrilhavam contra o regime militar – o peso deste fato é muito grande.

Mesmo com o resultado do REsp 1.434.498/SP tendo sido favorável às famílias das vítimas, não foi discutido no voto vencedor – nem efetivamente no vencido – a questão do direito ao esquecimento propriamente dito. Desta forma, considerando o reconhecimento progressivo pelos tribunais brasileiros do instituto do direito ao esquecimento, resta clara a possibilidade de o debate ressurgir em novos processos ou até em forma de Lei.

Reavendo objetivamente os pontos levantados na introdução deste texto, conclui-se: (1) que o direito ao esquecimento mencionado no voto-vencido do REsp 1.434.498/SP não se trata do instituto que debuta, mas uma expressão do esquecimento-efeito da anistia em seu sentido histórico, que deve ser entendido por seus efeitos jurídicos limitados; (2) que não encontra óbice à aplicação do instituto do direito ao esquecimento aos anistiados políticos, desde que cumpridos os critérios de inadequação, irrelevância abstrata e temporal.

Referência

ARISTOTLE. **Athenian Constitution**. Tradução: F. G. Kenyon. 2ed. London: G. Bell and Sons, 1912.

BARBOSA, Rui. A questão religiosa: o papa e o concílio. **Obras completas**. v. IV, 1877, tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.

BRASIL. Decreto Imperial nº 244, de 22 de agosto de 1840. Decreto concedendo anistia a todos os que estiverem envolvidos em crimes políticos em cada uma das Províncias do Império. **Collecção das Decisões do Governo do Império do Brasil de 1840**. v. 3, p. 75.

FRANCE. **Édit de Nantes**, de 1598. Disponível em: <https://www.museeprotestant.org/wp-content/uploads/2014/01/Musée-virtuel-du-protestantisme-Édit-de-Nantes.pdf>. Acesso: 14 ago 2017.

LORAUX, Nicole. **The divided city**: on the memory and forgetting in Ancient Athens. Tradução: Corinne Pache; Jeff Fort. New York: Zone Books, 2001.

POLLAK, Michel. Memória, esquecimento, silêncio. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 3, 1989, p. 3-15.

RICCOURT, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

Reflexos da transnacionalização no direito constitucional contemporâneo

Maria Clara Cruz de Albuquerque¹

Luísa Castelo Branco Nejaim²

Introdução

Na contemporaneidade, é notória a existência de dois processos recorrentes e revolucionários no âmbito do direito: a transnacionalização e a desconstitucionalização. Ambos geram consequências que podem ser consideradas como positivas e outras como negativas. As consequências positivas abrangem mais os círculos sociais e políticos. Em virtude disso, como exemplo prático, será analisada a investigação e a punição dos militares que praticaram crimes contra os direitos humanos durante a ditadura civil militar brasileira. Por outro lado, as consequências negativas abrangem mais o círculo econômico. Isso ocorre porque esses processos estagnam as divergências econômica-sociais, tanto a nível nacional como a nível internacional.

Em um momento em que os fins da transnacionalização dos mercados e da completude da democracia estão divergindo, os direitos humanos, por consequência, estão tramitando por uma pontual dualidade contraditória. Para fazer uma análise mais

¹ Aluna da graduação do curso de Direito na Universidade Católica de Pernambuco desde 2016.2

² Aluna da graduação do curso de Direito na Universidade Católica de Pernambuco desde 2016.2

detalhada contemplando os direitos humanos, foi evidenciado que, com o fito econômico - em um plano estritamente jurídico-positivo - nos processos de desregulamentação, flexibilização e desconstitucionalização, os direitos humanos são meramente imperativos hipotéticos ocasionados pelos Estados-nação para uma eficácia na adaptação às exigências da bárbara transnacionalização dos mercados. Em contrapartida, no plano político, os direitos humanos são encorpados como imperativos categóricos - conseguem e devem - permanecer como essencial e contemporâneo preceito para encorajar e orientar os enfrentamentos em virtude da revitalização da liberdade e da dignidade humana.

Corroborando com esse processo de afirmação, o controle de convencionalidade é uma espécie de controle de validade das normas complementar ao controle de constitucionalidade, pelo qual se verifica a adequação entre a legislação nacional e os compromissos internacionais assumidos pelo país perante a comunidade internacional para proteção dos direitos humanos. No caso *Gomes Lund vs Brasil*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos atuou como um órgão revisor das decisões do Supremo Tribunal Federal, com o escopo analisar a conformidade desse tipo de atitude com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Em suma, o poder das forças sociais do direito evidencia suas consequências - positivas e negativas - nos seus âmbitos de incidência. No cerne da ambiguidade dos direitos humanos fica a carga de cada país se posicionar frente à emancipação constitucional sem que haja a perda da legitimidade democrática no trânsito das regulações, não obstante mantenha-se uma anuência no plano internacional em sentido lato. A medida que esse direitos buscam enaltecer os menos favorecidos com os objetivos de equidade e de isonomia social, findam por incomodar os mais favorecidos que lutam pela permanência no poder.

1. O processo de transnacionalização

Em primeira instância, é importante ressaltar que os estados não detêm a ideia de gestores da violência, pois esta é multifacetada, como ocorre nas corporações, por exemplo. O pluralismo sobressai o monismo social. Os órgãos transnacionais são feitos para além do direito externo constrangerem o Estado. Além disso, o Direito usa de sua força para quebrar a racionalidade jurídica, afinal ele será produzido por suas forças sociais: o Direito não é apenas uma forma, ele comporta vários vieses produtores.

A busca por uma justiça transnacional é reflexo de um conjunto de respostas concretas às consequências deixadas por regimes autoritários, bem como conflitos civis no âmbito internacional, regional e interno, visando reestabelecer o Estado de Direito. Além desse fator, investiga as violações dos direitos humanos ocorridas nesse período, sendo o objetivo principal a compreensão histórica de um passado tenebroso com o fito de ruptura e não repetição das ações repreendidas no sistema democrático. É importante que se apare as vítimas invisibilizadas nas ditaduras e que se repare os danos causados a elas. O novo deve tomar o lugar do antigo para que atos ilegítimos do Estado sejam indenizados e anormalizados.

A Comissão Interamericana solicitou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarasse e reconhecesse a responsabilidade do Estado brasileiro, porque o STF declarou que a Lei de Anistia não teria perdido a sua validade jurídica, isto é, que os crimes praticados por militares com motivação política durante a ditadura foram anistiados, proibindo os seus autores de serem processados ou condenados. O julgamento se fundamentou na ideia da Lei de Anistia como uma etapa necessária ao processo de reconciliação e redemocratização do país, evitando que haja outros crimes entre os diversos grupos políticos, pois não se perpetuariam os climas de desconfiança e rivalidade.

Logo, nota-se uma preocupação de grande influência à racionalidade do Direito, visando uma ruptura dos moldes tradicionais. É preciso sair do discurso da internacionalidade abstrata para se ater às dificuldades nacionais concretas, pois de outra maneira haverá uma negligência das bases nacionais. Dito o exposto, a recordação é fundamental para compreender que o Direito não é apenas uma forma, ele comporta várias outras. Logo, é preciso pensar diferente, entendendo que o Direito é fruto e produção das forças sociais. Entretanto, há um discurso em torno da “culpa” e do “destino” de decisões político-jurídicas, que mascara os processos, afirmando que todo esse rito é calcado na ideia de um potencial expiatório que visa deliberar um processo de “menor culpa”, o que gera a teoria de um direito que não menciona a culpa, apenas diz o destino que gerará a culpa, ratificando o pensamento comum de “não tinha como ser diferente”. Em vista disso, o Direito tenta propor soluções para as demandas sociais, mas carrega consigo a deficiência de supera-las. Com isso, o direito termina tratando as exigências sociais com mais violência.

Numa perspectiva política – não mais jurídica –, num viés mais utópico, as ações advindas dos direitos humanos apresentam um resultado gradual, bastante lento. Contudo, a longo prazo, essas ações podem se mostrar potencialmente revolucionárias. Diante disso, é importante destacar que, para que haja uma movimentação em prol da universalização e da efetivação dos direitos humanos, é necessário implementar e executar programas emancipatórios em espaços não-estatais. Programas cujos valores devem partir da reciprocidade, da união, da igualdade e da coletividade, afastando-se de valores tão presentes na sociedade moderna, como a competitividade e o individualismo, sob a égide de um texto constitucional. Dessa maneira, dar-se-á condições de prevalência das formas individuais frente as formas coletivas de cidadania; dos poderes sociais frente ao poder privado do capitalismo, resultando numa nova ordem econômica internacional com melhores condições para o exercício da cidadania.

Em virtude disso, houve um reflexo direto nas decisões políticas que passaram a ficar à mercê da macroeconomia, os grupos econômicos lideram as posições nas definições de parâmetros para a intervenção dos governos nas normas regimentais visando a um sucesso próprio no equilíbrio do capital, além de uma maior liberdade e um controle efetivo. O poder se tornou sem território, a área de atuação se pulverizou e, agora, a autonomia nos espaços aquém dos Estados está sendo dominada por novos meios de resolução, de atuação, ou seja, institutos não oficiais estão tomando conta dos processos resolutivos e decisivos. Assim, estratégias de mediações, auto resolução, arbitragens, interesses próprios, potências econômicas, negociação e conciliação parecem ser os protagonistas nos tramites econômicos judicializados. Em contrapartida, nos espaços acima dos Estados, o que prevalece é a polarização de interesses multilaterais, conglomerados empresariais, instituições financeiras, multinacionais e entidades além do governo. Esse aspecto supranacional vem fragilizando e enfraquecendo a atuação vulnerável no horizonte nacional.

2. O processo de desconstitucionalização

Através desse artifício, pelo qual há uma compatibilização entre normas constitucionais, é que se faz uma releitura de alguns pontos já mencionados na ordem anterior, em virtude disso, é inegavelmente necessário que se tenha um poder originário coerente e razoável para a execução de tal pressuposto normativo. Seu processo consiste em recepcionar normas constitucionais de constituições anteriores ao novo ordenamento jurídico, desde que sejam com o status infraconstitucional. Não obstante seja um fenômeno que coaduna pontos constitucionais compatíveis, não há a expressão desse processo na formação constitucional brasileira.

Embora o Brasil não adote tal sistema de fato, há processos equiparados a este. Os vínculos que o Estado brasileiro mantém com os institutos internacionais assumem posturas impostas por eles e

introduzem em sua legislação nacional decisões externas. Um grande ator nesse processo é o TPI (Tribunal Penal Internacional).

A partir de 2004, com a Emenda 45, dois novos parágrafos foram incluídos no Artigo 5º da Constituição Federal. Um deles – o §4 - prevê o reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, guiado pelo princípio da complementariedade. Esse princípio estabelece que a jurisdição nacional e o do Tribunal Penal Internacional integram diferentes esferas jurisdicionais que se complementam. O intuito é de potencializar o direito. Na prática, caso a jurisdição nacional não verse sobre determinado tema, a jurisdição do Tribunal Internacional entraria em vigor, complementando a jurisdição brasileira.

Outro viés de análise acerca desse processo de desconstitucionalização é o complemento da jurisdição nacional por tratados internacionais. Nesse âmbito, alguns tratados internacionais podem, inclusive, ter status constitucional, desde que versem sobre os direitos humanos e passe pelo processo de aprovação de emenda constitucional, nos termos do Artigo 5º da Constituição Federal, §3. A exemplo da importância dos tratados internacionais assumidos pelo Brasil, tem-se o caso supracitado – Gomes Lund vs Brasil – em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos agiu com órgão revisor de uma decisão nacional, a fim de garantir a obediência do Estado frente ao exercício dessas obrigações.

3. O caso Gomes Lund e outros vs Brasil

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionaram de maneira oposta em relação à validade da Lei da Anistia. O Supremo Tribunal Federal foi apontado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por acobertar a validade de uma lei que estaria servindo como desculpa para impedir que os militares viessem a ser processados ou condenados pelos crimes cometidos na ditadura

militar, violando, assim, convenções internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil.

Tudo começou em 2009, quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte essa demanda, em nome das pessoas desaparecidas e de seus familiares, na Guerrilha do Araguaia, visando consolidar a jurisprudência interamericana diante da Lei da Anistia. Foi solicitada ao Tribunal a declaração de que o Estado brasileiro fosse responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Atrelado a isso, estavam as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno), também da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Com base nessas previsões legais, a Corte ordenou ao Brasil a adoção das medidas reparatorias cabíveis.

O Brasil, em contestação à demanda imposta pela Corte, exaltou três pontos relevantes: a incompetência do Tribunal em virtude do tempo para examinar determinados fatos; a falta de esgotamento dos recursos internos e a falta de interesse processual da Comissão e dos seus representantes.

Na sentença do caso, as disposições da Lei de Anistia foram consideradas incompatíveis com os tratados internacionais dos direitos humanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso porque a lei impedia a investigação e a punição de crimes contra a humanidade praticados por autoridades militares, ocasionando graves violações de direitos humanos e, conseqüentemente, carecendo de efeito jurídico. A anistia era concedida nos seguintes termos:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979,

cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

§ 3º - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º. (Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979).

Dessa forma, o Brasil foi notificado como responsável pelo desaparecimento de 62 pessoas no Araguaia, por infringir as obrigações internacionais assumidas pelo país.

Devido aos obstáculos estabelecidos à investigação pela lei, o Brasil também foi notificado pela violação do direito à integridade, tendo em vista o sofrimento das famílias envolvidas diante da omissão dos fatos. Além disso, foi ainda notificado pela violação do acesso à informação, frente a negação do acesso às informações dos fatos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou, ainda, que o Brasil deverá conduzir de maneira eficaz a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los e aplicar as devidas sanções e consequências previstas em lei. Essa lista de obrigações para efetivo cumprimento por parte do Brasil em respeito à parte lesada visa a não repetição, além de um senso de justiça.

4. O controle de convencionalidade

Controle de convencionalidade é uma espécie de controle de validade de normas, complementar ao controle de constitucionalidade,

pelo qual se verifica a adequação entre a legislação nacional e os compromissos internacionais assumidos pelo país perante a comunidade internacional para proteção dos direitos humanos. O propósito de uma instância internacional não é revisar ou reformar a sentença interna, mas constatar se a referida sentença está em conformidade com as normas internacionais, pois ela carrega um caráter subsidiário que visa proteger os direitos humanos.

No caso em questão, a CIDH atuou como um órgão revisor das decisões do STF, a fim de analisar a conformidade desse tipo de atitude com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Sua decisão limitou-se a analisar se o Brasil violou suas obrigações internacionais, dentro dos limites do controle de convencionalidade. Outro dado da decisão da CIDH nessa questão do controle de convencionalidade é que, para a CIDH, os agentes estatais brasileiros também deveriam verificar se as normas internas estão em conformidade com os tratados internacionais. Isso porque, quando um Estado adere um tratado internacional - como a Convenção Interamericana - todos os seus órgãos e juízes estão submetidos a ele, adquirindo a obrigação de zelar por seus princípios. Em vista disso, o Poder Judiciário está internacionalmente obrigado a exercer um "controle de convencionalidade" entre as normas internas e os tratados internacionais.

O Brasil, após a decisão, deu início a contornos democráticos sobre o seu passado autoritário. Em destaque, há tramitando no STF a ADPF nº 320, ação que visa reconhecer a validade e o efeito vinculante da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund, pois a referida decisão realizou o controle de convencionalidade sobre a Lei de Anistia. O presente trabalho visa analisar quais pontos resolutivos foram cumpridos, de que forma o governo brasileiro os implementou e em que estágio a Justiça de Transição no Brasil se encontra.

Em vista disso, foi solicitada ao Brasil pela decisão da CIDH, como exposto nos parágrafos 137 e 138 do caso Gomes Lund, a investigação e a punição previstas em lei. Ainda nesses parágrafos, a

Corte destacou a importância do dever estatal de realizar as obrigações citadas, com o intuito de garantir os direitos reconhecidos na Convenção que devem ser assumidos pelo Estado como um dever jurídico próprio, e não como uma simples formalidade.

5. Análise dos direitos humanos

Os direitos humanos surgiram adversos ao Estado, como um meio para dirimir a interferência arbitrária do poder público no campo individual. A partir do pressuposto de que a globalização relativiza a soberania do Estado e reduz consideravelmente sua força coercitiva. Como se sabe, todos os seres humanos são sujeitos de direitos e estes por sua vez criam e seguem regras normativas. O cume dos direitos humanos se fundamenta numa totalidade recíproca entre a constituição plena e a aplicação eficaz. Esses postulados jurídicos edificam o positivismo, o qual se constrói por regulamentações do direito que visam a uma regulação da conduta humana no plano social. Vale ressaltar que o direito não existe sozinho e o sujeito não vive sem normas, à vista que, há uma evidente relação triangular entre sujeito, norma e direito. Assim, existe a criação necessária de um sujeito fictício que representa a personalidade jurídica do sujeito de fato, ser este que carrega arbítrios da pessoa humana fatídica alçada para fazer o direito.

Esse poder detento pelo homem legislador gera um efeito direto na vida concreta, ele é a ponte fixa entre o abstrato e o concreto. Ou seja, a possibilidade de criação do direito basilar de uma noção abstrata resulta em modificações e adaptações ao mundo externo do fato, o que não se pode é fazer do direito um mero instrumento de mudança para proveito próprio, o direito deve ser pensado coletivamente e em prol de um bem maior através de um anseio de valor. Por ter a capacidade dessa conversão é desenvolvido um pensamento de que os direitos humanos estão entrando em colapso por estarem sofrendo diversas reivindicações e mudanças, ao passo que transmuda o objetivo central dos direitos humanos,

que seria dignificar a vida humana em um meio social transnacional, criar condições para uma vida de direitos, inclusive, daqueles negligenciados no passado.

Os direitos humanos devem ser fundamentados numa moralidade universal, em que compreende o outro como partícipe da construção jurídica, em vista disso, fica claro que todos são proprietários dessa capacidade legislativa e, só assim, há um reconhecimento individual como sujeito jurídico. Alguns autores, como Hegel, acreditam que para se ter uma completude nos direitos e na subjetividade é preciso que se tenha a noção de que o homem não tem desejos por próprios objetos concretos e abstratos, mas como um meio para o desejo de outra pessoa, sendo assim, ele reconhece no outro, alguém como sujeito de direito e, assim como si próprio, um ser com um fim em si mesmo. Com isso, o pensamento hegeliano traz à lume que os direitos humanos são desenhos da luta por identificação entre os cidadãos, que materializam a comunidade política.

Alguns filósofos como Hegel, Marx e Engels discorrem sobre a dialética, cada um com suas devidas proporções e noções específicas. A luta de opostos gera um antagonismo fundante. Isto é, a partir de reivindicações particulares e de conflitos é que surgem resoluções. Essa contradição de forças opositoras é de extrema necessidade para a construção de uma sociedade com verdades e resultados discutidos num âmbito geral, porquanto, funciona como uma participação em protesto com o fito de enaltecer direitos que são esquecidos ou ineficazes. É crível que os direitos humanos não podem se galgar em seres humanos completos e homogêneos, assim sendo, haveria a inércia de um instituto regulamentador. Por traz das cortinas dos direitos humanos existe uma luta imprescindível, muitas vezes utópica e impossível, por uma justiça. Dito o exposto, é inescusável aos direitos humanos o fascínio revolucionário, afinal de contas, esse foi o seu propósito dissidente.

Apesar dos direitos humanos estarem consoantes com uma dignidade humana num terreno internacional, não se deve esquecer

do pluralismo e das particularidades de seres heterogêneos, eles são, portanto, avessos à uma política unificada crescente, tantas declarações e hiperinflações que por muitas vezes calam vozes de impugnação por direitos. O problema consiste num pragmatismo extremado e exagerado que obscurece a ideologia e a utopia por um futuro mais digno. Quando há uma exacerbada institucionalização, os direitos humanos representam um imaginário dessa sociedade mundial única e homogênea cuja formação de igualdade formal, liberdade negativa e consumismo irão moldar uma sociedade à luz de uma globalização do capitalismo ocidental. Destarte, essa configuração esboçada por governos poderosos e concentradores de força econômica fragiliza e até põe fim aos direitos humanos, os quais seguindo esse sistema seriam robotizados em nome de uma cultura global, cujos valores e princípios constituem uma oportunidade de enclausurar corpos sociais e impor a eles uma lógica única alienante.

Ao ser proclamada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 1948, regras como as de liberdade de participação política, representação democrática e o direito de cada homem ao trabalho, a um salário mínimo e à proteção do emprego eram consideradas um objetivo moral a ser perseguido. Meio século depois, o que era tido como condição de legitimidade da ordem social e institucional passa a ser apontado como obstáculo ao livre funcionamento do mercado, como entrave à produtividade e como freio à competitividade dos agentes econômicos. Esse sistema está substituindo a política pelo mercado, como instância privilegiada de regulação social. (FARIA, 1998).

Hodiernamente, esse problema do utilitarismo dos mais fortes está sendo evidenciado diariamente com conflitos entre refugiados, entre classes e entre reconstruções religiosas, pois os direitos humanos buscam dar corpo aos esquecidos e isto incomoda os conservadores que se mantém no poder. A mudança é inerte à condução da história, as evoluções são passos graduais de conquistas. Por conseguinte, é traumática a recepção de um pensamento fora da tradição vigente, no entanto, ela é necessária,

dado que só dessa maneira se obtém espaço para todas as esferas figurantes do coletivo humano. Os direitos humanos devem permanecer com seu caráter inclusivo e evolutivo.

Conclusão

Diante do exposto, é notório que o direito transnacional gera a possibilidade de trazer à tona injustiças ocultas. Talvez, sem ele, não fosse possível constatar a necessidade de uma reavaliação sensível e atenta aos atos que destruíram vidas e famílias, evidenciando sua importância.

Tratando diretamente do Caso Gomes Lund, tendo a sentença do caso reconhecido a incompatibilidade da Lei da Anistia com os direitos humanos e imposto uma lista de obrigações reparatórias, é perceptível o poder das forças sociais do direito na mutação de paradigmas tradicionais. Na contemporaneidade, essas quebras são feitas de acordo com as demandas das exigências sociais de cada época, confirmando a ideia de um direito plural e prático e trazendo transformações construtivas – como esta – para o direito e para a sociedade.

O campo de atuação dos instrumentos nacionais está cada vez mais mitigado, com o processo de transnacionalização, os detentores da verdade são aqueles que concentram capital, em outras palavras, os processos de regulação são fundamentados em objetivos macroeconômicos, finalidades estas – muitas vezes – fora do que se entende por maior igualdade e fraternidade de bens. Busca-se cada vez mais uma maior autonomia de mercado e um controle efetivo das relações juridicalizadas. Os poderes estão esvaindo por instituições não jurídicas e, nesse viés, há uma maior dominação pelo setor econômico em vertentes jurídicas. Vigora uma perspectiva de dissolução de institutos ordenatórios.

Não obstante a experiência histórica ensina que, quando o medo do outro, do estrangeiro, do refugiado, compõe a ideia institucional de direitos humanos – as inadmissíveis ambições

perpetuam nessas mudanças fazendo com que esses direitos percam seu valor protetor e atuante contra o Estado. O desfecho será a fragmentação da comunidade e do compromisso social em uma ideologia única, na qual algumas pessoas serão capazes de ratificar suas finalidades e sua absoluta soberania, ao passo que outras serão reduzidas à condição de classe inferior demasiadamente marginalizadas. Com isso, volta-se à inconcebível opressão e dominação dos “mais” fortes. Costas Douzinas afirma que os direitos humanos são inerentemente ilimitados ou, em outras palavras, sem pressupostos essenciais.

Referências

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE, Cláudia. **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. 1. ed. São Paulo: Editora Edusp, 1999.
- DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. 1. ed. Trad. de Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.
- FIGUEIREDO, João. **Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979**. Site. Disponível na internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 13 de nov. 2017.
- GARCÍA-SAYÁN, Diego. **Sentença de 24 de novembro de 2010: caso Gomes Lund vs Brasil**. Site. Disponível na internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 7 de nov. 2017.
- FARIA, José Eduardo. Declaração Universal dos Direitos Humanos: Um cinquentário à luz da globalização econômica. **Revista CEJ**. Brasília, v. 2, n. 6, set./dez. 1998. Trimestral. ISSN eletrônico 2179 9857. Disponível na internet: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/162/250>. Acesso em: 10 de set. de 2017.

Análise crítica sobre as razões da instituição do foro por prerrogativa de função

Maria Helena Lemos do Monte Câmara¹

1. Introdução

O presente trabalho tem a finalidade de discorrer acerca da real necessidade desse instituto no sistema brasileiro, partindo-se, pois, de uma análise crítica dessa jurisdição especial, notadamente no que diz respeito aos princípios da igualdade e do juiz natural. Ademais, destaca-se que o estudo do tema ora em análise será realizado com base nas controvérsias doutrinárias, levando-se em consideração os argumentos favoráveis e os contrários ao foro especial.

Assim, o questionamento da temática proposta visa a despertar o senso crítico, expondo se há, de fato, eficácia do sistema para os representantes do poder público, com o fito de explorar também como esse caso afeta a credibilidade do poder judiciário e dissemina a sensação de impunidade na sociedade brasileira.

Por fim, insta ressaltar que o foro por prerrogativa de função na forma que vem sendo utilizado por certas autoridades, destina-se apenas a perpetuar a seletividade, tendo em vista que está sendo empregado como meio de garantir interesses pessoais, o que viola

¹ Graduanda em Direito-Universidade Católica de Pernambuco. E-mail: monte.mariahelena@gmail.com

de plano o Estado Democrático de Direito, que tem na equidade seu alicerce.

2. Natureza jurídica

O foro por prerrogativa de função, tema que será explorado ao longo deste trabalho, de forma sucinta e objetiva, abrange a competência originária de tribunais referente ao processo e julgamento de determinadas autoridades em razão do cargo ou função que exercem perante a sociedade. O foro especial está previsto na Constituição Federal, conforme se depreende do art. 96, inciso III, art. 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, art. 105, inciso I, alínea “a”, art. 108, inciso I, alínea “a” da CRFB/88 (BRASIL, 1988), sendo, pois, proveniente da manifestação do Poder Constituinte Originário.

O instituto é conferido àquele que ocupa posição funcional ou política, neste último caso é deferido em razão do exercício do mandato, uma vez que cessada a investidura há o fim da prerrogativa e o encaminhamento dos autos à justiça comum, segundo dispõe a Súmula 451 do STF. Em conformidade com esse entendimento, Tourinho Filho (2012, p. 363-365) estabelece que: “não é concedido à pessoa, mas lhe é dispensado em atenção à importância ou relevância do cargo ou função que exerça”. Comunga também dessa ideia, Marcellus Polastri Lima (2014, p. 333), uma vez que preceitua que o foro por prerrogativa de função “encontra justificativa não em face do privilégio de certa pessoa, mas em vista da dignidade da função ou cargo exercido, e, assim, pela relevância desta função estatal devem ser julgados por órgão de instância mais elevada”.

À vista disso, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “a prerrogativa de foro, prevista em norma a encerrar direito estrito, visa a beneficiar não a pessoa, mas o cargo ocupado” (BRASIL, 2008).

Por conseguinte, é notório que sua natureza jurídica está relacionada a competência *ratione personae*, tendo em vista a maior proteção conferida aos agentes que ocupam determinadas funções

na esfera pública, com o fito de que possam exercê-la em sua plenitude, com elevado nível de independência e autonomia.

3. Discussões que permeiam a aplicabilidade dos princípios fundamentais relacionados ao foro por prerrogativa de função

3.1 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade encontra-se amparado no Título II da Constituição Federal referente aos direitos e garantias fundamentais, e no art. 5, *caput* estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (BRASIL, 1988). Analisando esse dispositivo observa-se que o legislador optou por instituir a igualdade formal, aplicando a lei de forma isonômica à todos os cidadãos indistintamente.

No entanto, quanto à aplicabilidade dessa ferramenta no âmbito do foro privilegiado, não há unanimidade na doutrina. Há autores que sustentam não existir violação a esse princípio baseando suas ideias basicamente no fato de que tal instituto visa à proteger a função ou cargo em razão da relevância que possuem no âmbito público, não possuindo qualquer intenção em conferir privilégio a pessoa que as ocupa, concluindo assim que a Constituição proíbe em razão do princípio da isonomia o privilégio, que conforme fora dito, tem relação estritamente com o indivíduo, mas não veda o foro por prerrogativa, que seria uma forma de proteção contra eventuais arbítrios na liberdade de exercício das respectivas funções.

Nesse sentido, Tourinho Filho (2012, p. 181) afirma que “o privilégio decorre de benefício à pessoa, ao passo que a prerrogativa envolve a função”.

Fernando Capez (2004, p. 189), seguindo o mesmo raciocínio, acredita que o foro por prerrogativa de função busca preservar a independência do agente político, no exercício de sua função, e garantir o princípio da hierarquia, não podendo ser tratado como se fosse um simples privilégio estabelecido em razão da pessoa.

Outrossim, Roberto Lyra (*apud* TOURINHO FILHO, 2012, p. 181) discorda ao afirmar que quando a lei fala em foro por prerrogativa de função, usa de eufemismo para ocultar um privilégio.

Nucci (2007, p. 240) que participa da minoria contrária ao foro especial, dispõe “tal qual uma prisão especial, é herança de uma legislação elitista, que muito se compatibilizou com regimes baseados na força e no privilégio da autoridade”.

Dessa forma é notório que os que discordam da aplicabilidade do foro privilegiado entendem haver uma transgressão ao princípio ora em análise, sendo o foro por prerrogativa de função, pois, uma exceção à isonomia pregada pela Lei Maior. A não credibilidade nas razões do instituto residem justamente em sua aplicabilidade no cotidiano, em que é clarividente o uso dessa garantia para servir a interesses pessoais e não para o uso do bem social.

3.2 Princípio do juiz natural

O princípio do Juiz Natural tem como pressuposto principal garantir a independência e imparcialidade do órgão jurisdicional quando do julgamento da causa. Assim, segundo Antônio Alberto Machado (MACHADO, 2009, p.68) o princípio fundamenta-se em “um juiz previamente definido em lei, investido da função jurisdicional e competente para o julgamento do fato [...] é aquele previsto constitucionalmente para o julgamento da causa antes mesmo da ocorrência do fato a ser julgado”.

Dessa forma, o princípio do Juiz Natural previsto na Constituição Federal em seu art. 5, inciso XXXVII e inciso LIII dispõe respectivamente que não haverá tribunal ou juízo de exceção e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Portanto, consiste em assegurar principalmente a imparcialidade das decisões proferidas em sede de julgamento, vedando, assim, os privilégios (BRASIL, 1988).

Contudo, quando se trata da aplicação desse princípio em relação ao foro especial tem-se notado a efetiva deturpação da

justiça, uma vez que vem sendo utilizado como manobra para a escolha da jurisdição. Assim, conclui-se que há um verdadeiro desvio de finalidade no uso do foro por prerrogativa, uma vez que as autoridades é quem estão decidindo a jurisdição, decisão essa atribuída a poucos, àqueles que têm o poder.

3.3 Princípio do duplo grau de jurisdição

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição previsto expressamente na Constituição Federal em seu artigo 5, LV consagra o direito da parte de recorrer de uma decisão proferida, sendo essa análise posterior realizada por um órgão superior (tribunal), pressupondo que será revista de forma colegiada bem como por magistrados mais experientes (BRASIL, 1988).

Em consonância, o referido princípio encontra previsão no *Pacto de San José da Costa Rica* (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado no sistema jurídico brasileiro sob a forma do art. 5, § 3 da CRFB/88, possuindo, pois, *status* de Emenda Constitucional, ou seja, tem hierarquia constitucional (materialmente constitucional em razão do que dispõe o art. 5, § 2 da CRFB/88).

Art. 8 , 2, h do Pacto de San José da Costa Rica: “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (OEA, 1969).

Assim, a origem do princípio está intimamente relacionada não só com a noção de falibilidade humana, no direito à segunda chance, mas também na ideia voltada à natureza política do instituto, uma vez que não seria admitida a prestação de uma atividade do estado sem submissão à fiscalização.

Entretanto, observa-se que existe exceção quanto a aplicabilidade do princípio em estudo, notadamente no foro por prerrogativa de função, quando ocorre o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, implicando numa decisão a ser proferida por uma única instância, sem direito à posterior revisão, restringindo de certa forma a defesa do acusado. Ressalta-se que caso haja violação

a direito fundamental terá a possibilidade de interpor Recurso Extraordinário (art. 102, §3 da CRFB/88) (BRASIL, 1988).

Outrossim, tratando-se de um cidadão comum julgado em primeira instância, em situação de posterior diplomação para algum dos cargos do legislativo em âmbito federal, eventual apelação competirá ao Supremo Tribunal Federal a análise.

4. Análise crítica ao foro por prerrogativa de função

4.1 Senso crítico que paira sobre o instituto

Em recente pesquisa, datada em 25 de janeiro de 2017, realizado pela *Entidade Transparência Internacional*, o Brasil encerrou o ano de 2016 em 79º lugar dentre 176 países, no ranking sobre corrupção. Estão ainda empatados com o Brasil em 79º lugar a Índia, Bielorrússia e China. Partindo-se, pois, do senso crítico, é notório que os dados apresentados por essa estatística comprovam a ineficiência do sistema jurídico brasileiro para os representantes do poder público (SALOMÃO, 2017).

Nesse sentido, observa-se que apesar do fundamento jurídico que atualmente lhe foi atribuído, tem como real motivação o caráter político, uma vez que foi implementado no ordenamento jurídico brasileiro, originariamente, com a finalidade de instituir privilégios a determinados grupos e/ou indivíduos de determinadas classes sociais, justificativa essa incompatível com o sistema democrático de direito bem como com a forma de governo republicana, que ao visar ao tratamento isonômico, não permite privilégios, sejam eles de ordem funcional ou pessoal.

Igualmente, além do caráter discriminatório, outrora se apresenta como um impasse à justiça social diante das dificuldades encontradas pelos tribunais superiores, criado constitucional e estruturalmente para o julgamento de recursos, não comporta alicerce para conduzir instruções, atividade típica da primeira

instância; destaca-se, também a escassez de auxiliares da justiça para contribuir com a consecução desse fim.

Contudo, não surpreende a impunidade da maioria dos membros da administração pública, visto que devido à lentidão dos processos, prevalece a quantidade de crimes atingidos pelo fenômeno da prescrição.

Assim, depreende-se que a utilidade do instituto concerne apenas a beneficiar os ocupantes de cargos públicos, servindo no exercício do mandato como um verdadeiro escudo para infringir as leis sem a devida punição, pode-se até dizer, inclusive, que serve para impulsionar a sensação por parte da sociedade de serem seus representantes, assim, intocáveis.

Comunga desse entendimento o ex Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa: “o foro privilegiado foi uma esperteza que os políticos conceberam para se proteger. Um escudo para que as acusações formuladas contra eles jamais tenham consequência” (SETTI, 2011).

Dessa forma, o foro de exceção responsável por trazer pontos negativos para a administração da justiça, tem-se mostrado antirrepublicano, tendo em vista que a autoridade eleita acaba por escolher a jurisdição – escolha essa concedida a poucos, àqueles que detêm o poder – havendo, então, desvio de finalidade e a consequente deturpação da justiça.

Aos que são favoráveis ao foro especial, criticam a possibilidade de um juiz de primeira instância vir a julgar uma autoridade pública, rechaçando essa possibilidade por considerar que ocorreria, in caso, subversão de hierarquia. Entretanto, de acordo com o elencado por Nucci (2009, p. 252):

Se à justiça civil todos prestam contas igualmente, sem qualquer distinção, natural seria que a regra valesse também para a justiça criminal. O fato de se dizer que não teria cabimento um juiz de primeiro grau julgar um Ministro de Estado que cometa um delito, pois seria uma ‘subversão de hierarquia’ não é conveniente, visto que os magistrados são todos independentes e, no exercício de sua

funções jurisdicionais, não se submetem a ninguém, nem há hierarquia para controlar o mérito de suas decisões.

Nesse contexto, é de conhecimento de todos que os ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, atividade essa desempenhada pelo senado conhecida como “sabatina”, conforme dispõe o título IV, sobre a organização dos poderes, em seu art. 101, parágrafo único da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Vale relembrar, pois, que o Pretório Excelso é o órgão responsável pelo julgamento dos membros do congresso nacional - deputados federais e senadores - em caso de prática de crimes comum. Assim, tem-se que os eventuais investigados e posteriormente acusados são os responsáveis pela escolha de seus julgadores, configurando, dessa maneira, uma afronta a imparcialidade no julgamento das decisões e ao ideal de justiça tão clamado pela atual Constituição da República.

Dessa maneira, conquanto alguns questionem a eventual parcialidade e a não afeição dos juizes de primeiro grau para o julgamento de agentes detentores de mandatos ou funções públicas, é de se reconhecer que a imparcialidade tão desejada, de forma ainda mais latente é degenerada no âmbito da suprema corte.

4.2 Solução para o impasse que atualmente acomete o poder judiciário

Ante o que fora exposto até o momento, entende-se que a forma pela qual o foro por prerrogativa de função vem sendo utilizado, apenas se perfaz como fomento à criminalidade política e à corrupção, bem como por estabelecer o que se pode considerar como um escalonamento de classes de membros da administração pública e da população nacional, violando nitidamente os preceitos de igualdade expressos na constituição.

Diante desse empasse, criado pela má aplicabilidade do foro de exceção, questiona-se a credibilidade do judiciário em seu sentido mais amplo, uma vez que a justiça apenas se presta aqueles marginalizados pela sociedade, de poucos recursos, enquanto que, por outro lado, os detentores de prestígio social permanecem impunes e inalcançáveis pelo direito. Ao julgar um cidadão com a garantia do foro por prerrogativa de função, estar-se-á julgando seu cargo e não a sua pessoa, sendo que, na realidade, deveria ser o inverso.

Ademais, o foro fundamenta-se na garantia para o desempenho das funções de forma mais autônoma e independente, mas não para o cometimento de delitos nem para perpetuação de seletividade da justiça; serve para garantir meios mais eficazes na busca pelo bem social e não para atingir interesses pessoais.

Nesse sentido, uma alternativa que se mostra como uma tentativa de proteger a imparcialidade no julgamento, seria a alteração no que diz respeito à escolha dos ministros dos tribunais superiores, de forma a acabar com a vinculação destes com o legislativo e executivo, passando a sua escolha a ocorrer entre os membros de carreira decanos, garantindo assim a independência e autonomia.

Outra opção que se mostra válida seria o fim do foro por prerrogativa de função (mas sua manutenção para o cargo de Presidente da República e para os demais que compõem sua linha

sucessória, de acordo com o art. 79 e art 80 da CRFB/88 (BRASIL, 2001)), tendo em vista a ineficácia e deturpação do instituto, porém com a manutenção das imunidades para os parlamentares, estas responsáveis por garantir a ampla liberdade durante o exercício do mandato.

5. Considerações finais

Ad conclusum, sua natureza jurídica, trata-se de competência *ratione personae*.

Ademais, foi observada a competência dos tribunais para o processo e julgamento do foro privilegiado bem como houve um estudo voltado às discussões que permeiam a aplicabilidade dos princípios fundamentais e sua relação com o foro por prerrogativa de função.

Por fim, conclui-se o presente trabalho com um senso crítico sobre a aplicabilidade do foro por prerrogativa de função na atualidade, como forma de manobra utilizada pelas autoridades da administração pública para saírem impunes, tornando-se, pois, urgente uma reforma no instituto, a fim de garantir a justiça social e aplicabilidade do direito, com a finalidade de construir uma nação livre, justa e igualitária.

6. Referências

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

DELGADO, José Augusto. Foro por prerrogativa de função. Conceito. Evolução histórica. Direito comparado. Súmula 349 do STF. Cancelamento. Enunciados. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

SALOMÃO, Lucas. Brasil está em 79º lugar entre 176 países, aponta ranking da corrupção de 2016. *G1*, Brasília, 25 jan. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-esta-em-79-lugar-entre-176-paises-aponta-ranking-da-corruptcao-de-2016.ghml>>.

SETTI, Ricardo. Entrevista quentíssima do Ministro Joaquim Barbosa: "Político não pega cadeia". *Revista Veja*. Brasília, 15 jun 2011 Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardosetti/politica-cia/entrevista-quentissima-do-ministro-joaquim-barbosa-politico-nao-pegas-cadeia>>.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Cultura policial e direitos fundamentais: paradoxos para o adolescente em conflito com a lei

*Érica Babini L. do A. Machado*¹

*Maria Júlia Moura*²

1 Cultura policial: uma ferramenta de controle social

Ao observar o cenário brasileiro atual no que tange o controle do crime e da violência, constata-se, com facilidade, que algo está errado. Mas é preciso analisar com cautela para que se chegue aos motivos.

Analisando historicamente, perpassando, assim, a constituição das instituições policiais pode-se perceber que as mesmas surgiram num contexto pós-alforria, em forma de acordo das elites brancas para conter aquela população, que agora transitava livre. Ou seja, desde o início, os olhares de vigilância e contenção tiveram destinatários específicos. Da mesma forma que o interesse privado sempre se sobrepôs ao público.

A “proteção” que parte da população desejava, só podia ser alcançada em detrimento de outra parte da população. Essa

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professora da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

² Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Pesquisadora Pibic-UNICAP

marginalização teve como um de seus pilares mais significativos a questão racial.

O sistema penal está se deslocando do privado para o público, controlando escravos, africanos livres, pobres sem padrão, ciganos, mendigos, vadios e crianças abandonadas para que as ruas da cidade possam servir às crescentes atividades de comércio e indústria. (BATISTA, 2003, p.145).

Num processo de higienização e controle social, aqueles que antes eram tutelados por seus senhores, agora que não mais eram patrimônio, precisavam de alguém que continuasse os guardando, a tutela seria então do estado. Não uma tutela que busca suprir necessidades, mas uma tutela repressora, criminalizante e tirana. O tempo solidificou essa cultura autoritária de afastamento, caracterizou a polícia como garantidora de uma ordem hierárquica social pré-definida. A violência continuou destinando-se aos mesmos corpos, que pertenceram sempre a mesma classe social.

Entende-se assim que as deficiências atuais como a falta de planejamento e de investimentos, falta de preparação e abusos dos direitos humanos, tem uma razão de ser. Diferente do que se pensa, o problema não decorre do despreparo. Como afirma Kant de Lima (1997, p.76), se o problema fosse esse, resolveria-se com a implementação de direitos humanos, cidadania, “direitos das minorias” nos currículos para a formação policial. Mas isso já existe e as coisas nunca mudaram. Então, talvez, o termo “problema” não seja o mais correto a ser usado. Pois o “problema” não tem solução quando ele é o verdadeiro objetivo dessa instituição, e do Sistema de Justiça Criminal, de modo geral.

Chamar essa atuação violenta, racista e genocida de “falha” é eufemismo. Há uma legitimação da forma sistemática que direitos fundamentais de grande parte da população são violados. Estes que deveriam ser garantidos a todos sem qualquer distinção, como anuncia a Constituição da República no artigo 5º, não passam de letra morta quando não se trata da proteção das pessoas “certas”.

Não há diálogo entre as garantias existentes e a realidade.
Ações que são

claramente ilegais frente à legalidade colocada pelo próprio estado. Dentro da concepção moderna de soberania, o estado detém o monopólio da violência. Mas esta, em troca, é rigorosamente definida e limitada pela lei. A punição de qualquer cidadão que tenha cometido um delito tem de seguir todos os trâmites legalmente previstos. Mas as ações da polícia, que vão muito além dos limites que a lei coloca para o exercício da violência estatal, explodem com essa racionalidade (OLIVEIRA, 1985, p. 86).

A atuação brutal (OLIVEIRA, 2011) das instâncias penais, distantes das prerrogativas minimamente legais, não são casos pontuais ou transitórios no processo de solidificação do Brasil. As arbitrariedades e as violações escancaradas naquilo que Zaffaroni (1988) chama de direito penal subterrâneo na América Latina, aqui no Brasil ganha ainda mais corpo quando pensamos a partir das lentes teóricas do criticismo racial.

A breve hipótese que aqui está traçada é que esse desempenho violento das agências policiais, principalmente quando direcionadas à população negra, não é uma consequência desviante da atuação das agências penais, mas resultado do desempenho de um modelo que na raiz legitima as ações. (KANT DE LIMA, 1997, p.76)

Sabe-se que não seria, sequer, aceitável culpar apenas quem ocupa o lugar da infantaria nessa “batalha”. O acordo das elites funciona também no contexto público no que se refere ao judiciário e ao legislativo.

O termo usado normalmente no Brasil para referir-se a este tema é “segurança pública”, em lugar de “segurança cidadã” mais comum em outros países da região. De fato, a noção de “segurança cidadã” no Brasil está associada a um paradigma particular, mais democrático e comunitário, vinculado à noção de cidadania (CANO, 2006, p. 137).

Entra-se então na compreensão da palavra “cidadão”, que, basicamente, é o adjetivo para uma pessoa que, por fazer parte de um Estado, goza de direitos civis e políticos, tendo também deveres a ele conferidos. A segurança cidadã (CANO, 2006, p. 137) se destina, então, aos que, de fato (e não somente de direito) são cidadãos. Aqueles para os quais os direitos são válidos, cuja proteção justifica que outros tenham seus corpos não só violados, mas, incontáveis vezes, mortos.

Através desse viés de compreensão literal de termos, pode-se trazer à baila “cultura policial”, e dar a ele o significado de um modelo assassino e cruel, que acaba é legitimado pela população. Não importando a visão que se adote, seja ela em forma de naturalização, onde os comportamentos desviantes são decorrentes de predisposições herdadas ou fatores inatos; seja ela a demonização onde quem delinque é o mal absoluto (MACHADO, 2002, p. 202) há um descaso para com as ações drásticas que são tidas como consequência dessa “escolha”. E há também uma justificativa para elas, uma vez que é enxergada uma concentração de culpa naqueles que “podendo enveredar por tantos caminhos, optaram pelo crime e pela violência”.

É compreensível que a população se perca nessas reações. Afinal, a polícia é, teoricamente, garantia de proteção mas neste “mundo cão” o limite entre ser protetor e agressor é mínimo. (MACHADO; NORONHA, 2002, p. 206). É mais fácil encarar este problema como um problema do outro. Que, numa visão associada ao conceito de direito penal do inimigo, trazido por [Günther Jakobs](#), em 1985, é aquele que por ser inimigo da sociedade não detém de proteção alguma por parte do Estado. As leis, para ele, são suspensas, qualquer meio é válido para que ele seja punido, uma vez que ele viola a paz e a ordem pública.

Não há como se falar em direito penal do inimigo e estado democrático de direito ao mesmo tempo. São termos antagônicos. Um surge instaurando processos devidamente legais, com uma proposta de inclusão e não distinção, enquanto o outro instaura-se

não por fatos, mas por uma suspeição que baseia-se em pilares preconceituosos onde a pobreza e a raça agem como determinantes para delinquir ou não.

A desproporcionalidade das penas tem presença marcada, literalmente, pois como os procedimentos penais preliminares, ou seja, a fase de inquérito policial é excessivamente discricionária, verificam-se inúmeras violações, onde o suspeito é punido pelo fato de ser quem é e morar onde mora. Não existe direito a defesa, quando se é somente, suspeito, pois, o sistema inquisitório não afirma o fato, mas supõe sua possibilidade (KANT DE LIMA, 1985, p. 28). E apenas com a possibilidade, já se verifica punição. Que é como uma pena também preliminar. Pois, caso seja confirmada a responsabilização pelo delito, esse corpo continuará a ser infringido das mais diversas formas dentro do sistema de justiça criminal, e cumprirá então a pena real. Como se ainda não tivesse sofrido nada.

Dessa forma, é impossível deixar de mencionar os princípios canônicos que permeiam nosso processo, e que exigem arrependimento, penitência. (KANT DE LIMA, 1985, p. 38) A culpa cristã se desloca da esfera pessoal e é imposta aos “desviantes”, independente de sua escolha religiosa, e, na maioria das vezes sem que sequer se perceba essa necessidade exarcebada do castigo, da remissão do pecado. É “natural” exigir, indiretamente, que quem errou, para que seja perdoado, pelo menos, se arrependa. Enquanto isso não acontece, flexibilizam-se suas garantias no processo penal, desconsidera-se sua personalidade, torna-se tão somente sinônimo de perigo e perturbador da ordem e da paz social. Estes, que não podem nem se render a oração e pedir que sejam livrados de todo o mal, pois, seus defensores se confundem na figura de algozes.

Mesmo com a CF/88, o poder dado à polícia é forte e praticamente desmedido. O que há, são práticas policiais desreguladas e descontroladas, submetidas a pouca formalização e exercida sem transparência.

O princípio da legalidade que segue o Estado Democrático de direito, é aviltado com tais práticas, que, apesar de estarem

fundamentadas na minimização da violência institucional, baliza o princípio da intervenção mínima do Estado.

Neste interim, podemos trazer à tona os conceitos de Estado de direito em sentido estrito e em sentido lato.

Com essas definições notamos que o estado de direito procura a maximização dos direitos fundamentais e a minimização do poder. Diferentemente, do poder de polícia que é exercido pelo exercício máximo do poder e pela mínima garantia de liberdade.

Como a polícia tem, acima de tudo, o poder nas mãos, muitas vezes ela passa a ser a detentora e garantidora da segurança” da coletividade, usando para isso, seu principal objeto de trabalho: a força. Essa força, exercida pelos policiais tem a prerrogativa de intimidar a sociedade e concentrar em suas mãos um fim pretendido.

Essa concentração do poderio policial, faz com que a instituição se torne uma instituição fundamental no Estado moderno até mesmo para poder preservar a “ordem pública” que é, hoje em dia, o cerne da polícia moderna.

A responsabilidade da polícia em relação a essa atribuição, por sua vez, é mensurada por uma série de fatores, que envolvem a observância da lei, a confiança pública, a transparência, o controle, a resposta às demandas públicas, o tratamento igualitário, entre outros aspectos, os quais são critérios centrais para a avaliação da atividade policial e, conseqüentemente, da própria reputação e orientação de um governo.

Porém, o que não pode deixar de analisar é o fator social que abrange todas essas atuações, pois em nome da preservação da ordem pública, pouco ou quase nada é respeitado dos direitos fundamentais e atitudes repressivas da polícia, acabam por estar legitimadas.

Assim, a repressão penal formal, direcionada aos inimigos declarados e estereotipados (“bandidos”), não aparece, para os segmentos vulneráveis da população, como uma ameaça real e temível. No entanto, a vigilância disciplinar e verticalizante

exercida cotidianamente pelas agências policiais em face dos estratos sociais excluídos e débeis produz intimidação e temor difusos. Estabelece-se, nesse ensejo, uma desconfiança mútua. A polícia direciona o seu olhar aos estratos vulneráveis da população pela inafastável ótica da suspeição: não há conduta nem atitude que escape à vigilância e ao controle policiais. Na dúvida, os agentes devem, no mínimo, demonstrar a sua presença e afirmar ou reforçar o controle exercido. Em contrapartida, em função do discriminatório tratamento a elas dispensado, as próprias polícias são encaradas com desconfiança pelas camadas sociais excluídas. Em tal contexto, naturalizado o uso desregulado e descontrolado do poder policial, os casos de abuso e de arbitrariedade são tratados como se fossem esparsos e excepcionais episódios de desvio funcional de alguns poucos policiais mal treinados ou não vocacionados para a profissão. Assim, propostas de reforma legal e institucional e de intensificação do controle da atividade policial são substituídas por demandas de responsabilização individual e punição dos policiais comprovadamente envolvidos em casos concretos de abuso que chegam ao conhecimento público. Como consequência, cotidianas violações de direitos são perpetradas pelo aparato policial e, apesar disso, as pulsões policiais pela ampliação de seus poderes encontram diminuta resistência, pois os direitos fundamentais figuram como elemento meramente decorativo do discurso dogmático e ocupam posição tímida na arena política.

Ocorre que nenhum desses procedimentos é compatível a proteção de direitos de sujeitos adolescentes.

2. A Doutrina da Proteção Integral e o adolescente como sujeito de direito

A Convenção dos Direitos da Criança (CDC) de 1989 representou o marco de superação do paradigma punitivo, cientificista, tutelar, eufêmico e excludente do período anterior, considerado menorista.

Todas essas legislações são fundadas nos valores e Direitos Humanos e impulsiona perspectivas de autonomia e garantia, afastando-se dos métodos repressivos para uma orientação

educativa, constituindo um programa de ação – seja como princípio, seja como teoria – que assegura, com absoluta prioridade, os direitos individuais e as garantias fundamentais inerentes à criança e ao adolescente, por serem sujeitos de direitos, o que implica uma dedicação protetiva diferenciada.

Nesse sentido, a Convenção propõe uma transformação no sentido de conceder autonomia ao adolescente o qual, conseqüentemente, assume as responsabilidades de seus atos, em conformidade com suas idades, exatamente porque dificilmente alguém pode constituir-se cidadão se não compreende de alguma maneira os desvalores e valores de seus próprios atos no seio da comunidade em que vive.

A proteção jurídica especializada é fundamentada no respeito a peculiar condição de desenvolvimento, devendo ser, desse modo, integral a proteção ao desenvolvimento individual da personalidade nos seus aspectos físico, mental, moral espiritual e social (MACHADO, 2014).

O reconhecimento da especialidade dos sujeitos trouxe essa nova concepção principiológica, expressa pelos princípios do Interesse Superior da Criança e da Prioridade Absoluta, isto é, o rápido atendimento, e transversalidade, demandando sinergia de todos os atores sociais: Estado, comunidade e família, os quais, participativamente, concretizam a democracia. Premissas constitucionalmente asseguradas no art. 227 (reproduzido pelo art. 4º do ECA).

Portanto, é fundamental a constitucionalização do Direito da Criança, fundada em dois aspectos – o quantitativo, relacionado à positivação de direitos fundamentais exclusivos de crianças (que se configuram como direitos da personalidade infantil) e o qualitativo, sendo o Direito das Crianças uma manifestação de Direitos Humanos.

No entanto, o crescimento da violência contra esse público é alarmante. À título de Pernambuco vive, atualmente, um cenário de violência alarmante, chegando ao número de 447 homicídios, o que

representa uma média de 14,4 homicídios por dia³, isso referente aos números de julho (porque neste início do outubro de 2017, não há disponível dados atualizados no sítio da Secretaria de Defesa Social).

Os altos índices de violência são reais, não só em Pernambuco, como no país todo – “em apenas três semanas o total de assassinatos no país supera a quantidade de pessoas que foram mortas em todos os ataques terroristas no mundo, nos cinco primeiros meses e 2017” (CERQUEIRA, 2017, p, 30) - questões que indicam profundo descompromisso com a questão da segurança pública.

Mais do que isso, no país, mortes violentas não esclarecidas (Mortes Violentas indeterminadas – MVCI) chegam a cerca de 10%, mas que no levantamento de Cerquera, na verdade, essas mortes não esclarecidas eram em média 73,9% de registro equivocado. Em Pernambuco, essa taxa é de 9%. Isto significa que se deve ter muita cautela, pois implica dizer que os dados de homicídio podem estar subestimados, sobretudo porque os registros do SIM apontam 6,3% a mais do que os registros policiais. Tudo “conspira contra a qualidade dos dados segundo os registros policiais” (CERQUEIRA, 2017, p. 25).

Outrossim, as profundas raízes do autoritarismo da sociedade brasileira, materializadas na cultura policial, são questões que não podem ser desconsideradas. Os dados obtidos por cruzamento do Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde com os registros do Anuário Brasileiro de Segurança Pública que geraram o Atlas da violência indica um alto grau de subnotificação dos casos de “intervenções legais e operações de guerra”. Sim, porque em 2015 o SIM revelou somente 942 casos, enquanto que a segurança pública, 3.320 mortes decorrentes de intervenções policiais – “3,5 vezes o número de registro da saúde” (CERQUEIRA, 2017, p. 21) – o que já um número maior dos casos de latrocínio no país.

³ Disponível em: <<http://www.sds.pe.gov.br>>. Acesso em 01 de outubro de 2017.

Não se trata somente de revisão dos protocolos de registro, mas de como lidar com o uso letal da força. Não por acaso o Brasil foi condenado na Corte Internacional de Direitos Humanos em 2017, referente ao caso da Favela Nova Brasília, cuja execução extrajudicial de 26 pessoas pela polícia civil em 1994 e 1995 não foi investigada.

Essa letalidade e vitimização policial são resultados de formas bélicas sobre como lidar com a violência e criminalidade, destituída de diálogo com a sociedade e com outros setores da Administração Pública.

O fato é que a taxa de homicídio entre jovens de 15-29 anos subiu entre os anos de 2005-2015, no país, 17,2%, de modo que em 2015, 92% dos homicídios são contra homens, o que equivale a 60,9 pessoas mortas a cada 100 mil habitantes. É um drama que conjuga perda de vidas humanas e perda de oportunidades que condenam jovens a conviverem nos mercados ilegais do tráfico.

O Mapa da Violência (WASELFSZ, 2015) analisou as causas de mortes de jovens entre 16 e 17 anos no Brasil, concluiu que as causas externas e violentas são as que mais vitimam esse público: 54,9% - a cada 100 jovens, de modo que o país vem

ocupar a 3a posição entre os 85 países do mundo analisados, contrastando dramaticamente com países que não registram nenhum homicídio na faixa de 15 a 19 anos de idade, como Dinamarca, Escócia, Eslovênia, Suíça e outros. Considerando outros casos, nossa taxa de 54,9% por cada 100 jovens de 15 a 19 anos de idade, resulta 275 vezes maior do que a de países como Áustria, Japão, Reino Unido ou Bélgica, que ostentam índices de 0,2 homicídios por 100 mil. Ou 183 vezes maior que as taxas da Coreia, da Alemanha ou do Egito.

Uma espécie de “epidemia da indiferença”, como analisa o relatório, o que parece uma afirmativa bem adequada à sociedade brasileira, marcadamente autoritária, com evidentes problemas raciais e que convive com os números de mortes da população (negra, pobre e jovem) historicamente oprimida, invisível e que

parece não existir no país, exceto para o funcionamento de uma sociedade opressora, excludente, hedonista e individualista.

Isto é quem morre são jovens, homens e negros. A exposição de jovens negros entre 12 a 29 anos em relação a brancos na mesma idade é sempre maior. O cidadão negro tem 23,5% de chances de sofrer um assassinato a mais do que cidadãos de outras cores. Pior, no cenário de violência letal já descrita: “enquanto neste período (2005-2015) houve um crescimento de 18,2% na taxa de homicídios de negros, a mortalidade de indivíduos não negros diminuiu 12,2%” (CERQUEIRA, 2017, p. 29).

Considerações finais

Como visto, há um problema social que se intercala com a violência e nesse sentido, a questão da prevenção é fundamental, especialmente porque a juventude deve ser um público prioritário, de modo que o fazer policial esteja preparado para lidar com as especificidades dessa fase da vida, sem que a repressão seja a ferramenta imediata e que os vieses do racismo institucional imperam na abordagem policial.

As melhorias de condição de vida da população brasileira na última década têm sido capazes de reduzir as questões socioeconômicas, mas isso não significa poder garantir a vida para essa parcela da população, porque o enorme abismo entre brancos e negros, envolvendo oportunidades educacionais e de mercado de trabalho, implica privação de diversos direitos.

Portanto, tem-se que “Desde 1980 está em curso no país um processo gradativo de vitimização letal da juventude, em que os mortos são jovens, cada vez mais jovens” (CERQUEIRA, 2017, p. 25) e nesse sentido não cabe a justificativa de que em nome da repressão ao homicídio que tem sido um delito alarmante no estado de Pernambuco, monetarize-se a apreensão de jovens, que são exatamente os que morrem, e não os que matam.

Na verdade, a diferença de letalidade entre negros e o restante da população é histórica – entre 2004 e 2014 cresceu o número de mortos afrodescentes (19,8%) e diminuiu a vitimização de indivíduos de outras raças (13,7%)(CERQUEIRA, 2017).

Outro indicador sintético é o índice de vulnerabilidade juvenil à violência e à desigualdade racial que agrega dados relativos às dimensões de varias escalas sociais e raça. É um índice nove desenvolvido pelo Ministério da Justiça em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública em 2008 que indica, no ranking das unidades federativas, Pernambuco na terceira posição, pois ser jovem negro corresponde a ter o risco de morrer 11,57 vezes maior do que ser jovem de outras cores, o que na escala de vulnerabilidade é muito alto (BRASIL, 2015).

Como se vê a cor da pele influencia diretamente na probabilidade de a pessoa ser morta e nesse sentido, ante a trágica naturalização do homicídio, tem-se um país dividido por um “racismo que mata” (CERQUEIRA, COELHO, 2017).

Esse cenário guarda estreita relação com a cultura policial que tem em sua lógica bélica de combate ao inimigo e

Referências

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. **Índice de vulnerabilidade juvenil à violência e desigualdade racial 2014**. Brasília: Presidência da República, 2015.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. **Democracia racial e homicídios de jovens negros na cidade partida**. Texto para discussão. Brasília, janeiro, 2017.

CERQUEIRA, Daniel; et all. **Atlas da Violência**. São Paulo: IPEA, 2017.

KANT DE LIMA, E. Direitos Civis, Estado de Direito e “cultura policial”: A formação policial em questão. **TEXTO**, n. 4, Rio de Janeiro, 1997.

MACHADO, Érica Babini L. Do A. Medida socioeducativa de internação: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora): um estudo do *continuum* punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE. **Tese** (Doutorado em Direito) – UFPE, 2014

OLIVEIRA, Luciano. Relendo ‘Vigiar e Punir’. **DILEMAS**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social . Vol. 4, n^o 2, ABR/MAI/JUN, 2011, p. 309-338.

Vitimização Secundária e Lei Maria da Penha: um grito em silêncio no processo penal

Maria Júlia Poletine Advincula¹

1. O longo caminho dos juizados à lei 11.340/06: breve apanhado histórico, movimentos feministas e emancipação constitucional da mulher

Nos primórdios da civilização até meados do século XVIII, a vingança privada dava ao vitimado a oportunidade de decidir como lidar com o delito praticado contra ele. Desfrutando de certa autonomia, tinha-se como base o Código de Hamurabi e a *lex talionis*, pretextos justificáveis à retaliação, quer dizer, para se houvesse reciprocidade do crime. Ao passar dos séculos, já quando o Direito Penal se torna questão de ordem pública, instrumentalizado pela tutela estatal, há importante mudança de eixo: o *persecutio criminis* é finalmente assumido pelo Estado, através de um conjunto de leis elaborado por ele. Entraríamos, então, no chamado Período Humanitário, contexto histórico no qual as leis procuravam controlar possíveis arbitrariedades dos monarcas e a barbárie que fora instaurada, seguindo o viés iluminista. É importante ressaltar que a vítima, neutralizada nesse

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, bolsista na Iniciação Científica (CNPq) e integrante dos grupos Asa Branca de Criminologia e Além das Grades. E-mail: juliapoletine@gmail.com.

espaço-tempo, submete-se às decisões do Estado (CALHAU, 2003). Destarte, os estudos criminais, durante séculos, focaram apenas em destrinchar a então tríade delito-delinquente-pena, principalmente com as Escolas Clássica e Positiva. Era mais interessante apurar o delinquente², seu “potencial criminoso” e suas características físicas, do que estudar a fundo sobre o chamado sujeito passivo do conflito. Na segunda metade do século XX, com as atrocidades cometidas na II Guerra Mundial, sobretudo contra os judeus, e também para compreender os danos estruturais provenientes desse notório contexto, a Criminologia passa a incorporar em seus estudos as necessidades da vítima, nascendo assim a Vitimologia, ciência da qual Benjamin Mendelsohn e Hans Von Hentig são considerados precursores. A partir de seus conceitos principais, a vítima não pode ser entendida apenas como a pessoa contra quem se comete um crime, mas parte integrante – e essencial – daquele delito.

Tendo em vista as noções básicas dos estudos vitimológicos, a luta para readquirir o direito de fala dessas pessoas é constante, até hoje, dentro do processo criminal. Esse cuidado ocorre porque, por exemplo, durante o interrogatório, é provável que a palavra da vítima seja tida como fruto de uma ideia preconcebida ou criada pela imaginação traumatizada (BITTENCOURT, 1971, p. 105). Mais profundo no tema, pode-se observar outras distinções de tratamento, a depender das questões de gênero; eg., é fácil ligar a provocação feminina a um paradoxo fundamental da conduta sexual da mulher (ibid., p. 185), nos casos de estupro. Os movimentos feministas que eclodiram no país, já na década de 70, foram porta de entrada para longas discussões sobre assédio, feminicídio, aborto e violência doméstica. O mundo estava mudando e, dentro das perspectivas mais visionárias, o patriarcado começa a ser duramente criticado, perdendo espaço para a emancipação da mulher no âmbito sociocultural. As Delegacias Especiais de Atendimento à Mulher (DEAMs) surgem ainda

² Para mais informações sobre o tema, vide Lombroso, 2007, e sua obra traduzida sobre os ideais positivistas-higienistas a respeito do “homem delinquente”.

nessa conjuntura, no ano de 1985, sob ânimos pós-ditatoriais e enquadradas no contexto de reabertura democrática (MACHADO, 2010). Com a promulgação da Carta Magna, em 1988, a mulher tem – finalmente – sua igualdade perante a lei afirmada, sendo incluída pela legislação como cidadã, sujeita de direitos e deveres. Todavia, apesar dos debates feministas terem tido grande impulso na década de 80, dizer que foi a partir dessa época que se passou a falar em violência contra a mulher no Brasil não significa que ela não existisse antes (IZUMINO, 1997).

E, mesmo levando em conta a aparente isonomia, na prática essa mulher emancipada continuava sofrendo os efeitos da herança machista, que não apenas assombrou e diminuiu sua participação na história, como a transformou em objeto de posse masculina por muito tempo. Cerca de uma década depois, surge a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), com o objetivo claro de afogar a quantidade de processos tramitando nas Varas comuns. Quando da sua vigência, acabou por denunciar os vários casos de violência doméstica que ocorriam no país, sendo também responsável por estimular a criação de legislação específica sobre o tema. De acordo com Azevedo (2008), a elaboração da Lei nº 11.340/06 parte, em grande medida, de uma perspectiva crítica dos resultados obtidos pela criação dos Juizados Especiais Criminais (JECrim) para o equacionamento da violência de gênero. Seguindo o mesmo raciocínio, Mello e Medeiros explicam que

Foi, portanto, dentro Juizados Especiais, por intermédio dos indicadores oficiais, que se evidenciou a alarmante presença de inúmeros casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, até então desconhecidos (ou ignorados) na sociedade brasileira. Constatou-se, pois, que a família, espaço de proteção onde laços de amor e afeto são construídos, é também, paradoxalmente, um local de violência e violação (MELLO; MEDEIROS, 2014, p.3).

Já no início dos anos 2000, as pressões populares continuavam a crescer e, dentro da política, muitos partidos se

posicionavam a favor da criação de lei própria para as mulheres que sofriam esse tipo de violência; era necessário acolher a grande demanda através de uma justiça especializada. O estopim ocorre quando Maria da Penha Maia Fernandes, cearense, sofre duas tentativas de homicídio praticadas pelo seu então marido, tornando-se paraplégica em uma delas. Virou, do dia para a noite, símbolo de luta para aquelas que passavam por abusos no ambiente familiar – quase uma esperança. Em clima de grande comoção, a Lei 11.340/06 é finalmente promulgada, verdadeiro marco da luta feminina contra os abusos morais e físicos sofridos no ambiente do lar. Apesar de suma importância, vale frisar que o Estado, “em meio de seus discursos político-demagogos, decidiu governar através da simbólica intervenção punitiva e fez por encerrada sua suposta atuação voltada para a solução do problema social ‘iluminado’” (ibid., p. 5). Ou seja, através da maximização do poder punitivo, continuávamos seguindo a lógica criminalizadora. Não se tem, ainda, uma visão panorâmica do processo (causas, consequências e meios de prevenção), capaz de identificar elementos úteis para a prevenção daqueles fatos. Posto isto, o Sistema de Justiça Criminal é ineficaz no que diz respeito à proteção das mulheres, pois não contribui para a compreensão da própria violência, nem para a gestão do conflito e, muito menos, para a transformação das relações de gênero (ANDRADE, 1997). Ainda segundo a autora,

[...] o sistema penal expressa e reproduz, do ponto de vista da moral sexual, a grande linha divisória e discriminatória das mulheres tidas por honestas e desonestas e que seriam inclusive capazes de falsear um crime horripilante como estupro, para reivindicar direitos que não lhe cabem. O sistema penal não pode, portanto, ser um fator de coesão e unidade entre as mulheres, porque atua, ao contrário, como um fator de dispersão e uma estratégia excludente, **recriando as desigualdades e preconceitos sociais** (ibid., p. 47, grifos nossos).

Voltando à Vitimologia surgida no pós-Holocausto, entende-se que passa a enquadrar a vítima não com passividade, mas sob

complexa análise psicossocial, multidisciplinar, rica em detalhes e abordagens complexas. Seus estudos mais recentes procuraram trazer a vítima para o palco do debate, a partir de práticas que poderiam enquadrá-la melhor dentro do “seu” próprio processo (Hoyle, 2012). Chega a hora em que o Sistema de Justiça Criminal tradicionalista não consegue mais comportar a quantidade de conflitos, suas demandas e necessidades particulares de cada um.

Além do processo de “afogamento” do Judiciário, também temos como consequência desse fenômeno a chamada “cifra oculta”, quando admitimos que certos crimes não são analisados pelo Judiciário, simplesmente porque não há registro formal de todos os casos. Na violência doméstica, a mulher se sente humilhada, assustada e insegura por depor contra um companheiro ou parente (pai, padrasto, avô, primo, irmão), o que inibe sua ida à delegacia. Não é difícil imaginar uma relação amorosa conturbada, ameaças de um ex-companheiro, ou uma família em conflitos constantes. A denúncia e/ou queixa é o estopim de uma situação muito ampla, que se tornou insustentável, e deve ser vista como um grito de socorro. É doloroso entrar nas estatísticas e expor sua vida para pessoas desconhecidas, sem nenhum tipo de segurança ou acolhimento: uma delegacia não traz conforto, nem é convidativa, apenas assusta, humilha. A mulher se sente degradada e, quase sempre, culpada por estar indo ali. É a nossa grande sina, do feminino demonizado, potencializado pela burocracia extravagante, dentro de um local composto, quase totalmente, por homens. Homens que julgam mulheres, e tomam para si o conflito delas, mais de uma vez.

2. O cotidiano de uma vara de violência doméstica: entre pilhas de processos e conversas de corredor

Entre julho de 2017 até setembro do mesmo ano, tive a valiosa experiência de estagiar voluntariamente em uma Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Recife. Um período curto,

de apenas três meses, mas incrivelmente inspirador, motivacional e grande impulso para a construção deste artigo.

O que foge da dogmática, aprendemos com a vivência prática, pois, já dizia Paulo Freire, não há ensino sem pesquisa e vice-versa. Minha função lá era, basicamente, acompanhar os trâmites da ação penal, verificar os casos de prescrição e decadência, e a validade das Medidas Protetivas. Com a curiosidade em ler cada boletim de ocorrência, cada peça processual, me descobri uma entusiasta sobre violência doméstica. Enquanto folheava os processos, devidamente organizados por ano, tentava também decifrar um pouco da história daquelas pessoas anônimas: por que recorreram ao Sistema de Justiça Criminal? Qual a história por trás daqueles depoimentos? Será que continuavam com a rotina de medo, será que conseguiram algum tipo de reparação? Será que estavam felizes?

Dentre os processos que analisei, o que me chamou atenção foi um que parecia igual aos outros: lesão corporal leve e o marido estava cumprindo a preventiva. Sua particularidade se mostrou em algumas poucas folhas, manchadas com diversas assinaturas: era um apelo da comunidade para que o réu fosse solto o quanto antes, explicando como ele era bem quisto. Dentre as dezenas de assinaturas, sua esposa, a então ora denunciante, também assinava conjuntamente, alegando que sentia falta do companheiro (os filhos também) e que, além disso, ele era sua fonte de renda, estavam passando necessidade. Perguntei a um colega estagiário se aquele apelo poderia ser, de alguma forma, acolhido no julgamento. A resposta dele, tão rápida quanto irônica, foi direta: “não vai mudar nada”. Senti a angústia daquela mulher, dos filhos do casal e também, não menos importante, de toda comunidade que clamava por sua saída e retorno ao bairro. Naquele instante, pude compreender um pouco dos efeitos colaterais do nosso Estado punitivo: ocasionando o silêncio de todos aqueles envolvidos, direta ou indiretamente, no curso processual. Quando admitidos que um bem jurídico é violado, logo pensamos no que o Estado pode fazer para recuperá-lo. Temos sede de justiça, quando na verdade a mão

punitiva deve seguir a lógica da *ultima ratio*; talvez por falta de opção ou costume, ela é a primeira que nos vem à mente.

Em paralelo ao estágio voluntário, o Grupo Asa Branca de Criminologia, do qual faço parte, realizou uma série de entrevistas semiestruturadas com aquelas mulheres que percorriam silenciosamente os corredores das Varas de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de algumas capitais do país, trabalho desenvolvido através de edital aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça³. Tivemos acessos a dados que alertam sobre uma dura realidade: a maioria das mulheres entrevistadas possuíam baixa escolaridade, eram donas de casa, pardas e moradoras de bairros pobres da capital, possuindo idade média de 30-40 anos; geralmente, possuíam pelo menos um filho em comum, este quase sempre menor de idade; a violência acontecia, na maioria das vezes, no local de coabitação e, quando não, na residência da vítima; muitas vítimas associam a prática da violência com o uso frequente de drogas pelo agressor, sendo elas lícitas ou ilícitas, e o álcool a mais comum delas; parte significativa dos processos é julgada como extinção sem resolução do mérito.

Além de que o casal, geralmente já separado na data do fato, ainda entrava em conflito no pós-término: ameaça e crimes contra a honra ilustravam os delitos mais encontrados nos inquéritos policiais. Na maior parte dos casos, continuaram com o relacionamento depois da violência - o que explica, inclusive, as pilhas de processos sem movimentação. É a desistência tácita da vítima, sua renúncia silenciosa porque, sozinha, consegue lidar com seu conflito.

³ Trabalho recém finalizado e enviado ao CNJ, de título “*Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário*” (vide <http://www.unicap.br/assecom1/?p=58057> para detalhes).

3. A justiça restaurativa como alternativa ao silenciamento do sistema de justiça criminal e retomada da mulher protagonista

A necessidade latente de estimular as potencialidades da Justiça Restaurativa, especificamente na área de violência doméstica contra a mulher, além de ser uma proposta inovadora, é urgente (ROSENBLATT; MELLO, 2015). Através de um prisma sob as fases da vitimização já exposta, temos a primária, decorrente da prática do crime; secundária, causada por todas as dolorosas etapas do processo penal (depoimento na delegacia, exame de corpo de delito, audiências); e, por fim, a terciária, que seria a forte represália dos familiares, da sociedade e também dos órgãos públicos, causando uma falta de amparo prejudicial à vítima, marginalizada. É vital analisar, também, o contexto das chamadas vítimas indiretas, que seriam todas as pessoas afetadas pelo processo, por mais que o Direito Penal insista no Princípio da Responsabilidade Pessoal: a pena transcende, sim, o apenado. E não apenas e tão somente aqueles que se encontram no cárcere, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas desde muito antes da consumação do delito. O processo de violência, apesar de muitas vezes silencioso, é longo, agressivo e plurifacetado.

Quando escreveu a respeito do fenômeno de “roubo dos conflitos”, Nils Christie (1992) fortificou a ideia da *revitimização secundária* pelo Estado silenciador, já que, principalmente no âmbito penal, as vítimas são tolhidas de fala desde a entrada na delegacia até o andamento processual do “seu” conflito. Sendo assim, perdem sua individualidade, suas histórias, e seus anseios para um sistema altamente burocrático e decepcionante. Os crimes são geralmente tidos como propriedade do Estado, sem levarmos em conta os envolvidos diretamente nele. É importante falar em pessoas com relacionamentos violados, “roubados”, através de erros que precisam ser corrigidos, os quais envolvem a vítima, o ofensor e a comunidade, na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança (ZEHR, 2008). Nos casos específicos da

Lei Maria Penha, o agressor não é um desconhecido, mas sim alguém com quem a vítima pode ter dividido a casa, os filhos e uma estrutura matrimonial/familiar. Apesar da nítida necessidade de ser tratado isoladamente, de forma sensível, por tudo já exposto, o conflito doméstico nem sempre é visto como tal.

Ao traduzir o debate para termos processuais penais, é fato que esse Estado relega à vítima um papel secundário, tanto que, após informação oficial da ocorrência ou após a representação penal, ela passa a ser uma mera informante, quiçá uma testemunha (MEDEIROS; MELLO, 2014). Além disso, vale também, ressaltar que, apesar da insegurança, o ingresso do conflito doméstico no Poder Judiciário tem significado simbólico importante para a mulher agredida. Não apenas pela visibilidade que dá à violência, mas pela informação ao Poder Público de que a mulher agredida, sozinha, não conseguirá pôr termo à agressão (CAMPOS; CARVALHO, 2006, p. 415).

Em alguns casos, o juiz, durante a audiência, se vê conversando informalmente com as partes; apesar de que, ressalta-se, raramente, um magistrado alocado em Varas de Violência Doméstica possui formação específica na área, tampouco em questões de gênero (poderíamos, inclusive, ampliar o debate para as mulheres *trans*, travestis, mulheres homossexuais, as quais também sofrem esse tipo de violência). “Por que o senhor fez isso com a mãe dos seus filhos, com sua companheira?”, é frase praticamente clichê em uma sessão de julgamento. Provavelmente aplicada em quase todos os casos, me faz pensar sobre a delicada problemática de colocar o Estado dentro da sua casa, e como ele parece um pai reprimindo a criança após dar-lhe um castigo duro. A crítica social em relação a quem o Judiciário de fato alcança, se pauta em uma constatação simples: os dígitos – (des)personalizantes - do processo que vai mudar grande parte da vida daquelas pessoas, nem sempre, ou quase nunca, é de conhecimento delas próprias.

Já em relação à Justiça Restaurativa como alternativa viável, Pallamolla (2008, p. 4) defende que “surge como uma resposta à

pequena atenção dada às vítimas no processo penal em razão aos fracassos da pena privativa de liberdade para promover a ressocialização do apenado”. E, ainda, se adequadamente monitorada tal intervenção, o modelo traduziria uma possibilidade real de inclusão da vítima no processo penal, sem abalar o sistema de proteção aos direitos humanos construído historicamente (DE VITTO, 2005).

4. Conclusões (por ora), reparação de danos e o que esperar das práticas restaurativas

Duas primeiras conclusões: a lei nem sempre vai cumprir fielmente sua função social. Entende-se que muitas mudanças precisam ser feitas, com intenção de prevenir, e não apenas remediar uma situação já crítica. É preciso inovar, e arriscar. Atualmente, podemos admitir a violência contra as mulheres como problema social no Brasil (IZUMINO, 2008). Claramente, tal problemática se potencializa quanto há negligência quanto às particularidades das partes, poder de fala e empoderamento. A partir dessa brecha, da imensa lacuna que o Sistema de Justiça Criminal abre, observamos a Justiça Restaurativa, ao horizonte, trazendo uma forma vanguardista de lidar com esses conflitos. Pois, pode-se dizer que

[...] como se não bastasse o sofrimento com o crime, no modelo tradicional de justiça criminal, a vítima também sofre ao longo do processo penal, dentre outras razões, porque: é muitas vezes destrutada em Delegacias de Polícia; tem sua participação no processo limitada às funções de informante; segue aflita por desconhecer sobre o andamento do “seu” caso, e sobre os seus direitos enquanto vítima; raramente é atendida nas suas expectativas de reparação de danos; dentre outras situações de desprezo vividas pela vítima que, vale lembrar, também é protagonista na ocorrência criminosa (ROSENBLATT, 2015, p. 86-87).

A mulher, vítima primordialmente pelo agressor, repete o papel por ter, após a ação penal, seu conflito “roubado” pelo Estado. Em paralelo com a Criminologia Feminista, se pondera o grau de satisfação das vítimas de violência doméstica com o andamento processual, assim como as causas estruturais do notório desleixo do sistema de justiça para colocar em evidência essa mulher – calada, violentada e, ainda assim, a verdadeira protagonista. É preciso pensar para além das sanções alternativas, em busca de verdadeiras *práticas alternativas* ao processo (HULSMAN, 2004). Levando em conta que a justiça restaurativa trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa (ZEHR, 2012), é válido se pensar como uma saída ao (re)protagonismo, além de parecer uma alternativa plausível à superação do Direito Penal tradicionalista, focado apenas na punição, enquanto a reparação de danos é esquecida. Como visto na prática, às vezes aquela mulher só quer que a violência pare, sem, para tal, ter que marginalizar seu agressor.

Até que ponto o conflito está sendo tratado com sensibilidade? Será que seu contexto é levado em conta pelo juiz ao julgar um processo? E, mais ainda, aquelas mulheres em situação de dor e perigo são ouvidas, atendidas, tratadas com o devido respeito? As medidas protetivas são um remédio, mas não seria interessante pensar em algo mais complexo, capaz de reparar danos de forma eficaz, seguindo os anseios – e tão somente – daqueles envolvidos no conflito? Com a justiça restaurativa, a mulher vítima de agressão pode experimentar a sensação de empoderamento ao participar do deslinde do conflito, buscando uma solução que respeite os seus sentimentos e sua percepção do justo (RORIZ, 2010). A alternativa restaurativa faz sentido, porque um dos principais atributos da justiça restaurativa é que ela enxerga o crime como uma violação contra pessoas “reais” no lugar de uma violação dos interesses abstratos do Estado ou de normas jurídicas abstratas (ROSENBLATT; MELLO, 2015).

Transcrevo aqui, com o que a memória permite, a frase de uma das últimas mulheres que tive a sorte de conversar durante

meu período de estágio na Vara. Perguntei se ela sabia o que era a justiça restaurativa, pois todas as mulheres entrevistadas até então nunca nem tinham ouvido falar. De modo que me surpreendeu na resposta: “sei sim...vi uma reportagem sobre isso, eu acho. Não é como se fosse um tipo de mediação? E olha, eu queria que desse certo, porque às vezes a gente só precisa botar aquilo pra fora, né? Eu tenho um filho com ele, seria muito menos doloroso se as coisas fossem resolvidas com conversa, mesmo. Sem burocracia, sem Medida Protetiva. É uma tortura pra mim ter que vir pra cá. É como reviver tudo novamente”.

Enquanto a Justiça Restaurativa ainda não é utilizada de forma larga no país, apesar de existirem alguns projetos-piloto em curso, as pesquisas mostram cada vez mais que precisamos mudar a forma de lidar com nossos conflitos. É razoável pensar que, num futuro próximo, possa ser de fato implantada em solo brasileiro, inclusive no contexto de violência doméstica. Há grande otimismo em relação às várias possibilidades de aplicação prática ou, pelo menos, forte torcida para que aconteça em breve.

Referências:

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UFSC, v. 18, n. 35, p. 42-49, 1997. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15645/14173>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CELMER, Elisa Girotti. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo: uma análise da LEI Nº 11.340/2006. Boletim IBCCRIM, n. 170, p. 12-13, janeiro, 2007.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. Vítima: Vitimologia: A dupla penal delinquente-vítima. Participação da vítima no crime. Contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina. São Paulo: Universitária de Direito, 1971.

- CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p.409-422, maio/set. 2006.
- CHRISTIE, Nils. Los Conflitos como Pertencia. In: Eser et al. (Orgs.). *De Los Delitos Y de Las Victimias*. Buenos Aires: ADHOC, 1992, p. 157-182.
- DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos in SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org.,. *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Brasília: 2005.
- IZUMINO, Wânia Pasinato. Justiça penal e violência contra a mulher: o papel da justiça na solução dos conflitos de gêneros. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 05, n. 18, p. 147-170, 1997.
- IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 70, p. 321-360, jan.-fev., 2008.
- HOYLE, Carolyn. Victims, the Criminal Process, and Restorative Justice. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (orgs.). *Oxford Handbook of Criminology* y. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- LOMBROSO, Cesare, 1885-1909. O homem delinquente. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.
- MACHADO, L. Z. (2010). A Invenção das Delegacias Especializadas. In: L. Z. Machado, *Feminismo em Movimento* (pp. 14-47). São Paulo: Francis.
- MELLO, M. M. P.; MEDEIROS, C. S. L. Q.. Entre a ‘renúncia’ e a intervenção penal: uma análise da ação penal no crime de violência doméstica contra a mulher. 2014. (Apresentação de Trabalho/Congresso).

- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. A Justiça Restaurativa da teoria à prática: relações com o sistema da Justiça criminal e implementação no Brasil. Dissertação de Mestrado. PUC do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008. Disp. em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1835/1/000409552-Texto%2bParcial-o.pdf>> . Acesso em: 22 jan. 2018.
- RORIZ, R.C.L.L. *Mulher, Direito Penal e Justiça Restaurativa*. 2010. Dissertação (Dissertação em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, UFPE.
- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Uma Saída Restaurativa ao Processo de Vitimização Secundária. In: KOSOVSKI, Ester et al. (Orgs.). *Vitimologia na Contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015.
- ROSENBLATT, F. F.; MELLO, M. M. P.. O Uso da Justiça Restaurativa em Casos de Violência Doméstica contra a Mulher: potencialidades e riscos. In: Luciano Oliveira; Marília Montenegro Pessoa de Mello; Fernanda Fonseca Rosenblatt. (Org.). *Para além do Código de Hamurábi: estudos sóciosjurídicos*. 1ed. Recife: ALIDI, 2015, v., p. 99-111.
- ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

Política e ativismo judicial: intervenções judiciais nas regras do jogo democrático

Glauco Salomão Leite¹

Marina Falcão Lisboa Brito²

Introdução

O Brasil, assim como outros países da América Latina, passou por um processo de redemocratização na década de 1980. Esse fenômeno pode ser observado a partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88), notadamente abrangente em relação a quantidade e à profundidade dos temas ali abarcados. O Constituinte Originário, preocupado em assegurar a estabilidade do Estado Democrático brasileiro, redefiniu as atribuições de cada um dos três Poderes – Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo.

Nesse diapasão, pode-se notar uma alteração do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal (STF) no cenário político

¹ Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco, onde também leciona, na condição de Professor Permanente, em seu Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado). Professor Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal da Paraíba (Campus João Pessoa) e Professor de Direito Público da Universidade de Pernambuco (UPE). Membro do grupo Recife de Estudos Constitucionais – REC (CNPq).

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Bolsista do Programa de Iniciação Científica (PIBIC/UNICAP).

brasileiro, além de uma maior interação da Suprema Corte com o Poder Executivo e o Poder Legislativo (BARROSO, 2011). Portanto, a redemocratização fortaleceu e expandiu a atuação do Poder Judiciário de maneira inegável.

É importante salientar que o rol de direitos expressos na Carta Magna de 1988 foi extremamente ampliado em relação as constituições anteriores, tratando sobre direitos fundamentais, sociais, políticos, partidos políticos, organização dos Poderes, dentre outros temas. *A contrario sensu*, o Poder Legislativo - a quem cabe servir como caixa de ressonância dos anseios populares - e Poder Executivo - encarregado de planejar e executar as políticas públicas -, hodiernamente deixa de lado o cuidado com o mínimo exigido para concretizar esses direitos pensados pelo Constituinte Originário, acarretando um distanciamento entre a sociedade civil e a classe política.

Nesse mesmo movimento, será vista no presente artigo a ocorrência de uma crescente judicialização da política no país, o que exigiu do STF um posicionamento sobre questões com alto teor político (CAMPOS, 2014). Por vezes, partidos contrários entre si, diante de entraves, recorrem a Suprema Corte para solução dessa espécie de controvérsia. Em outros casos, os legitimados para propor ações de controle de constitucionalidade concentrado veiculam pedidos com intuito de resolver, no Poder Judiciário, questões também atinentes à política.

Por sua vez, o ativismo judicial está diretamente ligado a uma atuação mais intensa do Poder Judiciário, o que acarreta um maior avanço em relação a função típica dos outros dois Poderes (BARROSO, 2011). Diferentemente da judicialização, no ativismo judicial encontra-se a opção de interpretar a Constituição com o objetivo de ampliar o seu alcance, ao passo que quando tratamos da judicialização, falamos de um fato decorrente do desenho institucional brasileiro que tem estimulado o deslocamento de questões políticas para a esfera judicial.

1. A redemocratização e a judicialização

A partir do fenômeno da redemocratização ocorrida nos países da América Latina, surgiu uma maior necessidade de tornar os direitos constitucionais eficazes. Nesse sentido, foi que, no Brasil, o Constituinte Originário de 1988 tratou de constitucionalizar direitos que anteriormente eram tratados de forma infraconstitucional. De tal modo que, por vezes, as funções do Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário se confundem.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura visivelmente ativista, pois a medida que surgem desmandos e lacunas por parte dos outros Poderes, resta ao Poder Judiciário o dever de conhecer sobre casos que, anteriormente, não eram por ele apreciados. Elival da Silva Ramos, se refere ao ativismo:

[...] como a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, inclusive, da função de governo. Seria, dessa maneira, a incursão do Poder Judiciário no núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes (RAMOS, 2010, p. 116-117).

Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso elenca três maneiras pela qual o ativismo judicial pode se manifestar:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008).

Assim, pode-se dizer que inúmeros são os casos em que o STF tem a capacidade de assumir um papel protagonista, notadamente

expansivo, ao tempo que legítimo, a fim de garantir a aplicação da Lei Maior.

Adentrando o conceito trazido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, há que se falar acerca da (in)fidelidade partidária como exemplo de ativismo judicial.

Nesse caso, a decisão que a Corte do Supremo Tribunal Federal tomou sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.081/DF ajuizada contra a resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – perda de mandato por desfiliação partidária – foi a de regulamentar uma proibição que não se encontrava anteriormente estabelecida em qualquer norma constitucional ou infraconstitucional. O STF decidiu que a vaga existente no Congresso Nacional em caso de eleições majoritárias pertence ao candidato, enquanto que nas eleições proporcionais a vaga pertence ao partido político e não ao candidato, ao argumento de que se o contrário ocorresse estar-se-ia desrespeitando a soberania popular e a sua decisão. Logo, quando o Supremo atua dessa maneira resta caracterizada uma das formas pelas quais o ativismo pode se revelar. A decisão dos ministros se configura, então, como um exemplo prático de ativismo judicial.

Seguindo adiante, o Ministro Luís Roberto Barroso faz menção à segunda conduta que justifica o ativismo judicial:

O STF declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o status de cláusula pétrea (BARROSO, 2008).

Nesta ocasião podemos notar uma clara intervenção judicial nas regras do jogo democrático.

A partir do momento que o Poder Judiciário ditou novas maneiras de agir, relacionadas ao processo político, criou, no caso

mentionado acima, novas regras concernentes ao acesso dos cargos eletivos – intervindo nas regras do jogo democrático. De sorte, podemos dizer que cabe ao Poder Judiciário a função de garante do Estado Democrático de Direito – das regras do jogo –, bem como a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Segundo Bobbio (1986), um regime democrático se dá através de normas que regulem o jogo das disputas políticas. As regras do jogo democrático, que estão positivadas na Constituição Federal, estabelecem uma condição de democracia e devem ser respeitadas. Partindo da premissa que o Brasil possui um processo eleitoral democrático – composto por normas que ditam as eleições parlamentares, o período de vacância, mandato, etc – e, sendo ele alterado pelo STF, clara se faz a intervenção judicial.

Finalmente – concernente ao terceiro tópico também trazido pelo Ministro – faz-se mister destacar quanto as questões que, devendo ser tratadas pelo Poder Público, são deixadas de lado e muitas vezes até por ele, esquecidas. Dessa maneira, não resta outra opção, para o jurisdicionado, senão a de deixar a cargo do Poder Judiciário a escolha do melhor tratamento ao bem jurídico ora tutelado, por meio de ações ajuizadas por seus legitimados.

Fator importante para percepção dos fundamentos da crescente judicialização verificada no Brasil se dá através da leitura do ambiente em que surgiu a Constituição Democrática de 1988. Advinda após um período de ditadura, onde muitos direitos fundamentais foram suprimidos da população e, agora estando os mesmos presentes, justamente em virtude da sua não observância pelo Poder Executivo, são extremamente requisitados pelo povo.

Logo, em defluência da estagnação do Poder Público e na garantia desses direitos na Carta Magna, é que temos, atualmente, uma judicialização da política exacerbada, abarrotando o Poder Judiciário de questões cotidianas e anseios pessoais que poderiam – e deveriam – ser resolvidos tanto pelo Poder Legislativo como pelo Poder Executivo, na criação e execução das leis e das políticas públicas.

Diante das flagrantes situações de desrespeito às normas brasileiras – seja por parte dos Poderes, seja por parte dos próprios mandatários eleitos, de maneira pessoal –, se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário em matérias atinentes de forma típica aos outros dois Poderes, como forma de efetivar o sistema de freios e contrapesos. Servindo de equilíbrio ao caos, muitas vezes instaurado por essa desobediência e apatia à legislação vigente.

Nessa linha, podemos notar as atuais e importantes intervenções judiciais nas regras do jogo democrático, que, como já tratado, interferem diretamente no processo político e no modo de sua execução.

2. Intervenção judicial nas regras do jogo democrático: a ação cautelar 4.070/df

A apreciação da ação cautelar nº 4.070/DF configura um caso exemplar de intervenção judicial nas regras do jogo democrático. Na ação, os 11 ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram por manter a suspensão do mandato e o afastamento por tempo indeterminado do Deputado Eduardo Cosentino da Cunha da presidência da Câmara dos Deputados.

A ação cautelar foi proposta pelo então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, onde afirmava que o afastamento de Eduardo Cunha era fundamental para garantir o regular funcionamento das instituições sem embaraços ou condutas espúrias, em face do risco de o deputado praticar novas condutas ilícitas, que poderiam prejudicar o andamento das investigações da operação Lava Jato.

Em seu pedido, Rodrigo Janot afirma:

Conforme se verá adiante, graves fatos, concretos e recentes, impõem o afastamento de EDUARDO CUNHA da Presidência da Câmara dos Deputados, visto que vem utilizando essa relevante função em benefício próprio e de seu grupo criminoso com a

finalidade de obstruir e tumultuar as investigações criminais existentes contra si (BARROS, 2015, p.1).

Logo, segundo o Procurador-Geral da República, a suspensão do exercício do mandato do deputado e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados é essencial para garantir a ordem pública e a devida regularidade dos procedimentos contra Eduardo Cunha no STF.

Nesse ínterim, possíveis dúvidas podem surgir quanto à legitimidade na atuação por parte do Poder Judiciário em questões típicas e apropriadas ao Poder Legislativo. Diante da decisão favorável ao seu afastamento, inúmeras críticas surgiram alegando uma interferência indevida no Poder Legislativo, o que poderia ocasionar um desequilíbrio na relação institucional dos Três Poderes. Afirma-se, ainda, que a decisão do STF carece de fundamentos jurídicos e viola os limites constitucionais dos artigos 53, §2º e 55, §2º. Afinal: qual a legitimidade do STF para atuar de tal maneira?

Conforme preconiza o art. 55, §2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) nos casos em que o deputado cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar ou que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado, a perda desse mandato será decidida pela Câmara dos Deputados, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa, e não pelo Poder Judiciário como, de fato, ocorreu. Esse seria, então, um argumento plausível a ser levantado para se questionar a possibilidade do Poder Judiciário em decidir sobre tal questão, confrontando a teoria clássica da separação dos poderes.

Agindo desse modo, o Supremo Tribunal Federal passa a se comportar como um ator político. Segundo Glauco Salomão, Mirella Coimbra, Pablo Medeiros:

No que tange ao protagonismo judicial, a Corte se tornou o local de deliberação - não o *locus* ideal mas -, talvez o único, que

demonstrou capacidade institucional e interesse em dar cabo à discussão. Assim, parece legítimo ao Tribunal julgar a matéria mesmo que traga consigo grande teor político[...] (COIMBRA, LEITE, MEDEIROS, 2016, p. 368).

Entretanto, na hipótese em questão, o STF agiu para garantir o equilíbrio e a legitimidade institucional dos Poderes, isso porque, as acusações que recaem sobre Eduardo Cunha são de alguém que se utilizou das suas prerrogativas de função para prática de atos criminosos, confundindo o público e o privado (OLIVEIRA, 2016).

Em um primeiro momento, é importante salientar que a situação do art. 55, §2º da Constituição Federal (1988) não se aplica ao caso da AC 4.070/DF, pois enquanto o artigo trata da possibilidade da perda do cargo, a ação cautelar discute a suspensão do mandato eletivo e, consequentemente, a sua posição como presidente da câmara dos deputados. Ora, não é objeto da presente ação a discussão acerca da cassação do mandato do deputado, mas, unicamente, sua suspensão. Ou seja, mesmo suspenso de suas funções, Eduardo Cunha continuou como deputado até a sua cassação, posteriormente, realizada pela própria Câmara dos Deputados³.

Do outro lado, temos a imunidade prevista no art. 53, §2º também da CF/88, entretanto a mesma se refere à prisão preventiva, e não às medidas cautelares diversas da prisão (Art. 319, Código de Processo Penal).

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

³ Após 4 meses da decisão da suspensão proferida pelo STF, a Câmara dos Deputados votou pela cassação de Eduardo Cunha – com 450 votos a favor – motivada por quebra do decoro parlamentar. O deputado foi acusado de mentir na CPI da Petrobrás.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio (2016), a medida acauteladora retro mencionada, “não é drástica, diante dos indícios e práticas implementadas por Eduardo Cunha no exercício do cargo e do mandato”

Para o Ministro Edson Fachin, no julgamento da ADI 5.526, a regra do art. 53, § 2º da CF, não confere ao Poder Legislativo a capacidade de revisar as decisões emanadas do Poder Judiciário.

Percebe-se que a regra do art. 53, § 2º, da CRFB nem de longe confere ao Poder Legislativo o poder de revisar juízos técnico-jurídicos emanados do Poder Judiciário. Ao Poder Legislativo, a Constituição outorgou, pela regra de seu art. 53, § 2º, apenas o poder de relaxar a prisão em flagrante, forte num juízo político. Estender essa competência para permitir a revisão, por parte do Poder Legislativo, das decisões jurisdicionais sobre medidas cautelares penais, significa ampliar referida imunidade para além dos limites da própria normatividade que lhe é própria, em ofensa ao postulado republicano e à própria independência do Poder Judiciário (FACHIN, 2017, p. 18-19).

Ademais, a matéria veiculada na ação cautelar ora discutida, encontra respaldo no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal (1988) – princípio da inafastabilidade da jurisdição –, o qual, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assegura a tutela jurisdicional adequada, com vistas a não frustrar a devida investigação do caso ou aplicação da lei em decorrência do poder que o deputado em questão possui perante todo o Congresso Nacional.

Nesse entendimento, o processo foi decidido de forma unânime pelos ministros, que acompanharam o relator, Ministro Teori Zavascki, na decisão de afastar Eduardo Cunha. Os ministros ressaltaram que a atitude tomada se trata de uma medida excepcional, e não de um ativismo judicial em excesso, pois a decisão se mostra necessária para pôr fim às intempéries criadas pelo então

Presidente da Câmara dos Deputados. Nas palavras do Ministro Relator Teori Zavascki:

O mandato, seja ele outorgado pelo povo, para o exercício de sua representação, ou endossado pelos demais deputados, para a liderança de sua instituição, não é um título vazio, que autoriza expectativas de poder ilimitadas, irresponsáveis ou sem sentido. Todo representante instituído nessa República tem ao menos dois compromissos a respeitar: um deles é com os seus representados; o outro, não menos importante, é com o do projeto de país que ele se obriga a cumprir ao assumir sua função pública. A sublime atividade parlamentar só poderá ser exercida, com legitimidade, se for capaz de reverenciar essas duas balizas. Se os interesses populares vierem a se revelar contrários às garantias, às liberdades e ao projeto de justiça da Constituição, lá estará o Supremo Tribunal para declará-los nulos, pelo controle de constitucionalidade. (...) A forma preferencial para que isso ocorra, não há dúvida, é pelas mãos dos próprios parlamentares. Mas, em situações de excepcionalidade, em que existam indícios concretos a demonstrar riscos de quebra da respeitabilidade das instituições, é papel do STF atuar para cessá-los, garantindo que tenhamos uma república para os comuns, e não uma comuna de intocáveis. (ZAVASCKI, 2016, p. 71-72).

De tal modo, o Ministro reforça a ideia de que os Poderes são independentes entre si, mas não são independentes das normas constitucionais. Nessa mesma linha o ministro Luiz Fux (2016) também opinou que “A situação posta está muito longe de haver ingerência de um Poder sobre outro” mas que na verdade “(...) a medida adotada está prevista entre as tutelas de urgência no campo do processo penal diante do perigo de se frustrar toda uma atividade probatória”.

Do mesmo modo, o ministro Dias Toffoli em seu voto ratificou a presente ideia:

Não é desejo de ninguém que isso passe a ser instrumento de valoração de um Poder sobre outro, de empoderamento do Poder Judiciário em relação aos Poderes eleitos democraticamente pelo voto popular. (TOFFOLI, 2016).

É perceptível a importância e ênfase dada pelos ministros ao princípio constitucional da separação dos Poderes da República e o caráter excepcional da medida que foi tomada no caso da AC 4.070/DF – que muito foi destacada por todos os ministros. Isso, pois, esse tipo de solução buscada não pode ser matéria do cotidiano já que as garantias outorgadas aos ocupantes de cargos eletivos dão solidez ao próprio modelo de democracia representativa (MENDES, 2016).

Já o Ministro Celso de Mello em sua decisão destacou que, apesar deste ser um caso extraordinário e excepcional no sistema jurídico brasileiro, os agentes públicos não são imunes ao afastamento preventivo de suas funções e que o presente julgamento se deu em razão das peculiaridades já mencionadas. (MELLO, 2016).

Outrossim, o Ministro Celso de Mello no julgamento do MS 24.458 a respeito da possibilidade de controle judicial das circunstâncias do exercício do mandato de parlamentares, declarou que diante de práticas abusivas com a mera finalidade de embaraçar investigações, respaldado em prerrogativas estatais, cabe ao Poder Judiciário o dever de controlar esses excessos.

O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por

Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória (MELLO, 2000).

Então, infere-se que a partir do instante que um parlamentar passa a ser o centro de uma investigação, esse agente político se torna passível de afastamentos – diante de elementos concretos – assim como qualquer outro agente público. Pois se o tratamento fosse diferente estaríamos diante de um patente privilégio concedido à classe política sem maiores razões. Urgente se faz a necessidade de afastar o ativismo judicial partidário de situações como esta, não permitindo que a jurisdição constitucional seja guiada pela agenda política de grupos ou partidos políticos, pois o direito deve controlar a política, e não o contrário (LEITE, 2017). A partir disso, extrai-se mais um argumento positivo à intervenção do STF em casos como este – de patente desrespeito e obstrução na execução das leis brasileiras – o de que, se diferente fosse a atitude tomada pelo STF, possivelmente estar-se-ia satisfazendo anseios políticos às custas da Constituição Federal, desrespeitando os preceitos fundamentais a troco de favores políticos. Por outro lado, do modo como resultou a decisão, resta claro a efetivação dos ditames constitucionais.

Arremata o Ministro Teori Zavascki, afirmando que esse é o caminho a ser seguido quando a ação diz respeito, inclusive, ao próprio Presidente da Mesa Diretora:

Ora, ainda que a perfeita interação entre os Poderes seja a situação idealizada como padrão pela Constituição, que deles exige harmonia, isso se manifesta claramente impossível quando o investigado é – como no caso – o próprio Presidente da Mesa Diretora (ZAVASCKI, 2016, p. 64).

Soa até óbvio que, diante de todas as circunstâncias citadas, o STF estaria autorizado para atuar na intenção de ajustar o equilíbrio institucional instalado pelas condutas do então deputado.

Desse modo, resta claro que o Supremo Tribunal Federal atua de forma ativista ao decidir questões afetas aos outros dois Poderes,

porém esse ativismo se mostra positivo e necessário ao passo que concretiza direitos e possibilita o regular o funcionamento da instituição parlamentar, bem como quando efetiva a aplicação correta da norma jurídica a fim de pôr fim aos desmandos de políticos – a exemplo do caso em questão. De tal modo, além de ativista, melhor seria dizer que o Supremo atua como protagonista, efetivando condutas que já deviam ser reguladas ou praticadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, e não realizadas, resta para o Poder Judiciário o dever de concretizá-las em prol do bem comum.

Nesse sentido, esclareceu a Ministra **Cármem Lúcia, a respeito do julgamento da Ação Cautelar 4.070/DF** que o STF não defende apenas a Constituição, mas também defende e guarda a Câmara dos Deputados com o intuito de proteger todos os princípios e regras que têm de ser aplicadas. Logo, interferências judiciais são bem-vindas quando necessárias para efetivar o regular funcionamento das instituições, a aplicação correta da lei e a democracia (ROCHA, 2016).

Considerações finais

A redemocratização vivenciada pelo Brasil, consubstanciada na Constituição de 1988, influenciou na atuação mais proativa da nossa Suprema Corte, o que resultou na apreciação de novas demandas. A análise dessas novas contendas ocasionou diversos debates políticos acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para atuar de maneira contramajoritária, despertando ideias contrárias e a favor do ativismo judicial.

Não se pode deixar de lado o papel que a Constituição de 1988, ao estabelecer um ambiente de atuação ampliado para o Judiciário, concedeu um maior espaço para a apreciação de relevantes questões sociais, econômicas e, nos presentes casos considerados, políticas, bem como a atribuição de guardião da Constituição Federal ao Supremo.

Igualmente, atribuiu-se ao Poder Judiciário a função insigne de controlar os extremos cometidos por quaisquer das esferas governamentais, na legítima intenção de resguardar o Estado Democrático de Direito.

Com base nos casos analisados, depreende-se que a atual conjuntura político-institucional brasileira exige do Supremo Tribunal Federal uma atuação mais ativista. Também se faz necessário compreender que a Suprema Corte – ao passo que assume uma postura ativista – não invade a esfera de atuação dos demais poderes de forma gratuita, por pura e simples vontade dos Ministros da Corte, visto que, provocados por ações judiciais, têm o dever de se posicionar. Ademais, esse tem sido o único meio capaz de solucionar determinados conflitos que ficam travados no debate político à custa de estratégias espúrias utilizadas pelos mandatários.

Nessa senda, é papel estabelecido pelo Constituinte de 1988 ao Supremo Tribunal Federal à guarda da Constituição e, através disso, a guarda da legalidade da atuação dos ocupantes de funções públicas, quando instados a atuar. O texto constitucional é veículo de normas e princípios, esses últimos, ora expressos, ora implícitos.

De sorte que o Supremo, órgão maior do Poder Judiciário, como aplicador desse texto, não deve se furtar a agir sob o simples argumento de interferência exagerada no campo tradicional de atuação de outros Poderes, quando necessário for. Há de ser levantada a bandeira, ao fim e ao cabo, da parcimônia nessa gerência, para que abusos não sejam cometidos.

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Petição inicial referente a ação cautelar nº 4.070/DF. Disponível em <<http://www.slideshare.net/lcazenha/pgr-pede-afastamento-de-cunha>> Acesso em 08 fev. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4> Acesso em 08 fev. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p.17.

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 fev. 2017.

BRASIL. STF. RTJ 173/806, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=00020700&base=baseAcordaos> > Acesso em 08 jun. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As dificuldades em se quantificar o qualitativo. In: *Revista de Direito do Estado*, ano 7, n. 22, jan/mar 2012. p. 253-274.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 166.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, PR, n. 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, 147-156, jun. 1997. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em 11 set. 2016.

COIMBRA, Mirella Luiza Monteiro; LEITE, Glauco Salomão; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. O protagonismo judicial e a reforma política: análise do caso sobre o financiamento privado de campanhas eleitorais. In: ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain (Orgs.). *Direito, democracia e internacionalização da constituição: direito (s) em debate*. Recife: APPODI, 2016.

FACHIN, Edson. ADI 5.526/DF. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/10/art20171011-05.pdf>> Acesso em 21 dez. 2017.

LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

MARSHALL, William P. Conservative and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, p. 101-140, Sept. 2002. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 15 jan. 2016.

MELLO, Celso de. ADI 5.526/DF. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/10/ADI-5526-voto-Ministro-Celso-de-Mello-1.pdf>> Acesso em 20 dez. 2017.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva; FGV, 2011. (Série Produção Científica: Direito Desenvolvimento Justiça).

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Decisão do STF que suspendeu mandato de Cunha foi juridicamente correta. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-07/diario-classe-decisao-stf-suspendeu-cunha-foi-juridicamente-correta>> Acesso em 03 jun. 2017.

Plenário confirma afastamento de Eduardo Cunha do mandato na Câmara. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316009>> Acesso em 19 dez. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, p. 116-117, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Decisão referente a AÇÃO CAUTELAR n.º 4.070/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316009>> Acesso em 25 jun. 2017.

STF: Afastamento de parlamentar pelo Judiciário deve ser analisado pelo Congresso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI267064,81042-STF+Afastamento+de+parlamentar+pelo+Judiciario+deve+ser+analisa+do>> Acesso em 15 nov. 2017

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAVASCKI, Teori. Decisão referente a AÇÃO CAUTELAR n.º 4.070/DF. Disponível em <<http://estaticog1.globo.com/2016/05/05/AC4070.pdf>> Acesso em 08 fev. 2017.

Análise das adis 1351 e 1354: o Supremo Tribunal Federal como corte contramajoritária?

Marina Falcão Lisboa Brito¹

Introdução

Com o início do processo de redemocratização – após a Constituição Federal de 1988 (CF/88) – o Supremo Tribunal Federal (STF), gradativamente passou a ser provocado a se pronunciar sobre questões com elevada carga política, econômica e social, resultando numa intensa judicialização (CAMPOS, 2014). O Constituinte Originário, preocupado em assegurar a estabilidade do Estado Democrático brasileiro, redefiniu as atribuições de cada um dos três Poderes – Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo – resultando na alteração do espaço reservado ao STF.

Dessa forma, a Carta Magna de 1988, tão garantidora de direitos fundamentais, fortaleceu a atuação do STF como guardião da Lei Maior. Passou a ser, então, um espaço comum de deliberação sobre tais questões, onde importantes temas – como por exemplo, (in)fidelidade partidária, cláusula de barreira, casamento homoafetivo – vêm sendo decididos. Logo, muito além de um espaço reservado ao debate sobre a hermenêutica constitucional, o STF se

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Bolsista do Programa de Iniciação Científica (PIBIC/UNICAP).

mostra como um palco para apreciação de avanços e questões sociais.

Nessa senda, o presente trabalho se predispõe a analisar a atuação mais intensa e ativista por parte do STF, porventura revelando um papel contramajoritário, ao decidir questões que não são originariamente delegadas a esse Poder.

A expressão “contramajoritário” vem da ideia de que o Poder Judiciário, cujos membros – diferentemente do que ocorre no Poder Legislativo e Poder Executivo – não são eleitos pelo povo, podem sobrepor a sua decisão à dos tradicionais representantes da política majoritária (BARROSO; MENDONÇA, 2013). Trata-se de estudar a tese segundo a qual juízes e tribunais, por carecerem de lastro eleitoral imediato para o exercício de suas funções, proferem decisões dotadas de sensível déficit de legitimidade; em outras palavras, em tese, prolatam decisões menos democráticas que aquelas tomadas em processos político-legislativos de tomada de decisão, quando o assunto lhes é sensível.

1 O caráter contramajoritário do Supremo Tribunal Federal

Através do fenômeno da redemocratização ocorrida nos países da América Latina e Europa, ao longo da segunda metade do século passado, surgiu uma maior necessidade de tornar os direitos constitucionais eficazes. Nessa esteira, foi que, no Brasil, o Constituinte Originário de 1988 decidiu por constitucionalizar direitos que anteriormente eram tratados de maneira infraconstitucional. A consequência natural desse processo foi o alargamento das Cortes Constitucionais como um dos principais reflexos do constitucionalismo democrático.

Nas palavras de Glauco Salomão Leite:

Entretanto, a desconfiança nas instâncias políticas majoritárias, a centralidade dos direitos fundamentais no sistema jurídico e o reconhecimento da força normativa das Constituições contemporâneas e de seus princípios impulsionaram uma atuação

mais intensa por parte dos órgãos judiciais, afastando-se da ortodoxia do “legislador negativo”, o que tem dado ensejo a um intenso debate sobre o ativismo judicial e sua adequação ao regime democrático (LEITE, 2013).

Mais detidamente no Brasil, a Constituição Federal de 1988 teve um papel importante na alteração do modelo de jurisdição constitucional tradicional, o que resultou no fortalecimento do STF, elevado a guardião da Carta Magna. Desse modo, o STF tem adotado uma postura visivelmente ativista, à medida que desmandos e lacunas são deixados pelos Poderes Legislativo e Executivo, resta ao Poder Judiciário o dever de conhecer sobre casos que, anteriormente, não eram trazidas ao seu bojo originário de análise.

Nessa seara, o STF tem revelado um certo caráter contramajoritário ao decidir questões, muitas vezes, com elevada carga política e moral. Nesse ambiente marcado pela intensa judicialização e por práticas ativistas, faz-se mister analisar a legitimidade ou ilegitimidade da Suprema Corte ao enfrentar tais questões, pois, o STF pode assumir tanto um papel contramajoritário – invalidando leis e atos normativos emanados pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, onde agentes públicos não eleitos, como os Ministros do STF, podem elevar suas decisões à dos tradicionais representantes da política majoritária –, como representativo – atuando na omissão do Congresso Nacional acerca de demandas sociais e de anseios políticos que não foram oportunamente analisados pelo Congresso Nacional.

O discurso acerca do posicionamento contramajoritário das cortes teve desenvolvimento a partir da contribuição teórica de Alexander Bickel, na obra cujo título é *The Least Dangerous Branch*, publicada em 1962. Em sua obra, Bickel apresenta o Poder Judiciário como o ramo de poder “mais perigoso” para a democracia, devido ao modo de ingresso dos seus membros, prerrogativas e princípios no exercício do *múnus publico*. Entretanto, o autor apenas chega a essa conclusão após reiteradas críticas e denúncias ao que ele chama de “caráter contramajoritário” das cortes constitucionais.

Em suas palavras:

(...)quando a suprema corte declara a inconstitucionalidade de um ato legislativo ou a ação de um membro do Poder Executivo eleito, acaba por frustrar a vontade dos representantes das atuais pessoas que vivem aqui e agora, ele exerce controle não em nome da maioria prevalecente, mas sim contra eles. Isso, sem conhecimentos místicos, é o que realmente acontece. É uma confusão completamente diferente, e é a razão pela qual a acusação pode ser feita de que a revisão judicial é antidemocrática (trad. livre da autora) (BICKEL, 1962, p. 17-18).

A crítica de Alexander Bickel permeia na possibilidade de juízes não eleitos adotarem decisões diversas à vontade das maiorias eleitas (PEREIRA, 2017), ou seja, dos presentes nas duas casas legislativas. Através do controle de constitucionalidade (*judicial review*) os juízes e tribunais podem revisar o conteúdo de opções e escolhas legislativas, cassando-as quando em “desvirtude” com os preceitos constitucionais. É o que Bickel chama de “dificuldade contramajoritaria” do Poder Judiciário, o que leva parte da doutrina a chamar de “déficit de legitimidade” da jurisdição (PEREIRA, 2017).

No Brasil a situação se mostra interessante, através do art. 5º, XXXV da Constituição Federal (1988) os juízes e tribunais possuem competência para revisar e julgar o conteúdo de leis e atos normativos “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessa forma, há uma obrigação para que os juízes apreciem determinadas matérias que chegam em suas mesas, não podendo se esquivar do seu dever de julgar; por isso, a questão aqui está sob outro enfoque, qual seja, o tipo de julgamento que saíra daquele juízo.

Richard Albert alega o perigo de se deixar o poder nas mãos do controle majoritário a qualquer custo:

(...) É precisamente por isso que os redatores constitucionais optam tão sabiamente em restringir a escolha popular. Ao erguer barricadas para se proteger contra a ameaça do majoritarismo, as

constituições e as respectivas instituições contra-majoritárias visam neutralizar os perigos do majoritarismo, a saber, a predisposição popular a pôr em prática as preferências de curto prazo em razão dos investimentos de longo prazo, bem como a inclinação para benefícios concretos sobre ideais abstratos e a subjugação dos direitos das minorias à maioria. Por conseguinte, é uma coisa que deve ter em alta estima o valor da escolha popular democrática, mas muito outro para definir como o padrão definitivo contra o qual outros valores são medidos. Esta prática comum - a subordinação do processo à substância - é agora um procedimento padrão na tarefa do projeto constitucional (trad. livre da autora) (ALBERT, 2010, p. 14).

Aqui, opiniões contrárias se cruzam. Enquanto Bickel, a priori, defende a ideia de que as escolhas políticas devem ser tomadas pelos eleitos de forma majoritária, Albert assevera que nem sempre deixar as escolhas para o pleito majoritário é o mais correto a se fazer, pois em suas palavras “há pouca garantia de que eles atuem em nome dos interesses da justiça e da virtude” (trad. livre da autora) (ALBERT, 2010, p. 13).

Entretanto, é de suma importância ressaltar que a dificuldade contramajoritária trazida por Bickel não é nova. Surge cada vez mais a medida em que o STF é chamado a resolver os “*hard cases*” e de tal modo se posiciona como guardião da Constituição. Nesse diapasão algumas dúvidas podem surgir: qual seria a interpretação correta da Constituição Federal a respeito de determinado assunto? É possível o Supremo, enquanto corte singularmente considerada, extrair conteúdos da Constituição? (PEREIRA, 2017).

É através dessa ideia que Alexander Bickel em sua obra *The Least Dangerous Branch*, aconselha que uma Constituição tem de ser lida como um todo, e de acordo com o seu propósito. Talvez dessa maneira seja possível extrair o verdadeiro preceito constitucional ali abarcado.

Dessa forma, o STF se vê distanciado da ideia de ser unicamente um “legislador negativo” (RODRIGUES JUNIOR, 2013), ou seja, atua declarando a inconstitucionalidade de determinados

atos, mas passa a ser um legislador positivo, posto que o descrédito da população nas instâncias políticas aumenta o apelo para que a Suprema Corte se torne o *locus* de deliberação dessas questões (COIMBRA, LEITE, MEDEIROS, 2016).

2 A Adis 1351 e 1354 e o sacrifício das minorias

Diante desse contexto é que será analisado o ativismo contramajoritário do STF, consistente na invalidação de atos que não são manifestamente ilegítimos. O caso em tela declara a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) que instituem a chamada "cláusula de barreira".

São as ADIs 1.351 e 1.354, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido Socialista Cristão (PSC), na qual a Suprema Corte declarou ser inconstitucional a regra que veiculava a chamada cláusula de barreira para os partidos políticos – “cláusula de exclusão” ou “cláusula de desempenho” –, pois trata-se de dispositivo que impede ou restringe o funcionamento do partido que não alcançar determinada porcentagem de votos.

Com base no dispositivo mencionado, os partidos sustentam a tese que com base em princípios constitucionais – liberdade e autonomia partidária – uma lei ordinária, qual seja, a Lei 9.096/95, não tem o poder de impor limites ao livre exercício e direito constitucional dos partidos políticos (STF, 2006). Se tal atitude for perpetuada, estaremos diante de uma violação ao preceito constitucional do art. 17, *caput*, parágrafo 1º.

Segundo o dispositivo constitucional:

(...) é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos (BRASIL, 1988).

Por outro lado, o Art. 13 da Lei 9.096/95 veio mitigar o que é garantido constitucionalmente aos partidos políticos.

Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles (BRASIL, 1995).

A regra sobre a cláusula de barreira determinava que os partidos políticos com votos inferiores a 5% dos votos nacionais perderiam o direito a representação partidária e os titulares presentes nas comissões, inclusive nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Da mesma forma também não teriam direito à liderança e cargos na Mesa Diretora, recursos do fundo partidário e o seu tempo de propaganda eleitoral em rádio e TV seria reduzido. (MENDES, 2006).

Dessa maneira, é patente que o disposto no artigo 13 da Lei 9.096/95 veio mitigar o que é garantido constitucionalmente aos partidos políticos.

O grande problema do dispositivo aludido da Lei 9.096/95 é que se trata de uma restrição absoluta ao funcionamento dos partidos políticos, ou seja, não se estabelece uma mitigação do acesso a esses recursos, mas simplesmente está sendo criada uma vedação ao funcionamento parlamentar dos partidos políticos (MENDES, 2006)

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes faz a seguinte indagação:

Tenho como relevante questionar se o legislador, além de definir as regras e, portanto, os contornos legais do sistema proporcional, fixando o quociente eleitoral e o quociente partidário, pode restringir de tal forma o funcionamento parlamentar dos partidos políticos, com repercussão direta sobre o regime de igualdade de

chances que deve existir entre as agremiações partidárias.
(MENDES, 2006, p.5)

Ao analisar o ponto de vista constitucional, resta claro que tal limitação trazida pela regra da “cláusula de barreira” é que a mesma constitui uma patente violação ao princípio da igualdade de chances, onde, diante dessa prática, haverá um claro sacrifício das minorias representadas por seus partidos políticos. Se, devido aos poucos votos, esses partidos – que já não possuem muita representatividade – sumirem da mídia, pouco ou nada os restará, mitigando ainda mais o acesso da população à livre escolha do partido político ou candidato que o represente.

Importante salientar que a ilegalidade da cláusula de barreira não consiste no tipo de restrição que vem sendo feita, mas sim na forma e na proporção que tal medida tomou através do legislador brasileiro. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes continua a ratificar que tal medida a longo prazo gerará duas medidas, quais sejam:

O primeiro é o de anular a efetividade da atuação do partido como bancada específica, o que se afigura decisivo para que se encontre uma solução que supere esta inevitável “situação de isolamento”, mediante a fusão com outras agremiações partidárias que consigam atingir os percentuais de votação exigidos pela lei. O segundo, como consequência, é a acentuação do desvirtuamento da fidelidade partidária, com a integração dos parlamentares eleitos a partidos detentores do direito de funcionamento parlamentar, sem qualquer respeito ou preocupação com as intenções programáticas de cada agremiação. (MENDES, 2006, p. 54-55).

Recentemente, inclusive, a discussão da cláusula de barreira voltou à tona, com a PEC 282/16 modificando alguns quesitos em relação a proposta de 1995. O Congresso Nacional promulgou a emenda constitucional (EC 97/2017) que é decorrente da proposta de emenda à Constituição (PEC 282/16) em outubro de 2017, com a

presença de norma que regula a vedação às coligações partidárias nas eleições proporcionais e determinou normas sobre o acesso dos partidos políticos aos recursos do Fundo Partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

Algumas opiniões pertinentes permeiam do outro lado.

Acaso fosse aprovada a cláusula de barreira, haveria, consequentemente, uma redução no número de partidos políticos, o que, de fato, melhoraria o diálogo entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo (FLEISCHER, 2016). Isso pois, atualmente, com um total de 35 partidos ativos no Congresso Nacional e com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a governabilidade resta prejudicada. Isso sem mencionar a possível redução da corrupção e a extinção dos famosos partidos de aluguel.

Entretanto, ainda assim, a cláusula de barreira funciona como instrumento para se restringir as opções ideológicas do eleitor, ou seja, cada vez mais um funil partidário é criado para impor um sistema de ideias à população – já que funciona como eliminador de partidos com posições políticas marcantes e, eventualmente, de pouca representatividade no Congresso Nacional. Uma reforma partidária se mostra necessária, mas ao ponto de fortalecer as siglas e não no sentido de extirpá-las.

Segundo David Fleischer, esse movimento cria uma segregação entre os partidos políticos:

Isso cria duas classes de deputados: os deputados de primeira classe, de partidos que tiveram bom desempenho eleitoral, com mais direitos que os deputados de segunda classe, que não atenderam aos requisitos previstos. É inconstitucional. (FLEISCHER, 2016).

A ideia de dividir e mitigar os direitos desses partidos políticos – entre os de maior e menor desempenho – levanta a dúvida acerca da constitucionalidade dessa cláusula de barreira.

O Ministro Marco Aurélio ao concluir seu voto nas ADIS 1351 E 1354, reitera:

É de repetir até a exaustão, se preciso for: Democracia não é a ditadura da maioria! De tão óbvio, pode haver o risco de passar despercebido o fato de não subsistir o regime democrático sem a manutenção das minorias, sem a garantia da existência destas, preservados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente (MELLO, 2006).

Para tanto, resta claro, que as minorias precisam de espaço garantido na atualidade para que possam, porventura, ser a maioria no futuro. Se acaso isso não for respeitado, a cidadania perde o seu sentido e deixa de existir (ROCHA, 2006). Para o Ministro Celso de Mello (2006, p. 89), a cláusula de barreira como foi instituída exclui as minorias partidárias *“transgredindo a soberania do cidadão e ofendendo o postulado do pluralismo político que é um dos fundamentos estruturantes do Estado democrático de direito”*.

Considerações finais

É certo que por trás dos elementos que compõem o processo constitucional reside uma questão substantiva de maior relevância e que deve ser esmiuçada para que se permita com isso interpretar o perfil e o caráter contramajoritário da Suprema Corte brasileira.

Por isso, a abordagem nesta pesquisa leva em conta a postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 1351 e 1354. O que se verificou, a partir das análises dedutivas, é que além de não declinar a competência em razão das matérias ventiladas nas referidas ações serem notadamente afetas aos demais poderes – Poder Executivo e Poder Legislativo - o Supremo enquanto tribunal e os seus ministros em si considerados, adentram profundamente nas discussões ao julgar tais ações, assumindo uma postura irrevogavelmente ativista.

O que não se pode afirmar, em regra geral, é se o ativismo é de todo maléfico ou benéfico. Essas conclusões só podem auferidas a partir de cada caso concreto e sempre trarão consigo grande carga ideológica.

Diante da análise das ADIs 1351 e 1354 resta claro que a atuação contramajoritária do STF se deu em razão do desrespeito ao que é garantido constitucionalmente – tanto aos partidos políticos quanto a população – e que por vezes tentou-se mitigar. A disputa política em que o Brasil se encontra atualmente não pode servir como meio para que os partidos políticos com maior representatividade se beneficiem ao excluir os partidos políticos com menor representatividade.

Referências

ALBERT, Richard. *Constitutional Handcuffs*. Boston College Law School: Legal Studies Research Paper Series, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico*, 22 de dezembro de 2008. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4 > Acesso em 08 fev. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p.17.

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 fev. 2017.

BRASIL, Lei nº 9.096/95. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9096.htm> Acesso em: 20 dez. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As dificuldades em se quantificar o qualitativo. In: *Revista de Direito do Estado*, ano 7, n. 22, jan/mar 2012. p. 253-274.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 166.

COIMBRA, Mirella Luiza Monteiro; LEITE, Glauco Salomão; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. O protagonismo judicial e a reforma política: análise do caso sobre o financiamento privado de campanhas eleitorais. In: ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain (Orgs.). *Direito, democracia e internacionalização da constituição: direito (s) em debate*. Recife: APPODI, 2016.

LEITE, Glauco Salomão. INÉRCIA LEGISLATIVA E ATIVISMO JUDICIAL: A DINÂMICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Disponível em:
<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tRZ4errCwh8J:publicadireito.com.br/artigos/%3Fcod%3D863a76ba2c63cb56+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 2 jan. 2018.

LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

MAUÉS, Antônio G. Moreira; LEITÃO, Analice F. Belém. Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 163, p. 31-50, jul./set. 2004.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Supremo Tribunal Federal: um tribunal contramajoritário? Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/supremo-tribunal-federal-um-tribunal-contramajoritario-aneikojrr6vhq584sptxrmqow>> Acesso em: 20 out. 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Decisão referente a AÇÃO CAUTELAR n ° 4.070/DF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316009>> Acesso em 25 jun. 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Magistrado não pode atuar como um "juiz do povo". Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-09/direito-comparado-mgistrado-nao-atuar-juiz-povo>> Acesso em: 20 dez. 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba, PR: Juruá, 2009.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

Democracia judicial e estado de direito: Uma crítica ao ativismo judicial na ADI 5.081/DF

Glauco Salomão Leite¹

Marina Falcão Lisboa Brito²

Matheus Bezerra de Moura Lago³

Introdução

Após a Ditadura Militar vivenciada no Brasil, e as incertezas políticas e sociais e relativização de direitos com ela trazidas, o constituinte originário preocupou-se em trazer uma Constituição garantidora de direitos. Se, por um lado, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) pregou a harmonia e independência dos Três Poderes entre si, por outro lado, promoveu uma relação mais social entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a sociedade, não só a partir da ótica de proteção aos direitos e garantias fundamentais mais amplos a que se propunha o STF, mas também conferindo a este o papel de guardião

¹ Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco, onde também leciona, na condição de Professor Permanente, em seu Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado). Professor Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal da Paraíba (Campus João Pessoa) e Professor de Direito Público da Universidade de Pernambuco (UPE). Membro do grupo Recife de Estudos Constitucionais – REC (CNPq).

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Bolsista do Programa de Iniciação Científica (PIBIC/UNICAP).

³ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

da CF/88, defendendo direitos e o Estado Democrático de Direito. Isso, por si só, já enfatizou a importância não só do STF, mas de todo o Poder Judiciário e o seu envolvimento com o indivíduo e sociedade; entretanto, com o passar do tempo, houve um fortalecimento dessa relação, que se destaca, de certa forma, preocupante.

Em cenários cada vez mais instáveis e descrentes, em que se assistiu a uma sucessão de escândalos políticos, tanto nas esferas do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo, discursos abarrotados de promessas de renovação e probidade, mas que, ao serem postos em prática, seguiram-se os escândalos, e, assim, perpetuaram-se eleição após eleição. Desta feita, os anseios populares cresceram sobre outro poder – o Poder Judiciário. Consequentemente, a partir das decepções, instaurou-se clamor pela Justiça no cenário brasileiro, diante da ausência de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, e, com isso, acabou por se recorrer ao Poder Judiciário para a efetivação da Justiça e para a efetivação dos direitos prometidos pela Constituição.

Vale apontar como paradigma para a crescente judicialização o maior acesso e facilidade do cidadão ao Poder Judiciário pelas garantias constitucionais asseguradas pela CF/88. Para exemplificar cita-se o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Isso fez com que uma intensa judicialização se instalasse no Poder Judiciário, os quais, muitas vezes, sequer pertencem a sua alçada, o que elevou o STF a uma nova projeção, a imprimir-se neste o desejo de suprir as lacunas existentes no Direito Brasileiro. Assim, nesse meio de intensa judicialização das relações sociais, o STF tem demonstrado, em certos casos, uma postura ativista. Esse fenômeno, de acordo com Marcus Faro de Castro:

Ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo mostra-se falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’,

sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma ‘política de direitos’. (CASTRO, 1997, p.27)

O ativismo judicial – como é chamado o fenômeno da atuação dos tribunais – tem atuado em contextos específicos, causando, não raro, incômodo e desorganização às outras áreas do Poder. Por exemplo, Glauco (LEITE, 2017) aponta, dentre as possíveis consequências de uma atuação ativista, quando o Tribunal decide pela imposição de uma obrigação positiva para um ente do Poder Público, o que pode afetar o planejamento orçamentário gerando uma despesa extra aos cofres públicos.

Isso tudo tem ido de encontro, em certa medida, a algo que, no século XVIII, Montesquieu, em seu livro *Do Espírito Das Leis*, já dissera categoricamente:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 1993, p. 181).

A essa movimentação entusiasta do tribunal em caráter proativo surgiram questionamentos, a que se seguiram sérias preocupações de que houvesse uma troca de valores, e a partir do argumento de uma atuação prol Estado Democrático de Direito estaria se erigindo um Estado Judicial ou ainda uma Democracia Judicial a tal ponto que, para além de suprir lacunas deixadas pelos demais Poderes, o Judiciário estaria usurpando às competências legiferantes e executivas pertinentes ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, respectivamente.

Nessa seara, o presente trabalho se debruçará sobre um verdadeiro liame subjetivo do ativismo, perscrutando a atuação do STF enquanto modificador de uma resolução eleitoral e em que medida isso beneficia ou agride as regras do jogo democrático do país.

1. Entre o STF e o TSE: a ação direta de inconstitucionalidade 5.081/DF e a resolução eleitoral nº 22.610.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.081/DF ilustra um caso interessante de confronto do Supremo Tribunal Federal com a resolução eleitoral, nº 22.610/2007, feita pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

A resolução eleitoral em questão, do ano de 2007, tratou de regular a disciplina quanto à perda de cargo eletivo, assim como da justificação da desfiliação partidária. Afora os outros artigos dessa resolução, que interessariam a uma análise conjunta entre o direito eleitoral e o direito constitucional, reside nos artigos 10 e 13:

Art. 10. Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposses, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 13. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário. (BRASIL, Resolução nº 22.610, 2007).

Como o foco da dissidência paira sobre esses artigos é sobre estes que se há de debruçar este presente estudo.

O ex-Procurador Geral da República, Rodrigo Janot (2013-2017), entrou perante STF com uma ADI pedindo a inconstitucionalidade desses excertos da resolução proferida pelo TSE. Como fundamentação, pautou-se nos artigos da Constituição Federal de 1988 que seriam feridos por essa resolução, dentre os quais destacam-se o art. 14, caput, art. 46, caput e o art. 55, caput; que assim expressam:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante;

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário;

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador. ((BRASIL, Constituição Federal, 1988.))

Para Rodrigo Janot, os artigos 10 e 13 da resolução do TSE estariam inadvertidamente estendendo uma situação própria do sistema proporcional para o sistema majoritário, afetando, com uma lógica absurda, o voto emanado da soberania popular.

O problema do art. 13 da resolução do TSE, cujo cerne seria a parte final do artigo, ao fazer referência a desfiliação partidária aplicada ao sistema majoritário, o que já remete ao art. 10 dessa mesma resolução, para as palavras “suplente ou o vice”. Ora, isso tudo representaria uma afronta a soberania popular uma vez que o empossamento de vice ou suplente é aplicável para os casos de infidelidade partidária de político eleito pelo sistema proporcional, mas não no caso de representante eleito pelo sistema majoritário. (BARROSO, 2015) Em maior ou menor perspectiva, ambos os artigos trariam consigo problemas, uma vez que violariam o sistema eleitoral e o estatuto nacional dos congressistas, dispostos, como já referenciados, em alguns artigos da Constituição Federal (BARROSO, 2015).

Levada ao Supremo, deu-se provimento à ADI 5.081 pelo voto do relator, ministro Luís Roberto Barroso, o qual foi acompanhado por todo o plenário. Não obstante a decisão unânime, o debate acerca da ADI suscitou, durante o tempo em que esteve na Suprema Corte, a seguinte questão: afinal, é válida a abrangência da ideia de fidelidade partidária, mais pertinente ao regime proporcional, ao regime majoritário?

2. (In)fidelidade partidária e soberania popular em debate

A respeito da abrangência ou não da aplicabilidade da norma de fidelidade partidária ao sistema majoritário, é oportuno refletir um pouco sobre a teoria dos sistemas eleitorais, de composição mista, adotados no Brasil: o proporcional e o majoritário.

O sistema proporcional é adotado para a escolha dos cargos de vereador, deputado estadual e deputado federal. Este sistema é caracterizado por se considerar que a representatividade da população se dá em uma relação de afinidade com a ideologia manifestada pelos partidos políticos, o que leva que os votos sejam destinados à legenda do partido político de certo candidato, e não no personagem político *per si* (TRE-SC, 2015). Assim, embora um candidato arrecade muitos votos, o que é, de fato, decisivo para que seja eleito, é a quantidade de votos que a legenda do partido político recebeu, devendo superar o quociente eleitoral estabelecido. Isso permite dizer que, embora um candidato receba muitos votos, a ponto de poder se eleger, isso não presume que ele seja, definitivamente, eleito, pois o partido ao qual está filiado pode ter recebido poucos votos em sua legenda (TRE-SC, 2015).

Por outro lado, o sistema majoritário é adotado para a escolha dos cargos de prefeito, governador, senador e presidente. A principal característica desse sistema é a presunção de que haja uma forte relação de afinidade entre a vontade de representação do povo para com o personagem político, e muitas vezes associada à importância do cargo a ser assumido, logo, há um maior envolvimento da população, o que ocasiona um destaque do político (BARROSO, 2015). Desta forma, será eleito o candidato que receber mais votos (maioria simples ou relativa), ou aquele candidato que receber mais da metade dos votos válidos computados (maioria absoluta).

Em resumo, no sistema proporcional o eleitor destina o voto à legenda do partido político, e o determinante para que um candidato seja eleito é quantidade de votos que este recebeu, assim como o de seu partido; enquanto que no sistema majoritário, o

candidato escolhido pelo eleitor é o que receberá o voto, a ser computado com os outros que receber, podendo ser eleito ou não a depender do somatório dos votos que receber (STF, 2015).

Visto isso, parte-se para outro ponto: o porquê de a desfiliação partidária pesar mais para o candidato de sistema proporcional do que para o candidato do sistema majoritário. Ora, isso se trata da necessidade ou não da fidelidade partidária em relação com o imperativo da soberania popular, em que, a depender do regime eleitoral, esses elementos ou estabelecem um vínculo indissociável ou, então, uma relação de predominância de um sobre o outro.

É o que se explicará a seguir.

No sistema proporcional, como exposto, o candidato é eleito por conta da legenda do partido político, e, ainda que tenha angariado uma quantidade insólita de votos, se sacrificando nas campanhas, debates e discursos, defendendo seus planos e propostas, se eleito, não os fez para si, mas sim para o partido ao qual está filiado. Ao final, a eleição do candidato depende exclusivamente do partido e, por isso, após conquistar o cargo eleito almejado, não poderia o político desvincular-se do partido político, pois este ajudou aquele a se eleger. A ofensa ao partido é representada pela infidelidade. Nesse caso, o político deve manter os laços com o partido que o elegeu, sendo-lhe fiel e permanecendo nele. Esta é a restrição quanto à desfiliação. Se o faz, abandonando a legenda que o elegeu, perde o cargo. A soberania popular é consequência da fidelidade partidária: o candidato deve-se manter no partido que o elegeu, em respeito às escolhas e opções políticas feitas pelo eleitorado no momento das eleições.

No sistema majoritário, por sua vez, não há esse dever de respeito entre o candidato, de um lado, e o partido atrelado a soberania popular, do outro lado. O candidato foi eleito e isso importa a representatividade popular de uma maioria. Nessa situação, a soberania popular foi consubstanciada quando houve a escolha do candidato. Caso o candidato eleito viesse a se desfiliar do partido no qual foi eleito e, por conta de sua infidelidade partidária,

perdesse o cargo para o qual foi eleito, isso importaria desrespeito à própria soberania popular, manifestada na representação dos votos que o elegeram. Dessa maneira, candidato eleito e soberania popular andam juntos no sistema majoritário, e por isso a desfiliação partidária não compromete o cargo do político eleito. Nas palavras do ministro Barroso, este afirma que:

As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, par. ún. e art. 14, caput). (BARROSO, 2015, p. 5-6).

Disso se depreende a tese de que a perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, pois seria uma ofensa à soberania popular, um dos fundamentos máximos da República Federativa do Brasil, como consta no art. 1º da CF, inciso I e parágrafo único.

Por tudo que foi dito até o presente momento, deve-se imaginar quais as regras e prerrogativas constitucionais foram utilizadas para se tecer essa relação entre fidelidade e soberania, como bem asseveradas pelo ministro relator. A verdade, todavia, é que não há nenhuma regra geral ou prerrogativa constitucional. Tudo não passa de uma construção jurisprudencial do STF.

Não resta, seja de maneira evidente ou de maneira inequívoca, que Constituição permita a infidelidade partidária para um sistema e para o outro não. Observe-se o texto Do artigo 17, § 1º, CF, o qual diz que:

É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

O art. 17 da Constituição parte da premissa que todos os partidos devem estabelecer, em seus estatutos, suas normas internas quanto à fidelidade partidária. Ainda assim, embora esse artigo veja que os partidos políticos devem observar as suas regras de fidelidade, a Constituição não estabelece uma regra geral. Ademais, soma-se a esse fato o de que o art. 55, também da CF/88, que compreende o rol taxativo das causas de perda de mandato do parlamentar (BARROSO, 2015), não configura como causa a infidelidade partidária, ou seja, não há uma sanção explícita para algo que, via de regra, não é a regra geral.

Com a informação extraída desses dois artigos, pode-se afirmar que a possível troca de partido por parlamentar não deveria ocasionar nenhuma sanção, pois não só a CF/88 não estabelece um caminho em que a fidelidade partidária seja a regra, como também não comina uma sanção a quem o fizer. O próprio ministro Barroso, em seu voto como relator, não extrai a fundamentação da fidelidade partidária da CF/88, mas chega à conclusão por sua defesa pela construção jurisprudencial que a relaciona com a ideia de soberania popular e na essência do sistema proporcional; já para o sistema majoritário, como não vê cabimento, não percebe aplicabilidade da regra. Como afirmado reiteradas vezes em seu voto:

(...) a fidelidade partidária, nos moldes decididos por esta Corte, somente se justifica no âmbito do sistema proporcional. A sua

extensão ao sistema majoritário, além de incompatível com a sua lógica, acaba por violar a soberania popular, pedra de toque da democracia. Convém esclarecer, preliminarmente, que não há, na Constituição de 1988, qualquer previsão expressa da “regra da fidelidade partidária. (...) com efeito, o vínculo entre partido e mandato é muito mais tênue no sistema majoritário do que no proporcional, não apenas pela inexistência de transferência de votos, mas pela circunstância de a votação se centrar muito mais na figura do candidato do que na do partido. Se a soberania popular integra o núcleo essencial do princípio democrático, não se afigura legítimo estender, por construção jurisprudencial, a regra da fidelidade partidária ao sistema majoritário, por implicar desvirtuamento da vontade popular vocalizada nas eleições, (...). Tal medida, sob a justificativa de contribuir para o fortalecimento dos partidos brasileiros, além de não ser necessariamente idônea a esse fim, viola a soberania popular, ao retirar os mandatos de candidatos escolhidos legitimamente por votação majoritária dos eleitores. (BARROSO, 2015, p. 20-25).

Cumprе indagar a coerência e logicidade dessa construção jurisprudencial. A sua prerrogativa em prol da soberania popular não seria uma forma de se atentar contra o jogo eleitoral e assim intervir nas regras do jogo democrático? Qual o limite da Suprema Corte para construir ou interpretar a partir de um completo vácuo deixado pela Constituição a respeito da necessidade de se preservar fiel ao partido político? Afinal, trata-se de um caso demonstrativo de ativismo judicial ou de supressão benéfica de lacuna constitucional, em prol da democracia e de próprio jogo político?

3. O ativismo judicial inconstitucional

Diante de toda explanação acerca (in)fidelidade partidária e os seus desdobramentos no cenário político, cumpre adentrar no objeto do presente artigo, qual seja, entender o porquê da decisão do STF, juntamente com a resolução do TSE, pode se chamar daquilo que se caracteriza como um ativismo judicial inconstitucional.

Como uma explanação simples, é de se notar que à luz da teoria da separação dos três poderes, a decisão judicial da fidelidade partidária extrapolou a esfera do exercício ordinário do Supremo Tribunal Federal. Isso, pois, tal prerrogativa compete ao Congresso Nacional e o STF não detém a competência de inovar no sistema jurídico brasileiro – o que, de fato, fez –, principalmente no que se refere a perda do mandato parlamentar (SOUSA; CUNHA, 2011)

De tal modo que o ativismo presente na decisão dos Tribunais Superiores referidos – STF e TSE – se mostrou acima do permitido pela dogmática jurídico constitucional (SOUSA; CUNHA, 2011) no momento em que interferiu e modificou as regras do jogo, decidindo sobre matéria que não é de sua competência originária. Por tal motivo, pode-se dizer que a ADI 5.081/DF é um dos episódios mais simbólicos do ativismo judicial no Brasil (RAMOS, 2010). Logo, na prática, a decisão do Supremo legislou, adentrando a competência do Poder Legislativo, exorbitando a sua própria esfera (COUTINHO, 2017). Essa normatização precisa, necessariamente, passar pela apreciação do Congresso Nacional para que seja discutida por ambas as Casas Legislativas. Não cabe ao Poder Judiciário, representado pelo STF, decidir e influenciar as instâncias políticas – seja ou por pressão popular ou por pressão política.

Em voto do MS 26.602-3/DF, o Ministro Eros Grau – contrário à perda de mandato – expressou a sua ideia:

[...] resulta bem nítido o desígnio nutrido pelo impetrante, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, ratificando deliberação do Tribunal Superior Eleitoral, exorbite de suas atribuições. Fazendo-o, estaria a ratificar a criação, por via oblíqua, de hipótese de perda de mandato parlamentar não prevista no texto da Constituição. O impetrante pretende faça as vezes, este Tribunal, de Poder Constituinte derivado, o que se não pode conceber. (GRAU, 2007).

Aqui, o ativismo judicial se mostra como uma perversão da judicialização da política, em que o STF, lançando mão da sua

prerrogativa de guardião da CF/88, exorbita seu poder, decidindo além do que lhe é permitido. Tal atitude pode ocasionar um problema no sistema de *checks and balances*, no qual há um Poder que extrapola os seus limites.

No caso em tela, é importante salientar que os Tribunais criaram uma nova hipótese de perda de mandato não antes prevista constitucionalmente, ou seja, usurparam a função legislativa, com base em princípios constitucionais e na jurisprudência do STF. Segundo José Afonso da Silva:

A Constituição não permite a perda de mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando, no art. 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo (SILVA, 2011, p. 408).

Surge a questão acerca da (in)constitucionalidade de tal medida tomada pelo STF. Nessa esteira de pensamento, Thales e Camila surgem com a seguinte hipótese:

Como fica a soberania popular exercida nas urnas, segundo o art. 10, parágrafo único da CF/88 – ou seja, apesar dos 513 deputados federais eleitos em 2006, apenas 31 conseguiram se eleger por conta própria, sendo os demais pelo quociente eleitoral/partidário, não se pode olvidar que as regras do jogo (Bobbio) eram estas colocadas no momento da disputa, sendo que a violação por Resolução do TSE corresponderia a uma lei que, no caso concreto, deveria respeitar o art. 16 da CF/88, ou seja, ser válida somente para as próximas eleições, respeitando assim o princípio do *rules of game*? (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2008, p. 251).

Segundo esse entendimento, Thales e Camila concordam acerca da inconstitucionalidade das decisões do STF e TSE sobre a perda do mandato por infidelidade partidária, isso se dá não só em razão de usurpar uma função – já tão debatido por nós – mas também por criar novos ritos processuais e hipóteses de perda de mandato (NUNES JUNIOR, 2014). Em sua atuação ambos os

tribunais agiram como legisladores positivos (KELSEN), intervindo, necessariamente, nas regras do jogo democrático. Isso, pois, não existe até hoje no ordenamento brasileiro constitucional, norma que preveja a perda do mandato através do cancelamento da filiação partidária ou da troca de partido político (NUNES JUNIOR, 2014).

Conclusão

Diante das perspectivas analisadas, é de salutar importância deixar claro que o ativismo judicial quando exercido dentro dos limites constitucionais é extremamente necessário para a preservação e funcionamento de um sistema equilibrado onde três poderes coexistem em harmonia. Entretanto, conforme visto, não foi o que ocorreu no caso da fidelidade partidária, onde os Tribunais basearam sua decisão em valores e princípios constitucionais para criar uma punição, qual seja, a perda do cargo eletivo.

Logo, é possível notar um perfil ativista no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Superior Eleitoral, a partir do momento em que disciplinam de forma concreta o instituto da fidelidade partidária no Brasil. Desse modo, o magistrado passa a ter uma postura mais ativa ao interpretar a Constituição Federal, onde deixa de ser neutro e se comporta como um ator político (NUNES JUNIOR, 2014).

Por isso é certo afirmar que o Poder judiciário não deve se colocar como um Poder acima dos outros dois – Poder legislativo e Poder executivo –, o seu dever é o de interpretar e aplicar os preceitos constitucionais da CF/88. E, no caso estudado, caberia ao Poder Legislativo, por meio do Congresso Nacional, o de disciplinar mais uma hipótese de perda de cargo eletivo, caso assim desejassem – transfigurando a vontade majoritária.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4 > Acesso em 08 fev. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Decisão referente à AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n.º 5.081/ DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em 31 jan. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.
- BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p.17.
- BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 fev. 2017.
- BRASIL, Eleições majoritárias e proporcionais. Disponível em: < <http://www.tre-sc.jus.br/site/eleicoes/eleicoes-majoritarias-e-proporcionais/index.html> >. Acesso em: 31 jan. 2018.
- BRASIL, Notícias do STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292424> > Acesso em: 31 jan. 2018.
- BRASIL, Resolução n.º 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2007/RES226102007.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- BRASIL, Resolução n.º 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nbo-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 166.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. Revista de Ciências Sociais, São Paulo, n. 34, v. 12, 1997.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n. 34, 147-156, jun. 1997. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em 10 set. 2013.

COUTINHO, Júlia Maia de Meneses. Fidelidade partidária e separação de poderes: conflitos e insuficiências na democracia brasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Glauco Salomão. Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. O Espírito das Leis. São Paulo: Marins Fontes. Pág. 181. 1993.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: O caso da fidelidade partidária. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=606555cf42a67197>> Acesso em: 15 fev. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, Júlia Maia de Meneses; CUNHA, Jânio Pereira da. A FIDELIDADE PARTIDÁRIA À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES E ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p97.pdf> Acesso em 20 fev. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, ativismo judicial, em números? Consultor Jurídico, São Paulo, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 06 julho. 2017.

Quanto custa o acesso à justiça?

A arbitragem como opção à solução de conflitos tributários

Mayara Nunes Medeiros de Souza¹

1- Acesso à Justiça

O acesso à justiça, tal qual entabulado em caráter de princípio no artigo 5.º, XXXV, da CF/1988, implica o acesso a uma ordem jurídica justa (CAHALI, 2017, p.6) e não simplesmente o acesso ao poder judiciário. Corroborando com esta ideia que aqui se prega do instituto em questão, observe-se o que ensina LEITE (CEZAR, 2014):

“O termo acesso à justiça pode ser entendido em sentido amplo e em sentido estrito. Este concerne a ideia formal do acesso efetivo à prestação jurisdicional para solução de conflitos intersubjetivos. Aquele possui significado mais abrangente, na medida em que abraça também o primeiro sentido, e vai além. Noutro fala, a moderna concepção de acesso à justiça não é apenas formal, mas substancial. Significa, portanto o acesso a uma ordem política, jurídica, econômica e socialmente justa”.

Tal concepção já foi objeto de diversos debates na doutrina e jurisprudência brasileiras quando da discussão da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, nº 9.307/96, já havendo

¹ Advogada. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

restado pacificado que o acesso à justiça previsto na carta magna traz a ideia da oportunidade de solução do conflito, seja através do Poder Judiciário ou não, sendo pacífico ser a arbitragem dotada de caráter jurisdicional (CARMONA, 1993, p. 34; CREMASCO; SILVA, 2011, p. 377; STJ, Conflito de Competência n.º 113.260/SP, publicação em 07/04/2011).

Conforme bem aponta CAHALI (2017, p.6) promover o acesso à justiça não é uma tarefa ou prerrogativa conferidas exclusivamente ao Poder Judiciário, mas sim pertencentes ao Estado, como uma de suas finalidades, e é nesse sentido que lhe é possível facultar a terceiros ou aos próprios particulares o poder de atuar nas soluções dos conflitos. No mesmo sentido tem-se a clássica definição de CAPPELLETTI e GARTH, sobre o princípio do acesso à justiça como sendo a “possibilidade de as pessoas reivindicarem os seus direitos e/ou resolverem seus litígios sob os auspícios do Estado” (GARTH; CAPPELLETT, 1998, p.9).

O mais importante, nesse contexto, é compreender que o acesso à justiça não se trata meramente de oferecer ao cidadão a possibilidade formal de ajuizar uma demanda, seja perante qual autoridade for, mas sim que para o esgotamento da garantia ao acesso à justiça, é necessário que a tutela jurisdicional seja efetiva (SALVIANO, 2010, p. 70) e cumpra sua finalidade.

No Brasil, onde o sistema judiciário se encontra em crise já há anos, sem que se observe reais e efetivas melhoras com os meios e métodos “clássicos” até então utilizados, faz-se pertinente e necessário questionar até que ponto o acesso à justiça tem sido, de fato, concedido. Para verificar, mais especificamente, o âmbito do direito tributário, é importante observar também um outro viés do acesso à justiça: o econômico; tanto no que toca aos custos de início e manutenção, quanto ao benefício ao final do processo.

2- Solução de Conflitos Tributários no Brasil

O contexto que se toma como base para o presente trabalho é o do atual sistema de processo tributário no Brasil, onde os altos custos, morosidade e aparente recorribilidade infinita representam um grande entrave à solução definitiva dos conflitos tributários de forma eficaz, em completa desatenção ao princípio da duração razoável do processo, que é um dos principais aspectos do acesso à justiça (BARRETO E OLIVEIRA, 2013).

A matéria tributária no ordenamento jurídico brasileiro é objeto de grande proteção legal, sendo necessário, em razão do princípio da legalidade, observar atentamente as previsões legais acerca do tratamento dos conflitos atinentes à matéria. Ocorre, porém, que em razão da excessiva burocracia e complicação procedimental da resolução de controvérsias tributárias, muitas vezes o cumprimento do princípio da legalidade acaba por ferir outros princípios, como o da duração razoável do processo e do acesso à justiça.

É essencial, para os fins a que se propõe o presente trabalho, uma análise de números relacionados à solução dos conflitos tributários, em especial no que concerne às execuções fiscais, que representam parcela significativa do total de processos não apenas da matéria, mas do próprio judiciário brasileiro como um todo.

O sistema de solução de conflitos tributários brasileiro prevê inicialmente um procedimento administrativo após o qual, em caso de não haver sido resolvida a questão, as partes seguirão ao judiciário. Ocorre que, apesar de todo o procedimento realizado na via administrativa, ao chegar no judiciário o processo passará novamente pelos mesmos passos iniciais, como localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito, pelo que, conseqüentemente, ao estarem prontos à efetiva cobrança, as dívidas já são antigas e mais difícil sua satisfação.

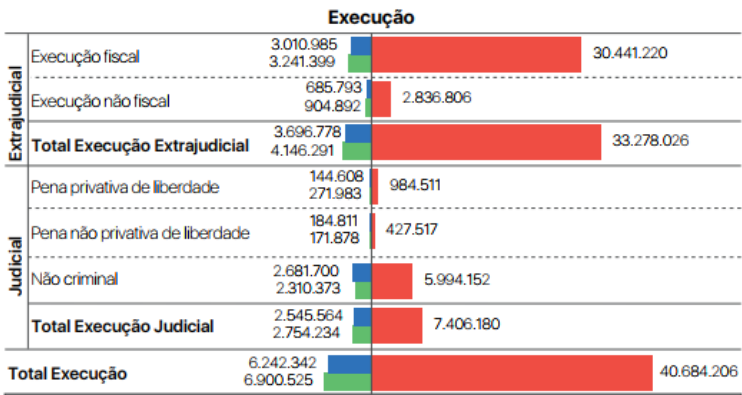
De acordo com a pesquisa anual realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), intitulada Justiça em Números, o

resultado do ano de 2016 (publicado em 2017) mostra que os processos fiscais são os maiores congestionadores do judiciário brasileiro, conforme se vê:

Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 38% do total de casos pendentes e 75% das execuções pendentes no Poder Judiciário. Os processos dessa classe apresentam alta taxa de congestionamento, 91%, ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2016, apenas 9 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia de 73% para 65% em 2016 (redução de 8 pontos percentuais).

Resta evidente, por tanto, que as execuções fiscais e contendas tributárias representam um expressivo e importante gargalo para o sistema de solução de conflitos no Brasil, considerando os âmbitos judicial e extrajudicial, representando um grande entrave à efetiva e satisfatória prestação jurisdicional, em razão do incontestável excessivo número de processos pendentes, como se vê:

Figura 1. Fonte: Relatório Justiça em Números 2017, CNJ, figura 85, p. 108



Não obstante ser o assunto mais demandado nos tribunais de primeiro grau das justiças Estadual e Federal do Brasil (figura 2, infra), não se vê grandes movimentações para promoção de mudanças legislativas reais no sentido de otimizar o tratamento das

demandas tributárias, para diminuir o número de demandas novas e pendentes.

Figura 2. Fonte: Relatório Justiça em Números 2017, CNJ, figura 146, p. 167

Federal	1. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	446.695 (1,42%)
	2. DIREITO TRIBUTÁRIO–Contribuições/Contribuições Sociais	214.272 (0,68%)
	3. DIREITO TRIBUTÁRIO–Contribuições/Contribuições Corporativas	124.961 (0,40%)
	4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Objetos de cartas precatórias/de ordem	88.554 (0,28%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO–Impostos/ITPJ/Imposto de Renda de Pessoa Jurídica	87.398 (0,28%)
Estadual	1. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	1.103.625 (3,50%)
	2. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	1.000.549 (3,18%)
	3. DIREITO CIVIL–Família/Alimentos	768.224 (2,44%)
	4. DIREITO TRIBUTÁRIO–Impostos/ITPU/Imposto Predial e Territorial Urbano	451.617 (1,43%)
	5. DIREITO CIVIL–Família/Casamento	419.068 (1,33%)

3- Arbitragem em Matéria Tributária

É em razão deste cenário, onde os créditos se acumulam sem efetiva satisfação durante anos, onerando aqueles que buscam seus direitos e gerando despesas prolongadas na movimentação da máquina estatal para discussão dos processos, que a solução adotada por Portugal no que toca à seara tributária se apresenta como uma opção atrativa para melhoria da solução das demandas tributárias.

Sabe-se que atualmente ainda não é possível a plena utilização da arbitragem para resolução de conflitos tributários no Brasil, pela ausência de determinação expressa em lei, mas ainda assim, diante de experiências passadas e presentes, como em Portugal, é importante considerar tal possibilidade, com os olhos voltados ao futuro do melhor tratamento quando do surgimento dos conflitos tributários.

Diante da crise de eficiência observada no judiciário brasileiro, adotou-se o mecanismo quantitativo das “metas” na tentativa de solucionar o problema de legitimidade pelo qual passava (e que continua causando problemas), propondo um ganho de celeridade que, no entanto, não significa necessariamente um ganho em efetividade, visto que nem sempre a resposta mais rápida traz a decisão mais adequada (SAID FILHO apud GOMES; MEDAGLIA, 2017). Outras formas foram adotadas na tentativa de “desafogar” o judiciário excessivamente lotado, como a real utilização da transação

como forma de extinção do crédito tributário, nos termos do que autoriza o Código Tributário Nacional, e mesmo através da criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (AFFONSO, 2016, p. 34 ss.).

Os maiores óbices que se apresentam à utilização da arbitragem para solução de conflitos tributários no Brasil, atualmente, são a falta de autorização e regulamentação específica em lei, dada a necessidade de observar o princípio da legalidade quando se trata da matéria. Isso porque outras questões anteriormente levantadas como entraves, já foram solucionadas, como a possibilidade de a administração pública direta e indireta participarem de arbitragem após a alteração do art. 1º §1º da Lei 9.307/96 (confirmando a arbitrabilidade subjetiva), e a relativa mitigação do que antes se tinha como absoluta inarbitrabilidade objetiva, já que hoje a indisponibilidade do crédito tributário vem sendo cada vez mais questionada e flexibilizada (vide art. 62 da Lei nº 12.815 de 2013; art. 171 do Código Tributário Nacional; TORRES, 2003, p. 12-13).

Ademais, ao conferir competência a uma jurisdição arbitral para conhecer e decidir acerca de conflito que verse sobre matéria tributária não significa, por si só, qualquer disposição do crédito ou direito tributário ali analisado, pois trata-se de forma igualmente jurisdicional de resolver o conflito e que resultará em uma sentença tão exequível quanto uma proferida pelo judiciário.

Além da disponibilidade do crédito em si, um ponto sensível quando se trata da submissão de conflitos envolvendo o Poder Público à arbitragem é o interesse público. Ora, há de se compreender, como leciona MELLO (2015, p. 67), que existem dois tipos de interesse público, o primário e o secundário.

Enquanto o interesse público primário é aquele que pertence à coletividade, na promoção da sua segurança e bem-estar, e não à Administração Pública, havendo meramente sido deixado aos seus cuidados para que o proteja e garanta sua realização em benefício da coletividade, o interesse público secundário diz respeito àquilo

que a Administração faz, na concretização do poder de gestão do Estado, com a finalidade de viabilizar a consecução dos interesses públicos primários.

É a partir desta ideia, de que a cobrança e discussão de créditos tributários configura interesse público secundário, pois ato de mera gestão do Estado, e exatamente por isso considera-se possível a resolução dos conflitos que tratem de tal matéria como arbitráveis.

Ademais, há de se considerar que certamente é do melhor interesse público a garantia de um processo legal com duração razoável e efetiva prestação jurisdicional, e foi nesse sentido que se manifestou o STJ acerca de arbitragens com a Administração Pública (consequentemente incluindo a Fazenda Pública):

Ao optar pela arbitragem, o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, um meio mais hábil, para defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.

(STJ. AgRg no MS 11308. Primeira Turma. Rel. Ministro LUIZ FUX. 1ª Seção. DJ 14/08/2001. p. 251)

Pensando nos frequentes questionamentos acerca da correção dos procedimentos e das decisões arbitrais quando se tem o Poder Público como parte, uma alternativa adequada, que pode conferir mais segurança ao Estado e àqueles que desejem submeter seus litígios tributários à arbitragem, pode ser a criação de uma câmara específica para gestão dos procedimentos atinentes à matéria, como fez Portugal, através do Decreto 11/2010, criando o CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa). A adoção de uma câmara específica, porém, tem seus prós e contras, evidentemente.

Por um lado, garante mais segurança às partes, que já saberão as regras e regulamento aplicável, bem como eventual lista de árbitros ou qualquer peculiaridade específica que se venha a determinar, ao invés de a cada procedimento deparar-se com elementos diferentes. Por outro, no entanto, pode significar uma ingerência do poder público muito além do que seria desejado, considerando ser ele parte em basicamente todos os procedimentos.

4- Os Custos e Benefícios

No cenário em que o próprio Estado é o maior litigante do judiciário nacional, conforme pesquisa “O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil”, realizada pela Associação dos Magistrados do Brasil, de 2015, e em que não apenas os contribuintes, mas o próprio fisco, têm observados grandes prejuízos em razão da morosidade, ausência de efetividade e eficácia das soluções dos conflitos tributários, resta evidente que mudanças são necessárias para viabilizar o efetivo acesso à justiça, com a qualidade devida.

É cediço que ao tentar recuperar, ou simplesmente discutir os créditos tributários em juízo, o Estado despende altos valores em custos operacionais, pois ao contrário do que se pode pensar, que seria mais barato a ele figurar em juízo do que a particulares, trata-se, muitas vezes, do exato oposto. Isso por que durante um processo, o Estado não paga apenas “custas” e honorários, paga também toda a estrutura que se utiliza na condução do processo, desde os salários dos juízes e servidores, às despesas das repartições públicas.

O judiciário não consegue dar vazão aos processos, visto que a taxa de entrada é muito maior do que a de saída, gerando um constante acúmulo. Ao mesmo tempo, não consegue recuperar boa parte dos créditos discutidos, seja por que quando finalmente se tem uma sentença o devedor não possui meios para cumpri-la ou no meio-tempo ocorreu a prescrição, seja por que as cobranças simplesmente se perdem no tempo, o que demonstra a baixa efetividade dos processos.

A desjudicialização tem se mostrado como a melhor e mais eficiente forma de agregar efetividade e eficácia aos processos tributários, promovendo, consequentemente uma melhoria no acesso à justiça, que resta consideravelmente prejudicada pela exagerada participação do próprio Estado em conflitos judiciais, concentrando a maioria dos processos e prejudicando a qualidade da prestação jurisdicional aos demais.

No que se refere à especialidade do tratamento, em função do número de usuários e demandas, a adoção da arbitragem para a solução de conflitos é uma opção das mais atrativas, com evidente favorecimento à diminuição da taxa de congestionamento no judiciário, inclusive considerando as demandas em que o próprio Poder Público integra a relação processual (COUTO; OLIVEIRA, 2016, p. 114).

Tomando-se o exemplo português, onde a partir da instituição do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária e criação do CAAD oportunizou-se uma melhor distribuição do volume processual envolvendo matérias tributárias, bem como melhor tratamento dos processos, como esclarecido por VASQUES (2011, p.5):

O elevado grau de litigância que caracteriza a “fiscalidade de massas” dos nossos dias exacerba a dificuldade que os tribunais judiciais sentem para lhe dar resposta pronta, mais ainda pela crescente sofisticação do Direito Fiscal, marcado por soluções técnicas de imensa delicadeza e em constante transformação. Sem dúvida que a morosidade da justiça tributária com que hoje nos deparamos representa um prejuízo económico efectivo para os contribuintes e não poucas vezes para a administração fiscal.

Assim como em Portugal observou-se um aumento gradativo na procura pela arbitragem em lugar do judiciário quando se trata da solução de conflitos tributários, o mesmo poderia ocorrer no Brasil, guardadas as devidas proporções quanto ao volume de demandas e quanto ao tempo que se leva para consolidação da aceitação do instituto.

Além da eficiência e *decongestionamento* da máquina pública, é importante observar, os custos atrelados à opção pela arbitragem. Apesar de haver, no Brasil, uma cultura de taxar a arbitragem como um procedimento extremamente caro e que por isso serve apenas a poucos, é importante ressaltar que por vezes os custos de um processo judicial que se arrasta por, em média, de 16 anos (SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008, p. 476), podem superar em muito os de uma arbitragem, cujo resultado é obtido, em média, em 4 meses (CAAD, 2015, p. 52).

Enquanto no Brasil a média de custo de um processo de execução fiscal, considerando apenas o primeiro grau na Justiça Federal, era de R\$ 6.763,34 reais (BRASIL - IPEA, 2011, p. 34-25) e provavelmente é mais alto hoje, havendo, em média, 9,1 milhões de processos em tramitação (BRASIL, PGFN, 2017, p.5), na arbitragem tributária realizada pelo CAAD a definição dos custos (quanto às custas e honorários) também se dá em função do valor da causa, variando de acordo com a opção do número de árbitros (CAAD, Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, 2012).

A arbitragem tributária, evidentemente, também traria custos atrelados à sua utilização, porém o tempo é o fator mais importante no cálculo do custo-benefício. Uma vez que o processo seria extremamente mais rápido, e o número de recursos e fases seria menor, posto que idealmente a sentença do árbitro seria final e vinculante, sujeita apenas a questionamentos específicos previstos em lei, a fim de garantir segurança jurídica aos litigantes.

Desta feita, ainda que os custos para início dos procedimentos fossem um pouco mais elevados, há de se considerar a relevante economia com custos operacionais, já que as despesas seriam acumuladas por meses, e não anos. Este é apenas um dos benefícios que se observa ao conferir competência à jurisdição arbitral para resolver os conflitos patrimoniais e disponíveis (BRASIL, Lei 9.307/96, art. 1º) relativos à matéria tributária.

A título de exemplo, no que toca à comparação dos custos entre processos arbitrais e judiciais já existentes no Brasil, veja-se o que diz LEMES (2012, p. 362):

Em nossa tese de doutorado empreendemos estudo hipotético de um caso em que comparamos uma demanda judicial com a arbitral levando-se em consideração os custos processuais e o fator tempo (custo de oportunidade). Utilizando-se a arbitragem, os custos de processo equivaleram a uma economia de quase 59% e a quantia objeto da arbitragem foi auferida em valor a maior de aproximadamente 57%.

A especialidade dos árbitros, comum à arbitragem, conferindo segurança às partes quanto à qualidade das decisões, bem como a celeridade da decisão, significando não apenas rapidez mas possibilidade de não incorrer em alguns problemas recorrentes nas discussões tributárias no Brasil, como prescrição e inexecutibilidade, são elementos que, juntamente com a necessidade de diminuir o volume do judiciário, certamente colaboram para considerar a adoção da arbitragem como forma de solução de conflitos tributários.

5- Considerações Finais

A crise do judiciário, no que toca à eficiência e efetividade, é tema recorrente e notório, representando um grande entrave ao efetivo acesso à justiça para os litigantes que dele se socorrem. No entanto, verifica-se que existem alternativas possíveis à melhoria das condições ora observadas, e talvez à solução de tal problema.

Aqui não se considera o acesso à justiça de forma simplista e reduzida, como mero sinônimo de acesso ao poder judiciário ou à jurisdição, nem mesmo como o direito de ação, mas sim como o direito do jurisdicionado em obter o devido tratamento para os seus conflitos, através de decisões fundamentadas e eficazes, um processo com duração razoável e ao final do qual se verifique a devida efetividade da solução.

O que se observa, aqui, é que o judiciário brasileiro não tem cumprido seu papel de promover tal acesso à justiça, mas que o Estado em si, ao contrário, tem atuado de forma a prejudicar o acesso à justiça dos jurisdicionados em geral, visto que por ser o maior litigante do país, toma para si a maioria dos recursos de tempo e material humano no tratamento de suas próprias contendas. O ideal, porém, é que todos tenham acesso a uma justiça digna, célere, eficaz e de qualidade, o que implica na premente necessidade de mudanças estruturais para consecução deste objetivo.

A arbitragem, como meio extrajudicial – porém jurisdicional – de solução de controvérsias, apresenta-se como método compatível com a proposta que ora se exprime, do julgamento justo, no sentido de não tolher os direitos das partes simplesmente pela impossibilidade de lidar com a demanda existente.

No ordenamento jurídico Brasileiro já resta determinada a possibilidade de a administração pública figurar como parte em procedimentos arbitrais, presente, portanto, o requisito da arbitrabilidade subjetiva. No tocante à arbitrabilidade objetiva, porém, quanto à matéria de natureza tributária, a despeito de não se questionar o caráter patrimonial de quase todas as discussões fiscais, ainda resta pendente de esclarecimento sua disponibilidade.

É importante considerar, porém, que a disponibilidade do crédito tributário tem indício na permissão do artigo 171 do Código Tributário Nacional (que permite sua transação) e em outros dispositivos legais como a Lei dos Portos, que autoriza a resolução de conflitos sobre taxas e tributos por arbitragem, desde que respeitados os requisitos nela apresentados.

Diante disso, o que se tem é que existe uma pré-disposição do legislador a permitir a adoção de outros meios para resolver conflitos tributários, dentre eles a arbitragem. O que não se nega, porém, é que em atenção ao princípio da legalidade, bem como para que a implementação se dê de forma correta e bem guiada, é necessário que e defina em lei os pormenores da opção pela arbitragem.

Os custos do acesso à justiça não se resumem aos custos expressos em reais, mas perpassam também pelo dispêndio de tempo e recursos das mais variadas naturezas durante o curso de um processo na busca de uma decisão. Tais custos, por sua vez, se mostram excessivos e vãos em muitos casos, dada a ausência de efetividade plena das decisões, as quais, em razão do próprio decurso do tempo, muitas vezes esbarram em prescrições, insuficiência ou inexistência de recursos para satisfação, entre outros.

Observando a experiência de Portugal com o CAAD, tem-se que a tendência, após a adoção formal da arbitragem como opção à solução de conflitos tributários, é a diminuição dos processos judiciais e consequente melhoria do acesso à justiça para os jurisdicionados em geral. Isso por que tanto serão favorecidos aqueles que adotam a arbitragem, obtendo uma sentença mais rápida, especializada e efetiva, como aqueles que não podem fazê-lo, em razão da matéria ou outro impedimento, que enfrentarão um judiciário menos abarrotado de processos, que poderá tratar melhor aqueles que ali chegarem.

É assim que se constata que, a partir do que foi visto, o acesso à justiça no Brasil não apenas tem deixado a desejar, como também se apresenta como extremamente custoso àqueles que necessitam buscar uma solução jurisdicional, assim como ao próprio Estado. Diante do quadro que de demora, ineficácia e ineficiência que se observa, faz-se necessário considerar alternativas que possam contribuir para o real atendimento das necessidades dos sujeitos de direito, e a arbitragem é aquela que aqui se aponta como adequada e satisfatória.

Referências

AFFONSO, Andressa Kellen Lauriano Lucio. Autocomposição de Conflitos na Administração Pública: Um estudo sobre a atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. TCC. UNB. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14763/1/2016_AndressaKellenLaurianoLucioAffonso_tcc.pdf. Acesso em: 01/12/2017.

BARRETTO, Célio Otávio Mena; OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. Princípio da Razoável Duração do Processo. II JICEX, v.2, n.2, 2013. Disponível em: <http://santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/317>. Acesso em 01/12/2017.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Justiça em números 2017, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 01/12/2017.

BRASIL.INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal. Relatório de Pesquisa. Brasília: 2011. Disponível em http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/1210_09_relatorio_custounitario_justicafederal.pdf, Acesso em: 09/12/2017.

BRASIL. Lei 9.307 de 23/09/1996. Lei Brasileira de Arbitragem.

BRASIL. PGFN em números. [S.I.], 2014. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/fevereiro/pgfn-disponibilizacao-2017-do-201cpgfn-em-numeros201d/201cpgfn-em-numeros201d-2017.pdf>. Acesso em: 09/12/2017.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem [livro eletrônico]. 5^a rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.

CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Tiago Eller. O Caráter Jurisdicional da Arbitragem e o Precedente Arbitral. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 59, p. 367 a 404, jul./dez. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COUTO, Mônica Bonetti; OLIVEIRA, Simone Pereira de. Acesso à Justiça e Maiores Litigantes no Brasil: Os Métodos não Convencionais de Solução de Controvérsias como Instrumento de Redução dessa Litigiosidade Específica. In Formas consensuais de solução de conflitos, Maillart, Oliveira, Beçak (coord.). Florianópolis: CONPEDI, 2016.

FIORAVANTE, Leonardo Sette Abrantes. A Arbitragem como Meio Adequado e Efetivo de Acesso à Justiça.

GOMES, Adriano Camargo; MEDAGLIA, Ivo de Paula. Resenha do livro “(Re)pensando o Acesso à Justiça: A Arbitragem como Mecanismo Alternativo à Crise Funcional do Poder Judiciário” de SAID FILHO, Fernando Fortes. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 55, jul/ago/set 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Direito e processo do trabalho: na perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro. Renovar. 2003. Apud CEZAR, Thyago. Acesso à justiça – um direito em crise. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14476>. Acesso em: 09/12/2017.

LEMES, Selma. A arbitragem como forma de solução de conflitos contratuais e sua dimensão econômica. Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil, tomo 3. Coord. Lima, Maria Lúcia L.M. Pádua. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SALVIANO, Ricardo. A efetividade do processo: um dos compromissos do pacto republicano. Brasília: Consulex. 2010.

TORRES, Heleno. Transação, Arbitragem e Conciliação judicial como Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos entre a Administração e Contribuintes – Simplificação e Eficiência Administrativa. In: Revista Fórum de Direito Tributário, ano 1, n. 2, mar/abr 2003 (versão digital). São Paulo. Dialética, 2003.

VASQUES, Sergio. Os primeiros passos da arbitragem tributária, CAAD Newsletter, Outubro de 2011, p. 5, disponível em: https://issuu.com/caad.arbitragem/docs/newsletter_fiscal_out_2011?e=7377553/9478327. Acesso em 09/12/2017

Doutrina da proteção integral na realidade brasileira sob uma perspectiva decolonial: discricionariedade convertida em autoritarismo

Milena Trajano dos Anjos¹

José Manoel da Mota Silveira²

Érica Babini Lapa do Amaral Machado³

1. Introdução

O trabalho tem como objetivo analisar como a doutrina da proteção integral foi importada e aplicada no Brasil, em um primeiro momento pela Constituição Federal de 1988 e em seguida a partir da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Do ponto de vista de um pensamento local, é necessário pensar o direito, bem como os direitos humanos, a partir da realidade da América Latina, em outras palavras concentrando-se na realidade latino-americana e abandonando a visão eurocêntrica, uma vez que é essencial compreender as peculiaridades da vivência latino-americana e, particularmente, da realidade brasileira,

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP

² Graduando em Direito da pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Pesquisador de Programa de Iniciação Científica – PIBIC/UNICAP

³ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP

sabendo que a simples assimilação dos saberes gerados nos países centrais não atende a todas as particularidades do controle punitivo nas sociedades periféricas. (ANDRADE, 2017)

Isso não significa uma total excepcionalidade do Brasil, como se teorias estrangeiras jamais pudessem ser utilizadas para analisar a nossa realidade. O que se questiona é a importação acrítica e banalizada desses saberes externos, bem como uma percepção hierarquizante que os considera superiores aos saberes produzidos nos países periféricos. É preciso, pois, enfrentar e opor-se ao colonialismo, que vai além da dominação territorial, reiterando-se atualmente através de outros meios e interceptando diferentes relações de poder. É fundamental esclarecer que não se pretende, aqui, renegar absolutamente todas as categorias do saber ocidental, e reconheço a imprescindibilidade das intercepções entre os saberes, sem, com isso, desconsiderar as suas especificidades locais. (ANDRADE, 2017)

É neste sentido que, através de revisão bibliográfica, o presente trabalho, ao seguir a direção do pensamento decolonial, procura construir espaços de conhecimento desprovidos do eurocentrismo, dando preferência a uma análise que priorize a tanto a história quanto a realidade brasileira. Discute-se que as legislações lidam com um padrão normal de juventude, a partir de uma realidade centro-europeia, incorrendo no mesmo equívoco de universalização dos documentos de proteção de direitos humanos.

2. A necessidade de uma abordagem decolonial

O conceito de infância e juventude adotado pela doutrina de proteção integral, em realidade, é fruto de um processo específico da modernidade - e aqui adota-se o conceito de modernidade centro-europeu, como define Quijano (2000): um fenômeno exclusivamente intraeuropeu, imaginado como experiência e produto exclusivamente europeus - assinalado pelas influências recíprocas da percepção social, médica e psicológica do menor, próprias do século XIX (GARCIA-MENDEZ, 1991).

Nos países latino-americanos ou subalternizados a mudança de parâmetros eclodidas de uma modernidade pós-industrial passam, invariavelmente, pela crise no sistema reeducativo, que, segundo Garcia-Mendez (1991), viram suas políticas públicas em relação à infância e juventude se cristalizar, somente, no plano ideológico.

No caso específico do Brasil, dentro deste cenário, é preciso levar em conta o caráter positivista dos sistemas menoristas anteriores (de 1927 e 1979) e o ranço histórico das influências conjunturais que estes sofreram - sendo o primeiro concebido no contexto da primeira república e o segundo durante os anos mais severos de ditadura civil-militar.

Para a compreensão das falhas de efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente é preciso então analisar a transposição da doutrina que lhe serve de norte. A adequação de um padrão universalizante de juventude à realidade brasileira aparenta ser o cerne das discrepâncias entre o normativamente previsto e o efetivamente concretizado. O fato de que os processos pelos quais se propagam a concepção de conhecimento ocidental, segundo Lander (2000), pressupõem a existência de uma meta-narrativa universal que coloca todas as culturas e todos os povos dentro de um esquema que vem de um estágio primitivo e tradicional para o moderno. Como aponta Zaffaroni

(...) a impossibilidade de nos referirmos a 'feudalismo', 'pré-capitalismo' ou 'capitalismo' latino-americanos em sentido estrito, ou seja, no mesmo sentido dado nos países centrais onde estes fenômenos aparecem como sentidos originários, surgidos de sua própria dinâmica. Por isto, também é absolutamente inadmissível a pretensão do desenvolvimentismo neo-spenceriano ao tentar compreender o controle social latino-americano por analogia com etapas presentes ou passadas do controle central. Nossa região marginal tem uma dinâmica que está condicionada por sua dependência e nosso controle social está a ela ligado (ZAFFARONI, 1991, p. 66).

A manutenção da permanência dos países colonizados na posição de subalternos dentro do escopo explicitado é indiscutível, o que leva à crença de um projeto político de dominação ainda em curso e que tem como um de seus objetivos a preservação da hegemonia centro-europeia em diversos âmbitos - seja político, econômico, social ou, e especificamente neste caso, intelectual.

Como reação e movimento de ruptura com tal lógica, Aníbal Quijano (2000) apresenta seu conceito de colonialidade de poder, compreendido como a maneira pela qual a dominação das potências centrais em relação às periféricas está estruturada, operando por meio de uma diferenciação étnica/racial/de gênero/de classe, que hierarquiza o dominador em relação ao dominado, com o objetivo de controlar o trabalho, os recursos e os produtos em prol do capital e do mercado mundial.

Tratando-se, segundo o autor, de uma forma dominação política e econômica justificada pelas vias do conceito de raça decorrente dos processos colonizadores estabelecidos no momento da expansão ultramarina europeia, acompanhado de uma dominação epistêmica, filosófica, científica e linguística ocidental.

A decolonialidade procura transcender a colonialidade - face obscura da modernidade que permanece operando hodiernamente como padrão mundial de poder. De forma que busca inserir a América Latina de forma mais radical e posicionada no debate global, promovendo um posicionamento contínuo no sentido de transgredir e insurgir a lógica que a instala na periferia de sua própria história.

Nesse sentido torna-se indispensável a compreensão das especificidades da infância e juventude locais para que seu tratamento jurídico se torne materialmente possível. Sim, porque a história do Brasil, no que tange ao tratamento oferecido ao menor, é permeada pelas marcas do racismo, do classismo e do paternalismo burguês e tais marcas devem ser, ou deveriam, ter sido tomadas como pedra de toque para o desenho legislativo de uma política efetiva. Ao transpor cartas e doutrinas concebidas em outro contexto socioeconômico-político-cultural incorre-se,

complacientemente, na adesão das formas vigentes de dominação já explicitadas a um custo altíssimo: a juventude brasileira.

A instrumentalização de ideologias e correntes filosóficas dos países centrais para manutenção do poder político e econômico locais - e mundiais - é prática comum na história do Brasil. Segundo indica Prando (2006) o país adota posições liberais-iluministas desde os alvares do séc. XVIII, mas, em contraponto, teve uma elite que perpetuou o sistema escravocrata - chegando ao ponto de relacionar o liberalismo às prerrogativas que os levariam, a elite, à fruição do direito de manutenção da escravidão (enquanto direito adquirido).

Então, é possível, partindo-se desta análise, que o sistema jurídico de tratamento do menor, mesmo sob o escopo da emancipação deste sujeito, traga, subjacente, um discurso e uma prática que atendem outros interesses - não declarados.

3. Universalismo homogeneizante de direitos humanos: o caminho para a criação de um padrão universal de juventude

A partir da crítica à colonialidade do saber, verifica-se a importância de discutir acerca da importação acrítica da Declaração sobre os Direitos da Criança que, a exemplo da importação da teoria dos direitos humanos à realidade brasileira, sem a devida adaptação, gerou uma homogeneização globalizante dos direitos, resultando na eliminação de diferenças culturais, étnicas. Assim, as legislações brasileiras, inspiradas nas internacionais, lidam com um padrão universal de juventude que se baseia numa realidade centro-europeia, sem levar em consideração as peculiaridades latino-americanas e, mais especificamente, a realidade brasileira.

Essa premissa universalista dos direitos humanos é resultante principalmente da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que traz a palavra universal na sua própria formulação, e foi o primeiro documento internacional a expor os direitos fundamentais de que todos os seres humanos deveriam se beneficiar. Foi, assim, entendida e imaginada como um ideal a ser alcançado, além de um

modelo comum de conquista por todos os povos, caracterizando, pois, uma tentativa de proteger universalmente os direitos humanos fundamentais. (BIAZI; GRUBBA, 2016)

O nascimento dos direitos humanos se deu com o intuito de extinguir as guerras e de proteger o mundo contra a tentação de se cometer o crime de genocídio. Em termos gerais, o propósito era acabar com os horrores da Segunda Guerra Mundial, zelando pela paz no mundo para as gerações atuais e futuras. Dessa maneira, os direitos humanos restaram universalmente válidos para todos os seres humanos, conforme idealizados pelo Sistema Global das Nações Unidas. (BIAZI; GRUBBA, 2016)

Os direitos humanos aparentam ser universais por dois motivos: primeiro porque derivam de um consenso político realizado entre os países membros das Nações Unidas e entre aqueles que ratificaram os tratados internacionais; segundo porque decorrem de uma dignidade inata que, segundo o discurso analisado, todos os seres humanos possuem. Por isso, parece que os direitos humanos possuem uma validade jurídica e concreta, uma vez que decorrem da mesma dignidade intrínseca ao ser humano. (BIAZI; GRUBBA, 2016)

No entanto, essa homogeneidade globalizante dos direitos, conforme a qual todos os seres humanos possuem os mesmos direitos também é neutralizante, pois, ao fazer crer que todos têm os mesmos direitos, pressuporia a desnecessidade de se pensar ou se postular novos direitos ou na eficácia daqueles já existentes, mesmo que alguns direitos sejam concretizados à custa de outros, e determinadas pessoas tenham acesso a alguns direitos em medida maior em relação às outras. (BIAZI; GRUBBA, 2016)

Esse ímpeto homogeneizante consiste na ideia de fazer com que todos os seres humanos, apesar das suas diferenças de cultura, etnia, religião, sexo e riqueza, tenham dignidade e acesso aos mesmos direitos no mundo globalizado. Daí provém a circunstância pela qual os direitos humanos são acusados de serem um culturalismo forjado pelo Ocidente. (BIAZI; GRUBBA, 2016)

Isso porque, apesar de a Declaração Universal dos Direitos Humanos propagandear a existência de concepções universais superiores a quaisquer tradições religiosas ou culturais, ao analisar a prática, ficou revelado o caráter eminentemente ocidental de sua produção e implementação. Isso pode ser percebido tanto nos seus valores individualizantes, como na própria composição e organização da Comissão dos Direitos Humanos da ONU, que foi composta predominantemente por Ocidentais e comandada majoritariamente por americanos. (NADER, 1999)

Desse modo, a confecção do documento internacional, anunciado com a finalidade de estabelecer certos “direitos universais”, resultados de deliberações consensuais, fundamentados numa percepção ontológica do homem, na verdade foram constituídos na luta entre filosofias políticas particulares, interligadas em relações de poder e dinâmicas políticas complexas, percebendo-se, na forte influência americana, o privilégio aos direitos individuais. (NADER, 1999)

No contexto dos direitos humanos, é possível refletir sobre uma inclusão excludente, de modo que, ao mesmo tempo que o universalismo homogeneiza, também diversifica. Isto é, há uma homogeneidade que parece incluir todos sob o véu do universalismo, mas que ao mesmo tempo exclui alguns seres humanos da oportunidade de eficácia concreta desses direitos, notadamente aqueles que não possuem acesso a esses direitos universalmente garantidos. (BIAZI; GRUBBA, 2016)

O que se percebe, pois, é a neutralização dos direitos humanos, que, através do seu discurso, transforma o *dever ser* em um *ser* ontológico, como se, pelo simples fato de existirem, os direitos fossem autoaplicáveis. No entanto, nem todos dispõem da mesma oportunidade de reivindicar os seus direitos, em razão da posição desempenhada na sociedade, como se pode observar nos grupos marginalizados ou naqueles com baixo nível de escolaridade, imigrantes, etc. Portanto, apesar da existência desses direitos, o que, de fato, se verifica é a ausência do acesso a eles. (BIAZI; GRUBBA, 2016)

Tal qual a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração dos Direitos da Criança proclama um padrão ao qual todos deveriam ambicionar e se esforçar para construir. Tratou-se de uma iniciativa primordial para a legitimação internacional de uma estratégia de administração da infância e juventude que guarda, nos órgãos da justiça, os aparatos privilegiados de governo. (SCHUCH, 2005)

3.1 Padrão universal de juventude: especialização de medidas e a confusão entre assistência e repressão

A importação acrítica da declaração sobre os direitos da criança, a exemplo da importação da teoria dos direitos humanos, à nossa realidade brasileira, sem a devida adaptação acabou gerando uma homogeneização globalizante dos direitos, acarretando na crença de que todos têm os mesmos direitos, resultando na eliminação de diferenças culturais, étnicas, bem como na liberdade de escolha, associados a uma noção de “infância universal”: a infância concebida como um período de vida dotado de universalidade, que supõe a universalidade da natureza humana. (SCHUCH, 2005)

O foco das políticas jurídico-estatais em vez de ser delineado como o “menor” e passa a ser delineado como crianças e adolescentes “sujeitos de direitos”, acompanhando a orientação da “universalização da infância”. As políticas de atendimento são classificadas em: as destinadas àqueles suscetíveis às medidas de proteção especial”, que sofreram abandono, maus tratos, etc., e os suscetíveis às medidas “socioeducativas”, quando do cometimento de ato infracional. Nessa lógica, há uma especialização em relação ao público alvo das políticas, o qual era outrora ambigualmente definido pela marca de “menor”. (SCHUCH, 2005)

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, essa modificação consistente na especialização das medidas foi celebrada e considerada um avanço pelos ativistas, teóricos e militantes dos direitos das crianças e dos adolescentes. No entanto,

é preciso refletir a respeito das consequências da constituição de uma concepção de infância universal, com uma especialização no sentido de uma caracterização menos ambígua do alvo das políticas jurídico-estatais. (SCHUCH, 2005)

Uma vez que, a fixação na ideia de “infância universal”, associada à especialização das políticas e dos mecanismos administrativos que atuam no atendimento das crianças “perigosas” e das “em perigo”, não apenas reforça a periculosidade do jovem delinquente, como também volta-se a individualizar a uma série de problemas da delinquência juvenil, culpabilizar o infrator e as famílias das crianças abrigadas, bem como legitimar a judicialização da questão da infância e juventude. (SCHUCH, 2005)

Isto é, antes, o “menor”, era pejorativamente percebido exclusivamente como aquele proveniente das famílias pobres da população brasileira. Agora, com a ênfase na infância universal e a especialização das políticas para o atendimento das “crianças perigosas” e das “crianças em perigo”, de um lado, temos a proposição de uma universalidade da infância e, de outro, temos a reinstalação da desigualdade de sua existência. (SCHUCH, 2005)

Portanto, quando formos analisar a troca dos paradigmas da “menoridade” para a “proteção integral”, devemos levar em consideração que, muito além da mera mudança de princípios teóricos, estão em jogo a instituição de novos valores que se propõem universais, disputas entre filosofias políticas, modos de governo, contexto nacional, políticas internacionais, promulgação de leis, etc., para poder compreender a complexidade de transformações diversas em ação. (SCHUCH, 2005)

Ocorre que essa divisão que o ECA procura estabelecer, tentando se desvencilhar das legislações anteriores, devido à Convenção Internacional dos Direitos da Criança, na prática, não funciona. Isso porque, quando se parte para a pesquisa empírica constituída pela análise de sentenças prolatadas em face adolescentes, as quais condenavam à medida de internação, a maior parte do argumento que fundamentava essa sentença consistia na

deficiência familiar, comunitária, escolar, envolvimento com droga do adolescente em questão. E muito pouco se manifestava a respeito do ato infracional praticado pelo adolescente (MACHADO, 2014).

Com essa confusão, acabam sendo colocados no mesmo universo a necessidade assistencial do adolescente e o ato infracional praticado, implicando, muitas vezes o fato de que a necessidade escolar, familiar, comunitária é a justificativa utilizada para o encarceramento desse adolescente. Por mais paradoxal que isso possa parecer, é justamente quando o estado falta na perspectiva da inclusão dos direitos sociais que ele chega com a abordagem penal.

4. Considerações finais

Com visto, a abordagem decolonial auxilia a compreender os resquícios do sistema colonial europeu nos países colonizados e aprofunda a crítica para compreensão deste sistema global de dominação no âmbito da América Latina. Revelando também o *modus operandi* dos países colonizadores quando moldaram o sistema produtivo vigente globalmente: um capitalismo mundial segundo as identidades históricas produzidas sobre raça, onde se articulam os papéis e lugares dos indivíduos nesse novo contexto global de controle de trabalho - que servirá para definir os papéis do dominador e dominado (QUIJANO, 2000).

Analisando a conjuntura do neoliberalismo e seu conjunto de valores hegemônicos, verifica-se a gerência das liberdades – direitos individuais de primeira geração – sobre os direitos que visam ao acesso igualitário aos bens econômicos, sociais, culturais e políticos. Além de que, nem todos possuem a mesma oportunidade de reclamar seus direitos, em razão da posição desempenhada na sociedade, como é o caso dos grupos marginalizados ou aqueles com baixa escolaridade, imigrantes, etc. (BIAZI; GRUBBA, 2016).

Isto é, no contexto dos direitos humanos, é possível refletir sobre uma inclusão excludente, de modo que, ao mesmo tempo que o universalismo homogeneiza, também diversifica. Isto é, há uma

homogeneidade que parece incluir todos sob o véu do universalismo, mas que ao mesmo tempo exclui alguns seres humanos da oportunidade de eficácia concreta desses direitos, notadamente aqueles que não possuem acesso a esses direitos universalmente garantidos. (BIAZI; GRUBBA, 2016).

Dessa maneira, no contexto dos direitos humanos, o universalismo apresenta uma postura dicotômica: ele homogeneiza todos seres humanos sob o véu da legislação universal, camuflado de inclusão social, mas, simultaneamente, exclui outros, uma vez que nem todos conseguem ter acesso aos direitos e aos bens juridicamente protegidos (BIAZI; GRUBBA, 2016).

Apesar do universalismo homogeneizante dos direitos, alguns seres humanos são deles excluídos, ainda que estejam incluídos nas normas. Isso acontece porque o mundo jurídico e o seu *dever ser* não coincidem, obrigatoriamente, com o mundo material. Ou seja, apesar da igualdade formal, caracterizada pela igualdade no usufruto da condição abstrata de sujeito de direito perante à lei, a obtenção efetiva da justiça e desses direitos ainda é regalia de uma ínfima parcela da população. (BIAZI; GRUBBA, 2016).

Ainda assim é imprescindível a compreensão dos mecanismos de controle e manejo, políticos e jurídicos da infância e juventude a partir da realidade brasileira. É preciso levar em conta as especificidades locais, sem incorrer na transposição de períodos históricos europeus, levando em conta as singularidades econômicas, sociais e políticas regionais. Identificando as formas de dominação existentes dentro de um outro sistema de dominação global no qual está perifericamente inserido.

Contudo é preciso também alertar para o fato de que a superação completa do modelo epistemológico eurocêntrico não se processará de maneira imediata, especialmente na América Latina onde é profundamente arraigado. Assim sendo, traçar um histórico do tratamento e controle desses indivíduos que leve em consideração todas as vicissitudes já explicitadas e sob a ótica crítica da decolonialidade parece ser um começo no caminho da emancipação.

A lógica do pensamento autoritário da sociabilidade brasileira, que tem uma raiz racista, e de diversos outros preconceitos, é uma raiz que permanece na nossa forma de sociabilidade, na nossa forma de ver o ordenamento jurídico e, inclusive, perpetuou-se, mesmo com a transição de uma doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral.

De maneira que aquela confusão entre assistência e repressão constante no período dos Códigos de Menores, cuja superação era esperada a ser concretizada com a divisão de medidas do ECA, para dizer que a assistência da medida protetiva – destinada ao adolescente que se encontra em situação de risco ou em vulnerabilidade social, aquela criança ou a adolescente que precisa da proteção assistencial do estado – e a repressão da medida socioeducativa – aquela reservada ao adolescente que pratica ato infracional, aquele que vai estar diante da repressão estatal punitiva – acabou permanecendo, na prática, sob a égide do novo Estatuto, apesar de todas as tentativas de distanciamento.

Devido a esse ranço assistencialista, somado à raiz autoritária da nossa sociabilidade violenta, essa confusão perdura e atravessa a nossa modernidade como uma herança – uma herança de raízes autoritárias e de uma sociabilidade violenta – de um eufemismo assistencialista. Portanto, quando se parte para a pesquisa de campo, efetivamente, verifica-se que, na prática, o que existe no cumprimento de medida socioeducativa, precipuamente a medida de internação, são práticas penais, práticas punitivas, mas que, no entanto, são mascaradas pelo eufemismo da proteção.

Referências

ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 25, nº 129, março 2017.

BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica; GRUBBA, Leilane Serratine. Os direitos humanos e Pasolini: a matemática de um universalismo homogeneizante. Trad. Giulia Parola. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 3, n. 5, 2016, p. 217-239.

GARCÍA-MÉNDEZ, Emilio. Niño abandonado, niño delincuente, **Nueva sociedade**, nro.112 marzo- abril 1991, p. 124.

LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2000.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. Medida socioeducativa de internação: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora): um estudo do *continuum* punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE. **Tese** (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

NADER, Laura. “Num espelho de Mulher”: cegueira normativa e questões de direitos humanos não resolvidas”. In: **Horizontes Antropológicos**. Porto Alegre, ano 5, nº 10, maio de 1999, p. 61-82.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno: controle penal na América Latina. **Veredas do Direito** (Belo Horizonte) , v. 3, p. 77-94, 2007.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo (org). **La conolialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales, perspectivas latinoamericanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2000, p.193-238.

SCHUCH, Patrice. Práticas de justiça: uma etnografia do “campo de atuação ao adolescente infrator” no Rio Grande do Sul, depois do Estatuto da Criança e do Adolescente. **Tese**. UFRS, Antropologia, Porto Alegre, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Os conflitos da capacidade civil dos filhos surdos advindos de famílias ouvintes

Mirella Correia e Sá Cavalcanti¹

1. Noções introdutórias:

No Brasil existem várias pessoas com deficiências de modalidades diversas, mas o foco do presente trabalho se restringe às especificidades da deficiência auditiva, que são chamadas de surdas. Segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) existem 9 (nove) milhões de pessoas com deficiência auditiva de modalidades diferentes, classificadas enquanto deficiências moderada, profunda e severa.

Além da deficiência em si, há a potencialização da mesma em razão dos aspectos psicológicos enfrentados por todos os membros da família, diante do impacto quando descobre que o filho é surdo, quando surgem muitas dúvidas de onde buscar apoio e também os novos desafios, quanto a escolha dos caminhos certos.

A surdez, por sua vez, tem várias filosofias diferentes, e também profissionais capacitados, além de enfrentar várias discussões até ser provado o melhor para a pessoa surda.

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Linha de Pesquisa: Jurisdição e Direitos Humanos. Graduada em Direito pela mesma instituição. mirellacavalcanti2@gmail.com

E sobre os atos na vida da pessoa surda, o que é que mais afeta? Convivência familiar? Como é a relação com os outros na sociedade? A maioria sabe o que é Libras (Língua Brasileira de Sinais)? Algumas tem uma falsa impressão dessa língua que é reconhecida, pensando tratar-se apenas de uma mímica.

Com relação a capacidade civil dos surdos, as pessoas ainda acham que são incapazes de realizar os atos, e principalmente os existenciais, como casar, estudar até o mais alto nível de educação ser for preciso, trabalhar, e principalmente de ser independente de sustentar a si próprio e à sua família e, por isso, muitas vezes é impedido pela própria família, pois esta não acredita do que é capaz, e excede em sua proteção, colocando aspectos negativos em sua liberdade, inclusive na educação.

As maiores dúvidas da família residem em como vai ser a vida do filho surdo, qual seria a primeira coisa para ser feita, e também o melhor caminho, e por ai vem vários pesquisadores da área discutir o que é melhor para o surdo.

As pessoas surdas hoje em dia estão mais desenvolvidas com relação à educação, por causa de sua luta e do reconhecimento da sua própria língua, e cada vez mais, conseguem se formar no ensino médio, graduação, mestrado, consequentemente seguindo os caminhos na vida, mas o que acontece na realidade é o preconceito na sociedade que ainda existe e cria muitas barreiras.

2. A concepção da deficiência auditiva

A surdez é gerada por vários motivos, não sendo necessariamente hereditária. Pode acontecer uma anomalia genética que provoque a surdez em um bebê de pais ouvintes, sem que haja qualquer parentesco com a mesma situação.

Em relação a etiologia, as causas da surdez podem ser classificadas como:

a) pré-natais: provocada por fatores genéticos e hereditários, bem como doenças adquiridas pela genitora no processo de gestação (rubéola, toxoplasmose, citomegalovírus);

b) peri-natais: pelo fato de o parto se dar de forma prematura, por falta de oxigenação no cérebro imediatamente após nascer (anóxia cerebral) ou pelo parto ser marcado por traumas, como o uso inadequado de fórceps, partos excessivamente rápidos ou demorados.

Podem ainda provocar surdez: a sífilis, a má-formação de cabeça e pescoço, o herpes simples, a hiperbilirrubinemia, o nascimento com baixo peso, a meningite. (NOVAES, 2014)

O Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, em seu artigo 4º, inciso IV, com alterações feitas pelo Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, traz a seguinte classificação dos graus de perdas auditivas, a saber:

- a) De 25 a 40 decibéis(db)- surdez leve;
- b) De 41 a 55 db-surdez moderada;
- c) De 56 a 70 db- surdez acentuada;
- d) De 71 a 90 db-surdez severa;
- e) Acima de 91 db- surdez profunda; e anacusia

A surdez pode-se analisar como surdez unilateral (quando se dá apenas em um ouvido) e também a surdez bilateral (quando se dá em ambos os ouvidos).

Os graus de surdez são avaliados de acordo com a perda auditiva na zona conversacional do melhor ouvido.

As pessoas que sintam dificuldades, devem de realizar o exame chamado de audiômetro, considerado um instrumento utilizado para medir a sensibilidade auditiva das pessoas.

Para recém-nascidos a identificação da surdez é regulamentada pela Lei Federal nº 12.303, de 02 de agosto de 2002, que assim dispõe em seu artigo 1º:

É obrigatória a realização gratuita do exame denominado Emissões Otoacústicas Evocadas, em todos os hospitais e maternidades, nas crianças nascidas em suas dependências.

Conhecida como teste da orelhinha ou Triagem Auditiva neonatal, o exame é realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e feito pelo profissional fonoaudiólogo que aconselha que esse exame deva ser realizado antes da saída da maternidade.

Na realidade quanto antes se descobrir a surdez melhor, porque isso acaba interferindo totalmente na comunicação. A descoberta quando realizada mais cedo, melhora para o desenvolvimento na aquisição na linguagem, e tratamentos diversos como por exemplo o uso de aparelhos auditivos, implante coclear e acompanhamento fonoaudiológico.

Sobre a terminologia da palavra, os termos mais utilizados na maioria das mídias e também na sociedade são “surdo-mudo”, “mudinho”, “deficiente auditivo”, “surdo” e “surdo-cego”. É claro que este termo “surdo-mudo” é antigo, mas hoje em dia, por falta de conhecimento, esses termos são utilizados indistintamente pelos jornalistas e pelo senso comum, o que está totalmente incorreto, porque os surdos emitem sons, e não possuem deficiência em relação a voz e os instrumentos necessários para isso, sendo que a utilização de sons não se dá para os que não ouvem. Assim, o surdo oralizado poderá se comunicar por meio da fala, produzindo a voz com o acompanhamento de fonoaudiólogo.

Contudo, existem surdos não oralizados, mas que se comunicam por meio da Língua de Sinais, que é uma língua visório-motora que não utiliza os sons.

O termo “deficiente auditivo” é utilizado para as pessoas que não têm surdez profunda, e sua limitação sensorial é parcial (NOVAES, 2014), assim como a maioria dos profissionais na área de saúde usa esse termo para a identificação no diagnóstico, mas o termo correto para as mídias e a sociedade utilizarem é “pessoa surda”, sendo esta surdez profunda, ou apenas uma deficiência

auditiva, caso ainda ouça, mesmo de forma parcial. E por fim “surdo-cego” é a expressão correta quando se tratar de deficiência visual e auditiva ao mesmo tempo.

Sendo assim, para reforçar sobre a língua dos surdos, como já exposto, temos a Libras – Linguagem Brasileira de Sinais:

Entende-se a Língua Brasileira de Sinais – Libras, como a forma de comunicação e expressão, com o “sistema linguístico de natureza visual-motora, e estrutura gramatical própria”, que “constituem um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil.(BRASIL.**Lei nº 10.436, 24 de abril de 2002**)

No Brasil, a população surda, segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e de Estatística) no censo de 2010, existem 9.007.000 (nove milhões e sete mil) deficientes auditivos pelo Brasil todo, entre as modalidades moderada, severa e profunda. Desta forma, foi provado que o número de surdos é significativo.

O dia 26 de setembro é o dia nacional de surdos, trata-se do dia da luta pelo seu reconhecimento na comunidade e seus direitos, que muitas vezes são violados. Essa luta se dá através de passeatas nas ruas, buscando-se, cada vez mais, o conhecimento na sociedade e também nas esferas Estaduais.

Há também alguns aspectos históricos relevantes, com os vários relatos sobre o tratamento jurídico que recebiam as pessoas com deficiência, que possuía um caráter de perversidade, com nítida demonstração de vitimização, às quais sempre foram submetidas.

Após o impacto da descoberta, os pais escolhem os caminhos para educar os seus filhos surdos, se vão optar pela oralização, aprender Libras ou do seu jeito de educar, ou até não educar na forma adequada, mas o que seria na forma adequada para o filho, isso é uma questão que gera muitas dúvidas, mas com certeza o que a maioria pensa é o melhor para o seu filho no futuro, e o que ele vai desenvolver e também integrar e fazer parte na sociedade.

Existem pais que não acreditam que o surdo pode estudar e ter emprego, e isolam o filho por vergonha, ou por não ter confiança depositada em relação aos estudos dos surdos, e outros casos, por exemplo, a dificuldade de comunicação, porque os pais explicam uma coisa e o surdo entende outra coisa, e não chega a finalidade na conversa e muitas vezes os surdos chamam o intérprete de Libras para ajudar o diálogo.

A maioria dos pais, pensa que os surdos vão depender sempre deles, por exemplo dizem ao filho que não pode dirigir, porque se acontecer algo, terá que ter ajuda e também ao viajar sozinho quem vai lhe comunicar que aconteceu algum imprevisto, e os surdos sempre mostram que dá para se virar e resolver, e qualquer coisa chamam alguém conhecido ou intérprete de Libras, e talvez nem seria preciso tudo isso, que passa pelo pensamento e preocupações dos pais.

E hoje em dia os surdos estão mais atualizados com relação ao aprendizado e também muitos pais conformados, possuem as informações suficientes sobre a surdez e aprendem Libras, investem no futuro dos seus filhos, de forma que já existem surdos graduados, mestres e doutores, assim como as pessoas ouvintes.

Contudo, os relatos e experiências demonstram que a deficiência termina sendo potencializada pelo meio desde a família, que apresenta uma resistência com relação às dificuldades a serem enfrentadas pelo filho e adotam uma proteção desmedida que inibe o exercício de sua autonomia.

Podemos dizer que o conteúdo pesquisado neste capítulo direciona o trabalho acadêmico para o âmbito mais humano do assunto, de como a própria família do deficiente contribui ou não para o seu desenvolvimento intelectual, levando em consideração os atos praticados durante a vida do surdo

3. Aspectos legais e evolução

Em relação a esta matéria, a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os Princípios Constitucionais para a pessoa surda são os mesmos aplicados aos demais, como por exemplo: a igualdade, isonomia, liberdade, e o fundamental é o da dignidade da pessoa humana.

E como diz o artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

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

E esses Princípios Constitucionais garantem os direitos fundamentais de todas as pessoas surdas, que precisam ser olhadas como cidadãs brasileiras, pois pratica atos civis e também exercem atividades como qualquer cidadão brasileiro, como por exemplo de votar nas eleições, trabalhar o Princípio da Liberdade e autonomia.

E o Código Civil Brasileiro de 1916, tinha uma visão completamente diferente, voltada no século XX, as pessoas não tinham educação suficiente e a compreensão sobre a concepção de deficiência. Em relação a incapacidade absoluta trazia, em seu livro

I, Das pessoas, Título I, divisão das pessoas, Capítulo I, Das pessoas naturais:

Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos na vida civil:

(...)

III Os surdos mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.

Sendo assim nos dias de hoje, esse Código Civil Brasileiro de 1916 foi totalmente revogado, pelo Código Civil de 2002, mesmo assim como já foi considerado no código anterior sobre a incapacidade absoluta para os surdos, e o que seria a incapacidade é que os surdos não poderiam exercer atividades como cidadãos brasileiros no dia a dia e no exercício do direito, como por exemplo exprimir a sua vontade. Assim o surdo não podia agir por si só e sempre tinha que estar representado pelos pais ou por curador ou ainda por um tutor durante o ato civil.

O citado artigo 5º do Código Civil Brasileiro de 1916 trouxe muitas vedações para as pessoas surdas. Nele surgiu a expressão “surdo-mudo”, que marcou pejorativamente os deficientes auditivos e mesmo depois da redação ter sido revogada pelo Código Civil Brasileiro de 2002, a sociedade continua tratando dessa forma. Além da forma inadequada de denominar os surdos, existe o mito da incapacidade dos mesmos devido aos resquícios do referido artigo 5º do Código Civil Brasileiro de 1916, há muito tempo revogado.

Mas o que complica, principalmente, é que ainda existem resquícios da mentalidade do CCB/1916 no senso comum sobre a antiga “incapacidade”, pois a sociedade não têm o conhecimento sobre a surdez, nem sobre a Língua de sinais, e por isso têm dificuldade para entender o que os surdos falam, mas como tudo acima citado foi revogado juridicamente, e já foi comprovado que as pessoas surdas possuem capacidade civil plena para responder pelos seus atos e direitos como todo cidadão, o que dificulta para a sociedade é a questão de comunicação e compreensão, que é simplificada pelos profissionais como os intérpretes de Libras, que

são reconhecidos pela lei nº 12.319 de 1 de setembro de 2010, e atuam na mediação comunicacional entre as pessoas surdas e ouvintes.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, mudou inteiramente o paradigma jurídico em relação à capacidade de pessoas com deficiência e foi internalizado no Brasil por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, ocasião em que passou a ter eficácia Constitucional no País.

A Convenção é para todas as pessoas com deficiência, em um sentido mais amplo. Em seus pontos principais no preâmbulo, e como o Estado Brasileiro faz parte, está o reconhecimento da dignidade e o valor inerentes ao ser humano e os seus direitos iguais e inalienáveis como o fundamento de liberdade, da justiça e da paz. O incentivo é o de maior respeito de convivência e aprendizado com outros.

O instrumento ainda reconhece a declaração Universal de Direitos Humanos e os Pactos internacionais sobre Direitos Humanos, que concordam que todas as pessoas fazem jus a todos os direitos e liberdade, sem distinção de qualquer espécie. Sendo assim, as pessoas com deficiência, possuem a universalidade dos direitos humanos e liberdades fundamentais e as exercem plenamente sem discriminação.

A convenção tratou ainda sobre o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, contra a mulher, contra a tortura, crianças etc.

Diante desses argumentos, apresenta uma visão genérica, mas que pode ser especificada à hipótese da presente monografia, pois existem surdos negros, mulheres surdas que sofrem com a desigualdade, crianças surdas vulneráveis e todas as possibilidades.

A Convenção conceitua sobre a pessoa com Deficiência, e a evolução que resulta da interação entre Pessoas com Deficiência e as

barreiras sociais, em razão das atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Para as pessoas surdas, seria o ideal para quebrar as barreiras, que todos na sociedade soubessem ou tivessem informações de como é que é lidar com os surdos por meio da comunicação (Libras) e outras formas que podem interagir com as pessoas surdas, não presumindo que o surdo é incapaz por causa da sua comunicação e expressão do que sente, e não tratá-la como surdo-mudo.

É importante que se reconheça a diversidade das pessoas com deficiência, e a sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as suas próprias escolhas, o que a maioria deseja ser, mas sofre por causa da sociedade e das famílias que não aceitam que sejam livres e independentes para as escolhas na vida pessoal e profissional também.

Em 2015 surge a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), nº 13.146 de 6 de julho, que regulamenta os parâmetros da Convenção para a população brasileira, estabelecendo o seu Art. 2º, o seguinte:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III - a limitação no desempenho de atividades; e
- IV - a restrição de participação.

§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.

Apesar de ter várias leis e decretos, foi com base na Convenção acima citada, esse Estatuto da Pessoa com Deficiência foi um grande passo, mas houve críticas, contudo, esse Estatuto, na visão da grande maioria, é para fortalecer os direitos que todas as pessoas, e também garantir, pois muitas vezes os direitos são violados dentro do ente público e particular, mas isso é o resultado de muita luta para ter o reconhecimento e a proteção.

O fato é que, a sociedade não procura se informar ou por falta de interesse, e não sabem o que é acessibilidade. A acessibilidade é um símbolo universal, e não é apenas arquitetônica, para as pessoas usuárias de cadeiras de rodas, sendo amplo o seu conceito, se aplicando para todos os tipos de pessoas que tem a mobilidade reduzida, conforme dispõe o Art. 3º:

Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

Para a pessoa surda, a principal barreira é a sua comunicação, pois nem todas as pessoas entendem o que a pessoa surda quer dizer, uma vez que nem a sua língua se conhece. A língua é Libras e quando o surdo vai mandar um e-mail, ou uma mensagem de celular para resolver algo de seu próprio interesse, em Libras, a pessoa que vai ler não tem o conhecimento. Por certo, o surdo não pode fazer a ligação, mas existem algumas entidades que ainda exigem que as coisas se resolvam por meio de ligação telefônica. Dessa forma, o surdo sozinho e que possui as suas responsabilidades, nunca vai atingir a finalidade de sua autonomia em resolver as suas próprias coisas. Contudo, existem surdos que

sabem português e adquirem a oralidade. O Estatuto e seu Art. 3º, inciso IV e V assim dispõe:

IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em: (...)

b) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;

(....)

V - comunicação: forma de interação dos cidadãos que abrange, entre outras opções, as línguas, inclusive a Língua Brasileira de Sinais (Libras), a visualização de textos, o Braille, o sistema de sinalização ou de comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos multimídia, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizados e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, incluindo as tecnologias da informação e das comunicações;

O outro ponto importante que é geralmente conflituoso entre as famílias, é o fato das pessoas com deficiência não terem mais afetada a sua plena capacidade civil e isso realmente foi o grande avanço, mas infelizmente nem todas as pessoas surdas têm essas informações, por que não entendem o que significa o Estatuto em suas vidas, de forma que seria ideal, criar palestras em Libras para explicar a importância sobre este Estatuto recente e seus inúmeros benefícios.

Um dos maiores incômodos na esfera da inclusão, é que a maioria dos projetos sociais ao serem elaborados não são pensados para viabilizar o acesso aos surdos, enquanto minoria na sociedade. Assim, por exemplo, há anos na área de cultura, existe uma batalha para que os filmes nacionais incluam a legenda, que gerou inclusive

uma campanha de nome “legenda para quem não ouve, mas emociona”. Apenas alguns patrocinadores e empresas focados em acessibilidade conseguem colocar legenda em filmes antigos, mas quando o filme é lançado no cinema principalmente filmes nacionais, não há a legenda, limitando a escolha do surdo com relação aos filmes que gostaria de assistir. Da mesma forma, por meio da televisão, mas nesse ponto, já houve avanço de colocar recurso que permite a leitura, o *closed caption*.

Portanto, apenas algumas dificuldades acima citadas justificam a mudança de paradigma jurídico, para garantir que as pessoas surdas possam exercer a sua cidadania. Um primeiro passo seria a tradução dos novos instrumentos legais, Convenção e Legislação Brasileira, na língua Libras, para viabilizar o entendimento e compreensão de seus direitos, a afim de que possam, setorialmente, exigí-los.

Dessa forma, não existe incapacidade civil em relação aos surdos, e sim plena capacidade. O que existe, é um meio que ao invés de favorecer o seu acesso e inclusão, ao contrário, promove a sua exclusão, havendo muito o que se fazer a partir dos novos parâmetros legais, para a efetivação dos direitos.

O Código Civil brasileiro de 2002 em seu livro I, Das pessoas, Título I, divisão das pessoas, Capítulo I, Das pessoas naturais, prevê o seguinte:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.(BRASIL.

Código Civil Brasileiro de 2002.)

Como já foi citado anteriormente, o sistema é de capacidade plena, corroborado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência em seu art. 6º.

Juridicamente, para o alcance real dessa capacidade civil, isso traz muitas repercussões com relação aos responsáveis no exercício do Poder Familiar. O dever dos pais deve incluir a devida assistência

educacional, que se não cumprida poderia repercutir na possibilidade de suspensão.

Um filho surdo ou com deficiência, nunca corresponde à expectativa de seus pais, que foram formados para um padrão de normalidade e não de diversidade. Em razão disso, muitas vezes os pais não cumprem com o dever especializado às limitações, com o intuito de sempre dar o melhor para o seu filho. Trata-se de uma luta contra o próprio preconceito que surge por falta de conhecimento, enquanto que a base familiar é muito importante para a pessoa surda, porque o desenvolvimento vem na base do esforço, na educação, estudos, interação com as outras pessoas, e a pessoa surda cresce para viver a vida e exercer atividades profissionais se quiser, precisando sempre de um maior apoio da família, principalmente os seus valores morais e aceitação de uma normalidade diversa.

4. Dados empíricos que apontam os conflitos familiares

O censo de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, traz indicadores a respeito das pessoas com deficiência, que foram importantes ao presente trabalho.

A pesquisa do IBGE foi realizada por partes, ouvindo pessoas com e sem deficiência, e qual a sua formação, por exemplo, o nível fundamental e o médio incompleto ou completo, o nível superior, mestrado e o doutorado a mesma coisa.

Além disso, foi investigada a estatística quanto a inserção da pessoa com deficiência no trabalho, uma vez que este faz parte da vida do ser humano e mantém a sua dignidade, conferindo-lhe rendimento próprio. Nesse item, ainda, se a pessoa com deficiência está à procura de trabalho. Isso porque, não obstante o sistema de cotas, que visa a inclusão, ainda existe o preconceito no ambiente de trabalho em relação a capacidade dos surdos, principalmente na parte de comunicação. No ambiente de trabalho, o surdo faz o

possível para demonstrar que é capaz de realizar as mesmas atividades que os outros fazem, e também a partir daquele momento mostrar e exercitar a sua autonomia.

A realidade no mercado de trabalho é muito diferente, pois, como mencionado, existe a Lei de Cotas nº 8.213 de 24 de julho de 1991 e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência nº 13.146 de 6 de julho de 2015, do capítulo VI do direito do trabalho, sendo que de modo geral a pessoa com deficiência é contratada pela Lei de cotas e não pelo seu currículo e por sua qualificação. Assim, a grande maioria das empresas contrata só para cumprir os requisitos da Lei de cotas e não olha pelo lado positivo, de logo destacando como um ser deficiente e gera uma discriminação por não ter a autonomia e livre escolha de onde querer trabalhar e atuar.

Além dos elementos conceituais trabalhados nos capítulos anteriores, o presente trabalho conta com os dados coletados em entrevistas realizadas com pessoas surdas, no intuito de demonstrar as dificuldades enfrentadas pelas mesmas, no seio da família e também na sociedade.

As entrevistas foram elaboradas por meio de perguntas diretas e buscando os objetivos para este trabalho, procurando identificar os caminhos percorridos pela mesma, na família, no trabalho nos estudos, portanto, a sua trajetória.

Além disso, saber se eles conhecem os seus direitos e se têm conhecimento sobre o conteúdo da Lei de inclusão, uma vez que o seu acesso de linguagem, é por meio da LIBRAS – Língua Brasileira de Sinais.

Algumas dificuldades já foram apresentadas no momento da aplicação da entrevista, como o significado de algumas palavras, como por exemplo “atos” e “trajetória”, assim como a própria dificuldade na compreensão com a língua portuguesa, na medida em que preferiam a LIBRAS. Para a compreensão do conteúdo de algumas palavras, foi preciso, exemplificar, em condutas.

A maioria também apresentava curiosidade sobre a razão da entrevista, momento em que foi devidamente esclarecido o objetivo,

que seria, principalmente, mostrar à sociedade a sua capacidade civil.

A maioria dos entrevistados foi selecionada no Departamento de Letras /Libras da UFPE, e os outros foram através de e-mail entre pessoas surdas na fase adulta.

Todos os entrevistados e entrevistadas autorizaram expressamente, a divulgação de seus dados e respostas.

A seguir, serão apresentadas, de forma agrupadas, as perguntas realizadas na entrevista para todos, os dados dos entrevistados e por fim suas respostas.

Baseada nas entrevistas, concluímos que a realidade mostra o que ainda existe e o que não deveria existir. Cada um dos entrevistados tem a sua surdez especificada, e também a relação da família, que preferia a oralização e achava que o aprendizado de Libras atrapalhava, e depois viu que o próprio filho ou filha desenvolvia na escola que era para o próprio bem era o aprendizado da língua Libras, e também mostrou que a maioria as famílias não sabe libras, e houve um caso de uma família da cidade de Belo Jardim que criou a própria língua caseira que, é um tipo de língua criada por eles mesmos só para se comunicar entre eles. Contudo quando essas pessoas se deparam com a realidade externa á sua família, não conseguem nem compreender e nem serem compreendidos, o que os prejudica bastante. E todos os entrevistados estão cientes da relação da capacidade dos atos da vida. Uma das entrevistadas já foi casada e já se divorciou, e alguns deles já trabalham e tem a sua independência, e só houve um aposentado e sendo assim o entrevistado foi aposentado muito jovem pela família, mas atualmente está no ensino superior e demonstra o desejo de trabalhar, porém encontrou resistência em sua família, que ainda possui a antiga mentalidade de que a pessoa surda é incapaz.

O que foi muito relatado foi a questão sobre se a sociedade está preparada para receber as pessoas surdas, e na maioria dos casos foi apontado que não, por falta de acessibilidade em lugares importantes como, por exemplo, na área na justiça quando precisa

resolver questões jurídicas essenciais à sua vida, na área de cultura, e de lazer, e principalmente o que foi mais apontado foi na área de saúde, ao realizar a consulta com médico que é muito sério, pois é uma questão de vida que está em risco, se os profissionais na área de saúde não sabem pelo menos o básico em Libras pode levar o surdo a ter complicações muito sérias, porque pode dar o remédio errado, ou fazer o procedimento e não era para ser feito. E também foi alegado a falta de investimento do governo para a acessibilidade de todos. E a sociedade precisa ter a consciência de informações corretas sobre a surdez.

5. Considerações finais

O trabalho foi realizado para mostrar a todos que ainda existem realidades que são desconhecidas pela sociedade e principalmente em famílias ouvintes que tem o filho ou filha surda, demonstrando que a comunidade surda, mesmo que seja minoria dentro da sociedade, é importante e deve ser respeitada em todas as suas particularidades.

O ideal seria que todos os direitos trazidos nas Leis, Estatutos e Convenções fossem passados para Libras oferecendo a oportunidade para a pessoa surda adquirir o devido conhecimento sobre os seus direitos possíveis, pois a maioria dos entrevistados sequer sabia o que significava “direito”, o que é muito preocupante, pois quando acontece algo nos atos da vida ou em diversas áreas do direito, o surdo sai prejudicado, pois não tem o mínimo do conhecimento direito, por isso é sempre bom proporcionar palestras, para ensinar pelo menos os principais direitos contidos na Constituição Federal de 1988 principalmente em seu artigo 5º.

Portanto, o foco principal deste trabalho é o empoderamento das famílias ouvintes e a sociedade de como deve ser o mundo dos surdos, tendo a mesma dignidade e igualdade de todos os cidadãos, e nada deve ser barrado, e sim sempre vencendo as barreiras possíveis enfrentadas por todos surdos e familiares.

Finalizando, observa-se que os conflitos dos surdos iniciam-se no ambiente familiar principalmente por desconhecimento da real capacidade do surdo de tomar suas próprias decisões e se estendem para as suas outras relações, sejam elas de trabalho, estudo ou uma simples relação interpessoal. Ficando bastante claro que a barreira comunicacional é o que torna a vida do surdo limitada e que se o ordenamento jurídico existente que estabelece o direito a acessibilidade fosse respeitado, o surdo teria acesso a seus direitos, poderia entender e se fazer entender e consequentemente não seria questionado quanto a sua capacidade de decidir o que achar melhor para si mesmo. As leis existem, basta cumpri-las.

Referências

- ADAP. **Deficiência Auditiva.** Disponível em <http://www.adap.org.br/site/index.php/artigos/20-deficiencia-auditiva-atinge-9-7-milhoes-de-brasileiros>. Acesso em 4 Out 2016.
- AMBITO JURIDICO. A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho e a ineficácia da aplicação da lei de cotas nas empresas privadas. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11835. Acesso em 5 Dez 2017.
- BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.
- BRASIL. **Código Civil brasileiro de 1916.**
- BRASIL. **Lei nº 10.436, 24 de abril de 2002.**
- BRASIL. **Lei Federal nº 12.303, de 02 de agosto de 2002.**
- BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.**
- BRASIL. **Decreto nº 6949, de 25 de agosto de 2009.**
- BRASIL. **Lei de cotas nº 8.213, 24 de julho de 1991.**

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.**

BRASIL. **Lei nº 15.896, de 27 setembro de 2016.**

CENSO 2010. **Características Gerais da População, Religião e Pessoa com Deficiência.** Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em 05 Dez 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário.** 1 ed. Ed. Saraiva, 2010.

ENPESS. **Mulheres Surdas no Brasil.** Disponível em [file:///C:/Users/cce/Downloads/MulheresSurdasNoBrasil-Dodora-Mariana-ENPESS%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/cce/Downloads/MulheresSurdasNoBrasil-Dodora-Mariana-ENPESS%20(2).pdf). Acesso em 01 dez 2017

FENEIS. **Relatório sobre situações de mulheres e meninas surdas no Brasil, 2011.** Disponível em: [file:///C:/Users/cce/Downloads/Mulher-Surda-Brasil\[FENEIS\].pdf](file:///C:/Users/cce/Downloads/Mulher-Surda-Brasil[FENEIS].pdf). Acesso em 01 dez 2017

GOLDFELD, Márcia. **A criança surda: linguagem e cognição numa perspectiva sócio- interacionista.** 7 ed. São Paulo: Plexus Editora, 2002.

LUIZ, Renato Dente. **Cenas Surdas: os surdos terão o lugar no coração no mundo?** 1 ed. São Paulo: Parábola, 2013.

NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos: educação, direito e cidadania.** 2 ed. Rio de Janeiro: wak Ed., 2014.

**Judicialização da política ou politização da justiça:
Estaria o direito virando mero artifício de
manipulação política?
Análise do julgamento histórico da cassação da
chapa Dilma Temer e seus reflexos para o
enfraquecimento da supremacia constitucional**

Mirella Luiza Monteiro Coimbra¹

1 Introdução

O presente artigo tem por temática a análise do julgado histórico da Cassação da Chapa Dilma/Temer e seus reflexos para o enfraquecimento da Supremacia Constitucional. Será apresentado a atuação do Tribunal Superior Eleitoral na tomada das decisões frente a AIJE 194358, sendo desmistificada a controvérsia se houve ou não a politização da justiça, tornando-se o Direito um mero artifício de manipulação política.

No ambiente marcado por fortes tensões sociais, é comum que haja a Judicialização da Política, onde questões sensíveis que a priori deveriam ser debatidas na esfera parlamentar são levadas ao judiciário. São situações em que há descrédito da política majoritária

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco

e pelo fato da CF/88 ser analítica, permite-se que para constitucionalizar é legítimo Judicializar.

Diante desse debate sobre a expansão do fenômeno da Judicialização da Política, é imperioso perceber que a mesma difere do Ativismo Judicial, sendo ambos fenômenos correlatos, na qual não se confundem.

No Brasil, após da Constituição de 1988, foram promovidas diversas alterações no modelo da Jurisdição Constitucional. Diante dos descréditos do Congresso Nacional brasileiro, para o sustento dos pilares democráticos da soberania popular e do Direito das minorias através da característica Contramajoritária do judiciário. É analisado o julgamento da Cassação da Chapa Dilma/Temer como legítimo perante o TSE. Contudo, o cerne da questão está em torno não da Judicialização da Política, mas da Politização da Justiça em desarmonia com os pilares que sustentam a Supremacia Constitucional.

Diante desse intenso debate sobre Ativismo Judicial e Judicialização da Política, é imperioso traçar outros caminhos, a respeito da análise sobre a Politização da Justiça, onde esse julgamento histórico da Cassação da Chapa Dilma/Temer virou mero artifício de manipulação política, prevalecendo a escolha política dos magistrados

2 Aspectos relevantes sobre o protagonismo do poder judiciário e sua diferença quanto a judicialização da política

A história Constitucional pós 1988 é marcada por intensas transformações quanto a Jurisdição Constitucional. Para uma melhor análise, é imprescindível atentar quanto a algumas terminologias, como Ativismo Judicial e Judicialização da Política.

No tocante as terminologias que versam sobre essa questão, é necessário diferenciar o Ativismo Judicial da Judicialização da Política.

Embora guardem uma estreita relação, os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política designam realidades jurídicas distintas. A judicialização da política designa o fenômeno de se transferir a solução das grandes questões político-sociais dos poderes representativos (executivo e legislativo) para o judiciário (ARAÚJO, 2017, p. 54).

Já o Ativismo Judicial está relacionado à Judicialização da Política, contudo, não se confundem. É necessário perceber que, a análise sobre a Judicialização da Política faz com que defina-se melhor o Ativismo Judicial.

De acordo com Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 158-159):

Além de nada dizer sobre a correção das decisões no mérito, o ativismo judicial nada diz sobre a legitimidade ou ilegitimidade *a priori* das decisões judiciais. A conclusão de que uma decisão judicial é ativista não significa adiantar o resultado da avaliação de sua ilegitimidade, e essa correlação é simplesmente não pode ser feita de modo apriorístico e em nível puramente conceitual [...] Em sentido diametralmente contrário, existem os que sustentam ser a “decisão judicial ativista” espécie do gênero “decisão judicial legítima” [...] Rejeito, particularmente, ambas as posições para defender a relação de contingência entre ativismo judicial e legitimidade. Não há, segundo a perspectiva conceitual deste trabalho, como afirmar aprioristicamente que uma decisão judicial ativista é legítima ou ilegítima, pois isso dependerá, em cada caso concreto, da conformidade do exercício do poder judicial com os limites institucionais mais ou menos claros impostos pela respectiva constituição de regência e pelas diferentes variáveis políticas e sociais presentes. Mais do que o juiz pode desempenhar em democracias constitucionais depende de uma variedade de elementos que não permite avaliação de legitimidade abstrata e apriorística, nem mesmo do tipo *tudo ou nada* das decisões ativistas. O ativismo judicial pode ser bom ou ruim, legítimo ou ilegítimo, e isso é contingente. (CAMPOS, 2014, p. 158-159).

3 Judicialização da política ou politização da justiça: estaria o direito virando mero artifício de manipulação política

No tocante a terminologia Judicialização da Política, a mesma é legítima, já que uma parcela do poder político sai dessa esfera para ser julgada pelo Poder Judiciário. São questões em que há um descrédito da política majoritária e pelo fato da Constituição Federal de 1988 ser analítica, permite-se que para constitucionalizar é preciso Judicializar. Contudo, diante dos descréditos do Congresso Nacional brasileiro, para sustentar-se os pilares democráticos da soberania popular e do Direito das minorias, pelo caráter contramajoritário, ocorre esse fenômeno legítimo, contudo, não pode ser desmedido. No tocante ao julgado da Cassação da Chapa Dilma/Temer, defende-se o mesmo ser legítimo e de competência do TSE. Não houve Judicialização da Política, mesmo os eleitores tendo depositado seus votos nas urnas de 2014 e no final a mesma ser decidida no Tribunal Superior Eleitoral, contudo, pelo Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, não pode-se afastar do Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de direito.

O julgamento de Competência do TSE teve por fim impedir e apurar a prática de atos que afetem a igualdade dos candidatos, dentre eles estão presentes o abuso de Poder Econômico e político, assim como a utilização indevida dos meios de comunicação social, impondo como sanção a perda do registro ou do diploma e a possível inelegibilidade de 8 anos. Nessa AIJE houve o debate da ilicitude dos valores econômicos arrecadados, o abuso de poder político e a utilização indevida dos meios de comunicação. Todavia, o cerne da questão está em torno não da Judicialização da Política, mas sim da Politização da Justiça, causando uma desarmonia nos pilares que sustentam a Supremacia Constitucional. Ocorreu que esse julgamento virou mero artifício de manipulação política, prevalecendo a escolha política dos magistrados no que tange a provas concretas para ocorrer a Cassação da Chapa, como gastos ilícitos na campanha eleitoral, o abuso de poder econômico, o uso do

caixa 2, a distribuição de propina disfarçada de doação, assim como o recebimento de doações de empreiteiras que na verdade eram propina.

Ao tratar do conceito de Politização da Justiça, é necessário entender a priori que o mesmo difere da Judicialização da Política, sendo essa última legítima. Entretanto, não pode ocorrer de maneira desmedida, uma vez que julgados históricos e de grande complexidade não passam ao largo dos olhares político-ideológico dos magistrados. No presente caso analisado da Cassação da Chapa Dilma/ Temer, o relator, Ministro Herman Benjamim foi voto vencido, haja vista que a maioria dos Ministros dispensaram uma análise probatória que ensejaria como consequência a cassação da chapa. Foi alegado haver um aparecimento tardio dessas provas. A AIJE 194358 foi julgado perante formalismos extremos, dispensando uma análise probatória que levaria o julgado para um caminho distinto, inutilizando-se das provas para a Cassação da Chapa.

É imprescindível analisar que deve haver uma neutralidade do juiz. Obviamente que seria ideológico alegar que um magistrado julgaria perante o dogma da imparcialidade, porém, é de se esperar que o mesmo julgue perante seu olhar sobre o caso concreto, mas não se utilize de seus interesses político-ideológicos a fim de manipular um julgado onde há provas robustas e as mesmas não serem apreciadas.

Não, o juiz nem pode pretender ser neutro. Cada ser humano não é uma tábula rasa, ou seja, traz a julgamento sua visão de mundo, sua ideologia, suas percepções. O que não seria adequado ao juiz é abrir mão de sua imparcialidade e decidir apenas com base no senso comum, sem fundamentar sua decisão em argumentos amparados no Ordenamento Jurídico. Logo, um juiz pode sim dar entrevistas, mas não afigura uma conduta adequada que antecipe um futuro julgamento em entrevista, por exemplo. Ou que se mostre enviesado para uma interpretação antes mesmo de receber a ação e analisar as provas e argumentos trazidos pelas partes. Caso contrário, não há contraditório material, isto é, as pessoas estarão participando de “um jogo de cartas marcadas” em que

pouco importa o que é documentado, pois o juiz já pende para um lado da causa (NOHARA, 2017).

É ilusório acreditar que grandes julgados históricos não tragam uma imensurável carga política e midiática. Contudo, é perigoso não apreciar provas, julgar com excessos de formalismos, com o intuito dos ministros não atuarem como advogados da Supremacia Constitucional, mas de seus próprios interesses. Neste contexto, utiliza-se de uma autocontenção judicial não com fim em si mesma e em defesa da literalidade constitucional, mas seria uma atuação dos Ministros não mais como advogados da Constituição, mas de seus próprios interesses.

De acordo com o professor Bruno Galindo (2017) ocorre:

Um curioso paradoxo: na maioria dos casos as decisões casuísticas parecem associadas a posturas judiciais ativistas, porém, no caso da cassação da chapa Dilma/ Temer e a análise das decisões do TSE, é possível que estejamos diante de um caso emblemático em que a fundamentação autorrestritiva a partir dos óbices processuais teria como razão de decidir a opção por um acentuado decisionismo Schmittiano, especialmente considerando a mudança na posição (GALINDO, 2017).

A grande periculosidade e o cuidado que os Tribunais deveriam tomar nesses julgados históricos não é a Judicialização da Política, mas sim a Politização da Justiça. O grande perigo é a quebra da Supremacia Constitucional através das reiteradas práticas de Politização da Justiça, gerando uma futura Juristocracia. Nesse caso, não mais estaria o Ativismo Judicial atento a seus limites. Estariam sim os Tribunais agindo como Legisladores, quebrando a teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, gerando a Juristocracia, uma possível Ditadura dos Juizes. Esse fenômeno acarretaria uma quebra na Supremacia Constitucional, gerando uma Supremacia dos Tribunais, embasados em suas decisões políticas e ideológicas.

É de extrema periculosidade o Direito virar um mero artifício de manipulação política. Assim, toda hermenêutica constitucional

ser embasada por argumentos que possuem como cerne toda articulação política ocorrida nos bastidores dos poderes. Nesse caso, não há uma dissociação entre a Política e o Direito. Ambos devem ser distintos e a Supremacia Constitucional deve prevalecer sobre a política e suas articulações. É preciso perceber que é através da política que cria-se a Constituição, através do Constituinte Originário, como aconteceu em 1988. Contudo, foi exercida uma função legítima do Parlamento, mesmo que de maneira política. O que não pode ocorrer são Tribunais ultrapassarem seus Limites e decidirem com base em uma política que prevaleça seus interesses.

No tocante a Politização da Justiça, conceitua-se:

Dessa forma, efetua-se uma “politização” do judiciário, uma vez que os magistrados passam a efetuar, fundados na distorcida prerrogativa do chamado “controle difuso”, inadequado à países do sistema romano-germânico, juízes eminentemente políticos. Surge o chamado “juiz político”, que concretiza políticas públicas de forma descomprometida, uma vez que não é responsabilizado pelo cumprimento da alocação de recursos efetuada pelos orçamentos e planos plurianuais, nem goza de qualquer espécie de representatividade política, ou mesmo compromisso político-partidário e/ou com algum programa de governo específico (ROSA JUNIOR, 2008).

A questão da separação entre o Direito e a Política tem sido essencial para os diálogos constitucionais, respeitando os limites das funções atípicas, fazendo prevalecer a Supremacia Constitucional. Segundo o Ministro Luiz Roberto Barroso (2015) em uma palestra para a Uniceub:

Direito e Política são coisas diferentes. Na política vigoram a Supremacia da Lei e o respeito aos Direitos Fundamentais. A política, portanto, é o universo da vontade da maioria. O direito é o domínio da razão, o domínio da razão pública. A crença mitológica desta separação entre o Direito e a Política, ela tem resistido ao tempo e tem resistido as evidências. Mas o fato é que

embora sejam e devam ser desejavelmente mundos apartados, o direito e a política interagem mutualmente [...] (BARROSO, 2015).

Como observa-se, o Direito e a Política não são sinônimos, contudo, é impossível não serem correlatos. No caso do Julgado da Cassação da chapa Dilma/Temer, é de grande dificuldade que os Ministros não julguem com olhares políticos. Entretanto, fazer com que o Direito vire artifício de manipulação política, não apreciando as provas concretas é encaminhar o julgado para um resultado completamente distinto do que seria se as provas tivessem sido apreciadas.

No tocante as provas, considera-se a mesma um Direito Fundamental.

De acordo com Marinoni (2008):

O direito de produzir prova engloba o direito à adequada oportunidade de requerer a sua produção, o direito de participar da sua realização e o direito de falar sobre os seus resultados (MARINONI, 2008, p. 71).

É imperioso notar que seria impossível uma análise de objeto da AIJE 194358, a fim de avaliar: Campanha Milionária; 2. Quebra de Isonomia; 3. Condutas relacionadas ao abuso de poder político; 4. Rompimento do Princípio da Impessoalidade; 5. Manipulação de divulgação de indicadores socioeconômicos; 6. Desvio de finalidade da máquina administrativa, 7. Veiculação de publicidade institucional em período vedado; 8. Abuso de poder econômico; 9. Propaganda eleitoral levada a efeito por meio de recursos geridos por entidades sindicais; se as provas não poderem ser apreciadas. O direito a prova possui acento Constitucional.

A apreciação de prova serve para que o juiz se convença e é justamente pela produção de provas que influencia o juiz na sua decisão. Porém, se essas provas não foram apreciadas, como iria constatar se houve objeto para o julgamento dessa ação. Seria realmente um excesso de formalismos do Tribunal Superior

Eleitoral agindo mediante uma autorrestrição judicial, sem finalidade em si mesma, mas com fins políticos, manipulando o direito em prol da política. Nesse caso, reduziu-se o direito ao campo da política, nem sequer foram tratados como distintos ou correlatos, mas com a superioridade da política perante o direito. Os Ministros não agiram como advogados da Constituição, mas de seus próprios interesses. Não houve a busca por um processo colaborativo, com a não apreciação de provas. A finalidade, realmente, era a manipulação do julgado para não cassar a chapa. As normas que estabelecem o processo colaborativo, estabelecem o dever de provar:

A começar, pode-se apontar o art. 378, que estabelece que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.” Não se trata (...) de uma consideração apenas retórica ou de regra abstrata (...). (...) trata-se de verdadeira imposição legal de colaboração (...) em matéria de prova (...); o preceito é claro ao fixar aí um dever geral de modo que todos estão subordinados a essa colaboração (MARINONI; ARENHART, 2006).

Com a não apreciação de prova, ocorreu um artifício em que o direito foi manipulado pela política. No final, foi realmente um julgado político, parcial, gerando cada vez mais o fenômeno da Politização da Justiça. Sustenta-se através de jurisprudências do TSE a respeito do aval a voto para Cassar Chapas e nessas decisões foram unânimes o entendimento pela indivisibilidade, devendo estender-se ao vice a punição, a exemplo de mandatos de governadores e seus respectivos vices, como no caso de Francisco de Assis Moraes Souza, do PMDB; Mão Santa, do Piauí; Cássio Cunha Lima, do PSDB; Marcelo Miranda, do PMDB; Jackson Lago, PDT. Todos esses exemplos aplicou-se a perda do Diploma aos vice-governadores, pelo princípio da indivisibilidade. Contudo, havia uma viabilidade política maior para o Impeachment de Dilma, contudo, não tanto jurídica. Mas houve uma viabilidade jurídica extrema para a Cassação da Chapa Dilma/Temer, mas não política. Isso ocorre pelo

fato do Princípio da Indivisibilidade, em que para Cassar uma chapa, deve ser julgado o Presidente e o Vice-presidente. Então, politicamente, é mais viável a acusação de Dilma por crime de responsabilidade, já que sua lei é mais aberta, dando espaço para diversas interpretações se houve ou não crime, do que a Cassação, que não havia viés político, já que teria que destituir o vice-presidente. Por isso, manipula-se o direito, através de não apreciações de provas, para julgar improcedente a Cassação da Chapa Dilma/Temer.

4 AIJE N ° 194358 E O VOTO DOS MINISTROS

A Ação de Investigação Judicial Eleitoral n ° 194358 em face de Dilma Rouseff e Michel Temer, Coligação com a Força do Povo, Partido dos Trabalhadores-PT e Partido do Movimento Democracia Brasileira PMDB teve os seguintes argumentos: 1. Campanha Milionária; 2. Quebra de Isonomia; 3. Condutas relacionadas ao abuso de Poder Político; 4. Rompimento do Princípio da Impessoalidade; 5. Manipulação de Divulgação de Indicadores Socioeconômicos, 6. Desvio de Finalidade da Máquina Administrativa; 7. Veiculação de Publicidade Institucional em período vedado; 8. Abuso de Poder Econômico; 9. Propaganda Eleitoral levada a efeito por meio de recursos geridos por entidades sindicais.

É perceptível que houve um rompimento com o princípio da impessoalidade ao destacar o número de empregos criados nos últimos anos, havendo uma promoção pessoal, gerando a ideia de necessidade de continuar a até então política. Essa conduta repetiu-se no dia do trabalhador. Quebrou-se o princípio da Impessoalidade.

Houve, ainda, manipulação na divulgação de indicadores socioeconômicos (AIJE, p. 12):

Por meio da RP n° 177471, fundada em notícia veiculada pelo jornal Folha de São Paulo (doc. 06), levou-se ao conhecimento desse

Egrégio Tribunal que o Governo Federal esteve a impedir a divulgação de informações socioeconômicas que desmentiam ou fragilizavam a propaganda eleitoral dos ora investigados, requerendo-se medida liminar para que fosse determinada no prazo de 12 horas, a divulgação dos dados existentes, ainda que a título provisório, permitindo que os eleitores deles tomem conhecimento antes da realização do pleito (Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/10/TSE-aije-1943-vol-01.pdf>. Acesso em: 05 janeiro 2018).

Ocorreu desvio de finalidade da máquina administrativa em proveito a candidatura reeleitoral, já que havia de forma evidente indicadores negativos para a campanha dos investigados.

Além disso, houve ainda, veiculação de publicidade institucional em período vedado. No tocante aos fatos configuradores de abuso de Poder Econômico, houve: Realização de gastos de campanha que extrapolaram os limites em mais de 10 milhões, além do Abuso de Poder Econômico que acarretou grave lisura do pleito. Por fim, aconteceu uma massiva propaganda eleitoral levada a efeito por meio de recursos geridos por entidades sindicais, tendo repercussão no pleito sob a óptica do abuso do poder econômico, seja porque as despesas por ele realizadas sequer são declaradas como doação indireta, seja por gravidade, ou seja, por ilicitude.

AIJE (p. 33):

Ora, é vetusta a jurisprudência dessa egrégia corte no sentido de que não é dado às entidades sindicais participar do processo eleitoral, em face de caráter compulsório de parte de sua arrecadação³, sendo assente o entendimento de que “a campanha eleitoral é uma sucessão de atos e de meios de propaganda e não pode ser custeada pelos sindicatos” (Agravado de Instrumento nº 4529, Rel. Min. Fernando Neves, j. 5.2.2004) (Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/30932878/jose-fernando-das-neves>. Acesso em: 10 janeiro 2018).

A corte absolveu a chapa Dilma/Temer quando do seu julgamento por abuso de poder político e econômico na eleição de

2014, por quatro votos a três. Votaram pela absolvição os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Gilmar Mendes. Já pela condenação votaram os Ministros Herman Benjamin (relator do caso), Luiz Fux e Rosa Weber.

O Ministro Herman Benjamin herdou o processo, tendo em vista que o mesmo estava sob a relatoria da Ministra Maria Thereza que unificou as ações na AIJE, sendo essa mais abrangente que a AIME.

O Ministro Herman Benjamin como relator apresentou os seguintes fatos: 1 - A Coligação recebeu recursos de propina acumulada por empreiteiras, recebendo em troca contratos com a Petrobrás; 2 - A empresa Sete Brasil repassou propina para o PT, que usou os recursos para abastecer a campanha de 2014; 3 - Além da Odebrecht disponibilizar R\$ 150 milhões em uma conta mantida pelos ex-ministros Antonio Palocci e Guido Mantega, os pagamentos da mesma empresa para os marqueteiros João Santana e Mônica Moura em conta na Suíça e em espécie, não declarada; 4 - Os mesmos marqueteiros receberam pagamentos do estaleiro Keppel Fels por contrato para a construção de navios-sonda; 5 - Pagamento de R\$ 56 milhões a gráficas que não comprovaram prestação de serviços contratados; 6 - Repasses da cervejaria Petrópolis a Campanha; 7 - Desvios das obras da Usina Angra e as propinas utilizadas por desvios da usina Belo Monte; 8 - Pagamento de Caixa 2 a Mônica Moura e João Santana.

É imperioso perceber que o julgamento foi adiado e quando foi retomado, houve a solicitação do Ministério Público e dos advogados das partes com a finalidade de reabrir a etapa da coleta de provas para as mesmas serem apreciadas. Ou seja, foi de extrema importância para o julgado histórico, o que não foi levado em consideração por alguns Ministros do TSE em seus votos. O voto de desempate foi do Ministro Gilmar Mendes, pela absolvição da Chapa.

Foi seguida a linha da não apreciação de provas pelos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e o voto de desempate do Ministro Gilmar

Mendes. Argumentaram no sentido de que todo julgamento precisa ficar restrito ao objeto da ação, a fim de que as provas não fossem válidas para o julgamento da ação. Seguiram o entendimento que a Cassação deve ocorrer em situações inequívocas, o que não correu. Em sentido oposto votaram o Relator, Ministro Herman Benjamin, o Ministro Luiz Fux e a Ministra Rosa Weber; no sentido de que houve abuso de poder, propina poupança, ilícito no pagamento aos marqueteiros João Santana e Mônica Moura e que os pagamentos de propina estavam disfarçados de doações.

5 O perigo da politização da justiça, o risco da juristocracia e sua consequência como quebra da supremacia constitucional

No tocante ao posicionamento levantado no presente artigo, não é de risco a Judicialização da Política, sendo essas questões sensíveis que a priori deveriam ser debatidas no Parlamento e passam a ser julgadas nos Tribunais. O grande risco é a Politização da Justiça e seu extremo risco para o Estado Constitucional Democrático e para a Constituição Federal com julgados que ultrapassam Limites Constitucionais, sendo esses julgados políticos, com apenas um linguajar jurídico. O que ocorre é que o direito debatido ali se torna mero artifício de manipulação política e o Magistrado não atua mais como Advogado da Magna Carta, mas como Advogado de seus próprios interesses.

É perceptível que no Brasil, os julgados de extremo teor político tem sido embasados em interesses políticos, muitas vezes não resolvidos nas devidas funções estatais do país, mas na calada da noite. Nessa toada, os Diálogos Constitucionais não ocorrem com o fundamento dos freios e contrapesos de Montesquieu, todavia, com seu *modus operandi* fundado em articulações políticas. Reiterados julgados que não possuem fundamento na Primazia Constitucional, que não seguem os limites das leis e extrapolam toda uma hermenêutica adequada para aquele caso, corre risco de tornar-se um julgado político. Todos esses caminhos podem gerar como

consequência uma ditadura dos magistrados, uma superioridade da Função Judiciária perante as outras funções do Estado. Iria-se ou até vive-se uma Juristocracia, onde todo o poder e as resoluções políticas iriam ser tomadas por decisões judiciais. Forma-se um fenômeno de extrema periculosidade: a Ditadura da Toga.

Segundo o professor Glauco Salomão Leite (2017):

Em outros termos, parece inadequado que o magistrado, em nome de uma suposta liberdade diante da vagueza dos direitos e garantias, primeiro escolha a maneira como pretende resolver o caso e depois busque apoio nos mais variados critérios interpretativos para acomodar as opções feitas desde o começo. Com isso, aumenta-se a insegurança jurídica, porque o direito positivo, expresso no documento constitucional ou nas leis, passa a depender muito mais de quem o aplica. Os textos normativos não passariam de palavras vazias a serem preenchidas por juízes a partir de suas inclinações ideológicas. Ter-se-ia puro subjetivismo judicial, que consideramos uma forma arbitrária de exercício da função jurisdicional. Mas, além disso, é necessário que os magistrados sejam transparentes (e coerentes) em relação aos pontos de partida que adotam na tomada da decisão, pois, convém observar, quanto maior a complexidade da tarefa de interpretar a Constituição, notadamente em relação aos direitos fundamentais, maior será a dificuldade em legitimar democraticamente a Jurisdição Constitucional (LEITE, 2017, p. 195-196).

Outro grande perigo para a Supremacia Constitucional é o Juriscentrismo e assim discorre Raul César de Albuquerque:

O Juriscentrismo – chamemos assim o contexto em que “ questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” [6], porque parece que judicialização da política não comporta a amplitude do que hoje ocorre- tem desembocado na figura faraônica dos Tribunais Constitucionais. Tal contexto seria gênero do que a judicialização e o ativismo judicial seriam espécies, ambas diferenciadas pelo fato de que este, o ativismo, é contingente [...] e aquela, a judicialização, é inevitável em um Estado Constitucional de Direito. (ALBUQUERQUE, Raul Cézar de. O Rio torto da

democracia à juristocracia. Os meandros da relação entre a atividade legiferante e a interpretação criativa do Supremo Pretório Federal. Revista Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4216, 16 jan. 2015 (Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30233>. Acesso em: 04 janeiro 2018).

Neste momento em que os conceitos de Judicialização da Política, Ativismo Judicial, Jurisdição Constitucional e Legitimidade dos Tribunais não são bem absorvidos, a confusão com a Politização da Justiça, o Juriscentrismo e a Ditadura da Toga não é só terminológica; mas prática. É necessário que os Tribunais atentem-se aos Limites da Constituição Federal em suas interpretações, pois se isso não ocorre, são decisões políticas como essa que o Direito é manipulado com a utilização de um vernáculo apurado e no final a política sobrepõe-se ao Direito e a Constituição é enfraquecida. O grande risco é gerar como consequência a manipulação política para uma nova Constituição, quando a mesma sequer é aplicada.

5 Conclusão

Esta pesquisa girou em torno da definição do conceito de Politização da Justiça e a possível consequência de uma Ditadura de Juízes em caso de julgados históricos, na qual foi exposta a polêmica falta de análise probatória pelo TSE a respeito da Cassação da Chapa Dilma/Temer. Por isso, foi abordado os conceitos de Ativismo Judicial, Judicialização da Política; a fim de diferenciá-los da ideia de Politização da Justiça. Posteriormente, foi demonstrado os abusos causados pela Chapa ora analisada, a reunião de ações na AIJE 194358 e os votos dos ministros em relação a não análise probatória, haja vista as mesmas terem aparecido posteriormente.

É preciso perceber, portanto, o risco do olhar do magistrado ser voltado para os próprios interesses aliados aos das funções do Estado. Neste caso, não só falta a ideológica busca da imparcialidade, contudo, corre-se o risco desses julgados de forte carga axiológica como esse que se a política prevalecer sobre direito, haverá um

enfraquecimento da Supremacia Constitucional com a supremacia do Judiciário.

Referências

ALBUQUERQUE, Raul César de. **O rio torto da democracia à juristocracia**. Os meandros da relação entre a atividade legiferante e a interpretação criativa do Supremo Pretório Federal. Revista Jus Navegandi, ISS 1518-4862, Teresina, ano 20, n.4216, 16 jan. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30233>. Acesso em: 04 jan.2018.

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. **O ativismo judicial e seus limites**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181901.pdf>. Acesso em: 10 janeiro 2018.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 23 janeiro 2018.

BARROSO, Luiz Roberto. (2015). Judicialismo e Ativismo Judicial. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=idAWyb9QGDs>. Acesso em: 08 janeiro 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista de Sociologia e Política. N°. 23. Curitiba (PR). Nov. 2004.

GALINDO, Bruno. *O 7x1 de Carl Schmitt contra Hans Kelsen no Caso Dilma/Temer no TSE (2017)*. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/14/o-7x1-de-carl-schmitt-contra-hans-kelsen-no-caso-dilmatemer-no-tse/>. Acesso em: 10 janeiro 2018.

- LEITE, Glauco Salomão. **juristocracia e constitucionalismo democrático**: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**: Ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- Nohara, Irene. Judicialização da política versus politização do Judiciário (2017). Disponível em: <http://direitoadm.com.br/judicializacao-da-politica-x-politizacao-judiciario/>. Acesso em: 18 janeiro 2018.
- ROSA JUNIOR, Faustino da rosa (2008). **Problema da Judicialização da Política e da Politização do Sistema Constitucional Brasileiro**. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833. Acesso em: 15 janeiro 2018.
- SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidade**. In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al* (Org.) *As Novas Faces do Ativismo judicial*. Salvador: JusPodium, 2013.
- TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2013.
- TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

Autocontenção e ativismo judicial: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 402/DF

Pablo Diego Veras Medeiros¹

1. Introdução: breve contextualização acerca da judicialização da política no Brasil

Nos países da América Latina no momento, de redemocratização, posterior à Segunda Guerra Mundial se observou uma necessidade de tornar os direitos fundamentais e sociais em algo mais palpável e exigível, na linha de se aplicarem os princípios trazidos pela nossa Constituição Federal. Em decorrência dessa pretensão, o Constituinte de 1988 entendeu pela supremacia de alguns direitos que antes eram regulados apenas de forma infraconstitucional, adotando uma postura legislativa preocupada com tornar cogente a sua observância, desembocando em uma Constituição que pode ser caracterizada como abrangente e analítica.

Notadamente preocupado com direitos fundamentais, o Constituinte originário “impôs rígidos limites materiais às decisões das maiorias de cada tempo” (CAMPOS, 2014). A convivência entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de modo geral, é regida pelas normas previstas na Constituição. Entretanto não há

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.

uma limitação clara a determinadas situações fáticas. Por meio do controle de constitucionalidade o Poder Judiciário poderá, incidental ou concentradamente, negar cumprimento a determinada lei ou ato se este for julgado inconstitucional ou, no presente caso, firmar entendimento quanto a extensão de determinada norma constitucional.

Por meio do controle de constitucionalidade o magistrado diz o direito, a favor ou contra atos e leis editadas pelos Poderes Executivo ou Legislador derivado, de sorte que o espaço de atuação de ambos pode sofrer alterações.

Norberto Bobbio cita alguns pressupostos, condições mínimas, para a existência da democracia. Entre elas, os procedimentos de tomada de decisões vinculativas. Sobre esse conceito diz o autor:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculativas para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. (BOBBIO, 1986).

A partir dessa breve explicação é importante salientar que em uma democracia, o jogo democrático deve possuir leis claras, que apontem quem são os jogadores em cada situação. A judicialização da política trazida pela Constituição Federal de 1988 é um fator que modifica os arranjos democráticos até então conhecidos, pois traz o Poder Judiciário ao jogo como protagonista, ao lado do Poder Legislativo e do Poder Executivo (LEITE, 2017).

É importante, ao tratar a respeito do protagonismo judicial, discorrer a respeito da postura que a Suprema Corte brasileira vem assumindo como instituição de interpretação mais expansiva, a luz da Constituição da República Federativa do Brasil e a soberania

judicial; ao fazer uma análise a respeito da propagação das cortes constitucionais em outras esferas, o que torna - por consequência - os integrantes do Poder Judiciário em verdadeiros atores políticos (LEITE, 2017).

Não pura e simplesmente em razão do ego dos integrantes do Poder Judiciário, mas porque assim quis o Constituinte, que ao tratar da dignidade da pessoa humana como fundamento da República asseverou a importância do papel contramajoritário em defesa de eventuais desmandos da maioria (CAMPOS, 2014). É válido ressaltar que os magistrados que apresentam condutas mais proativas de interpretação constitucional, sem restringir-se a literalidade da Magna Carta, são aqueles que partem do posicionamento chamado ativista, acarretando, pois, um protagonismo do Poder Judiciário.

É possível, então, entender o ativismo judicial como a busca da aplicação das normas constitucionais que venha a implicar em transformações sociais relacionadas à realidade social e histórica de um país. De maneira que não é defeso aos juízes atuarem com uma postura incisiva de aplicações das leis - não como meros técnicos, porém - como coparticipantes de uma interpretação constitucional em prol dos preceitos trazidos na nossa Constituição Federal.

Doutro lado, a postura autocontenciosa seria a atitude de maior deferência por parte das autoridades maiores de um dos três Poderes às decisões tomadas por líderes dos outros Poderes da República. Percebe-se, portanto, que o magistrado que adota essa postura autocontenciosa, evita alterar as decisões, os atos e a própria dinâmica de funcionamento do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

2. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 402/df

A ADPF nº 402 foi ajuizada pelo partido político Rede Sustentabilidade e veiculou a tese de que, qualquer pessoa que

responda a processo criminal, admitido pelo Supremo Tribunal Federal, não poderia figurar na linha de substituição da presidência da república, em função da leitura do artigo 8o e 86, da Constituição de 1988. Neste sentido, nem o ocupante do cargo de presidente do Senado Federal nem o ocupante do cargo de presidente da Câmara dos Deputados, poderia permanecer em seu posto caso processo criminal vier a ser admitido pelo STF em seu desfavor.

Portanto, ao tempo de sua petição inicial, pedia a declaração desta incompatibilidade com efeito vinculante e, também, vide consequência, a condenação a perda do cargo de presidente da Câmara dos Deputados do seu então ocupante, Eduardo Cunha, contra quem foi admitida a ação penal no STF, vide Inquérito (INQ) nº 3983. (ALVES; JUNQUEIRA, 2017).

A alegação do partido político Rede Sustentabilidade se cingia em torno do respeito aos princípios da separação dos poderes e republicano, entendendo que o mais alto cargo do Poder Executivo nacional não poderia vir a ser ocupado por mandatário que estiver sendo processado pelo STF, sob pena de, inclusive, macular a imagem do Brasil perante a comunidade internacional. Para além disso, o próprio art. 86 da Constituição determina o afastamento temporário do Presidente da República que vier a figurar na posição de réu em ação penal. Portanto, se o próprio detentor do cargo sofre suspensão temporária por tal razão, o mesmo serviria como base para impossibilitar que a autoridade posta como possível substituta das funções de Presidente da República venha a ocupar tal cadeira, nas mesmas condições.

Concomitantemente a ADPF nº 402, corria no STF a Ação Cautelar nº 4.070/DF. A A.C. nº 4.070, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, pedia o afastamento do então presidente da Câmara dos Deputados, o Sr. Eduardo Cunha por outros motivos. Ocorre que, durante o julgamento da ADPF nº 402, o pedido da PGR, ventilado na A.C. 4.070 foi julgado procedente, vindo a afastar do cargo da presidência da Câmara, o então presidente Sr. Eduardo Cunha.

Neste sentido, parecer jurídico foi acostado aos autos eletrônicos da ADPF nº 402, pleiteando o não conhecimento da ação, já que Eduardo Cunha havia sido afastado, em que pese ter ocorrido por outra via - a alegação foi de perda do objeto. Esses fundamentos não foram aceitos pelo relator da ADPF, em função de que, o Senador Renan Calheiros que ocupava o cargo de Presidente do Senado Federal tornou-se réu em ação penal, nos termos do Inquérito nº 2.593, perante o Supremo Tribunal Federal e a agremiação partidária Rede Sustentabilidade peticionou, aditando os termos da inicial para que a ação tivesse prosseguimento nos seus termos.

Em esforço de síntese, a ADPF nº 402 continuou a ser processada com a finalidade de: 1) fixar limites de interpretação ao art. 80, CF, quanto a possibilidade de réus em processo criminal figurarem na linha de substituição da presidência da república; 2) Declarar, por consequência, a perda do cargo do Sr. Renan Calheiros, então Presidente do Senado Federal.

É propósito do autor do artigo, a partir deste ponto, elencar os pontos nucleares dos principais votos vencedores, prolatados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no referido julgamento. Nesse sentido, a análise dedutiva será realizada extraindo trechos dos votos, da parte dos fundamentos e da parte dispositiva, que melhor expressem a postura mais ou menos ativista.

Para isso, vale-se o autor da leitura do inteiro teor dos votos dos Ministros Celso de Mello (voto vencedor) e Dias Toffoli, que seguiu o Ministro Celso de Mello.

Os votos desses dois Ministros foram os únicos disponibilizados pelo STF em inteiro teor - do grupo que formou a maioria de seis - e foram seguidos em seus termos pelos Ministros Teori Zavascki, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente) durante o julgamento no Plenário do STF, no dia 07/12/2016.

3. O Supremo Tribunal Federal e seus ministros: nem tanto ao céu, nem tanto ao mar. Uma tese intermediária na ADPF nº 402/DF.

Cabe consignar neste ponto que o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que réus em ação penal perante o Supremo Tribunal Federal (STF) não podem vir a substituir presidente da República. Nesse ponto os ministros votaram unanimemente, entretanto, continuam a exercer os cargos de presidência nas suas respectivas casas legislativas; quanto a esse trecho - de permanecer no cargo de Presidente da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal - foi aberta divergência.

Desse modo, por maioria, entendeu o plenário do Supremo Tribunal Federal, que respeita-se a Constituição Federal tanto no que tange à incolumidade moral do cargo de Presidente da República como a no que diz respeito a separação entre os Poderes da República.

Venceu, então, o voto do Ministro Celso de Mello, que fixou a tese acima e que fora acompanhado pelos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente), votos proferidos na sessão plenária do dia 07/12/2016. Não votaram na presente ação o Ministro Luís Roberto Barroso, que se declarou impedido, e o Ministro Gilmar Mendes, ausente justificadamente. O placar da votação foi, portanto, de 6 votos contra 3. Votaram contrariamente a tese firmada o Ministro relator Marco Aurélio, Edson Fachin e a Ministra Rosa Weber.

Importante, nesse diapasão, reproduzir trecho da certidão do referido julgamento:

o PLENÁRIO, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: Decisão: O Tribunal referendou, em parte, a liminar concedida, para assentar, por unanimidade, que os substitutos eventuais do Presidente da República a que se refere o art. 8º da Constituição, caso ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte Suprema, ficarão

unicamente impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, e, por maioria, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, negou referendo à liminar, no ponto em que ela estendia a determinação de afastamento imediato desses mesmos substitutos eventuais do Presidente da República em relação aos cargos de chefia e direção por eles titularizados em suas respectivas Casas, no que foi acompanhado pelos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente), vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber, que referendavam integralmente a liminar concedida. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, não referendou a medida liminar na parte em que ordenava o afastamento imediato do senador Renan Calheiros do cargo de Presidente do Senado Federal, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber, restando prejudicado o agravo interno. O Ministro Celso de Mello ajustou a parte dispositiva de seu voto de mérito, proferido na assentada anterior, aos fundamentos dele constantes, para julgar parcialmente procedente o pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, mantidos os termos de seu voto.” (STF, 2016). (Grifo nosso)

O relator da ADPF nº 402, ministro Marco Aurélio (vencido), adotou a ideia de que, os ocupantes de cargos elencados no art. 8º da Constituição sequer podem estar sendo processados penalmente. For este o caso, o agente público deve perder o cargo de Presidente da Câmara ou do Senado e manter apenas o cargo de mandatário. O relator ministro Marco Aurélio ratifique-se, foi voto vencido, juntamente com Edson Fachin e Rosa Weber, que votaram integralmente nos termos do relator.

3.1 Análise de votos

Entre os votos, é interessante destacar o voto do Ministro que abriu divergência, qual seja, Celso de Mello. Da leitura do inteiro teor, extrai-se a delimitação do seu voto, que julga parcialmente procedente os pedidos da arguição para:

“consignar que os substitutos eventuais do Presidente da República a que se refere o art. 8º da Constituição, caso ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte Suprema, ficarão unicamente impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, embora conservem a titularidade funcional da chefia e direção de suas respectivas Casas.” (MELLO, 2016, p. 2)

Continua o eminente Ministro, ponderando em seu voto:

“A Constituição Federal, ao dispor sobre a configuração institucional do Estado brasileiro, proclama que os poderes da República são independentes. Não obstante esse grau de autonomia, os Poderes do Estado – que, na realidade, são interindependentes – devem manter convívio harmonioso em suas relações institucionais, para que, do respeito recíproco entre as diversas instâncias de poder, possam resultar, como normalmente tem ocorrido, práticas governamentais cujo paradigma constante resida no respeito consciente aos grandes princípios proclamados pela Constituição”. (grifos nossos). (MELLO, 2016, p. 3). (grifos nossos).

A leitura denotar clara preocupação em manter boas práticas ***governamentais***, para além da separação entre os Poderes. Dando seguimento à leitura do voto, lê-se:

não há dúvida de que a medida cautelar deferida, “incidenter tantum”, na presente sede processual poderá inibir ou interferir no funcionamento da Câmara Alta do Congresso Nacional, afetando-lhe as atividades institucionais e projetando-se, ante os inevitáveis reflexos políticos daí resultantes, com grande impacto sobre a própria agenda legislativa do Senado Federal. (MELLO, 2016, p. 10). (sem grifos no original).

Essa preocupação com a agenda política, vista no voto do Excelentíssimo Ministro, está presente, de maneira mais acentuada, naqueles magistrados que possuem viés decisório autocontencioso.

Por fim, entre os trechos facilmente identificáveis no voto do Ministro Celso de Mello como conciliadores, para apaziguar os

ânimos, à época bastante acirrados, entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, extrai-se os seguintes fragmentos:

O Poder Legislativo, ao desempenhar a sua tríplice função – a de representar o Povo, a de formular a legislação da República e a de controlar as instâncias governamentais de poder –, já jamais poderá ser acoimado de transgressor da ordem constitucional, pois, na realidade, estará exercendo, com plena legitimidade, os graves encargos que lhe conferiu a própria cidadania. (MELLO, 2016, p. 4). (grifos nossos).

Como já fora mencionado neste trabalho, o voto do Ministro Celso de Mello abriu divergência com o voto do relator e foi o que sagrou-se decisivo para o julgamento da ADPF nº 402, posto que foi seguido por mais cinco Ministros: Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente).

Voto do ministro dias Toffoli

É possível avaliar que, no julgamento da ADPF nº 402/DF, o Ministro Dias Toffoli assume postura notadamente autocontenciosa, resignada. Demonstra preocupação quanto a extensão excessiva da norma constitucional, citando texto de Lênio Streck, conforme se lê no seguinte trecho de seu voto:

Como se vê, a decisão liminar elastece excessivamente a norma constitucional, atingindo agentes públicos que ela não contempla e hipótese fática que ela própria não prevê. Nesse ponto, concordo com Lênio Streck (...). (TOFFOLI, 2016, p. 10). (grifo nosso).

O Ministro Toffoli transcreve, para corroborar seus argumentos, passagem de texto de Streck, publicado no Consultor Jurídico no dia 06/12/2016, em que comentando a ADPF nº 402/DF, sustenta que o Supremo Tribunal Federal ao determinar o afastamento do Senador Renan Calheiros do Cargo de Presidente do

Senado Federal, estaria realizando uma superinterpretação ou sobreinterpretação do texto constitucional (STRECK, 2016).

Por fim, o referido Ministro reafirma seus fundamentos para defender uma postura autocontenciosa do Tribunal ao qual integra (TOFFOLI, 2016, p. 11): “me parece que, caso venha a se fixar a referida tese², este Tribunal estará exercendo excessiva ingerência, em especial, no âmbito do Poder Legislativo”.

No que concerne aos votos dos Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e da Ministra Cármen Lúcia, todos foram no sentido de ratificar os termos do voto do Ministro Celso de Mello, para ficar o entendimento de que, o parlamentar contra quem pese ação penal admitida no Supremo Tribunal Federal, terá, tão somente o impedimento quanto ao exercício da função de Presidente da República, mantendo incólume o exercício do cargo da presidência de sua respectiva casa legislativa que esteja a ocupar (CARNEIRO; SCOCUGLIA, 2017).

O julgamento, apesar de contar com maioria formada, encontra-se parado, em decorrência do pedido de vistas do Ministro Gilmar Mendes. De toda sorte, o entendimento se mostra firmado neste julgamento.

4. Considerações finais

O que se percebe é que, a preocupação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal aumenta de maneira proporcional ao peso das decisões, quando o assunto traz alto teor político. Em outras palavras, a cautela em analisar possível ingerência excessiva pelo Poder Judiciário no Poder Legislativo ou no Poder Executivo é maior que os das decisões ordinárias, com temas não tão afetos aos demais Poderes da República.

² O Ministro Dias Toffoli se referiu ao voto do relator, que defendia o afastamento de Renan Calheiros das funções de Presidente do Senado Federal.

Com um quadro de instabilidade política instaurado em nossa jovem democracia, os Ministros, não raramente, estão preferindo adotar uma postura mais contida, de maior deferência tanto aos atos do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo.

Esse comportamento, aparentemente, traz a segurança ao próprio STF de que suas decisões serão efetivamente cumpridas, esgueirando-se da repetição de situações observadas inclusive na ADPF em análise, ADPF nº 402/DF, quando da negativa do então presidente do Senado Federal, Renan Calheiros em receber a intimação com a decisão do STF determinando seu afastamento. Momentos como esse enfraquecem nossas instituições e em via de consequência, o próprio país.

A que se perceber que, não necessariamente ter um Tribunal com postura mais autocontenciosa significa retrocessos na garantia dos direitos insculpidos em nossa Constituição Federal. Isso, igualmente, não pode ser interpretado *ipso facto*, em situações de maior ativismo judicial, como pode ser entendido do voto do Ministro Marco Aurélio, relator e voto vencido na presente ADPF. A análise deve ser, sempre, realizada caso a caso, através de complexas situações institucionais, sociais, econômicas e, maiormente, normativa.

No caso em tela, os ministros agiram acertadamente ao evitar que, a partir do caso concreto, funcionassem como legisladores positivos, criando hipótese de inelegibilidade para os cargos das presidências do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados. Isso, como bem escreveu o Ministro Dias Toffoli, criaria Deputados e Senadores de primeira e segunda-classe. O que não tem previsão normativa.

Referências

ALVES, Danilo. JUNQUEIRA, João Paulo. Réus, presidentes, senadores e ministros: Crônica da ADPF 402. Estadão, Supremo em pauta. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/supremo-em-pauta/reus-presidentes-senadores-e-ministros-chronica-da-adpf-402/>>. Acesso em 06 set. 2017.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF pede que réu não ocupe linha de substituição da Presidência da República. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=315877>>. Acesso em 15 out. 2017

_____. STF recebe denúncia por peculato contra senador Renan Calheiros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330979&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08 ago. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do voto do ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/referendoADPF402CM.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do voto do ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/referendoADPF402DT.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do voto do ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/referendoADPF402MA.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Procuradoria-Geral da República. Parecer na ADPF nº 402/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11545325&prcID=4975492&ad=s#>>. Acesso em: 12 set. 2017

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições: explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. 1ª ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014;

CARNEIRO, Luiz Orlando. SCOCUGLIA, Livia. Votação no STF sobre linha sucessória é interrompida. Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/votacao-no-stf-sobre-linha-sucessoria-e-interrompida-01022017>>. Acesso: em 05 set. 2017.

LEITE, Glauco Salomão. Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

STRECK, Lenio Luiz. Não há previsão constitucional para afastamento de Renan Calheiros. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/streck-nao-previsao-constitucional-afastamento-renan>>. Acesso em 05 set. 2017.

Interpretação constitucional garantidora dos dissensos conteudísticos: análise da atuação do STF no caso da Vaquejada

Pedro de Oliveira Alves¹

1. Introdução

A presente pesquisa é uma proposta de discussão sobre a atividade interpretativa do direito sobre questões constitucionais à luz de alguns elementos fundamentais para a compreensão do sistema jurídico: análise dos titulares da interpretação constitucional, responsabilidade democrática do intérprete, significado de decisão jurídica e a ideia de limites da interpretação. Trata-se, portanto, de pequena parte de uma teoria maior sobre a interpretação jurídica no “constitucionalismo societal” ou constitucionalismo pertencente à comunidade política e não submisso exclusivamente ao poder estatal.

Para atingir os objetivos traçados na pesquisa, após uma breve análise dos problemas sobre interpretação e tomada de decisão no julgamento da ADI 4983 pelo STF (tópico 1), são averiguadas duas hipóteses centrais: i) nem toda forma de atribuição de significado é interpretação (tópico 3); ii) os dissensos sobre o conteúdo do direito são necessários para um sistema jurídico

¹ Mestrando em Direito pela UFPE, integrante da linha de pesquisa “Teorias da decisão jurídica”. Bacharel em Direito pela UFRN (2017). Advogado e pesquisador colaborador na UFRN e na UFPE.

aprimorado e compatível com a complexidade das sociedades modernas (tópico 3). A partir dessa discussão, a pesquisa apresenta um conjunto de premissas acerca da natureza da interpretação constitucional garantidora dos dissensos conteudísticos e seu diálogo com uma teoria reflexiva da decisão jurídica, apresentando os primeiros pressupostos para uma teoria mais ampla sobre a interpretação constitucional a partir das análises sobre o julgamento da vaquejada realizado pelo STF.

Por fim, serão apresentados os resultados alcançados e lançadas novas reflexões sobre a problemática examinada (tópico 4). Tal medida não pretende, no entanto, encerrar a questão, mas, pelo contrário, colaborar com uma “teoria plural da interpretação constitucional” que não significa curvar-se a um relativismo ou a uma postura retórica cética.

2. Análise da problemática lançada na ADI 4.983/CE

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADI 4.983/CE, entendendo que a legislação estadual cearense (Lei 15.299/2013) era inconstitucional. A referida lei cearense dava regulamentação à prática da vaquejada e trazia instrumentos de fiscalização e de responsabilidade dos promotores desse tipo de evento. Ademais, a lei cearense tratava a vaquejada como uma prática cultural e desportiva.

O relatório apresentado pelo Ministro Marco Aurélio - seguido pela maioria dos ministros (seis votaram pela inconstitucionalidade da lei e os outros cinco votaram pela constitucionalidade) - apontava argumentos contra a vaquejada em si. Isto é, não se deu a verificação da inconstitucionalidade por conta de algum dispositivo excessivo na lei cearense, mas sim porque a prática da vaquejada seria algo extremamente cruel aos animais (não apenas ao boi, mas também ao cavalo). Considerou-se como uma prática cruel que jamais admitiria uma regulamentação e que, de acordo com os ministros, seria impossível dissociar a vaquejada da crueldade dos animais. Não sendo

possível imaginar uma vaquejada sem crueldade aos animais, a vaquejada seria uma prática inconstitucional e nenhuma legislação poderia considerá-la como prática desportiva e cultural lícita.

Significativo notar que, em seu voto-relatório, o Ministro Marco Aurélio se baseou em laudos técnicos trazidos pelo Procurador-Geral da República para “demonstrar” a crueldade aos animais nas práticas da vaquejada.

Em posição diversa, os outros cinco ministros divergiram da tese da inconstitucionalidade. Para o Ministro Edson Fachin, que inaugurou a divergência, a vaquejada é uma prática cultural que estaria protegida pela Constituição Federal (ainda que de forma implícita).

A presente pesquisa verificou que nos votos dos ministros que seguiram o entendimento do Ministro Marco Aurélio era constante verificar a citação direta ou indireta aos laudos técnicos fornecidos pelo Ministério Público Federal. Por outro lado, nos votos dos demais ministros (em especial, Luiz Edson Fachin, Gilmar Mendes e Teori Zavaschi), o que se verificou foi uma completa ausência de argumentos sobre os laudos técnicos (ainda que para atacá-los). Em razão disso, tais ministros, que votaram pela improcedência da ação e pela constitucionalidade da lei cearense, se utilizaram de argumentos como a observância da “realidade rural”, atividade cotidiana incorporada aos hábitos populares de determinadas regiões do país, dentre outros termos que visam trazer os “viveres da norma” para o contexto de sua interpretação/concretização.

Apesar desse resultado, diversas reações populares ocorreram pelo país, especialmente por associações de vaqueiros que chegaram a Brasília. Em pouco tempo, cerca de apenas um mês, o Congresso Nacional aprovou uma lei declarando a vaquejada como manifestação cultural nacional e patrimônio cultural imaterial. Alguns meses depois, também foi aprovada a emenda constitucional (EC 96/2016) proposta pelo senador baiano Otto Alencar (PSD) que exclui as manifestações culturais da possibilidade de serem consideradas cruéis as práticas desportivas que utilizam os animais.

Durante os trâmites legislativos para aprovação da emenda constitucional, o STF preferiu não julgar outras leis estaduais que também regulamentavam a vaquejada de forma semelhante ao ocorrido no caso cearense.

Apesar de todas essas movimentações, a discussão parece ainda não ter sido encerrada. Recentemente, o Procurador-Geral da República ajuizou ação (ADI 5772) em que pede a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 96/2016 e a questão voltará a ser discutida no Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, a ADI 4.983/CE traz algumas questões para serem refletidas: até que ponto a interpretação constitucional consegue lidar com “dados da realidade empírica” mediante uso de laudos técnicos? Existem interpretações constitucionais corretas? Cabe apenas ao STF interpretar a constitucionalidade da vaquejada? Existem limites para a interpretação constitucional? A interpretação se modifica com o passar do tempo e quanto tempo mínimo é necessário para o STF rever suas interpretações?

Outras várias questões também surgem. Trata-se, portanto, de uma investigação muito mais ampla sobre a natureza e estrutura jurídico-dogmática da interpretação constitucional que não caberia nem mesmo em uma dissertação ou tese de doutorado.

De qualquer modo, a presente pesquisa investiga a questão de uma interpretação constitucional com limites, cujos parâmetros dizem respeito a servir também como garantia do aperfeiçoamento constitucional das instituições políticas - sem silenciar a multiplicidade de opiniões e a divergência de ideias sobre o conteúdo do direito.

3. Pensando sobre os limites da interpretação constitucional

Uma das formas de compreendermos a interpretação jurídica é pensá-la como um “processo intelectual que permite que sejam alcançados conteúdos normativos” (GARCIA, 2008, p. 59) a partir das “fontes do direito”. A interpretação, portanto, estaria ligada ao “caráter racional do homem, que interpela tudo que o cerca”, mas

que se reveste “sempre de caráter ideológico” (LIMA, 2001, p. 258). Um dos primeiros problemas seria, como consequência, saber se existem formas corretas e erradas sobre a compreensão humana. Se houver interpretações corretas, como é possível alcançá-las? Através de qual método (se é que existiria um método)?

Quando se trata de interpretação constitucional, Hesse (1998, p. 58) é categórico em afirmar que, com grande frequência, a interpretação jurídico-constitucional “se afasta muito das regras de interpretação por ela mesma reconhecidas”. Indo além, Francisco Meton Lima (2001, p. 305), menciona que basta perceber a natureza política da Constituição e o caráter principiológico de suas normas para justificar uma interpretação especial no âmbito constitucional.

É preciso, entretanto, discordar de tal posição. Primeiro porque tanto a Constituição como as demais regras e princípios jurídicos possuem natureza política e jurídica simultaneamente. Ademais, esse suposto caráter principiológico também poderia estar presente em outros ramos do sistema jurídico, além de ignorar que nem todas as normas constitucionais seriam principiológicas, mas também haveria regras explícitas no texto constitucional.

Então, o que haveria de próprio na interpretação constitucional? Emerson Garcia (2008, p. p. 61) fala em que o nítido diferencial seria dado pela supremacia constitucional, sendo a interpretação diretamente influenciada pelo “caráter fundante da Constituição” e o valor hierarquicamente superior às demais normas. Resume-se ainda em três elementos basilares: evolutividade (contornos abertos ou flexíveis das disposições constitucionais), politicidade (organiza os órgãos soberanos e o processo de elaboração normativa) e a sensibilidade axiológica que garante o pluralismo (GARCIA, 2008, p. 61-62).

Ademais, adiciona Bonavides (2013, p. 474-476) que a superioridade constitucional e a natureza política da norma constitucional são suficientes para demonstrar uma natureza própria das interpretações constitucionais e que o jurista não pode desmembrar a norma constitucional de seu “manancial político e

ideológico”. Adiante, Bonavides (2013, p. 477) ressalta que existem limites para a interpretação da norma constitucional, pois esta não poderia ser sacrificada em razão do elemento político.

Independente de ter ou não um caráter especial, a interpretação constitucional versa com questões essenciais, cujas consequências podem levar a uma “erosão da consciência constitucional”, pra usar o termo de Machado Horta. Ora, se a norma constitucional é hierarquicamente superior, tem força normativa e dá validade às demais normas, servindo de parâmetro para todos os atos estatais, a Constituição não pode dizer qualquer coisa.

É certo que existem interpretações diferentes e que a indeterminação do direito existe, mas isso não justifica imaginar que não existam limites para a atividade do intérprete constitucional. Há algum momento em que a atribuição de significado deixa de ser interpretação para ser outra coisa. Como pensar seus limites, então?

Se o direito é uma “obra humana social” que possui força normativa que visa realizar valores (SICHES, 1977, p. 196), a interpretação do direito também não poderia ignorar tais valores. Afinal, se o intérprete “passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta” (HESSE, 1998, p. 69-70), mas sim estaria alterando a Constituição ou mesmo rompendo com ela quando ela deveria vincular o intérprete. Devendo a interpretação constitucional partir do primado do texto, o texto é “limite insuperável” da atividade do intérprete (HESSE, 1998, p. 70).

No mesmo caminho de Hesse, Umberto Eco traz algo que nos pode ser útil para refletir. Segundo Eco, o intérprete pode especular sobre as mais diversas coisas e tentar uma grande variedade de significados e referentes, mas não teria o direito de dizer que a escrita pode significar qualquer coisa. Ainda em sua introdução, afirma que o “texto interpretado impõe restrições a seus intérpretes” e que “os limites da interpretação coincidem com os direitos do texto” (ECO, 1995, p. XXII).

Trazendo tal ideia para a interpretação constitucional, é claro que ao intérprete constitucional cabe avaliar diversos sentidos para

diversos pontos de partida, principalmente no tocante ao texto constitucional e aos textos presentes em outros julgados anteriores ou mesmo no Direito Comparado quando houver. Mas isso não significa que possa atribuir qualquer sentido aos textos.

Para romper com a ideia de que não existe uma única leitura possível sobre determinado texto, não é preciso embarcar no “idealismo mágico” de que qualquer interpretação é válida e não existem interpretações absurdas. É nesse sentido que Eco formula a ideia de uma “sobreinterpretação” ou “superinterpretação” para afirmar que existem diversos tipos de uso dos textos que não corresponde às interpretações, mas que acabam por ultrapassar os limites desta. Assim, toda defesa pela liberdade da interpretação deve iniciar com uma defesa do sentido literal dos textos (ECO, 1995, p. 9).

Relevante ainda é pensar na colaboração de José Afonso da Silva (2009, p. 15) a respeito de uma “hermenêutica contextual”. Assim, a interpretação constitucional se submete às relações de contexto e pode ser vista como um diálogo com o texto criado e vigente na busca de sua “intencionalidade normativa”, devendo o intérprete “desvendar o sentido mais profundo da Constituição”.

Em outras palavras, os limites da interpretação constitucional se apresentariam em três momentos hermenêuticos distintos: hermenêutica das palavras (explicação das palavras, seu contexto factual e sentido histórico-cultural), hermenêutica do espírito (limites da interpretação à luz da ideia fundante da constituição) e hermenêutica do sentido ou contextual (análise dos limites interpretativos na compreensão dos contextos interno e externo do texto constitucional), pois assim o intérprete compreenderia a Constituição dentro do contexto pelo qual ela se move (SILVA, 2009, p. 16-17).

4. Esboços de uma teoria da interpretação constitucional garantidora dos dissensos conteudísticos

Segundo Popper (2013, p. 38), somente poderia ser reconhecido como empírico ou científico aquilo que fosse passível de comprovação pela experiência. Entretanto, não se trata de tentar demonstrar a “verificabilidade” de hipóteses, mas sim sua “falseabilidade”. É por isso que o enunciado “choverá ou não choverá amanhã” não pode ser científico, embora seja verificável, pois nem mesmo admite refutação em tese.

Em uma tentativa de teorizar sobre a interpretação constitucional, a pesquisa parte da análise da ADI 4983 para formular hipóteses falseáveis e buscar verificar sua falseabilidade. No entanto, a pesquisa ainda não está totalmente concluída e este artigo é parte de um conjunto de reflexões em momento anterior à falseabilidade das hipóteses.

Interessante notar que Bonavides (2013, p. 502) disserta que a interpretação constitucional em países desenvolvidos possuiria um sentido diferente daquela que deve ser feita em países em desenvolvimento, pois nestes deve o Poder Judiciário atuar de modo a tornar “exequível a possibilidade de o Estado Social compadecer-se com o Estado de Direito num regime de equilíbrio, cuja firmeza relativa se mede por graus”. Apesar de tal defesa, não nos parece convincente a tese de uma interpretação “mais livre” para satisfazer ideais de justiça ou visões parciais de desenvolvimento social.

Como, então, se deve entender a interpretação constitucional sem ignorar os necessários dissensos na sociedade?

Conforme ressalta Adamo Perrucci (2016, p. 359), ao considerar que o fenômeno jurídico é multifacetado, é preciso refletir sobre a interdisciplinaridade do conhecimento jurídico. Portanto, significa dizer que deve o intérprete buscar concretizar os valores constitucionais com abertura a “novos horizontes hermenêuticos que possibilitem a construção de uma sociedade democrática”, favorecendo um desenvolvimento crítico do operador jurídico a partir

do auxílio de outros conhecimentos sobre os fatos sociais e as necessidades da comunidade. Porém, isso não é algo simples.

Dessa forma, a tentativa de apresentar um racionalismo crítico e plural como elemento central da jurisdição constitucional merece ser discutida em um trabalho investigativo próprio, mas foge aos objetivos desta pesquisa. Em antecipação a uma possível crítica, Emerson Garcia (2008, p. 66) é enfático em esclarecer que a multiplicidade de intérpretes não pode ser vista como um risco de que a Constituição venha a se dissolver entre inúmeras interpretações, algo que poderia prejudicar a unidade constitucional.

Em um Estado democrático de direito, decisão judicial e decisão jurídica não se confundem, pois a primeira diz respeito a um mero ato de um aplicador do direito em um caso concreto enquanto a segunda seria uma operação do sistema jurídico que resulta de uma cadeia comunicativa composta por vários elementos, decisões judiciais, manifestações sociais, atuação do legislador, interpretação dada por órgãos extrajudiciais, dentre outros (STAMFORD, 2016. p. 32). Assim, o sistema jurídico tentaria se adaptar às mudanças da sociedade e uma única decisão judicial (aplicação do direito) não representa, por si, a resposta do sistema como um todo.

Assim, a ideia de dissensos conteudísticos pode ser vista, de acordo com Marcelo Neves, gira em torno da ideia de uma sociedade complexa que faz com que o sistema jurídico precise manter sua abertura cognitiva, mas que também precisa incluir o pensamento diferente na esfera pública. É nesse sentido que se admite a inclusão dos diferentes modos de agir e vivenciar, incluindo argumentos e opiniões minoritárias como “probabilidades de transformação futura dos conteúdos da ordem jurídico-política, desde que respeitadas as regras procedimentais” (NEVES, 2013, p. 144).

Uma interpretação constitucional que garante os dissensos conteudísticos é uma interpretação enquanto processo que inclui diferentes intérpretes em uma rede mais complexa. É que interpretar não se confunde com a aplicação do direito em um caso concreto, pois a interpretação constitucional é um processo de

construção de significados no sistema jurídico que busca a formulação de uma decisão jurídica sobre a questão - e não apenas uma interpretação judicial circunstancial.

5. Considerações finais

Este artigo esclarece alguns pontos sobre a ideia de uma interpretação garantidora dos dissensos conteudísticos a partir de alguns nortes teóricos como a ideia de limites da interpretação, dos necessários dissensos conteudísticos e abertura do sistema, além da distinção entre decisão jurídica da decisão judicial. Contudo, reconhecemos que muitos outros pontos não foram totalmente esclarecidos, em grande parte porque este não é o espaço apropriado para isso.

Espera-se, entretanto, que a leitura do artigo possa servir para estimular novas reflexões sobre estes problemas, uma vez que parte das perguntas não foi totalmente respondida aqui.

No caso em tela, é perceptível que a questão da relação STF-Legislativo-Movimentos sociais precisa ser melhor analisada no procedimento decisório do sistema jurídico. De todo modo, se vislumbra que essa é uma discussão fértil e que a compreensão dos sentidos da interpretação constitucional é uma questão que versa sobre a própria legitimidade do direito em um contexto democrático e plural, sendo necessária uma avaliação sobre a ideia de interpretação jurídica que não fique presa a discursos relativistas ou meramente instrumentais.

Assim, é necessário que a pesquisa continue a se desenvolver, amadurecendo as ideias aqui lançadas e desenvolvendo estas e novas premissas para que, talvez, possa se apresentar como um conjunto de hipóteses sólidas que, embora refutáveis em tese, dialogam e são compatíveis com a experiência observável nos tribunais, instituições políticas e na sociedade civil em geral.

Referências

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1995.
- GARCIA, Eduardo. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- LIMA, Francisco Meton M. **O resgate dos valores na interpretação constitucional**: por uma hermenêutica reabilitada do Homem como “ser-moralmente-melhor”. Fortaleza: ABC Editora, 2001.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.
- PERRUCCI, Adamo. Atuação jurídica e mudança de paradigma. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 9, n. 2, p. 350-365, 2016.
- SICHES, Luis Recaséns. Algunas notas sobre el sentimiento jurídico. In: CAVALCANTI, Teófilo (org.). **Estudos em homenagem a Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- STAMFORD, Artur. Teoria reflexiva da decisão jurídica: direito, mudança social e movimentos sociais. **Revista de Direito da UnB**, v. 2, p. 27-52, 2016.
- TEUBNER, Gunter. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

O outro lado da questão: análise do conceito de justiça fiscal na despesa pública.

Priscila Emanuele Falcão de Oliveira Menezes¹

Introdução

Em tempos de crise econômica, a comunidade acadêmica se volta a debater questões que busquem solucionar as demandas da sociedade. Discutir o conceito de justiça fiscal no âmbito dos movimentos de reformas legislativas que estabelecem aumento da carga tributária, reforma da previdência, estipulação do teto de gastos, é rever a base principiológica e de legitimação do próprio Estado de Direito.

Encontramos na doutrina financeira diversos significados para o conceito de justiça fiscal. O ilustre jurista português Saldanha Sanches, ao discorrer sobre essa pluralidade de sentidos, ressalta que a justiça tributária, que permite uma avaliação quantitativa do modo como a carga tributária é distribuída entre as várias categorias de contribuintes e a justiça da despesa, que envolve o problema dos gastos supérfluos e do esbanjamento de recursos públicos, seriam o verso e o anverso da mesma moeda, a justiça fiscal.

¹ Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professora da Universidade Federal de Alagoas.

Assim, para analisarmos as bases de uma despesa pública justa, precisaremos pressupor que a distribuição dos encargos tributários também seja justa, visto que “no fundo, a tributação é sempre o resultado de decisões tomadas a montante que conduzem a despesas públicas que o imposto, de forma imediata ou com adiamento (dívida pública), deverá financiar (SALDANHA SANCHES, 2010, p. 25)”

O século XX foi marcado pelo surgimento e estabelecimento do Estado Social (ou para alguns, Estado de Bem-Estar Social), onde o Estado assume o papel de prestador de serviços públicos a fim de garantir os direitos fundamentais. Mas para que haja essa atuação estatal, necessário se faz o custeio das atividades que é financiado a partir dos tributos.

As políticas públicas consistem nas ações do Estado em promover os direitos fundamentais através de decisões governamentais diante da insuficiência orçamentária e das demandas sociais. A partir desse prisma, a despesa pública pode ser objeto de análise de diversos campos científicos, como a Economia, a Sociologia, Administração Financeira, e inclusive, o Direito.

Assim, para uma análise da despesa pública, a partir da ótica jurídica, necessário se faz identificar se a mesma está de acordo com o ordenamento jurídico nacional, e isso vai além de uma abordagem meramente legalista do instituto, mas se existe um alicerce principiológico na sua conceituação.

1. Do conceito jurídico de despesa pública justa

Diante da multiplicidade de conceitos na designação do que seria despesa pública, podemos afirmar que o que compõe o seu caráter jurídico é a necessidade de que toda despesa deve encontrar respaldo constitucional ou legal, apesar de que a decisão de gastar é, essencialmente, uma decisão política (OLIVEIRA; HORVATH, 2001, pp 74-87). Assim, por ser uma realidade jurídica, a definição do seu

conceito reside no regime jurídico que disciplina o instituto, ou seja, o conjunto de normas jurídicas que disciplina despesa pública.

Em sua tese de mestrado na Universidade de Minho, Carla Sofia Souza Magalhães ao realizar um estudo sobre o regime jurídico da despesa pública, define que as necessidades públicas são o fundamento jurídico do que é despesa pública, ou seja:

a despesa pública consiste num processo a duas velocidades de gasto de dinheiro público ou no dispêndio de bens por parte de entes públicos para criarem ou adquirirem bens ou prestarem serviços susceptíveis de satisfazerem necessidades colectivas: a primeira velocidade pertence ao Legislador com base na proposta do Executivo (é a fase da programação e decisão orçamental); a segunda velocidade percorre o período financeiro e depende do Executivo e Administração Financeira que vão realizar a despesa pública orçamentada (e é a fase da decisão orçamentada) (MAGALHÃES, 2011, p.29).

Assim, podemos sintetizar a ideia de que a despesa pública está intrinsecamente ligada quanto a legalidade, na sua definição legislativa, e quanto a legitimidade, nas necessidades públicas aos quais supre quando da sua execução. A autora defende a tese de uma ecologia jurídico-financeira, onde os direitos fundamentais sociais se tratam de direitos subjetivos, inclusive o direito a uma despesa pública justa².

Além de analisar os critérios puramente legais (forma processualística, objeto material), para a configuração de uma despesa pública justa, também se faz necessário análise de seus pressupostos legitimadores, quais sejam, se as necessidades públicas atendem aos anseios da sociedade e aos fundamentos basilares do Estado de Direito.

² Para a autora, “a Despesa Pública também pode ser encarada modernamente como um dever fundamental dado o carácter complexo da relação jurídica de Despesa Pública. A boa execução e a boa realização da Despesa Pública é um direito-dever de todos; os direitos fundamentais sociais assumem-se como *direitos de solidariedade*” (MAGALHÃES, 2011, p. 136).

Essa noção de despesa pública justa precisar estar amparada em outros critérios, como a sustentabilidade financeira e a reserva do financeiramente possível. No entanto, o legislador/administrador público não pode minorizar a efetivação dos direitos sociais enquanto elemento central do direito a um mínimo de existência condigna. Assim, o poder judiciário pode ser convocado à realização de despesas buscando uma visão substancialista de justiça social.³

A pluralidade de significados atribuídos ao conceito de Justiça Fiscal está atrelada diretamente a concepção de receita e despesa enquanto mecanismos de financiamento das atividades estatais. E a partir da ideologia política dominante empregada pelo governo é possível identificar o tamanho do Estado e os mecanismos de satisfação das necessidades públicas.

Podemos afirmar que a Justiça Fiscal, enquanto despesa pública, é um problema de Estado, de como serão geridos os recursos para que sejam alcançados os anseios da sociedade. E o parâmetro normativo para definição do que seja uma despesa pública justa no Brasil, é a Constituição Federal.

Para definir as prioridades de ação, o constituinte estabeleceu os objetivos fundamentais que deveriam indicar, de forma impositiva, quais políticas públicas seriam necessárias para alcançar tais objetivos, como erradicar a pobreza, diminuir as desigualdades sociais e garantir o desenvolvimento nacional.

Assim, ressaltamos o papel fundamental do Estado na concepção moderna de realização da justiça distributiva através da

³ “Defendendo uma visão substancialista da despesa pública, derivada da promoção do desenvolvimento humano, e advogando a existência de um conteúdo mínimo mesmo nos direitos fundamentais *não determináveis*, sustentamos que o reconhecimento do conteúdo mínimo dos direitos sociais só faz sentido se esses mesmos direitos puderem ter uma leitura dinâmica, reeditando de novo uma certa ideia de proibição de retrocesso: não hesitamos, assim, em afirmar que sempre que o legislador dê passos na concretização da Justiça Social, no sentido de prover melhorias nas situações concretas das pessoas e de as tirar de situações de vulnerabilidade, deve ficar impedido de colocar as pessoas que estavam protegidas por essa medida numa situação pior do que aquela que já tinha sido encontrada ou até de desproteção” (MARTINS, 2016, p. 457).

realização de uma despesa pública justa, que atenda aos fins sociais constitucionalmente propostos.

No entanto, o que se percebe é que ainda existe uma falta de debate público nas questões que envolvem a atividade financeira do Estado. Os espaços de discussão são ainda dominados pelos grupos de interesses que buscam se beneficiar em detrimento da maioria da população. É de fundamental importância o exercício da cidadania na definição das políticas públicas e consequentemente, na definição dos gastos públicos (SALDANHA SANCHES, 2010, p. 42-47).

2. Da despesa pública justa e austeridade fiscal

Pensar em justiça fiscal também nos remete a discussão sobre como Poder Judiciário atuará nas demandas que envolvam as ações políticas em períodos de austeridade, principalmente no que tange a análise judicial da despesa pública.

Para Ferreira e Pureza, existem dois Estados constitucionais em frequente tensão: um de Direito, como resultado das conquistas históricas na luta por direitos, preconizado na multidimensionalidade da democracia; e outro de Exceção, que é caracterizado pelo encurtamento de direitos e diminuição de serviços públicos, em razão de um alegado estado de necessidade (FERREIRA; PUREZA, 2014, p. 283), onde prevalece a supremacia política de entidades não eleitas na condução da política econômica.

Como mecanismo político de enfrentamento da crise, muitos governos têm buscado como principal, quando não única alternativa, a adoção de medidas de austeridade, como congelamento ou redução de gastos com políticas sociais, reformas trabalhistas e previdenciárias, o que impacta diretamente nos limites de atuação do Estado Social.

A principal questão trazida é em qual medida seria possível para dar legitimidade as medidas políticas de corte de direitos sociais? É importante ressaltar que esse fenômeno não é restrito a Portugal ou ao Brasil, mas consiste em como os países tem

respondido as medidas de austeridades nas mais diversas crises econômicas. Ou seja, esse não se trata de um modelo comparativo, muito menos de direito comparado, tendo esta internacionalização da judicialização da austeridade atingido uma dimensão institucionalmente centralizada nos Estados de Direito (FERREIRA; PUREZA, 2014, p. 290).

Como consequência natural dessas ações austeras, surge o fenômeno de judicialização de tais políticas de austeridade nos tribunais constitucionais. O Poder Judiciário é convocado a dizer o direito, e inclusive a limitar direitos, reclamados pelos Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de legitimar, ou não, os modelos propostos como sendo fruto de um estado de necessidade convencionado como Estado de Exceção.

Durante uma entrevista coletiva no ano de 2015⁴, o então Ministro Presidente do STF, Ricardo Lewandowski, ao citar a obra de Norberto Bobbio, afirmou que entre os séculos XX e XXI, o mundo passou a viver a era dos direitos, e por isso, o Poder Judiciário teria assumindo o papel de protagonista na vida social e política.

O Ministro argumentou que o século XIX, em razão das revoluções liberais, foi o século do Poder Legislativo, como sendo o grande órgão de expressão da vontade do povo. A lei como vontade do povo, e a democracia representativa sendo uma das maiores conquistas do período revolucionário liberal, concentrou suas expectativas de resolução dos problemas sociais a partir da criação de leis.

Já durante o século XX, em razão das crescentes demandas sociais decorrentes das duas grandes guerras e das demais revoluções, ele afirmou que este seria o século do Poder Executivo, pois tal Poder seria o mais apto a enfrentar os grandes desafios da época. O Estado de Bem-estar Social reclamava um Poder Executivo

⁴ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61987-o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski>

forte, atuante na vida social como a grande máquina de políticas públicas.

“Mas o século XXI é o século do Poder Judiciário”, afirmou o Ministro, argumentando que a inflação de demandas judiciais é um efeito da ideia de que o Poder Judiciário seria o único legitimado a responder os problemas da sociedade que anseia por direitos.

Diante de tais afirmações, torna-se muito propícia as reflexões de Messias José Caldeira Bento, ao tratar sobre o poder dos juízes. Para o autor, o Poder Judiciário, diante da explosão de litigiosidade do presente século, precisa ser devidamente controlado para bem exercer seu papel social. E para tanto, é necessário que os juízes exerçam sua função de julgar não como um poder hercúleo, mas com um espírito de missão, de sacerdócio, pois o que caracterizaria a função jurisdicional é o seu espírito de servir (BENTO, 2003, p. 299).

Para garantir a repartição dos poderes, é necessário que o Estado-Juiz ao desempenhar a sua missão, exercite a autocontenção evitando tentações midiáticas e de justiceiros e possua independência vocacional, necessária para o cumprimento do seu dever ético-social de julgar legitimamente.

Tais preocupações trazidas pelo autor em 2003 são facilmente entendidas na atualidade, diante da atuação de magistrados no cenário político-policial. A autocontenção, apregoada como sendo de vital importância para evitar as tentações midiáticas e de ser justiceiro, a fim de se garantir a imparcialidade e isenção que deve ser própria dos juízes, tem sido substituída pela espetacularização da atividade jurisdicional, e o populismo judicial fere de morte a imparcialidade e independência tão caras a esse Poder.

O que nos parece é que o complexo de Juiz Hércules, diferente do que para Dworking significa, tem sido interpretada de maneira desvirtuada, onde seria apenas destacado o conteúdo mítico do personagem, a sua força, e divindade, o que nos revelaria exemplos reais de estrelismo e tirania judicial, supostamente, em nome da lei.

Na experiência transjurídica internacional, a judicialização da política tem experimentado diversas fases de ativismo judicial. A primeira fase se traduz no protagonismo judicial na esfera penal, em que se percebe o afrouxamento das garantias constitucionais, e as decisões judiciais legitimam essas medidas de exceção em processos judiciais que envolvem casos de corrupção e desvio de verbas públicas, subsidiadas pelo clamor popular, a exemplo de prisões decorrentes unicamente em razão de delações premiadas, muitas vezes sem nenhum outro respaldo probatório.

A segunda fase da judicialização da política em momentos de austeridade consistiu na crise do Estado Social, na ineficiência do Estado em prover de forma eficiente os serviços públicos e de proteção da sociedade. A legitimidade do modelo político econômico consiste no debate central das ações judicial, inclusive no questionamento dos papéis dos poderes Legislativo e Executivo na concretização desse Estado.

Já a terceira fase destaca a atuação jurisdicional como o processo de ativismo judicial da questão social. O juiz toma para si poderes, muitas vezes políticos e decide com base em argumentos que flexibilizam normas e garantias fundamentais, em razão do estado de exceção. Quando não, atua diretamente na formação e produção de leis usurpando a função legislativa, e ditando conteúdos de políticas públicas, tarefas próprias do poder executivo, ferindo de morte o princípio da separação dos poderes em razão dessa austeridade. Para Ferreira e Pureza:

“A judicialização da política de austeridade é, assim, sinónimo de judicialização da questão social que emerge das reformas estruturais que objetivamente desmantelam o Estado Social.” (FERREIRA; PUREZA, 2014, p. 285).

Para justificar a necessidade do afrouxamento das garantias constitucionais, os principais argumentos empregados para possibilitar a legitimidade das medidas de cortes de direitos sociais próprios do Estado de Exceção consiste no primado dos

compromissos internacionais (e na sua natureza vinculativa) e a inevitabilidade de medidas excepcionais, que justificaria a adoção de tais medidas para se evitar consequências mais gravosas em decorrência do estado de necessidade financeira.

No sentido de que haja uma atuação jurisdicional que revele a justiça fiscal em momentos de austeridade é imprescindível que a decisão seja fundamentada a partir do princípio da proteção a confiança, que seria traduzido em evitar onerosidade excessiva de tais medidas austeras e a arbitrariedade na adoção de medidas que seriam incabíveis para alcançar os objetivos que lhes foram justificadas; do princípio da igualdade, como exigência de que os sacrifícios sofridos sejam proporcionais a todos nos períodos de austeridade; e por fim, mas não menos importante, o princípio da proporcionalidade, visto que as reformas estruturais preconizadas quase sempre resultam na redução do Estado Social e geradoras de desigualdade social.

3. Justiça fiscal e redução de desigualdades sociais

A justiça fiscal da despesa constitui a visão social de um Estado que deve procurar atender ao interesse público priorizando a dignidade da pessoa humana ao realizar os gastos públicos como ferramenta fundamental do seu modelo de desenvolvimento econômico e social.

Para combater a desigualdade, são necessárias políticas fiscais capazes de reequilibrar o poder econômico, bem como político, entre os grupos sociais. Para isso, além de políticas tributárias justas, é necessário garantir a verdadeira representatividade de todos os setores nas prioridades do gasto público, especialmente dos grupos mais vulneráveis através de processos de participação cidadã. É fundamental atingir um gasto público que esteja a serviço do bem comum e que garanta direitos a todos e com maior capacidade transformadora da realidade social injusta e discriminadora.

Também é necessário reduzir os gastos desnecessários e a subordinação desses gastos a casos de corrupção e no pagamento de dívida pública ilegal e ilegítima. Contudo, a disponibilidade do gasto público para satisfazer objetivos de combate à desigualdade e à pobreza continua muito ameaçada por essas mazelas e por outras ineficiências.

Assim, podemos dimensões da injustiça fiscal da despesa estão na corrupção, na realização de superávit primário para pagamento da dívida pública e gastos sociais desnecessários. Assim, é de fundamental importância reorientar a prioridade da despesa pública a fim de que se atenda a diminuição das desigualdades sociais.

A participação cidadã em assuntos fiscais e nas políticas públicas em geral tem a vantagem de promover maior cultura fiscal, e que garante a legitimidade dos processos decisório de emprego das verbas públicas, fortalecendo a democracia e visando um maior crescimento do gasto público em serviços sociais básicos.

A política fiscal é o reflexo da visão e do tamanho do Estado que a sociedade deseja. E a justiça fiscal é uma de suas ferramentas mais fortes para combater as desigualdades de forma direta e é ainda mais poderosa quando empregada com outras políticas públicas.

A redução das desigualdades é um dos principais desafios para o Estado no século XXI. A justiça fiscal da despesa se concretiza quando os gastos públicos são realizados priorizando a diminuição das desigualdades sociais. Para tanto é necessário reorientar a despesa pública para a realização e concretização de políticas públicas que promovam desenvolvimento econômico e social a ampliar a participação dos cidadãos no processo de definição da despesa pública.

O princípio da vedação do retrocesso e a reserva do possível são os elementos centrais para a compreensão da despesa pública justa. E, portanto, as decisões políticas econômicas precisam atender o que já foi conquistado historicamente em termos de direitos,

evitando o retrocesso, mas diante de uma alternativa financeiramente possível, a fim de garantir o direito de existência digna dos indivíduos como fim principal do próprio Estado.

Considerações finais

Diante dos argumentos expostos, podemos realizar algumas conclusões sobre o conceito de justiça fiscal a partir da ótica da despesa pública:

- A despesa pública pressupõe tributação, sendo os dois o verso e o anverso da mesma moeda (justiça fiscal);
- Despesas públicas consistem na atividade estatal de realização de dispêndios para a satisfação das necessidades sociais;
- As regras materiais para compreensão do que seria uma despesa pública justa está na Constituição;
- Os momentos de crise abrem espaço para situações excepcionais. E o Poder Judiciário tem sido convocado para decidir os limites dessas situações sobre o que é legítimo ou não na redução do Estado Social a partir do sentido de Estado de Direito e Estado de Exceção. Porém, o Estado-Juiz, para atuar com critérios básicos de justiça fiscal e social, precisa decidir as questões políticas de austeridades a partir da ótica da vedação de retrocesso social, sob o manto dos princípios da confiança, da igualdade e da proporcionalidade.
- É imprescindível para a realização e concretização de políticas públicas que promovam desenvolvimento econômico e social a participação dos cidadãos no processo de definição da despesa pública.

Referências

- BENTO, Messias José Caldeira. Reflectindo sobre o poder dos juízes. In: Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra Editora: Coimbra, 2003.
- DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira) – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERREIRA, António Casimiro; PUREZA, José Manuel. Estado de direito ou estado de exceção: a justiça constitucional face ao questionamento do estado social. In: REIS, José (coord.). A economia política do retrocesso: crises, causas e objetivos. Coimbra: Almedina, 2014.
- GOMES, Emerson Cesar da Silva. O direito dos gastos públicos no Brasil. São Paulo: Almedina, 2015.
- HABER, Michel; CHRISTOPOULOUS, Basile Georges Campos; TORRES, Ricardo Ezequiel. *Capítulo 2 Despesas Públicas*. In OLIVEIRA, Regis Fernandes; HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. Lições de Direito Financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MAGALHÃES, Carla Sofia Dantas. O regime jurídico da despesa pública: do direito da despesa ao direito à despesa. 2011. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário e Fiscal). Universidade do Minho.
- MARTINS, Maria d'Oliveira. A despesa justa: uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública. Almedina: 2016.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes; HORVATH, Estevão. Manual de Direito Financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- SALDANHA SANCHES, J. L. Justiça Fiscal. Fundação Francisco Manuel dos Santos. Lisboa, 2010.

A concretização da tutela do direito fundamental do consumidor no plano estadual brasileiro

Renata Gonçalves Perman¹

1. Introdução

Historicamente, o Estado Federal foi idealizado de 1891 a 1988, existindo uma harmonia e unidade entre os elementos, Estados membros, os quais vão inspirar em uma Carta Magna fonte de direção. A Constituição Federal em seu artigo 5º XXXII tutela o direito do consumidor como garantia fundamental. Faz-se pertinente, assim, um olhar investigativo sobre a guarda e a concretização que a Carta de Outubro realiza acerca do direito do consumidor e essa tutela precisa ser desdobrada nas Constituições infraconstitucionais.

A partir desse contexto, cabe pontuar que as entidades subnacionais (Estados membros) possuem uma função relevante nesse cenário, pois eles têm competência residual para legislar sobre tal direito, além de tratar-se de competência concorrente entre União e Estados. Nessa perspectiva, o presente estudo tem como objetivo central discutir como as Constituições estaduais no Brasil abordam e concretizam a proteção ao consumidor.

Concernente a metodologia, consiste na pesquisa das Constituições estaduais dos 26 Estados membros e da Lei Orgânica

¹ Graduanda em Direito-Universidade Católica de Pernambuco. E-mail: renata.perman@hotmail.com

do Distrito Federal para identificar se alguma delas trata do tema da tutela e concretização ao direito do consumidor. Por conseguinte, serão investigados os sites de legislações estaduais para mapear as normas estaduais sobre a temática proposta. O problema do presente estudo visa esmiuçar a participação das Constituições Estaduais que repetem o texto da Carta Maior, e as Cartas estaduais que efetuam a proteção do tema além do texto da Carta de Outubro.

1.1 Estados que repetem o texto da constituição federal.

Desde a Constituição Federal de 1946 (em seu artigo 18) começou-se a controlar a autonomia Constitucional dos Estados membros e a eles destinam-se todos os poderes que não lhes sejam proibidos pela Carta Magna. A função do Constituinte estadual se acaba, muitas vezes, na criação de normas de repetição, pelas quais realiza o deslocamento da Constituição Federal para a Constituição do Estado (JONH, 2015, p. 5).

Horta (2003, p. 73) afirma:

As normas de reprodução refletem a expansividade do modelo Federal, que atraiu para seu campo matéria anteriormente entregue à revelação originária do controle estadual. A tarefa do constituinte limita-se a inserir aquelas normas no ordenamento constitucional do Estado, por um processo de transplantação. A norma de reprodução não é, para os fins da autonomia do Estado-Membro, simples norma de imitação, frequentemente encontrada na elaboração Constitucional. As normas de imitação exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência de sugestão exercida pelo modelo superior. A dosagem das normas que vão ser reproduzidas pela Constituição do Estado constitui aspecto de fundamental importância na organização Federativa. As normas centrais, que partem da Constituição Federal, não podem absorver o terreno da auto-organização do Estado-Membro e devem coexistir com as normas Constitucionais autônomas de auto-organização.

A Constituição do Estado do Acre em seu artigo 11 dispõe que compete ao Estado e a União, estatuírem sobre os assuntos dispostos na Constituição Federal e que não havendo lei federal sobre tais matérias, o Estado atuará a competência legislativa para cuidar das suas singularidades. Observa-se, assim, que o artigo 11 da Constituição do Estado do Acre repete o artigo 24 caput e §3.º da Carta Maior. Fica nítido que trata-se de competência legislativa concorrente entre União e Estados legislar sobre o direito do consumidor, assim como, na falta de lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão competência legislativa subsidiária, suprimindo a ausência da referida lei. O artigo 12 da Constituição do Estado do Acre declara a mesma redação do artigo 5º XXXII da CRFB, que dispõe “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (ACRE, 1989, p. 4).

O artigo art. 12, inciso II, E, H da Carta estadual do Maranhão repete o texto do artigo 24, V da CRFB, afirmando que “Compete à União e aos Estados legislar concorrentemente sobre produção e consumo”. O artigo 74 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro também reproduz o artigo 24, V da Carta Magna (MARANHÃO, 1989, p.3).

O artigo 13 V da Constituição do Estado do Paraná afirma que compete ao Estado concorrentemente com a União legislar sobre produção e consumo repetindo o artigo 24 V da Constituição Federal. O artigo 13 VIII da Carta do Estado do Paraná relata que é responsabilidade do Estado juntamente com a União a responsabilidade por dano ao consumidor copiando o artigo 24 VIII da CRFB (PARANÁ, 1989, p.3).

Nesse sentido, o artigo 20 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte repete o artigo 24 incisos V e VIII da Carta de Outubro, aduzindo cabe ao Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre: produção e consumo, responsabilidade por dano ao consumidor (RIO GRANDE DO NORTE, 1989, p.6).

Observa-se, também o artigo 12 da Constituição do Estado da Bahia copia o texto do artigo 24, VIII da CRFB dispondo: incumbe

ao Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre: dano ao direito do consumidor (BAHIA, 1989, p. 4).

O artigo 18 V e VIII da Carta estadual do Pará reproduz o artigo 24, V da Carta Magna aduzindo: “Compete ao Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre: V - produção e consumo”. O artigo 174 da Constituição do Estado de Roraima repete o texto dos artigos 170º V e 5º XXXII da CRFB, no qual afirma: “O Estado promoverá, na forma dos artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição Federal, a defesa do consumidor, de modo a garantir-lhe a saúde, a segurança e a defesa de seus interesses econômicos” (PARÁ, 1989, p. 6; RORAIMA, 1991, p. 42).

A Lei Orgânica do Distrito Federal em seu artigo 17 V e VIII repete o artigo 24 V e VIII da Carta Maior afirmando que “Compete ao Distrito Federal, concorrentemente com a União, legislar sobre: V – produção e consumo VIII – responsabilidade por danos ao consumidor” (DISTRITO FEDERAL, 1993, p. 6).

A Carta do Estado do Mato Grosso do Sul em seu artigo 246 reproduz o artigo 5 XXXII da CRFB, no qual afirma que cabe ao Estado a defesa ao consumidor (MATO GROSSO DO SUL, 1989, p. 71).

Percebe-se que a Constituição do Estado do Amapá, em seu artigo 12 inciso V e VIII e a Carta do Estado de Sergipe em seu artigo 9 V e XV afirmam, respectivamente: Compete ao Estado legislar sobre: V produção e consumo. VIII - responsabilidade por danos ao consumidor. Repetindo, dessa forma, o texto do artigo 24, V e VIII da CRFB (AMAPÁ, 1991, p. 4; SERGIPE, 1989, p. 29).

A Carta do Estado do Ceará em seu artigo 16 V e VIII transmite o texto do artigo 24 V e VIII da CRFB, o qual dispõe: “O Estado legislará concorrentemente sobre responsabilidade por dano ao consumidor”. Ademais, fica perceptível que quando se trata de tutela ao direito consumerista tem-se uma atuação conjunta dos entes federados (União e Estados) relativos a uma única matéria, ou seja, uma competência concorrente (CEARÁ, 1989, p. 4).

A Constituição do Estado da Paraíba, em seu artigo 7 §2 V e VIII afirma que cabe ao Estado legislar privativa e concorrentemente com a União sobre produção e consumo e também responsabilidade por dano ao consumidor, repetindo o texto legal do artigo 24 V e VIII da CRFB (PARAÍBA, 1989, p. 17).

1.2 Estados que vão além da constituição federal.

A Constituição do Estado do Piauí é uma das mais detalhadas e protetivas ao direito do consumidor, mais específica sobre essa matéria se comparada, por exemplo, a Constituição do Estado do Paraná (que é uma das Cartas estaduais mais carentes de tutela ao consumidor). Logo, fica perceptível que o cidadão do Piauí tem mais proteção a esse direito do que as pessoas que habitam no Estado do Paraná, para fundamentar isto, treze artigos da Constituição estadual do Piauí tratam sobre a proteção consumerista, dentre eles, os artigos 6, 7, 14, 144, 148, 166 e 226, enquanto que na Constituição do Estado do Paraná apenas três artigos dispõem sobre a proteção ao consumo, como, por exemplo os artigos 12 VIII, 120 X e 145.

A Carta do Estado do Piauí em seu artigo 7º II afirma que o Estado deve proteger o consumidor criando organismos para a sua defesa no âmbito dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário). No artigo 6º aduz que todos os consumidores têm o direito de ter conhecimento de informações sobre o seu respeito constante em registros públicos e particulares. O artigo 14 diz ainda que cabe ao Estado a responsabilização por dano ao consumidor. No artigo 144 VIII afirma que é função institucional do Ministério Público participar de organismos estatais de defesa do consumidor. O artigo 148 complementa que a defesa do consumidor é realizada pelo Ministério Público pelo Programa de Proteção e Defesa do Consumidor, cabendo a lei complementar dispor sobre o funcionamento desse programa. O artigo 166 §4 diz que a lei deverá informar aos consumidores sobre os impostos que incidem sobre serviços e mercadorias. O artigo 226 §1 institui a obrigatoriedade

dos alunos das escolas públicas e particulares apresentarem sobre o direito do consumidor (PIAUÍ, 1989.p.3)

Concernente, ainda, ao Estado do Piauí, foi promulgada em 2004 a Lei Complementar nº 36 que dispõe sobre o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor- SEDC e torna a atividade de proteção comunitária DECOM em um programa de proteção e defesa do consumidor do Ministério Público do Estado do Piauí (PROCON-MPPI) mudando os artigos 7º, inciso I, 53, 54 e 88 da Lei Complementar Estadual 12.193 que indica normas gerais no exercício do poder de polícia e de incidência de penalidades administrativas previstas.

Nesse sentido, aduz o artigo 1º da Lei Complementar nº 36:

Fica, na forma desta Lei, transformado o Serviço de Defesa Comunitária – DECOM/MP, em Programa de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério Público do Estado do Piauí – PROCON/MP-PI, órgão integrante do Ministério Público do Estado do Piauí, nos termos previstos no art. 148, § 20., da Constituição do Estado do Piauí e no art. 54 e seu parágrafo único, da Lei Complementar Estadual 12/03, de 18 de dezembro de 1993 para fins de aplicação das normas estabelecidas na Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – e na legislação correlata às relações de consumo (PIAUI, 2004, p. 1).

A Constituição do Estado de Rondônia em seu artigo 8 VIII afirma que compete ao Estado proteger o consumidor contra danos causados a ele. No artigo 129 III aduz que cabe ao Estado instaurar impostos em relação as operações de bens e serviços relativos aos consumidores que habitam nesse Estado. O artigo 152 relata que a lei complementar irá dispor sobre a ação do Estado na defesa dos direitos do consumidor (RONDÔNIA, 1989, p. 2).

A Constituição do Estado do Mato Grosso em seu artigo 10 XX afirma que o Habeas Data poderá ser impetrado em face de registro de dados ou cadastro de entidades particulares e públicas junto ao público de consumidores. O artigo 83 III do mesmo diploma normativo, aduz que a Coordenadoria de Perícias e identificações

tem a função de coordenar as ações públicas civis para a defesa do consumidor. O artigo 118 II assegura que a Defensoria Pública deve orientar os consumidores já que compete a ela a sua defesa. O artigo 153 IV diz que em relação aos serviços disponibilizados ao consumidor final localizado em outro Estado irá adotar a alíquota interestadual. O artigo 181 V afirma que compete a Lei Orgânica Municipal traçar a direção para a elaboração de sistema municipal de defesa ao consumidor (MATO GROSSO, 1989, p. 19)

O artigo 338 § 5 da Carta do Estado do Mato Grosso tutela que as feiras livres de vendas diretas de produtos ao consumidor serão isentas de tributos. O artigo 343 do referido diploma legal afirma que o Estado por meio de um órgão especial fiscalizará a produção de agrotóxico e biocidas com o objetivo de tutelar o consumidor. O artigo 13 aduz, ainda que cabe ao Estado dispor sobre o funcionamento do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor (MATO GROSSO, 1989, p. 21).

Embora o artigo 12 VIII da Constituição do Estado do Paraná repita o artigo 24 VIII da CRFB, nos artigos 120 X e 145 da referida Carta estadual tutela a produção de consumo “a mais” do que trata a Constituição Federal. No artigo 120 X da Carta Estadual do Paraná afirma que cabe ao Ministério Público participar de entidades estatais de defesa do consumidor. O artigo 145 aduz que compete ao Estado juntamente com a União, Municípios e a sociedade efetivar a defesa dos direitos dos consumidores, por meio da conscientização e responsabilização por danos a eles causados (PARANÁ, 1989, p. 38).

O artigo 121 II da Constituição estadual de Minas Gerais, afirma que cabe ao Ministério Público defender o direito do consumidor. O artigo 125 IV relata ainda que é uma opção do Procurador Geral de Justiça a iniciativa de lei complementar que trate sobre a permanência de curadorias especializadas na proteção ao direito do consumidor. O artigo 146 VI afirma que as operações que dispõem sobre bens e serviços disponibilizados ao consumidor final de outro Estado serão aplicadas a alíquota interestadual. O mesmo artigo 146 D aduz que o encargo financeiro da operação de

venda a prazo será suportado pelo consumidor final. O artigo 261 IV afirma que o Estado irá estimular o desenvolvimento econômico e executará o plano mineiro de desenvolvimento integrado com a finalidade da expansão do mercado consumerista (MINAS GERAIS, 1989, p. 72).

O artigo 233 da Constituição do Estado de Minas Gerais afirma que o Estado será responsável pela defesa dos direitos do consumidor, educação para o consumo e estímulo de associações voltadas a esse fim, no parágrafo terceiro do mesmo artigo afirma que o poder público manterá órgão especializado na defesa do consumidor. O artigo 261 do mesmo diploma legal aduz que é uma opção dos cidadãos e uma obrigação para o servidor público representar o Ministério Público contra ato que seja contrário aos direitos dos consumidores. O artigo 14 da referida Carta afirma que cabe a Procuradoria Geral de Justiça atividades do Programa Estadual de Proteção ao consumidor. O artigo 18 § 6 assinala que compete ao Estado disciplinar leis que protejam os direitos dos consumidores sobre o controle de qualidade dos bens, alimentos e serviços comercializados no Estado (MINAS GERAIS, 1989, p. 112).

Embora a Constituição do Estado do Acre em seu artigo 11 repita o texto do artigo 24 §3 da Constituição Federal, conforme acima foi relatado, em contrapartida, no ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), em seu artigo 25, concebeu a Comissão Estadual de Proteção ao Consumidor- CEPC, o qual é uma entidade ligada à Procuradoria Geral do Estado, a incumbência de proteger o consumidor do Acre (ACRE, 1989, p. 104).

Apesar do artigo 7 §2 da Constituição do Estado da Paraíba repetir o texto legal do artigo 24 da Carta Maior, o artigo 131 II da Carta do referido Estado afirma que compete ao Ministério Público examinar sobre a participação em organismos estatais de defesa do consumidor. No artigo 159, VII e VIII do mesmo diploma legal aduz que cabe ao Estado instaurar tributos sobre as operações que forneçam bens e serviços ao consumidor final que esteja em outro Estado. Afirma também que os procedimentos que destinem bens e

serviços a contribuinte do imposto, que seja ao mesmo tempo consumidor final localizado no Estado da Paraíba, este terá de pagar o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual (PARAÍBA, 1989, p. 74).

O artigo 161 da Carta estadual da Paraíba aduz que cabe a lei estabelecer os meios para que os consumidores sejam informados sobre os impostos que incidem em mercadorias e serviços. O artigo 13 do referido diploma legal afirma que o Estado proporcionará a defesa do consumidor com a participação conjunta de segmentos da sociedade civil no prazo de 120 dias da promulgação da Constituição estadual. O artigo 27 afirma que o PROCON está ligado à Defensoria Pública do Estado da Paraíba. No artigo 43 tutela que o pagamento dos servidores públicos terá como base um índice geral não inferior à variação do índice de preços do consumidor (IPC) (PARAÍBA, 1989, p. 88).

Observa-se, que a Constituição do Estado de Alagoas, em seu artigo 149, III dispõe que compete ao Ministério Público, dispor sobre a atividade em entidades do Estado a proteção ao consumidor (ACRE, 1989, p. 71).

A Carta do Estado do Amapá em seus artigos 245, 246, 247, 248 e 249, tutela o direito consumerista. O artigo 245 aduz que o ente estatal tem competência na proteção do consumidor propiciando-lhe segurança, saúde e defesa de seus interesses. O artigo 246, alega que a política de consumo será tutelada e efetivada pelo poder público, com desempenho dos empresários e do poder público, assim como as outras áreas da economia. O artigo 247 relata os princípios norteadores da política econômica do consumo, dentre eles: o estímulo as cooperativas, criação do sistema estadual de defesa ao consumidor, instrumentos que proporcionem o direito à informação do consumidor, diretrizes ao consumidor com base na lei. O artigo 248, afirma que compete aos Estados e Municípios acautelar a qualidade dos produtos acessíveis a população através de controle de estabelecimentos comerciais e industriais (AMAPÁ, 1991, p. 64).

A Constituição do Estado do Maranhão, em seu artigo 98, III aponta que cabe ao Ministério Público realizar a defesa ao consumidor. A Carta do Estado do Mato Grosso do Sul, em seu artigo 247 dispõe sobre proteção do consumidor, afirma que o consumo será efetivado pelo Poder Público, com atuação de empresários e de trabalhadores e de consumidores com a finalidade de instalar sistema estadual de tutela consumerista, estimular as cooperativas ou outras maneiras de consumo, elaborar estudos econômicos de mercados consumidores, disponibilizar maneiras para propiciar o consumidor ter alcance ao direito de informação, segurança e saúde, fomentar o pensamento política para a defesa das ambições do consumidor. Nesse sentido, oportunizar o consumidor o acesso à informação, proteção da vida, saúde e segurança são considerados direitos básicos do consumidor insculpidos no artigo 6 I e III do CDC (MARANHÃO, 1989, p. 35; MATO GROSSO DO SUL, 1989, p. 71).

A Carta do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 63, declara que concerne ao Estado defender os direitos dos consumidores, através de: formação de entidades de defesa do consumidor, desmotivar à propaganda enganosa o atraso na entrega de produtos e abuso no estabelecimento de preços. Visa também estimular o compromisso das empresas comerciais, industriais, e de prestação de serviços pela garantia dos produtos que comercializam, comprometimento dos administradores de sistemas de consórcio pela inobservância dos prazos de entrega de mercadoria. Obrigatoriedade de aviso nas embalagens de forma clara ao consumidor, sobre a constituição do produto, data de fabricação e prazo de validade. Objetiva também amparo jurídico integral e gratuito ao consumidor, comportamento do Estado intervir no abastecimento e guarda de estoques. É necessário ressaltar que o CDC em seu artigo 6º IV tutela a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva sendo considerado como um direito básico do consumidor (RIO DE JANEIRO, 1989, p. 8).

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu artigo 266, relata que cabe ao Estado propiciar a tutela ao consumidor de

forma a acautelar a segurança e a saúde, podendo quando necessário o Estado interferir na economia para garantir o equilíbrio entre produção e consumo. O artigo 267 do mesmo diploma legal, assegura que a política de consumo será organizada pelo Poder Público, com a atuação das entidades figurativas do consumidor, empresários e trabalhadores com os seguintes objetivos: criar sistema estadual de tutela ao consumidor, incentivar as cooperativas e outras maneiras de consumidores, formular conhecimentos econômicos e sociais de mercados consumidores, com objetivo de organização e guias de consumo aptos a assegurar seu crescimento, oferecer atendimento e orientação ao consumidor por meio de entidade especializada, assim como incentivo ao consumo sustentável (RIO GRANDE DO SUL, 1989, p. 72).

É interessante compreender, Carta do Estado do Amazonas, tutela em seu artigo 9º que o Estado e o Município devem proteger o consumidor proporcionando a sua defesa através de: assistência jurídica integral e gratuita ao consumidor, leis sancionatórias a propagandas enganosas, ao atraso na entrega de mercadorias e na fixação de preços, obrigação pela proteção de produtos comercializados. Deve-se prezar pela preservação de entidades para defesa do consumidor no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo (AMAZONAS, 1989, p. 3).

Concernente ao poder legislativo, a tutela será realizada pela Comissão Técnica Permanente específica, pelos seguintes métodos: prestação aos consumidores de informações sobre os seus direitos e garantias, verificação de denúncias apontadas por entidades representativas de pessoas jurídicas de direito público ou privado, inspecionar o cumprimento da legislação aplicável ao consumo aplicando as sanções administrativas em lei, efetuar audiências conciliatórias, introduzir parcerias com órgão de defesa do consumidor do Poder Executivo e de organizações não governamentais (AMAZONAS, 1989, p.3).

A Carta do Estado do Pará, em seu artigo 294 afirma que o Estado possibilitará a defesa do consumidor adotando os seguintes

meios: política governamental de defesa dos interesses e direitos dos usuários finais de bens e serviços, especialmente, os de baixa renda, legislação suplementar, concorrente ou específica sobre a matéria, assistência judiciária ao consumidor carente através da Defensoria Pública e atendimento, conciliação do consumidor, através de órgãos especializados (PARÁ, 1989, p. 125).

Embora a Constituição do Estado de Roraima em seu artigo 174 caput repita o texto dos artigos 170 V e 5 XXXII da CRFB, no seu artigo 174 parágrafo único, vai além do que assegura a Carta de Outubro. O referido diploma normativo dispõe que o Estado criará e conservará o Conselho Estadual de Defesa do Consumidor, o qual será constituído por membros dos Poderes Legislativo, Executivo, pelo Ministério Público e pela sociedade civil organizada com atuação na respectiva área (RORAIMA, 1991, p. 35).

A Carta do Estado de Santa Catarina, em seu artigo 150 afirma que compete ao Estado tutelar o direito do consumidor e a política estadual de defesa do consumidor levando em consideração a necessidade de: proporcionar os interesses e direitos dos destinatários e usuários finais de bens e serviços, criar programas de atendimento, educação e informação do consumidor, medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços, articulação com as ações federais e municipais na área (SANTA CATARINA, 1989, p. 105).

Na Lei Orgânica do Distrito Federal, em seus artigos 263 ao 266 tutelam o direito do consumidor. Nesse sentido, o artigo 263 relata que compete ao poder público assegurar a defesa do consumidor através de: adoção de política governamental própria, pesquisa, informação de dados de consumo, junto a fabricantes, fornecedores e consumidores; por meio de órgãos competentes; proteção contra publicidade enganosa; controle de qualidade de bens e serviços; fiscalização de preços e medidas; esclarecimento ao consumidor acerca do preço máximo de venda de bens e serviços (DISTRITO FEDERAL, 1993, p. 93).

Nessa perspectiva, o artigo 264 da Lei Orgânica do Distrito Federal declara que o Poder Público adotará medidas necessárias à defesa, promoção e divulgação dos direitos do consumidor, em ação coordenada com órgãos e entidades que tenham estas atribuições, na forma da lei. No artigo 266, o poder público, criará medidas: esclarecer o consumidor acerca dos impostos que incidam sobre bens e serviços; assegurar que estabelecimentos comerciais apresentem seus produtos e serviços com preços e dados indispensáveis à decisão consciente do consumidor; garantir os direitos assegurados nos contratos que regulam as relações de consumo, vedado qualquer tipo de ameaça ou constrangimento ao consumidor; garantir ao consumidor o acesso a informações sobre ele existentes em bancos de dados, cadastros de dados pessoais e de consumo. Aduz, ainda, o artigo 266 que o sistema de defesa do consumidor, integrado por órgãos públicos das áreas de saúde, alimentação, abastecimento, assistência judiciária, crédito, habitação, segurança por entidades privadas de defesa do consumidor terão atribuições definidas em lei (DISTRITO FEDERAL, 1993, p. 94).

É preciso observar, que a Carta do Estado do Espírito Santo, em seu artigo 10 tutela o direito do consumidor quando assegura que cabe ao Estado realizar a defesa do consumidor através: da política estadual de defesa ao consumidor, sistema estadual integrado por órgãos públicos que tenham atribuições de defesa dos destinatários finais de bens e serviços junto com entidades especializadas da sociedade civil; órgão colegiado, consultivo e deliberativo integrante do sistema estadual composto por representantes de órgãos públicos e entidades da sociedade civil. Relativo ao artigo 11 do mesmo diploma legal, o Estado assegurará ao consumidor: proteção a prejuízos à saúde, à segurança, e ao interesse econômico; fornecimento de informações básicas necessárias à utilização de bens e serviços; atendimento, aconselhamento e conciliação através de órgão de execução especializado; assistência judiciária independente de sua situação

financeira; fiscalização de preços, pesos e medidas, observada a competência normativa da União (ESPÍRITO SANTO, 1989, p. 2).

A Constituição do Estado de Goiás, em seu artigo 4 II, E defende a proteção do consumidor, e afirma que compete ao Estado conjuntamente com a União e os Municípios legislar sobre produção e consumo e também promover defender o consumidor. O artigo 102, parágrafo 4 do referido texto legal aduz que o consumidor tem o direito de ser esclarecido sobre os impostos incidentes em mercadorias e serviços (GOIÁS, 1989, p. 1).

Percebe-se, que na Constituição do Estado de Pernambuco, o artigo 143 dispõe sobre a proteção ao consumidor afirmando: cabe ao Estado promover, a defesa do consumidor, mediante: política governamental de acesso ao consumo e de promoção dos interesses e direitos dos consumidores; legislação suplementar específica sobre produção e consumo; fiscalização de preços, de pesos e medidas, de qualidade e de serviços, observada a competência normativa da União; criação e regulamentação do Conselho de Defesa do Consumidor, a ser integrado por representantes dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e de órgãos de classe; pesquisa, informação e divulgação de dados sobre consumo, preços e qualidade de bens e serviços, prevenção, conscientização e orientação do consumidor, com o intuito de evitar que venha a sofrer danos e motivá-lo a exercitar a defesa de seus direitos; atendimento, aconselhamento, mediação e encaminhamento do consumidor aos órgãos especializados, inclusive para a prestação de assistência jurídica (PERNAMBUCO, 1989, p. 50).

A Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 97 II afirma que cabe ao Ministério Público dispor sobre organismos estatais que defendam o consumidor. O artigo 163, parágrafo 5 do mesmo diploma normativo delibera que os consumidores serão informados sobre os impostos que incidem sobre mercadorias e serviços (SÃO PAULO, 1989, p. 52).

Na Constituição do Estado de Sergipe, nos artigos 259 e 260, protegem o direito consumerista. Nesse sentido o artigo 259 do referido texto legal afirma:

O Estado promoverá a defesa do consumidor mediante: I - legislação, nos limites de sua competência; II - assistência judiciária para o consumidor; III - fiscalização de pesos e medidas, observada a competência da União; IV - veiculação e informes de orientação e defesa do consumidor, como parte integrante da publicidade da administração direta e indireta; V - atendimento, aconselhamento, conciliação e encaminhamento do consumidor, através do órgão especializado (SERGIPE, 1989, p. 293).

Nessa perspectiva, conforme disposto no artigo 260 do referido diploma foi elaborado o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, estruturado pelo Conselho de Proteção e Defesa do Consumidor, com a finalidade de proteger as suas inclinações e direitos dos utilizadores finais de bens e serviços (SERGIPE, 1989, p. 293).

Nesse sentido, o artigo 260, parágrafo único da Constituição do Estado de Sergipe assinala:

O Conselho de Proteção e Defesa do Consumidor, de que trata o caput deste artigo, composto por representantes do Poder Público vinculados ao Sistema Estadual de Defesa do Consumidor e entidades civis, é o órgão de execução especializado para a defesa do consumidor mediante: I - política governamental de acesso ao consumo e de proteção e promoção de interesses e direitos dos destinatários e usuários finais de bens e serviços; II - pesquisa, informação, divulgação, educação do consumidor, política de qualidade de bens e serviços, inclusive públicos, prevenção e reparação de danos ao consumidor (SERGIPE, 1989, p. 293).

É imprescindível admitir, que a Carta do Estado do Tocantins, em seu artigo 109 de sua Carta dispõe:

O Estado, observado o disposto na Constituição Federal, promoverá a defesa do consumidor, mediante os seguintes instrumentos: política governamental de acesso ao consumo e de

promoção de interesse e direitos dos destinatários e usuários finais de bens e serviços; proibição de propaganda enganosa e fiscalização da qualidade dos produtos colocados à venda, preços, pesos e medidas; atendimento, aconselhamento, conciliação e encaminhamento do consumidor, através de órgão de execução especializado; estímulo ao associativismo mediante linhas de créditos específicos e tratamento tributário favorecido às cooperativas de consumo; política de qualidade de bens e serviços, educação e prevenção de danos ao consumidor; instituição de núcleos de atendimento ao consumidor nos órgãos da Administração Pública encarregados de prestação de serviços diretos à população (TOCANTINS, 1989, p. 41).

A Carta do Estado do Ceará em seu artigo 16 repete o texto do artigo 24 da CRFB, porém o artigo 215 XII §1º E da referida Carta estadual, vai além do que está disposto na Constituição federal, aduzindo que “serão ministradas, obrigatoriamente, nos estabelecimentos de ensino público e privado, com o envolvimento da comunidade, noções de direito do consumidor”. Com fundamento no artigo 24 §1º da Constituição Federal, a União tem competência para o estabelecimento de normas gerais e os Estados e o Distrito Federal cabem a criação de normas suplementares (CEARÁ, 1989, p. 60).

2. Considerações finais.

Foi realizado um mapeamento estadual da proteção ao consumidor no Brasil. Existem Constituições estaduais que tutelam além do que afirma a Constituição Federal no que tange a proteção ao consumidor, como as Cartas estaduais dos respectivos Estados membros: Piauí, Rondônia, Mato Grosso, Paraná, Minas Gerais, Acre, Paraíba, Alagoas, Amapá, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Amazonas, Pará, Roraima, Santa Catarina, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Pernambuco, São Paulo, Sergipe, Tocantins e Ceará.

Nesse sentido, existem Constituições estaduais que repetem o texto da Carta de Outubro, dentre elas: a Constituição do Estado do Acre, Maranhão, Rio de Janeiro, Paraná, Rio Grande do Norte, Bahia, Pará, Roraima, Lei Orgânica do Distrito Federal, Paraná, Mato Grosso do Sul, Amapá, Sergipe, Ceará e Paraíba.

Referências

- ACRE. Constituição (2000). **Constituição do Estado do Acre**. Disponível em: <http://www.al.ac.leg.br/wp-content/uploads/2014/10/constitui%C3%A7%C3%A3o_atualizada.pdf>. Acesso em: 3 Out. 2017.
- AMAPÁ. Constituição (1991). **Constituição do Estado do Amapá**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70441/CE_Amapa.pdf?sequence=11>. Acesso em: 3 Out. 2017.
- BAHIA. Constituição (1989). **Constituição do Estado da Bahia**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70433/CE_Bahia.pdf?sequence=13>. Acesso em: 3 de Out. 2017
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constitui%C3%A7%C3%A3o&AutoFramed>>. Acesso em: 02 Ago. 2017.
- CEARÁ. Constituição 1989. **Constituição do Estado do Ceará**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70432/CE_Ceara.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 Out. 2017.
- DISTRITO FEDERAL. **Lei Orgânica do Distrito Federal**. 1993. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70442/LO_DistritoFederal.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 Out. 2017
- ESPÍRITO SANTO. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Espírito Santo**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70429/CE_EspiritoSanto.pdf?sequence=4>. Acesso em: 3 Out. 2017.

MARANHÃO. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Maranhão.**

Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70443/CE_Maranhao.pdf?sequence=15>. Acesso em: 3 Out. 2017.

MATO GROSSO. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Mato Grosso.**

Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70444/CE_MatoGrosso.pdf?sequence=11>. Acesso em: 3 Out. 2017.

MATO GROSSO DO SUL. Constituição (1989). **Constituição do Mato Grosso do Sul.**

Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70445/CE_MatoGrossodoSul.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 Out. 2017.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Minas Gerais.**

Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70446/CE_MinasGerais.pdf?sequence=11>. Acesso em: 3 Out. 2017.

Minas Gerais. Lei Complementar nº 144 de 28 de julho de 2017. Dispõe sobre a criação do fundo estadual de defesa do consumidor. Disponível em:

<<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LCP&num=144&ano=2017>>. Acesso em: 4 Out. 2017.

PARÁ. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Pará.** Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243099/CE_Paraa.pdf?sequence=3>. Acesso em: 3 de Out. 2017.

PARAÍBA. Constituição 1989. **Constituição do Estado da Paraíba.** Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70448/CE_Paraiba.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 Out. 2017.

Paraíba. Lei Ordinária nº 126 de 2015. Disponível em :

<http://sapl.al.pb.leg.br:8080/sapl/generico/norma_juridica_pesquisar_proc?page=1&step=12&txt_assunto=&dt_norma=&dt_public=&txt_an_o=&lst_tip_situacao_norma=&dt_norma2=&em_vigencia=&rdordenacao=1&txt_numero=&dt_public2=&lst_tip_norma=&incluir=o&lst_assunto_norma=35>. Acesso em: 4 de Out. 2017.

Paraíba. Lei nº 10.953 de 27 de setembro 2017. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l10.953.htm>. Acesso em: 4 Out. 2017.

PARANÁ. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Paraná**. Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70436/CE_Parana.pdf?sequence=11>. Acesso em: 3 de Out. 2017.

PERNAMBUCO. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Pernambuco**. Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70449/CE_Pernambuco.pdf?sequence=2>. Acesso em: 3 Out. 2017.

PIAUÍ. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70447/CE_Piaui.pdf?sequence=8>. Acesso em : 3 Out. 2017.

Piauí. Lei Complementar nº 36, de 9 de janeiro de 2004. Dispõe sobre o Sistema estadual de defesa do consumidor. Disponível em:
<<http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/detalhe/13079>>. Acesso em: 4 Out. 2017.

RIO DE JANEIRO. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70450/CE_RioDeJaneiro.pdf?sequence=16>. Acesso em: 3 Out. 2017.

RIO GRANDE DO NORTE. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Rio Grande do Norte**. Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70437/CE_RioGrandedoNorte.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 de Out. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70451/CE_RioGrandedoSul.pdf?sequence=4>. Acesso em: 3 Out. 2017.

RONDÔNIA. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Rondônia**. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70438/CE_Rondonia.pdf?sequence=14>. Acesso em: 3 Out. 2017.

RORAIMA. Constituição (1991). **Constituição do Estado de Roraima**. Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70439/CE_Roraima.pdf?sequence=11>. Acesso em: 3 Out. 2017.

SANTA CATARINA. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Santa Catarina**. Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70453/CE_SantaCatarina.pdf?sequence=13>. Acesso em: 3 Out. 2017.

SERGIPE. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Sergipe**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70454/SE-EC-41.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 Out. 2017.

SÃO PAULO. Constituição (1989). **Constituição do Estado de São Paulo**. Diário Oficial do estado de São Paulo, São Paulo, 6 out. 1989. Disponível em:
<https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cesp_completa.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

JONH, Marcela Camargo Savonitti. **A Competência Legislativa no Âmbito do Direito do Consumidor**. Bahia, 2015

HORTA, Raul Machado. **Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1993.

Jurisdição constitucional e independências entre os poderes: a ADPF 442 e a crise legislativa

Ricardo Côrte Real Braga Filho¹

Glauco Salomão Leite²

A fim de resguardar a nova ordem estatal surgida após a redemocratização do Estado brasileiro, previu-se, na Constituição de 1988, a adesão de princípios e direitos fundamentais que transportaram ao Judiciário um vigente espaço de defesa dos anseios e das necessidades sociais, em função da existência de lacunas deixadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, principalmente no que concerne ao amparo das minorias.

O perfil dirigente da CF/88, que se traduz na positivação de amplas metas e objetivos sociais, associado à constitucionalização abrangente de direitos e princípios jurídicos, potencializa o protagonismo dos juízes e Tribunais no enfrentamento de controvérsias sensíveis para a sociedade. Dia após dia, torna-se cada vez mais comum que membros do judiciário opinem e decidam sobre questões que, primordialmente, eram exclusivas do âmbito político.

¹ Estudante de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Bolsista por dois anos (PIBIC UNICAP/CNPq).

² Professor Doutor do Curso de Direito do Centro Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco.

É notável a crescente demanda por participação popular nas instâncias decisórias, em razão da era dos direitos sociais, porém, há um preocupante sintoma de subordinação do Judiciário aos interesses dos grupos que detêm a hegemonia política, além da influência da opinião pública e, principalmente, da mídia, no consenso da Corte, o que acaba por reverberar em suas decisões.

I. Politização da Justiça e Defesa de Minorias: aspectos históricos.

Desde o final a Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maioria dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política, visando estabelecer uma nova ordem de direitos sociais, onde os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário serviriam como limitações a si próprios, efetivando-se o modelo de freios e contrapesos. Porém, atualmente, na esfera de afirmação de políticas públicas que em primeiro momento são definidas e delimitadas pelo Legislativo e em seguida concretizadas pelo Executivo por meio da administração direta ou indireta, não se pode afirmar que o Princípio da Separação de Poderes permanece inviolável, o que se afirmaria com a vedação do Judiciário nas escolhas realizadas pelos Poderes supramencionados. Como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “seguramente em nenhum momento anterior da história brasileira esteve o Poder Judiciário focado pelas luzes da ribalta como nestes últimos anos”³, vivemos uma hegemonia do Judiciário advinda de um conjunto de transformações estruturais vinculadas ao advendo constitucionalismo contemporâneo, que parte, sobretudo, da desconfiança dos atores políticos e dos processos majoritários, fato que acarreta ao surgimento de fenômenos como a Judicialização da política e consequentemente a Politização da Justiça.

³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**: Judicialização da política e politização da justiça. Revista de Direito Administrativo, 1994.

A Judicialização da política reflete o processo de conduzir ao pleito do Judiciário questões de cunho político, solúveis nas posses do Legislativo e Executivo. Esse processo tende a trazer outro fenômeno advindo da Constituição de 1988, a Politização da Justiça, onde as decisões dos magistrados e juízos de valor são influenciados por opiniões políticas partidárias e pela opinião pública. A população passou a fazer parte do cenário político e jurídico do Brasil, julgamentos do plenário da Corte são transmitidos pelas emissoras de televisão, contrariando o procedimento dos tribunais de quase todo o mundo, onde as deliberações são realizadas a portas fechadas e em audiências reservadas. A visibilidade pública contribui para a transparência e para a democracia, utilizando como ponto chave o controle social. Dworkin em sua obra *O Império do Direito*, afirma que o processo judicial em si mesmo e em sua interação com o conjunto de sistemas políticos, por suas implicações abrangentes, constitui um meio de articulação de conflito e uma forma de exercício da autoridade política extremamente importante nas democracias constitucionais.

Políticas públicas são consideradas os meios adequados para para concretizar os direitos fundamentais previstos na CF/88, principalmente no que tange a esfera social. O Judiciário dispõe de uma confiabilidade que os poderes Legislativo e Executivo perderam, pois são vistos com desconfiança pela opinião pública. “Este descrédito não colhe o juiz. No fundo, é este uma personalidade mais próxima dos bem pensantes que fazem a opinião pública. E mais aceitável para essa burguesia “esclarecida”. É formado em nível superior, selecionado por meio de concurso, adstrito à independência e à imparcialidade, por isso - entende essa faixa da sociedade - é melhor que a ele seja dada a decisão em matérias importantes.”⁴ Está previsto no ordenamento jurídico brasileiro a indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República em exercício. Diversas críticas são

⁴ Montesquieu, *Espírito das Leis*, livro XI, capô VI. 15

formuladas a respeito dessa jurisdição ser um processo altamente partidário e que acarreta favores políticos do ministro para com o chefe do Executivo, isto é, o modelo de escolha geraria uma “demonstração de gratidão política”. Politizar a justiça trata-se na verdade de estabelecer um padrão de decisão dos juízes e dos Tribunais.

A precária representação institucional é o principal problema que afeta os grupos minoritários. O sistema representativo instituído em nosso país favorece os grandes grupos, que se organizam para conseguir dar poder a um representante político que atenda às suas necessidades imediatas. Diante desse sistema, as minorias acabam sendo representadas de forma secundária ou de forma alguma. É pertinente, entretanto, ressaltar-se que não são todas as minorias que sofrem com o problema de representatividade. As minorias elitizadas, ou os grupos da elite organizada, como é o caso dos mais ricos, conseguem realizar articulações políticas para obter o que desejam por meio do poder monetário e da influência que possuem.

Diante de todo esse panorama, é de suma importância salientar que, no âmbito da democracia e do sistema representativo, não é correto pensar que apenas os grupos majoritários devam ter suas vontades e necessidades atendidas. Para tanto, é necessário que ferramentas institucionais sejam criadas para que a representatividade seja garantida aos grupos minoritários, de modo que assim consigam dar voz às suas necessidades.

A interferência do judiciário é torna-se cada vez mais defendida sob o argumento de que ao interferir em políticas públicas, ele não está quebrando o Princípio da Separação de Poderes, nem sua discricionariedade, mas sim reafirmando seu papel de intérprete da constituição, garantindo o indispensável para a dignidade da pessoa humana, o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ao tratar dessa questão, o Judiciário deve ser suscitado pelos próprios interessados ou por órgãos de defesas de interesses coletivos, como o Ministério Público ou Sindicatos, por exemplo. Essa papel de

protetor da constituição conferido ao judiciário ocasiona o crescimento de ações individuais ou coletivas que pleiteiam a prestação positiva do Estado em áreas sensíveis da sociedade.

II. A atuação do Ministério Público na defesa das minorias sociais.

O Ministério Público tem papel fundamental na defesa dos interesses difusos e coletivos, principalmente em regiões onde encontram-se pequenos municípios, e com a Constituição de 1988, este órgão passou a ter responsabilidade na defesa do regime democrático, vindo a adquirir mais independência e efetividade em suas atividades. Entre uma de suas muitas atribuições está a defesa da cidadania, zelando pelos interesses do povo. Através do ajustamento de conduta, consegue intervir nas decisões das autoridades públicas e obrigar o Judiciário a obter prestações positivas do Estado a fim de que este realize determinados serviços ou políticas públicas.

No entender de Luiz Alberto David Araujo e José Luiz Ragazzi “Estávamos mergulhados numa situação que trazia forte restrição ao exercício das liberdades democráticas, com um Poder Judiciário que exercia a jurisdição de forma limitada, deixando de atuar de forma independente. Os direitos constitucionais eram interpretados de maneira restritiva, o que impedia o livre exercício da fruição das liberdades asseguradas.” Porém, ultimamente, o Ministério Público tem se posicionado com postura reivindicatória e participativa. Não se pode falar ainda de uma participação abrangente do MPF em setores sensíveis da sociedade, a legislação brasileira ainda é, de todo modo, realmente escassa quanto a matéria. A falta de proteção objetiva de diversos grupos acaba por prejudicar a defesa de seus interesses.

Desde a República, adota-se no Brasil o modelo americano de controle difuso e incidental, onde o juiz poderá deixar de aplicar uma lei a um caso concreto que lhe tenha sido submetido, por considerá-

la inconstitucional. Já do modelo europeu, destaca-se a ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas diretamente ao Supremo Tribunal Federal. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade une aspectos destes dois sistemas diversos. Sendo assim, quase qualquer questão política pode ser submetida ao STF.

III. O documento e o processo constitucional.

O partido alega que os dispositivos, que criminalizam o aborto provocado pela gestante ou realizado com sua autorização, violam os princípios e direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal.

A tese central defendida na ADPF é a de que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não mais se sustentam. “Em democracias constitucionais laicas, isto é, naquelas em que o ordenamento jurídico neutro garante a liberdade de consciência e crença no marco do pluralismo razoável e nas quais não se professa nenhuma doutrina religiosa como oficial, como é o caso do Brasil, enfrentar a constitucionalidade do aborto significa fazer um questionamento legítimo sobre o justo”¹. Para o partido, a longa permanência da criminalização do aborto “é um caso de uso do poder coercitivo do Estado para impedir o pluralismo razoável”, pois torna a gravidez um dever, sendo que, em caso de descriminalização, “nenhuma mulher será obrigada a realizá-lo contra sua vontade”.

O PSOL sustenta que a criminalização do aborto compromete a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e afeta desproporcionalmente mulheres negras e indígenas, pobres, de baixa escolaridade e que vivem distante de centros urbanos, onde os métodos para a realização de um aborto são mais inseguros do que aqueles utilizados por mulheres com maior acesso à informação e poder econômico, afrontando também o princípio da não discriminação. Outro aspecto apontado como violado é o direito à

saúde, à integridade física e psicológica das mulheres, e ainda o direito à vida e à segurança, “por relegar mulheres à clandestinidade de procedimentos ilegais e inseguros” que causam mortes evitáveis e danos à saúde física e mental.

A legenda entende que o questionamento apresentado na ADPF deve ser analisado no contexto de um processo “cumulativo, consistente e coerente” do STF no enfrentamento da questão do aborto como matéria de direitos fundamentais. E cita, para demonstrar esse processo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, julgada em 2008, na qual a Corte liberou pesquisas com células-tronco embrionárias; a ADPF 54, em 2012, que garantiu às gestantes de fetos anencefálicos o direito à interrupção da gestação; e o Habeas Corpus (HC) 124306, em 2016, em que a Primeira Turma afastou a prisão preventiva de acusados da prática de aborto.

Pedidos

O partido pede a concessão de liminar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou decisões judiciais baseados na aplicação dos artigos 124 e 126 do Código Penal a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez. No mérito, pede a declaração de não recepção parcial dos dispositivos pela Constituição, excluindo do âmbito de sua incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, “de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento”.

Na peça, assinada pelas advogadas **Luciana Genro, Luciana Boiteux, Gabriela Rondon e Sinara Gumieri**, o partido alega que a proibição do aborto não impede a prática. De acordo com a

Pesquisa Nacional do Aborto 2016, 503 mil mulheres interromperam voluntariamente a gravidez no país em 2015.

Os estratos mais penalizados são as pobres, nordestinas, indígenas e negras, diz a legenda. Aquele mesmo levantamento indica que 18% das nordestinas já praticaram aborto, contra 11% das moradoras da região Sudeste. Além disso, 15% das índias e negras já interromperam a gestação, contra 9% das brancas. Como a prática é proibida, essas mulheres acabam recorrendo a métodos perigosos, que colocam suas vidas em risco, afirma o PSOL, ressaltando que isso não ocorre com as mais ricas, que têm acesso a clínicas de alto padrão.

Nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 (na qual o STF autorizou pesquisas com células-tronco embrionárias), da ADPF 54 (na qual o Supremo permitiu a interrupção da gestação de anencéfalo) e do Habeas Corpus 124.306 (no qual a 1ª Turma soltou funcionários de uma clínica clandestina), o STF concluiu que o embrião ou o feto não possuem estatuto de pessoa constitucional, pois isso somente é reconhecido após o nascimento com vida. Assim, eles não têm direito às garantias fixadas na Constituição.

Só que a proibição do aborto é desproporcional, e entra em conflito com os direitos fundamentais das mulheres, destacam as advogadas do PSOL. Segundo elas, a criminalização da interrupção da gravidez viola a dignidade humana e a cidadania das gestantes, ao mesmo tempo que as discrimina. Isso porque o embrião ou feto são colocados em pé de igualdade com as mulheres, mesmo sem serem pessoas constitucionais. Com isso, as mulheres perdem autonomia sobre seus projetos de vida.

“Não importam as concepções de bem íntimas a cada mulher; direito ao aborto é condição para a plenitude de um projeto de vida. Projeto de vida é ter condições sociais e políticas para dar sentido à própria existência, em respeito à ordem constitucional vigente: 100 o respeito aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres é um núcleo essencial do projeto de vida para as mulheres. Mesmo que,

por convicções privadas, uma mulher não venha a realizar um aborto, a oferta descriminalizada do serviço de saúde é um ato de neutralidade do Estado em questões morais.¹⁰¹ A gravidez coercitiva, isto é, a ‘maternidade compulsória’, nos termos de Siegel, representa um regime injusto de controle punitivo com potenciais efeitos disruptivos ao projeto de vida das mulheres”.

Uma vez que a proibição é ineficaz em coibir o aborto, o Estado brasileiro, em última instância, acaba sendo conivente com as práticas semelhantes às de uma tortura às quais as mulheres se submetem para interromper a gestação, opina a legenda.

Três meses

O parâmetro requisitado pelo PSOL em sua ação é o dos três meses. Conforme o partido, o Estado não poderia interferir se uma mulher com gravidez de até 12 semanas quisesse abortar. Esse modelo temporal é adotado na Alemanha e é a base do dos EUA.

Foi o mesmo critério usado pela 1ª Turma do Supremo quando mandou soltar os donos de uma clínica de aborto. Seguindo voto do ministro Luís Roberto Barroso, o colegiado entendeu que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não pode ser tratada como o crime de aborto descrito no Código Penal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Partido Socialismo e Liberdade. **Revista trimestral de jurisprudência do STF**, [Brasília], v. 7- 98, jun. 2017.

Juristocracia e proteção das minorias

Ricardo Côrte Real Braga Filho¹

Glauco Salomão Leite²

I. Politização da Justiça e Defesa de Minorias: aspectos históricos.

Como proferido por Dalmo Dallari, em 1977:

"A vida em sociedade traz evidentes benefícios ao homem, mas, por outro lado, favorece a criação de uma espécie de limitações, que, em certos momentos e em determinados lugares, são de tal modo numerosas e frequentes que chegam a afetar seriamente a própria liberdade humana. E, apesar disso, o homem continua vivendo em sociedade."

A liberdade e a dignidade da pessoa humana são princípios norteadores da vida intra e interpessoal, sendo tratadas fundamentais suas manutenções para a boa convivência e o reconhecimento de mais direitos, tornando-se possível afirmar que nenhum Estado pode se dizer democrático sem que haja conteúdos positivados e planos pragmáticos destes no cotidiano. Da mesma

¹ Estudante de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Bolsista por dois anos (PIBIC UNICAP/CNPq).

² Professor Doutor do Curso de Direito do Centro Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco.

forma, a dignidade da pessoa humana também é um destes conteúdos; um direito fundamental positivado.

Válido ressaltar que, a despeito de se viver em um país com disparidades sociais gritantes, a prestação jurisdicional deve sempre procurar a acessibilidade a todos e todas, motivo pelo qual a justiça não deve se estagnar ao analisar as particularidades de cada caso concreto. Como destaca Glauco Salomão Leite tais positavações podem ser

“observadas no constitucionalismo pós -1988. Não por acaso foi chamada de Constituição Cidadã, tamanha a ênfase dada aos direitos da pessoa humana tanto na esfera pública, quanto na esfera privada. Consequentemente, a jurisdição constitucional é encarada como importante *locus* de proteção desses direitos” (2017, p. 113)

A presente temática exige, em primeiro lugar, o esclarecimento de certas categorias que, normalmente, são tratadas em conjunto, o que tem causado dúvidas e incertezas. No caso da judicialização da política, podemos dizer que ocorre a transferência de decisão dos poderes Legislativo e Executivo para o poder Judiciário, o qual passa a estabelecer normas e condutas a serem seguidas pelos demais poderes, e por isso e tantos outros, haveria uma juristocracia, onde *Kratos*, do grego, poder, levaria a um patamar nunca antes visto sobre este mecanismo de força levado ao Poder Judiciário. Para José dos Santos Carvalho Filho:

“... a judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição (2010, p.98)

O ativismo judicial, tema em “moda” nos estudos atuais de direito, e, cunho afunilado na matéria da prestação jurisdicional -- no caso, nos importando a constitucional, remete-nos à posição de grande discricionariedade dada ao poder judiciário, especificamente à nossa suprema corte e tribunal constitucional, o STF. Nos

ensinamentos de Luiz Flávio Gomes (2009, p. A2), o Ativismo Judicial, em sua concepção atual, “surgiu pela primeira vez em janeiro de 1947, através de uma reportagem do historiador norte-americano Arthur Schlesinger”.

Sobre este surgimento, destaca, também, que:

“O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos”.

Quando analisado de forma detida, faz-se importantíssimo constatar os direitos acolhidos, por vezes gerados, em decisões contramajoritárias -- inclusive, uma das características da corte -- em favor de grupos consideradas minoritários, ou, simplesmente, minorias. Neste sentido, afirma Glauco Salomão:

“Poder-se-ia afirmar que a adoção de um método de interpretação traria maior segurança e previsibilidade a respeito das decisões judiciais. Nesta hipótese, a existência de uma fórmula hermenêutica relativamente precisa para definição do conteúdo dos direitos fundamentais abrandaria os ataques contra a revisão judicial das leis” (2011, p.43).

No Brasil, a Constituição de 1988 representa um marco na promoção de substanciais alterações no modelo de jurisdição constitucional, resultando em um nítido fortalecimento do STF. Gradativamente, o STF passou a ser chamado a se pronunciar sobre as mais variadas e complexas questões, compreendendo assuntos de elevada carga política, moral, econômica, religiosa e social. De um mero desconhecido, o Tribunal Constitucional assumiu um protagonismo, convertendo-se em um novo espaço público de deliberação, onde importantes controvérsias da agenda nacional têm sido decididas.

II. O comparativo entre a lógica dos direitos comparados.

Válido pontuar também o chamado “Dogma da Completude”, base de ordenamentos como o Código Civil Francês, cujo artigo 4º, de forma *Ipsis literis*, transcreve: “O Juiz que recusar julgar a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegar a justiça”. No Direito italiano, esse princípio é estabelecido no artigo 113 do *Codice di procedura civile*, que diz: “Ao pronunciar-se sobre a causa, o juiz deve seguir as normas do Direito, salvo se a lei lhe atribuir o poder de decidir segundo a equidade”. Concluindo, a completude é uma condição necessária para os ordenamentos em que valem estas duas regras: 1ª - O juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; e, como 2ª - deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema. O imenso jurista e teórico do Estado, Norberto Bobbio, em resposta a tal questão, lança, em seu *Teoria dell'ordinamento giuridico*, em tradução literal: “Entende-se que, se uma das duas regras perder o efeito, a completude deixará de ser considerada como um requisito do ordenamento. Podemos imaginar dois tipos de ordenamentos incompletos, caso falte a primeira ou a segunda regra. Num ordenamento em que faltasse a primeira regra, o juiz não teria que julgar todas as controvérsias que lhe fossem apresentadas: poderia pura e simplesmente repelir o caso como juridicamente irrelevante, com um juízo de *non liquet* -- não convém” (BOBBIO, Norberto, 1982). Logo, com tais fatos, aliados ainda ao Princípio da Indclinabilidade, o juiz e, neste caso, o STF devem ser congruentes às demandas que lhes foram conferidas, podendo, inclusive atuar sem precedência nos casos concretos.

Nesse contexto, avulta a função da Corte na proteção de direitos fundamentais das minorias. Observe-se que a constitucionalização de direitos é um importante fator para a expansão judicial, na medida em que eles representam um limite para as instâncias majoritárias e fortalece o papel das Cortes como

órgãos contramajoritários. Isso significa um abrandamento da regra da maioria e a proeminência do STF como último amparo diante das decisões políticas majoritárias, transformando-o em um novo espaço institucional de reivindicação de direitos.

III. O fenômeno do ativismo judicial e a problemática da juristocracia.

Preliminarmente, faz-se válida uma explanação sobre ativismo judicial. O termo ativismo judicial é um termo ambíguo, sendo que o seu emprego foi utilizado na revista americana *Fortune*, voltada para um público não jurista. Atribui-se ao jornalista Arthur Schlesinger Jr, quando traçou o perfil dos juizes norte americanos classificando-os como ativistas e como não ativistas (auto limitados). Desde então, a expressão tem sido usada por alguns constitucionalistas dos Estados Unidos com uma perspectiva crítica, para imprecisar um comportamento judicial não consoante com a opinião jurisprudencial dominante.

O termo “minorias” é usado de forma genérica para fazer referência a grupos sociais específicos que são entendidos como integrantes de uma menor parte da população, sendo diferenciados por suas características étnicas, religiosas, cor de pele, país de origem, situação econômica, entre outros. As minorias estão geralmente associadas a condições sociais mais frágeis. Um exemplo claro disso são os indígenas, que permanecem em situações de risco no confronto com grileiros, madeireiros ilegais ou fazendeiros que desmatam florestas ilegalmente; bem como os homossexuais.

A precária representação institucional é o principal problema que afeta os grupos minoritários. O sistema representativo instituído em nosso país favorece os grandes grupos, que se organizam para conseguir dar poder a um representante político que atenda às suas necessidades imediatas. Diante desse sistema, as minorias acabam sendo representadas de forma secundária ou de forma alguma. É pertinente, entretanto, ressaltarmos que não são

todas as minorias que sofrem com o problema de representatividade. As minorias elitizadas, ou os grupos da elite organizada, como é o caso dos mais ricos, conseguem realizar articulações políticas para obter o que desejam por meio do poder monetário e da influência que possuem.

Diante de todo esse panorama, é de suma importância salientar que, no âmbito da democracia e do sistema representativo, não é correto pensar que apenas os grupos majoritários devam ter suas vontades e necessidades atendidas. Para tanto, é necessário que ferramentas institucionais sejam criadas para que a representatividade seja garantida aos grupos minoritários, de modo que assim consigam dar voz às suas necessidades.

IV. Empirismo no viés da judicialização.

O nosso Tribunal Supremo mostrou-se vanguardista na atuação e preservação dos direitos das minorias quando, por exemplo, capitaneados por importante voto do ministro **Marco Aurélio Mello**, 8 dos ministros votaram que sim, e o STF julgou procedente a Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção deste tipo de gravidez é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do CP, pois, de acordo com o entendimento firmado, o feto sem cérebro, mesmo que biologicamente vivo, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, principalmente, de proteção jurídico-penal. *"Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica"*.

O Supremo garantindo decisões minoritárias; bem como quando ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de

Janeiro, Sérgio Cabral, à época. O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

O Ministério Público Federal apresentou parecer no mandado de injunção nº 4.733 alterando seu posicionamento quanto à possibilidade de criminalização da homofobia e transfobia por via judicial. A ação foi proposta em 2012 pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABLGbT) com o objetivo de criminalizar, com fundamento constitucional, a homofobia e a transfobia — seja pela criação de um tipo penal (crime) específico pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF), seja estendendo a interpretação do crime de racismo para abrigar crimes de ódio direcionados às minorias sexuais.

A discussão, de certeza, levanta duas importantes constatações quanto ao funcionamento da democracia brasileira: a primeira é a constatação de que, nos últimos dez anos, as minorias marginalizadas descobriram no Judiciário uma via possível de efetivação de seus direitos. Essa busca por proteção em sede judicial

decorre do que se pode entender como uma crise dos direitos fundamentais nas instâncias majoritárias — o contexto brasileiro é atualmente marcado por um Legislativo engessado pela influência de grupos fundados sobre um discurso moral intransigente, ao passo que o Executivo, jogando o jogo do presidencialismo de coalizão brasileiro, evita posicionar-se em relação aos direitos fundamentais de minorias sexuais, raciais e de gênero.

A segunda constatação é a de que o Poder Judiciário e as instituições que exercem funções essenciais à Justiça têm correspondido, em maior ou menor medida, aos anseios desses grupos marginalizados. Julgamentos como os que declararam a constitucionalidade da interrupção da gestação do feto anencefálico, da política de ações afirmativas em universidades públicas e da união estável homoafetiva confirmam essa hipótese. Da mesma forma, a mudança no posicionamento do Ministério Público Federal no mandado de injunção nº 4.733 revela o crescente compromisso desta instituição com a proteção dos direitos de grupos marginalizados.

Não faltam vozes críticas à atuação do STF e das instituições que buscam pela via judicial a efetivação de direitos de minorias — sustentam, por exemplo, a violação à democracia, a usurpação do papel do Congresso, a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir sobre questões morais complexas, tudo sob o manto de um supostamente indesejável ativismo judicial, e, de certo, o processo de juristocracia. Mas há motivos para voltar atrás?

Parece irrazoável debater se o Judiciário é ou não a melhor sede para a defesa destes grupos marginalizados quando, na prática política brasileira, trata-se da única sede possível para a proteção efetiva desses direitos. Se o STF por vezes avança menos do que deveria quando atua nesse papel, ou se eventualmente atua de maneira insatisfatória, ainda assim caminha — bem — no sentido oposto ao das instâncias majoritárias que, longe de restarem inertes, têm buscado efetivamente inviabilizar as reivindicações de mulheres, homossexuais, transexuais, negros, índios e outros

grupos vulneráveis, transformando direitos fundamentais em moeda de barganha política.

No plano mais voltado para a atuação ativista sobre as “regras do jogo democrático”, o STF proferiu decisão que, acima de tudo, faz voz às “minorias políticas”, onde, por maioria e nos termos do voto do ministro relator, Luiz Fux, julgou procedente em parte o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4650 para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, vencidos, em menor extensão, os ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme, nos termos do voto ora reajustado do ministro Teori Zavascki.

Dando voz, a tom claro, das preferências contrárias a grupos majoritários tanto em poder quanto em mando ou desmando de regras democráticas a seu favor. “O conceito de Constituição não se desgarra do papel que se entende que esse instrumento deve desempenhar; por isso, o conceito de Constituição não tem como deixar de se ver carregado de ideologia do constitucionalismo democrático” (MENDES, Gilmar, 2015, p.55)

V. O papel institucional no nosso Estado Democrático de Direito.

O *caput* do Artigo 5º da nosso Carta Magna de 5 de Outubro de 1988 diz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, ora, então não seria incomum decidir com vista às minorias.

O interesse dos depreciados deve continuar, a despeito da margem discricionária estabelecida no judiciário, na Suprema Corte, pois o Legislativo parece-nos escrever em vontade própria e o Executivo atuando é tão competente quanto o fato da “Constante judicialização da política por omissão Executiva”, como bem disse a constitucionalista Flávia Santiago Lima em seu *Jurisdição Constitucional e política: Ativismo e autocontenção no STF*.

Portanto, democracia não aparenta maioria, democracia aparenta justiça do povo, por ele, para ele.

Contudo, deve-se considerar que, quando de fato a democracia foi usurpada no Brasil, o Poder Judiciário respeitou as normas editadas pela Ditadura Vargas (1937-1945) e pela Ditadura Militar (1964-1985). Assim, atualmente, ainda que o Parlamento venha passando por uma crise de legitimidade representativa no Brasil, a atuação do Judiciário deve ser moderada a fim de respeitar as normas elaboradas pela votação majoritária dos representantes do povo brasileiro reunidos no Congresso Nacional, atuando de forma ativista somente em casos excepcionais.

Como a garantia das regras e princípios constitucionais, principalmente as normas que regulam o “jogo democrático” e protegem as minorias, com base no princípio da isonomia, são condicionantes e essenciais ao bom funcionamento da democracia, é legítima uma atuação mais ativa do Poder Judiciário. Assim, quando Poder Judiciário toma decisões mais fortes para proteger minorias (com base no princípio da isonomia) e o procedimento democrático, em tese, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia.

Referências

- Barroso, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. São Paulo, v. 3, n. 1, p. 6-15, Dez. 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. 2. ed. Turim: Editore G. Giappichelli, 1982.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 05 de maio de 2011. **Revista trimestral de jurisprudência do STF**, [Brasília], v. 7- 98, jun. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Ativismo Judicial e Política. **Revista jurídica Consulex**, Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?** O Estado de São Paulo, 2009, p.A2. Disponível em: <
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 01/07/2017.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do Ativismo Judicial ao diálogo Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2017.

_____. Supremacia Judicial, direitos fundamentais e democracia: o controle judicial das leis na encruzilhada. In: Carbonell, Miguel; Sarlet, Ingo Wolfgang; Leite, George Salomão. **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Bahia: JUSPODIVM, 2011.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição Constitucional e política: Ativismo e autocontenção no STF**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

MENDES, Gilmar; Branco, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: Carbonell, Miguel; Sarlet, Ingo Wolfgang; Leite, George Salomão. **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Bahia: JUSPODIVM, 2011.

VERONESE, Alexandre. **A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo**. *Escritos*: revista da Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, v. 3, p. 215-265, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

Medidas provisórias no estado democrático de direito: um instrumento para implementação de políticas públicas

Rosane Andréa Tartuce¹

Roberto Correia da Silva Gomes de Caldas²

Introdução

A presente pesquisa tem o escopo de discorrer, de forma concisa e direta, sobre as Medidas Provisórias no Estado Democrático de Direito, abordando os seus conceitos, especificações e características de forma objetiva, de modo a considerá-las como um instrumento de implementação das políticas públicas em grau normativo, visando uma maior concreção dos direitos fundamentais, o que se dá em total consonância com o princípio da Separação dos Poderes. Ressalta-se neste breve estudo, dessa maneira, o instituto das Medidas Provisórias enquanto exemplo do exercício de funções atípicas, exercidas pelos Poderes, capazes de

¹ Especialista em Psicopedagogia pela Universidade do Grande ABC/SP; Mestranda em Direito Acadêmico pela Universidade Nove de Julho/SP; Coordenadora da ESA – Escola Superior da Advocacia do Núcleo de Santo André/SP; Secretária-Geral da OAB de Santo André/SP; Advogada no Brasil. andreatartuce44@gmail.com

² Mestre e Doutor em Direito Público pela PUC/SP. Professor dos cursos de mestrado e bacharelado da UNINOVE. Coordenador da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”. External Researcher da Cátedra Jean Monnet de Direito da UFMG. Advogado no Brasil e em Portugal.

implementar as metas estatais de relevo e urgência, ainda que em âmbito normativo geral e abstrato.

Com efeito, sua descrição dá-se com o fito de explicá-las e defini-las de acordo com seus requisitos materiais e formais, principalmente quando voltadas para a implementação das referidas metas estatais mais urgentes e relevantes de planejamento em âmbito normativo (políticas públicas), mediante procedimento constitucional que salvguarde, todavia, o primado da Separação dos Poderes, o que também exige tratar-se sobre as atribuições do Presidente da República com relação ao seu uso, principalmente quando voltado para a realização e atendimento dos direitos fundamentais, marcadamente de cunho social.

Assim, ao final, procede-se a breve observação de tal procedimento constitucional de salvaguarda da independência e harmonia dos Poderes à luz das Medidas Provisórias, inclusive dada a sua instrumentalidade de implementação de políticas públicas mais urgentes e relevantes em âmbito normativo, verificando-se como ocorre o controle de sua constitucionalidade, em especial quanto a tais pressupostos de relevância e urgência.

I. Separação dos poderes

I.I Conceito e Breves Apontamentos

O tema trazido à baila envolve questão de grande relevância para certas áreas das Ciências Políticas e Teoria Geral do Estado, *maxime* quando relacionadas à necessidade de imposição de limites à ação dos detentores do poder político, sempre com o fito de garantir os direitos essenciais (fundamentais) dos cidadãos, mediante a separação do exercício do Poder que garanta independência e harmonia no exercício das distintas funções. Nesse sentido, Höffe (2005, p. 32) aduz que “[...] em todos os lugares que se impõem aos dominadores determinados regulamentos [...] existem indícios de separação de poderes”.

Na concepção de Kelsen (2003), a Constituição é uma das instâncias de conformação da vontade coletiva no Estado contemporâneo (o chamado pacto social), tendo em vista que também regula a criação das demais normas do ordenamento jurídico pátrio, traduzindo a forma da própria aplicação do Direito em dada sociedade e, em certa medida, das próprias políticas públicas, vistas enquanto metas de planejamento estatal plasmadas em norma jurídica. Na concepção de Grau (2003, p.25), “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, abrangendo todas as formas de intervenção do poder público social”.

A aplicação do princípio da Separação dos Poderes visa, sobretudo nessa tessitura, promover a independência e harmonia entre os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) ao executarem suas distintas atribuições para implementação das políticas públicas e, assim, se evitar a concentração do poder em um único órgão, ou em uma pessoa específica, inclusive segundo uma concepção telocrática hodierna de Estado.

Tal princípio é entendido, em tal viés, como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, pois visa a especialização das funções – chamadas de funções típicas – e a legitimação de todos os três Poderes ao atuarem de forma harmônica e independente no exercício de suas atribuições. Dallari, a respeito de tal perspectiva, aduz

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desgasto dos que não tivessem suas razões acolhidas (2012, p. 216).

A visão de Montesquieu (2007) sobre a separação das funções no exercício do Poder é de ser mais vantajoso que existam distintos órgãos que as desempenhem distintamente, malgrado com vistas a se evitarem desgastes, atritos que prejudicassem o Monarca; todavia

a unicidade do Poder não se afasta devido a tal conjuntura. Com efeito, Montesquieu assevera que “há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (2007, p. 165), distinguindo-os com funções específicas.

Por intermédio do Legislativo, elaboram-se as leis, bem como se aprimoram as já desenvolvidas. No Poder Judiciário, o juiz busca a pacificação social ao exercer a jurisdição, trazendo segurança na solução dos conflitos e garantindo que não haja agressões ao Direito, posto ser incumbido de punir as infrações e decidir sobre as desinteligências da ordem civil. Ao Executivo é dada a aplicação das normas jurídicas, dando-lhes maior concreção e efetividade.

Para Bobbio (1997, p. 136), deve-se a Montesquieu a “divisão vertical do poder que constitui a célebre teoria da separação dos poderes”. O mesmo ressalta, ainda, que de todas as teorias de Montesquieu, a dos *checks and balances* na separação dos poderes é a “que teve maior projeção, tanto que as primeiras Constituições escritas, a norte-americana de 1787 e a francesa de 1791, são consideradas suas aplicações” (Bobbio, 1997, p. 136).

Ainda que não se faça alusão de forma expressa ao princípio e aos padrões traçados pelo mencionado pensador francês, a Constituição americana de 1787 pode ser vista como a referência normativa contemporânea da teoria dos “pesos e contrapesos” na separação de poderes. Diante disso, Bonavides (2007, p. 153) adverte que, ainda que não haja norma expressa, a Constituição americana seria indecifrável se não tivesse, de forma implícita em sua essência, a separação de poderes, com sua imprescindível concepção dos *checks and balances*, “que é a técnica de repartição da competência soberana naquele documento público”.

Não é incorreto afirmar que o Estado Constitucional e Democrático de Direito atual adveio historicamente de um processo, de um movimento de transmutações políticas, econômicas, jurídicas e, principalmente, sociais, as quais foram se formando naquele

protótipo de organização política do fim do século XVIII, e do início do século XIX, advindo dos Estados Unidos e da Europa.

As mudanças se iniciaram quando as ideias de pensadores como Rousseau e Locke começaram a ganhar corpo, uma vez que já no século XV, os mesmos, dentre outros, se mostraram avessos ao autoritarismo que vigorava na época do Estado Absoluto. Tal oposição se embasava na defesa da liberdade, tendo em vista que o despotismo, como centralização dos poderes nas mãos de um só sem um regime legal, acarretava a submissão dos homens aos arbítrios do soberano e, de conseguinte, a rejeição e negação da liberdade política.

O fato de a ideologia da separação de funções estatais, com cada um dos Poderes que as exercem controlando-se reciprocamente, de modo a se estabelecer uma independência e harmonia, não ter previsão de algum aparato para solucionar os eventuais conflitos entre os mencionados Poderes, em si, não caracteriza uma deformidade na teoria de Montesquieu, tampouco a sua inépcia para solucionar quaisquer contingências. A suposta omissão deste aparato, na verdade, se caracteriza como peça de suma importância na sistemática dos “pesos e contrapesos” consoante idealizada, conforme salienta Ferreira Filho

Inscreve-se como uma peça fundamental no sistema de freios e contrapesos que o mestre desejou criar. De fato, esse conflito, em princípio insolúvel, é o modo pelo qual o poder detém o poder. A discordância entre poderes, os quais, aliás, têm esferas definidas e independentes de competência, significa paralisar a atuação do Estado num determinado campo. Ora, esta paralisia é exatamente a maneira pela qual se impedirá a imposição de leis tirânicas, se evitará o cumprimento de decisões arbitrárias, se despirão de eficácia sentenças injustas (1977, p. 144-145).

Vale ressaltar que, conforme o art. 2º, da Constituição Federal, os Poderes devem ser harmônicos e independentes entre si, pois, afinal, o Estado brasileiro, por óbvio, também se caracteriza como Democrático de Direito, conforme há muito ressalta Moraes

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura (2015, p. 426).

II. Poderes normativos do executivo

Em virtude do sistema de governo exercido ante a Constituição Federal de 1988, inclusive mantido pela realização do plebiscito previsto no art. 2º, do Ato das Disposições Transitórias, as funções de Chefe de Estado e de Chefe de Governo são exercidas pelo mesmo cargo – o de Presidente da República –, visto enquanto de comando das atribuições constitucionalmente postas para o Poder Executivo.

Diante desta realidade, malgrado a consagração do princípio da Separação dos Poderes e a existência de normas atributivas de funções típicas para o Executivo, a própria Constituição prevê hipóteses em que se extrapolam as chamadas funções típicas e que, *a priori*, seriam de competência de outro Poder. No caso trazido à baila, a função atípica de normatizar, com efeito legal, desempenhada pelo chefe do Poder Executivo se verifica integrada por meio dos institutos da Medida Provisória (art. 62, da Constituição Federal) e das Leis Delegadas (art. 68, da Constituição Federal). Figueiredo leciona, quanto a esta situação, que

As vicissitudes do processo legislativo ordinário nem sempre conferem à administração pública os instrumentos de que necessita para acudir aos interesses da coletividade, em situações de emergência. Essa circunstância levou muitos sistemas constitucionais modernos a adotarem mecanismos de rápida utilização por parte do Poder Executivo, em caso de situações excepcionais, cujos efeitos são, na realidade, de verdadeiros

decretos-leis, embora subordinados à ratificação do Parlamento (1991, p. 138).

Assim, justifica-se a inclusão de instrumentos normativos de formação atípica na ordem constitucional mediante o argumento da necessidade de celeridade para o tratamento de certas questões, de sorte a contornar-se a morosidade, vista como uma variável presente no processo legislativo rotineiro. Por isso, a Administração Pública não resta impedida de adotar tais medidas normativas céleres em circunstâncias excepcionais, em situações de relevante interesse coletivo e/ou de emergência.

No Brasil, tais instrumentos foram pela primeira vez constitucionalizados em 1937. O art. 180 foi inserido nas Disposições Provisórias e Finais da Constituição de 1937 para autorizar o Presidente a “legislar” pela União Federal, até que o Parlamento se reunisse. A Constituição de 1937 nunca galgou sua plena efetividade, entre outros motivos, por lhe faltar o plebiscito nacional exigido no seu último artigo. Por isso, a função legislativa perdurou ao longo do Estado Novo, em verdade, nas mãos do seu Presidente, sobretudo porque o Parlamento nacional não se reuniu.

Com base nesse art. 180, Vargas decretou códigos e leis importantes, como: o Código de Processo Civil, pelo Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939; o Código Penal, pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940; a Lei das Contravenções Penais, pelo Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941; o Código de Processo Penal, pelo Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941; e, para comemorar o dia 01 de maio de 1943, o Decreto-lei nº 5.452, aprovando a Consolidação das Leis do Trabalho.

Sobrevindo a Constituição de 1946, a reação liberal ao autoritarismo não só baniu o Decreto-lei, mas até mesmo impediu a adoção da Lei Delegada. A delegação legislativa veio a ser admitida pelo Ato Adicional, a Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, que instaurou o parlamentarismo para permitir a posse de João Goulart.

Essa delegação legislativa, porém, não correspondia ao Decreto-lei, mas à Lei Delegada. A ressurreição do Decreto-lei, todavia, foi obra do dito “golpe militar” que depôs João Goulart, por intermédio do art. 30, do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, segundo o qual o Presidente da República poderia baixar Decretos-leis sobre matéria de segurança nacional.

III. Medidas provisórias e políticas públicas

III.I. Visão telocrática dinâmica de funções estatais

É importante neste tópico não apenas conceituar-se e descreverem-se as principais características das Medidas Provisórias, mas também estabelecer-se o contexto em que são vistas, dentro de uma concepção hodierna de Estado telocrático, como um instrumento para implementação das políticas públicas em âmbito normativo, dentro de um processo de concreção destas, vez consideradas enquanto metas estatais postas, principalmente, para a efetividade dos direitos fundamentais, marcadamente os de cunho social.

Com efeito, há muito Loewenstein (1957) apresenta uma pioneira reclassificação tripartida das funções do Estado, baseada em uma visão de telocracia³ dinâmica haurida a partir do conceito de políticas públicas, consideradas no sentido de programa de ação estatal. Tal classificação tripartida é a de *policy determination*, *policy execution* e *policy control*.

A *determination of policies* significa uma escolha, dentre as várias políticas possíveis de serem determinadas para a ação estatal. Já a *execution of political decisions* representa a implantação e realização da decisão política previamente observada para o agir estatal. Por fim, a *political control* envolve tanto o controle quanto a

³ A tal expressão liga-se à ideia de um Estado sob um modelo de governo finalista, em busca de metas, de resultados, objetivos socialmente prementes.

observância do cumprimento da política estatal tal qual eleita, o que se dá por um órgão governamental distinto (Loewenstein, 1957).

Segundo seu entendimento, a forma mais eficiente de divisão do exercício do Poder e a fiscalização das decisões políticas nacionais é a distribuição das principais funções governamentais entre os diferentes entes estatais que o detêm, e seus respectivos órgãos (Loewenstein, 1957).

Nessa senda, essa distribuição das funções sob as quais exercido o Poder representa uma forma de limitação e controle dos entes públicos, e seus respectivos órgãos hierarquizados, segundo o modelo dos *check and balances*. Loewenstein (1957) vê nessa última função (fiscalizatória) uma maior importância pois, se inexistisse, seria pouco provável determinar-se ou estimar-se o alcance de uma decisão política. Vê-se, dessa maneira, que esse autor substitui a lei pela política pública em sua classificação, mantendo a mesma distinção entre declaração, execução e controle (inclusive enquanto um juízo de revisão).

Dentro dessa visão de Loewenstein (1957) é que ora são enfocadas as Medidas Provisórias, as quais, assim, são surpreendidas na dinâmica natural do processo de positivação e concreção das competências político-administrativas para implementação das políticas públicas, no qual se verificam inseridas em um grau ainda elevado de abstração e generalidade, porquanto de carácter tipicamente normativo infraconstitucional.

As competências político-administrativas, em seu processo de positivação⁴, partem do grau mais genérico das políticas públicas encartadas respectivamente no PPA - Plano Plurianual (quadrienal), na LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias e na LOA - Lei Orçamentária Anual (ânuas), passam também pelas Medidas

⁴ Segundo o qual as normas jurídicas, já devidamente unidas ao ordenamento com grande grau de generalização e abstração, impõem a verificação de regras intercalares que conduzem a normas individuais e concretas em que se inserem os fatos (jurídicos, isto é, tal qual previstos no Direito legislado), dos quais, ao seu turno, decorrem as relações jurídicas em função da eficácia (jurídica) existente.

Provisórias para chegar aos Planos Diretores e Planos de Metas em âmbitos Municipais, e caminhando ao seu maior grau de concreção por meio dos atos e contratos administrativos (estes, há que se guardar na retentiva, havidos também enquanto atos administrativos *lato sensu*).

Por isso, a teoria da causa nesse dito processo de positivação tem suma importância ao permitir interligarem-se todas as suas fases, com seus respectivos veículos normativos (dentre os quais as Medidas Provisórias se inserem) vistos enquanto um instrumento por meio do qual as competências político-administrativas caminham obrigatoriamente para a implementação das políticas públicas, dando nitidez e coerência ao seu fio condutor interpretativo.

Não é por outro motivo que Bucci em sua conceituação de políticas públicas introduz a ideia de processo, ao conceituá-las como

...o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (2006, p. 39).

III.II. Conceituação, características e controle das Medidas Provisórias

De fato, guardando-se na lembrança que as Medidas Provisórias, na atualidade, também servem à função de concretização das políticas públicas com vistas à efetividade dos direitos fundamentais, é possível conceituá-las como atos

normativos praticados pelo Presidente da República, em face de requisitos de relevância e urgência, e que têm, por sua vez, caráter e força de lei. Segundo Mendes *et al.*, as Medidas Provisórias são

atos normativos primários, sob condição resolutiva, de caráter excepcional no quadro da separação dos Poderes. [...] Embora produzam o efeito de conciliar o Congresso a deliberar sobre a necessidade de converter em norma certo trecho da realidade social, não se confundem com meros projetos de lei, uma vez que desde quando editadas já produzem efeitos de norma vinculante (2007, p. 838).

No tocante às Medidas Provisórias, trata-se de competência própria, específica, não delegada, de determinada conjunção na qual o Poder Executivo é habilitado pela própria Constituição pátria para inovar de forma direta na ordem jurídica, ou seja, sem a necessidade de que haja anuência prévia do Congresso Nacional. O consentimento dos representantes do povo deve vir depois que a norma criada, com “força de lei”, já estiver produzindo os seus regulares efeitos. Sobre o tema, Mello acentua que

Medidas provisórias são providências (como o próprio nome diz) ‘provisórias’ que o Presidente da República poderá expedir em casos de relevância e urgência e que terão força de lei, cuja eficácia, entretanto, será eliminada desde o início se o Congresso Nacional, a quem serão imediatamente submetidas, não as converter em lei no prazo de 30 dias contados a partir de sua publicação. Estando o Congresso em recesso, será convocado para reunir-se extraordinariamente em cinco dias a fim de apreciá-las. Não sendo convertidas em lei, o Congresso regulará as relações jurídicas que nelas se fundaram (2000, p. 1.421).

Foi na Constituição de 67, e na Emenda Constitucional nº 1/69, que o Decreto-lei ressurgiu com o perfil constitucional que hoje o faz ser comparado com as Medidas Provisórias que o sucederam. Ambos, o Decreto-lei e as Medidas Provisórias, foram inspirados no mesmo art. 77, da Constituição italiana de 27 de

dezembro de 1947. Mas assumiram perfis constitucionais substancialmente discrepantes, tanto da matriz, quanto entre si.

Assim, as Medidas Provisórias vieram a integrar o rol dos instrumentos jurídicos pelos quais se processa constitucionalmente, isto é, ao abrigo da própria Constituição, a transferência da função normativa, típica do Legislativo, para o Executivo em situações de urgência e relevância, inclusive como meio de implementação efetiva de políticas públicas, consoante visto acima.

Esse instrumento jurídico compõe um campo normativo excepcional, o qual pode-se acoimar de “legislação de emergência” ou “legiferação de urgência”, cuja existência se explica, historicamente, como decorrência da evolução do constitucionalismo liberal para o social. Assim, surge a Medida Provisória prevista no art. 62, da Constituição Cidadã, como um instituto com força de lei, adotado pelo presidente da República em casos de relevância e urgência, que produz efeitos imediatos, mas depende de aprovação do Congresso Nacional para sua transformação definitiva em lei.

Seu prazo de vigência é de sessenta dias, prorrogáveis uma vez por igual período. Se não for aprovada no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da sua publicação, a Medida Provisória tranca a pauta de votações da Casa em que se encontrar (Câmara ou Senado) até que seja votada. Neste caso, a Câmara só pode votar alguns tipos de proposições em sessão extraordinária.

Ao chegar ao Congresso Nacional, é criada uma comissão mista, formada por deputados e senadores, para aprovar um parecer sobre a Medida Provisória. Depois, o texto segue para o Plenário da Câmara e, em seguida, para o Plenário do Senado. Se a Câmara ou o Senado rejeitar a Medida Provisória, ou se ela perder a eficácia, os parlamentares têm que editar um Decreto Legislativo para disciplinar os efeitos jurídicos gerados durante sua vigência. Se o conteúdo de uma Medida Provisória for alterado, ela passa a tramitar como projeto de lei de conversão.

Depois de aprovada na Câmara e no Senado, a Medida Provisória – ou o projeto de lei de conversão – é enviada à Presidência da República para sanção. O presidente tem a prerrogativa de vetar o texto parcial ou integralmente, caso discorde de eventuais alterações feitas no Congresso. Também é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de Medida Provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

Na Emenda constitucional nº 32/01, pela qual foi vedada a reedição da Medida Provisória, foi permitida apenas uma "prorrogação" de prazo por igual período (sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta). Note-se que além da possibilidade de prorrogação de prazo, a vigência passou de 30 (trinta) dias (quando da previsão original da Constituição Federal), para até 120 (cento e vinte) dias, sendo dada maior elasticidade ao que se entende por "urgência".

A referida Emenda Constitucional também foi a responsável por vedar a possibilidade de instituição de Medida Provisória em matérias insuscetíveis de delegação legislativa, hoje previstas na art. 62, §1º, I, "a", "b", "c" e III, da Constituição Federal. Tal previsão foi louvável por salvaguardar o poder inerente ao Legislativo, pois é aconselhável que as mesmas vedações previstas para a Lei Delegada se estendem à Medida Provisória, inclusive por uma questão de coerência legislativa. O mesmo vale para matéria reservada à Lei Complementar (art. 62, III, Constituição Federal), por incorrer em reserva de lei em sentido estrito, à exclusiva disposição do Congresso Nacional, afastando-se, assim, casuísmos jurisprudenciais impertinentes.

Em segundo lugar, tal Emenda Constitucional proibiu a instituição da Medida Provisória em matéria penal, processual civil e processual penal. Quanto à proibição em matéria penal, tal previsão se justifica, pois a criação de tipos penais por instrumento que não seja lei, e que apenas tenha o caráter de "força de lei", choca-se frontalmente com a Constituição Federal, com o Código Penal e

com o princípio da legalidade, até porque um instrumento com caráter provisório não seria cabível para uma punição criminal, tendo-se em vista que a sanção ficaria condicionada à possível conversão em lei.

Quanto às matérias processual civil e processual penal, há total incompatibilidade destas com o caráter de urgência e provisoriedade próprio da Medida Provisória, tendo em vista que estariam condicionadas à conversão em lei para que tivessem aplicabilidade. Além disso, não seria cabível o uso das Medidas Provisórias neste caso, pois um dos princípios que regem o processo é o da preclusão, sob a feição temporal, a fim de não permitir que as faculdades processuais permaneçam indefinidamente abertas às partes, com o diferimento, sem determinação segura, da solução final do conflito de interesses. Daí o porquê da proibição do uso de tal instrumento provisório para estes casos (elencados no art. 62, I, "b", Constituição Federal).

A proibição de confisco de bens, de poupança popular e de qualquer outro ativo financeiro (art. 62, II, Constituição Federal) por meio de Medida Provisória surgiu para evitar que ocorra novamente situação semelhante à já ocorrida no Governo Collor, que congelou todos os valores e ativos financeiros contidos nas poupança popular existente à época.

No que diz respeito à matéria tributária, a Emenda Constitucional permitiu que as Medidas Provisórias pudessem instituir ou majorar tributos, com a ressalva dos casos de instituição de: importação de produtos estrangeiros; exportação de produtos nacionais ou nacionalizados; produtos industrializados; e operações de crédito, câmbio e seguros ou relativas a títulos ou valores imobiliários (hipóteses previstas no art. 153, I, II, IV e V da Constituição Federal).

Note-se que a Emenda Constitucional não fez qualquer menção à instituição de impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza, elencados no mesmo artigo, no inciso III, além de impostos extraordinários, no caso de iminência ou estado de

guerra externa (art. 154, II, CF). Todavia, só produzirem efeitos se a edição da Medida Provisória se der até o último dia do mesmo ano da sua conversão em lei, o que se correlaciona ao princípio da anterioridade, que veda a instituição definitiva de impostos no ano de sua previsão, só podendo estes serem cobrados no exercício seguinte.

Ocorre que apesar da ressalva do respeito ao princípio da anterioridade nos casos elencados no art. 62, § 2º (onde a conversibilidade em lei no ano anterior ao da sua edição reproduziu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), foi legitimada a instituição de impostos por Medida Provisória, o que vai contra a expectativa da maioria dos doutrinadores, juristas e estudiosos do Direito, além da própria população, que se veem lesados por tal possibilidade, que só deveria se dar por meio de lei propriamente dita.

Cabe mencionar que a inserção, por meio de emenda parlamentar, de assunto diferente do que é tratado na Medida Provisória que tramita no Congresso Nacional é chamada de "contrabando legislativo", sendo uma prática vedada. O uso de Medidas Provisórias deve se dar por motivos de urgência e relevância da matéria, cuja análise compete ao chefe do Poder Executivo. Assim, toda e qualquer emenda parlamentar em projeto de conversão de Medida Provisória em lei deve ficar restrita ao tema definido como urgente e relevante. Por isso, é até possível emenda parlamentar ao projeto de conversão da Medida Provisória, no entanto, deverá ser observada a devida pertinência lógico-temática.

Relevância e urgência são conceitos jurídicos indeterminados, entendendo o E. Supremo Tribunal Federal que o Poder Judiciário, quando provocado, tem legitimidade para analisar a extensão dos pressupostos de relevância e urgência na Medida Provisória apenas quando for evidente a sua ausência, caso em que se caracteriza a existência de abuso do poder normativo por parte do Poder Executivo. Nesse sentido, dispôs a Ministra Ellen Gracie, como relatora no julgamento da ADI 2.527-9/DF. Convém ressaltar, como

já elucidou o Ministro Celso de Melo na ADI 2.213 MC, j. 4-4-2002, P, DJ de 23-4-2004

A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais.

Não obstante o controle das Medidas Provisórias exercido pelo Poder Judiciário, com igual relevância hoje desponta o controle social, o qual deve atuar e questionando e denunciando as decisões do Executivo e Legislativo que se revelem abusivas ou excessivas, pois tais decisões, em última instância, devem refletir os anseios do povo e serem uma expressão de soberania popular, como explicita o art. 1º, § 1º, da Constituição Federal. Nos dizeres de Naves e Silva

Como esclarece Peter Häberle, qualquer cidadão tem legitimidade para aferir a correção da interpretação do texto constitucional, seja funcional ou material, e reivindicar, por meios institucionais previstos no próprio texto da Constituição, que sua finalidade seja observada e concretizada. Na sua teoria, a cidadania é recolocada como aspecto central de toda a ordem jurídica e a norma constitucional passa a ser vista como algo orgânico, vivo, apreendido e exercitado pelo indivíduo e pela coletividade. Basta verificarmos o nosso texto constitucional para identificarmos a potencialidade desta tese: os cidadãos podem participar utilizando desde o direito de petição assegurado no artigo 5º, até a possibilidade de qualquer pessoa participar dos trabalhos legislativos, tomando parte ativa nas comissões parlamentares, o que está previsto no artigo 58, §2º, incisos II, IV e V da Constituição. Outro exemplo é a possibilidade da manifestação de terceiros, na qualidade de *amicus curiae*, em processos de relevância, no Supremo Tribunal Federal.

Considerações finais

As Medidas Provisórias no Estado Democrático de Direito, devem ser também consideradas como um instrumento de implementação de políticas públicas em grau normativo, dentro de um processo de positivação visando a maior concreção possível dos direitos fundamentais, o que se dá em total consonância com o princípio da Separação dos Poderes, o qual, a seu turno, proporciona mediante o sistema de “pesos e contrapesos” o aperfeiçoamento do exercício das funções dos Poderes, de sorte que ajam com independência, harmonia entre si.

Ao Executivo, incumbe o dever de administrar o Estado, executando políticas públicas (havidas enquanto metas de planejamento estatal estratégico) e desenvolvendo a máquina administrativa segundo uma burocracia que traga segurança por meio de rotinas salutareas ao controle estatal e social, inclusive quanto aos requisitos de urgência e relevância a que submetida a legitimidade das Medidas Provisórias.

As Medidas Provisórias, dentro dessa óptica telocrática de Estado, devem ser, de conseguinte, surpreendidas na dinâmica natural do processo de positivação e concreção das competências político-administrativas para implementação das políticas públicas, no qual se verificam inseridas em um grau ainda elevado de abstração e generalidade, porquanto de carácter tipicamente normativo infraconstitucional.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. BATH, Sérgio (Trad.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 7^a. ed., 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 14^a. ed., 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: GONÇALVES, Alcindo *et alii*. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Moderador. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, vol. 59, 1977, p. 144-146.

FIGUEIREDO, Fran. As medidas provisórias no sistema jurídico-constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 28, n. 110, abr./jun. 1991, p.137-152.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores. 5ª ed., 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos da teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. ROMÃO, Tito Lívio Cruz (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political Power and the Governmental Process**. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. As medidas provisórias na Constituição Brasileira. In: Conferência Nacional dos Advogados, XVII, ago./set. 1999, RJ. **Anais: Justiça: realidade e utopia**. Brasília: OAB - Conselho Federal, Vol. 2, 2000, p. 1.421-1.434. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2000:000583289>>. Acesso em: 16 de Junho de 2017.

MENDES, Gilmar *et al*. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 31^a ed., 2015.

NAVES, Rubens; SILVA, Guilherme Amorim Campos da. O dilema democrático das medidas provisórias. In: **Migalhas**, 2010. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI117172,31047-O+dilema+democratico+das+medidas+provisorias>>. Acesso em: 16 de Junho de 2017.

**Soberania e território em processos
de (des) construção:
caminhos para a justiça no século XXI
em termos de escala global**

Rosa Maria Freitas do Nascimento¹

Arthur de Oliveira Xavier Ramos²

Maria Eduarda Matos de Paffer³

1. Apresentação

Considera-se que toda sociedade tem meios de promover a ‘justiça’, afinal, o conflito é inerente a a vida humana em comunidade, e portanto, meios de ‘solucioná-lo’ também devem existir quase que por coextensão natural.

Presume-se que não existem modelos e práticas ideais de resolução de conflitos, mas formas de gestão dos litígios histórica e socialmente construídas. Assim, um modelo de gestão necessariamente será superado por outro, mudando-se as condições objetivas que determinaram sua emergência.

¹ Professora da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap) e Doutora em Direito Internacional Privado.

² Pibicando voluntário de Iniciação Científica (PIBIC/Unicap).

³ Pibicanda voluntária de Iniciação Científica (PIBIC/Unicap).

Parte-se da premissa que o sistema econômico globalizado requer um novo modelo intrínseco (ainda em desenvolvimento) de gestão dos conflitos, em outras palavras, desterritorializado, global e em rede. As inferências propostas nos tópicos seguintes, que aquiescem a metodologia e escrita de um ensaio, abordarão as transformações do capitalismo, a caracterização de um modelo de tutela estatal em declínio, e se propugna a emergência de um modelo policontextual de produção do discurso jurídico.

Serão utilizados referenciais teóricos variados para compor o marco teórico da análise. Em especial, o trabalho de Hardt e Negri sobre a dialética da soberania no sistema capitalista como articulação necessária; a abordagem da teoria do sistema para explicar a relação entre direito e os outros sistemas sociais na sociedade complexa, incluindo a do discurso policontextual, destacando a proposta de uma sociedade civil mundial, na formulação proposta por Teubner a partir do texto amplamente conhecido, *A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. Pretende-se sugerir que os caminhos da justiça no séc. XXI não estaria mais centralizado na figura do Estado – Juiz, contudo seria produzido o direito em variados contextos sociais, ancorados na autonomia do sujeito e na privatização da administração da maioria dos conflitos.

2. (Des)necessidade do Estado mediador dos conflitos: ‘privatizar’ a justiça, desconcentração e redes de poder

O Estado é uma instituição de suma importância, ou até mesmo considerado fundamental para a existência e a perpetuação do capitalismo como modo de produção, bem como, definidor das relações entre os indivíduos e as instituições na sociedade moderna. Como organização política, sua instituição pressupõe configurações de discursos para viabilizar a rede simbólica, que selecionam os bens jurídicos aptos à proteção e define os elementos de identidade capazes de alimentar proporcionar sua própria existência.

Uma relação entre a instituição e o simbólico se desenvolve como imaginários e afasta da real percepção de seus significados, assim:

Uma organização dada da economia, um sistema de direito, um poder instituído, uma religião, existem socialmente como sistemas simbólicos sancionados. Elas consistem em ligar a símbolos (a significantes) significados (representações, ordens, injunções, incitações para fazer ou não fazer, consequências, - significações no sentido amplo do termo) e fazê-los valer como tais, ou seja, a tornar esta ligação mais ou menos forçosa para a sociedade ou o grupo considerado (CASTORIADIS, 1982, p. 142).

O Estado Moderno como construção imaginária da sociedade, é utiliza-se de símbolos, dentre eles a existência de três elementos, segundo a maior parte da doutrina política, sendo um lugar comum presente nos manuais de teoria do Estado: povo, território e governo⁴/potestade⁵/soberania⁶.

Esta formação do Estado Liberal se consolida, reestruturando-se a partir do início do século XX, através do Estado de Bem-Estar-Social, denomina este modelo de Estado Burguês-Nacional, significa uma época de crescente centralização política, com vinculação à propriedade privada, e principalmente, no plano jurídico, à existência da ordem burguesa centrada na Constituição e na mediação do aparelho estatal na solução de conflitos.

Houve a expansão do Estado para o domínio de todo o território, levando até os mais distantes pontos, os sistemas de potestade através da jurisdição, bem como a penetração vertical sobre as vivências, com a regulamentação da vida privada e dos conflitos sociais das mais diversas ordens e naturezas. A importância de fixar as limitações geográficas girava em torno da circulação da

⁴ Para Aftalion, o governo é o elemento do Estado. (AFTALIÓN, 1988), mesmo entendimento de Alessandro Gropalli (Gropalli, 1974).

⁵ Potestade é elencado dentre os elementos caracterizadores do Estado por Carré de Malberg (Malberg, 1998).

⁶ Soberania é a tida como elemento do Estado por Norberto Bobbio (BOBBIO, 1987).

moeda e da proteção do Estado pelos contingentes militares, institucionais, que se formavam, além de sua importância do prisma jurídico e fiscal. Para a teoria política e a ideologia equivalente, como presente em Carré de Malberg, território consistiria: “Una relación de vinculación nacional no puede adquirir consistencia más que entre hombres que están en contacto por el hecho mismo de su convivencia permanente sobre uno ou más que territorios comunes. El territorio es, pues, uno de los elementos que permiten que la nación realice su unidad” (MALBERG, 1998, p. 22).

A importância do território está ligada a jurisdição do Estado na aplicação do direito. É muito mais uma relação de poder, de distribuição e de controle dos recursos econômicos, materiais e humanos, do que um conceito idealizador. Assim,

O território se forma a partir do espaço, é uma ação conduzida por um ato sintagmático (ator que realiza um programa) a qualquer nível. Ao se apropriar do espaço concreta ou abstratamente (por exemplo, pela representação), o ator ‘territorializa’ o espaço... O território, nessa perspectiva, é um espaço onde se projetou um trabalho, seja energia e informação, e, por consequência, revela relações marcadas pelo poder. O espaço é a “prisão original”, o território é a prisão que os homens constroem para si (RAFFESTIN, 1996, p. 51).

O território não se delimitaria mais por seu espaço físico, mas acima de tudo um espaço abstrato e simbólico. Não é um poder sobre os bens, as casas e a natureza, mas sobre as vidas que nelas habitam. Os sistemas de poder instituídos, dentre eles o jurídico, gerem a vida dos indivíduos e lhe garantem um mínimo de ‘segurança’ e ‘previsibilidade’⁷.

⁷ Seria a potestade segundo Malberg, “Lo que constituye un Estado es el elemento establecimiento, en el seno la nación, de una potestad pública que ejerce autoritariamente sobre todos los individuos que forman parte del grupo nacional. De esta suerte, dicha voluntad de dirección y dominación se ejerce con doble fin: por una parte se relaciona con la comunidad, y de otra parte realiza actos de autoridad que constituyen ya en emitir preceptos imperativos y obligatorios, ya en la obligar tales preceptos”(MALBERG, 1998, p. 26)

Obviamente, para que uma organização social e política possa ter penetração e domínio sobre determinado espaço (no caso, o território) e sobre determinada comunidade de referência (ou seja, um povo) precisa usar dos instrumentos de crença e controle social. Diante de um sistema de legitimação racional e legal, dentre os variados meios de controle social, o direito e as instituições jurídicas são importante elementos e meios de penetração dos discursos de poder e meio de se exercer o poder sobre as pessoas e coisas que se assentam num território. A crença fundamental na racionalidade das instituições é uma dessas determinantes formas de afirmação do simbólico na sociedade.

Como democratização das ‘utilidades’ estatais, o ‘acesso à justiça’⁸ é uma expressão sintomática da ‘oferta’ dos bens da civilização para parcela da sociedade que não era contemplada pela máquina estatal (a não ser através do sistema repressor, o policial).

Assim, no Brasil, ao longo dos anos, houve a ampliação do Poder Judiciário para atender a grande demanda dos jurisdicionados. Assim, tem-se o Poder Judiciário e os segmentos estatais que o acompanham como Defensorias, Ministérios Públicos e a advocacia, para atender a essa demanda ampliada pelo serviço. Usa-se o termo serviço público, porque nada mais é que um serviço, sendo que a cidadania no Estado Social passa necessariamente pelo ‘acesso’ aos serviços públicos. Isso é tão sintomático no quadro brasileiro que em 1995 foi editada a Lei n.º 9.099/95 para as causas de menor complexidade e com o rito processual menos formalístico e mais rápido. O ‘acesso à justiça’ é um elemento de legitimação do Estado, também é por consequência um representativo da ampliação da rede e dos discursos de poder, mesmo que o acesso à justiça seja não ocorra como idealmente esperado⁹. Houve, assim, a

⁸ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1. ed. Porto Alegre, RS - Brasil: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988. 168 p. v. 1.

⁹ Utiliza-se o termo simbólico na acepção utilizada por Neves, assim, o simbólico cumpre a função de oferta a ‘falsa’ percepção subjetiva por parte dos sujeitos de referência que lhe seriam dados os bens civilizacionais, mesmo que de fato, sua realização seja precária e simbólica (NEVES, 2012).

compreensão que as disputas poderiam ser habilmente resolvidas pelo poder judiciário, e que se mostrou com o tempo impossível. Poderia dizer que as variáveis demanda/oferta da jurisdição crescem em velocidades incompatíveis.

A gestão da justiça pelo sistema jurídico é um dos meios de afirmação da soberania estatal¹⁰, que se autojustifica pela aparente neutralidade de seu discurso e pela distancia figurativa de seus gestores em face das demais camadas da sociedade. Como afirmação de uma ordem de poder que se faz de soberana, por isso superior e única, todos os setores da sociedade são colonizados pela gestão da vida.

Ao longo processo de acumulação de funções¹¹, os Estados, além das atividades militares, de unificação monetária, legislativa e jurisdicional; somaram-se outras, tais como a crescente tributação¹² e a criação do aparelho de pacificação social e carcerária em maiores dimensões. Se por um lado, a sociedade exige mais serviços prestados, tendo em vista que as necessidades humanas tendem ao infinito, por outro, as possibilidades de custeio são limitadas, e seu aumento, como imposição patrimonial e vinculada, não é uma decisão bem recepcionada pela sociedade.

Na percepção ideológica difundida pela perspectiva do estado keynesiano, em que capitalismo e democracia são harmônicos, seria

¹⁰ Sinteticamente, podem ocorrer três relações entre a soberania e o direito; (a) soberania limitada, para os quais a lei é uma ordem justa que limita a ação arbitrária do Estado sobre o povo, esta é a concepção da doutrina clássica de direito natural racional ou divino – Locke e Radbruch; (b) soberania absoluta, segundo a qual lei é a ordem que fundamenta o Estado e que se sobrepõe a vontade individual, advém do ‘príncipe’ ou do ‘povo’ – Hobbes e Rousseau; e (c) soberania arbitrária, para a lei é o capricho do mais forte, rei ou povo – Austin e Tocqueville. Obviamente todos os três significados comportam seu uso, no caso, considera-se mais adequado o termo no sentido de Hobbes e Rousseau, em que a vontade estatal se sobrepõe a individual.

¹¹Para Jorge Miranda pode-se definir as funções do Estado em três ordens básicas: (a) funções políticas (legislativa e governista ou política *stricto sensu*), (b) funções administrativas e (c) funções de administração jurisdicional. (MIRANDA, p. 237)

¹² NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: Os deveres e os custos dos direitos. Revista da AGU, Brasília, v.1, 2001b. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/15184/14748>. Acesso em 10/07/2017;

função estatal, o previsto no quadro (FUKUYAMA, 2001, p. 25) abaixo:

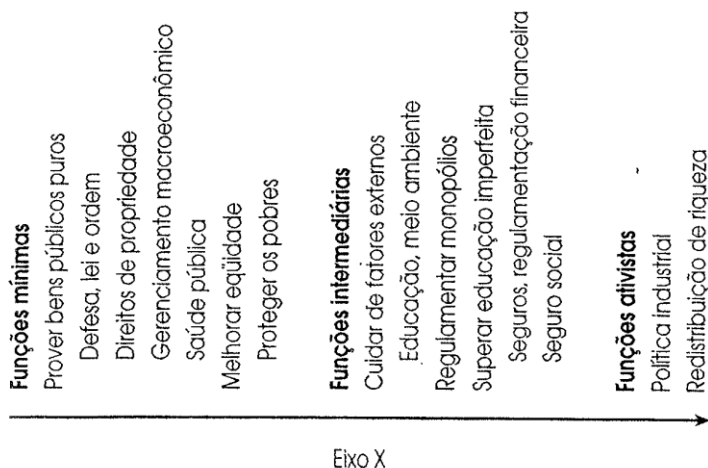


Figura 2. O escopo das funções do Estado.

Obviamente, o que entre nesse quadro de funções típicas e atípicas, o que pode em dado momento está próximo a um dos eixos, depende do momento histórico e a conjuntura social, econômica e política que lhe ser de suporte. Seria ingênuo e incoerente imaginar que as funções estatais teriam razões ontológicas para existir. Como terreno móvel do tecido social, o que agita as variantes dentro do quadro faz com que as funções não tenham uma localização fixa, mas transitem, ou muitas vezes desapareçam dentro do próprio quadro. Diria que a força que impele a inclusão de uma função dentro do quadro, bem como seu movimento, e quiçá saída, têm razões econômicas e políticas e os conflitos que se estabelecem para sua manutenção e perpetuação.

A soberania do Estado, como imaginário social da afirmação do poder estatal sobre um povo em seu território, exige para sua conservação que os possíveis titulares do poder ajam e respondam às pressões sociais de determinada forma. As funções estatais, como

conjunto de atribuições imputáveis à responsabilidade da instituição, não são fixas.

Por um dado momento histórico, ser gestor dos conflitos sociais era necessário para a afirmação da soberania estatal, e continua a ser, porém, hoje, parte dos conflitos já retornou para a resolução privada, sendo o Estado um ‘braço’ para lhe garantir efetividade.

O quadro abaixo mostra como se organizaria as funções, de acordo com o quadrante em que se encontram. De acordo com Fukuyama (2001, p. 35): assim, poderiam ser alocados:

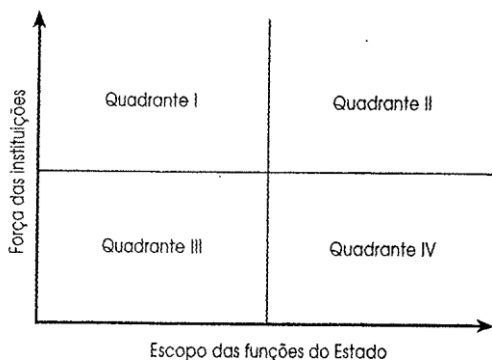


Figura 4. Estatidade e eficiência.

Quanto às funções de administração jurisdicional, em que se dá a passagem do direito abstrato ao caso concreto, ou como no quadro, acima, a função de lei e ordem, com escopo de pacificação social, no Estado de Direito, a independência orgânica interna e externa, sem prejuízo da hierarquia, pressupõe a existência de um aparelho jurisdicional com capacidade de intervir validamente nos outros sistemas sociais.

A Justiça estatal é um dos instrumentos de afirmação da soberania e poder do Estado e se fundamenta na afirmação de um modelo de gestão de bens, circulação da riqueza e perpetuação das relações de poder. Estando inicialmente no Quadrante I, ou seja,

além de ser um fim do estado, estaria na mais alta esfera de força. O sistema jurídico, como subsistema social autopóietico, precisa ser forte para não admitir a intervenção dos outros subsistemas sociais.

A atividade jurisdicional está nessa rede de poder, em que a principal instituição ainda é o Estado, e deve ser por muito tempo, mas, apesar de ser o principal ator, deixou definitivamente de ser o único.

3. O significado da policontextualidade e direito hipercíclico: possibilidades de aplicação do conceito de Teubner à desterritorialização da justiça

Parte-se da premissa que o sistema de administração da justiça, tipicamente adjudicatório, cederá espaço para um modelo policontextual e em rede, como a sociedade e o sistema produtivo o exige, o que não significa o fim da tutela estatal, mas a sua competição/colaboração com outros mediadores de conflito. Tomando como base o exposto nos tópicos anteriores, que a desarticulação do Estado, faz com que a produção do discurso jurídico de descentre da exclusiva atividade adjudicatória estatal e da política para um modelo em que vários atores sociais participam do processo de sua produção.

O sucesso das relações econômicas hoje passa pela desterritorialização e desestatização da justiça, ao se considerar que a atividade de que encontra à margem do sistema de controle estatal, possa, mesmo não utilizando os meios coercitivos, que tipicamente são atribuídos ao Estado, resolver litígios. Cabe ainda acrescentar a desjudicialização, como processo de produção de meios de resolução não estatal (mediação extrajudicial e ampliação e difusão do uso da arbitragem).

Um dos pontos que merece esclarecimento é que produção do discurso por vários atores sociais. Conforme coloca Teubner (2015):

Pero em la medida en que el Derecho mundial autónomo se apoye em recursos propios, y sean organizaciones, organizaciones no gubernamentales, medios internacionales, empresa multinacionales, despachos globales de abogados, cortes de arbitraje globales, los que impulsen el proceso global de configuración jurídica, la creación autónoma del derecho también interviene de modo determinante em el proceso de formación de su constitución sectorial.¹³

O objeto do presente não é tratar especificamente dos modelos de enunciação do direito, mas de demonstrar que há uma produção policontextual, mais em razão dos vários atores sociais envolvidos. Assim, usa-se o termo policontextualidade segundo o conceito proposto por Teubner, como dinâmica da interação do direito sociedade a partir da teoria dos sistemas.

Cabe esclarecer que a distinção entre a teoria dos sistemas de Luhmann e Teubner. Luhmann irá deslocar o foco de sua teoria sistêmica das questões relativas às interpretações e aos acordos cognitivos entre os indivíduos para a análise e o desenvolvimento dos códigos sistêmicos em si, e das comunicações possíveis a partir deles. O direito seria um redutor de complexidade, assim, a partir do sistema jurídico seriam delimitadas as normas de ação válida e respondida a pressão vinda dos demais sistemas de interação. Teubner, por seu turno, procura incorporar à teoria dos sistemas de Luhmann o conceito de reflexividade, com o qual explica o processo de interação entre fatores externos (pressões sociais) e internos (formalismo jurídico) na configuração dos sistemas jurídicos contemporâneos¹⁴.

A concepção sistêmica, segundo a proposta de Luhmann, pretende explicar os padrões recursivos das interações entre os atores sociais, os quais formam sistemas de comunicação que, na realidade, constituem a própria natureza das sociedades.

¹³O tema pode ser abordado em TEUBNER, Gunther. Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada em el Estado. Disponível em www.uam.es/otros/afduam/pedf/g/199226%20gunther%20teubner.pdf, acesso em 25 de novembro de 2015.

¹⁴ MELLO, Marcelo Pereira. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito – Luhman e Teubner. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v-18, n.1, 2006.

Os sistemas estão orientados pelos seus ambientes não apenas de maneira ocasional e por adaptação, mas também estruturalmente – não podem, na realidade, existir sem um ambiente. Eles se constituem e se conservam como tais ao criar e manter a diferença de seus ambientes, e seus limites com o ambiente servem para regular essa diferença. Sem a diferença com o ambiente não haveria a auto referência, porque ela é a premissa funcional das operações auto referenciadas. No entanto, a ideia de que o sistema legal constitui um sistema fechado não deve obscurecer o fato de que todo sistema mantém conexões com seu ambiente. Na sociedade mundial, demasiadamente complexa, a produção normativa não se centra na figura jurídica do Estado e a emergência de uma nova ordem global faz com que surjam instituições, que mesmo não possuindo a força expropriatória do sistema adjudicatório estatal, produz decisões jurídicas com força coercitiva segundo a lógica de exigibilidade da sociedade em rede.

No caso, Teubner, em texto amplamente conhecido, Bukowina global, assevera que é através da sociedade civil que o direito se expande, no caso, na sociedade civil global, pelas instituições sociais e atores sociais que fazem circular as pessoas, coisas e informações na sociedade em rede. Para Teubner, a *lex mercatoria* é o mais exitoso exemplo de ordenamento jurídico transnacional, mas o bukowina ultrapassaria mesmo o comércio.

O direito global (não: “inter nacional”!), nesse sentido, é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição dos sistemas jurídicos nacionais. Não se trata, como muitos supõem, de um direito atrasado ainda, em comparação com o direito nacional, determinados déficits estruturais. Muito pelo contrário, esse ordenamento jurídico, já amplamente configurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-Nações, por determinadas características, que podem ser explicadas, por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Porque, por um lado, se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro, ele está estritamente

acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe seus impulsos essenciais (TEUBNER, 2003, p. 11).

Teubner ao propor uma alternativa à teoria constitucional centrada no Estado, tem por consequência a proposta que as normas fundamentais que disciplina a vida em sociedade podem ter múltiplas fontes de produção discursiva e não haveria uma necessária preponderância da norma produzida pela fonte normativa estatal. De certa forma, propõe que as instituições, e por consequências as pessoas que recorrem a elas, possam ter expectativas de direito reconhecidas por outras ordens de circulação de informação e poder.

4. Impactos da gestão de litígios no âmbito das sociedades periféricas: algumas indagações sobre o caso Brasil

No âmbito das sociedades rotuladas periféricas, e os latinos americanos são parte desse vasto tipo, especula-se que pode haver duas abordagens: a percepção dos fenômenos na dimensão intra-estatal, na qual podem ser observadas com mais facilidade, as medidas de política judiciária que são adotados pelos atores institucionais. Eles são condutores do processo de adequação de suas atividades às demandas econômicas e sociais internas; e o âmbito internacional, representado pelo papel estatal na resolução dos conflitos transfronteiriços..

Se por um lado não nos convencemos que sobre a possibilidade do corte transversal que o transconsitucionalismo propõe, por outro, a postura de uma constituição global fragmentária de Teubner não seria um caminho acertado, apesar de mais real. Acredita-se que haveria a fragmetação do sistema normativo quando seu processo de aplicação por vários atores sociais, sem necessidade de guardar uma unidade normativa, seria o tom de uma nova ordem jurídica. Essa ordem se manifesta internamente através das varias portas da justiça, que se por um

lado volta a ‘empoderar’ os indivíduos na resolução das questões que afetam seu dia a dia, por meios autocompositivos obrigatórios e/ou facultativos, por outro o Estado sai da tarefa (serviço público de prestação da jurisdição).

Neste caso, tem-se um direito interno fragmentário, pois são vários atores, não coordenados, que o manuseiam. Por outro lado, a política pública de prestação da jurisdição reconhece que as escalas de prioridades de seus serviços não são as mesmas que se mostravam há muito tempo. Assim, aquela escala inicial de Fukuyama muda de versão (citada nos tópicos anterior), pois a atividade jurisdicional que seria uma função típica, mas que pode se tornar atípica.

A questão muda de figura nos estados fracos, como são a maior parte dos estados periféricos. A nosso ver, a tese de acesso à justiça de Capelletti (Capelletti, 1998) no qual cabe ao Estado ofertar àqueles menos abastardos financeiramente os instrumentos de acesso a cidadania, dentre eles a efetiva prestação jurisdicional.

Nesse caso, nos valendo da classificação de Fukuyama que apresenta a classificação de Estados, e, por acaso, coloca o Brasil na sua tabela, Fukuyama (2001, p. 25):

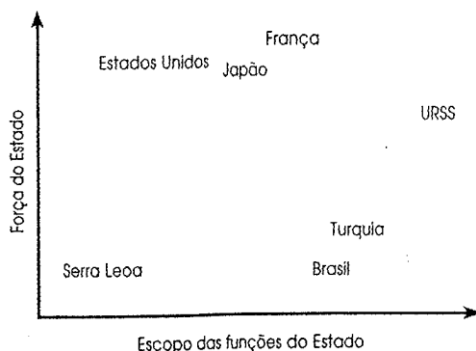


Figura 5. A matriz de estatidade.

Observamos que o Brasil está classificado como Estado fraco. Apesar de haver um quantitativo superior a outros estados (até desenvolvidos como os Estados Unidos), não tem força para fazer cumprir os escopos normativos que assume.

Porém, quando os estados não conseguiram de forma suficiente e efetiva cumprir a pauta dos direitos sociais básicos, mesma que haja a sua previsão abstrata como alíbi ou, no máximo, com funções simbólicas? Neste caso, a possibilidade aventada em curso, prevista normativamente na Resolução n.º 125 do Conselho Nacional de Justiça, que adotou como política jurisdicional e prevê em suas considerações que “a porta de justiça não é a porta de Poder Judiciário”, o que significaria no contexto jurídico de uma sociedade marcada pela fraqueza intituacional de um estado periférico?

Contudo, cabe ressaltar que o Brasil não concretizou o Estado Social como vivido no mundo europeu. Conforme a posição já esboçada por Jessé Souza (2000), no Brasil houve o processo de modernização seletiva, segundo o qual o acesso aos bens civilizatórios, dentre eles o serviço público de administração da justiça não se deu em todos os segmentos sociais. Assim, quando falamos em privatizar a justiça não significa que tenha havido um processo de maturação, até mesmo *habitus*, por parte da sociedade.

Conclusão

Muito se fala do novo Código de Processo Civil, as críticas à morosidade, ao excesso de processos e à ineficácia do Poder Judiciário são tão comuns e rotineiras que não há nada de inovador. Apesar de ser considerado absurdamente estranho, como se repete o discurso que a solução é a saída e a colaboração de outros setores não estatais para se ‘desafogar’ a Justiça.

Vale salientar que, procuramos vários nomes para definir esse processo de desjudicialização, em que o acesso à justiça, tão popular 20 anos atrás, deixou de significar a relação de cidadania pela possibilidade de ser ‘protegido’ pelo Estado, para se tornar o acesso

‘intermediado’ da justiça seja por, eventualmente, um ente não estatal. A prestação da jurisdição pelo Estado é crítica e desestimulada, devendo os sujeitos escolher outros meios mais ‘adequados’ para resolver seus conflitos.

Duas coisas fundamentais emergem daí: ao sujeito é dado uma liberdade de escolha e um aparente empoderamento (ousamos chamar assim) que lhe foi tirado em determinado momento histórico; o Estado se retrai na prestação do serviço, assumindo seu próprio fracasso e renunciando ao exercício do poder que detinha, ainda se mantendo como principal ator, mas concorrendo com outros e cedendo espaço para setores privados ou semiprivados.

Consideramos que tal sistema de tratamento dos conflitos adota a participação de vários atores sociais e se produz um modelo fragmentário de produção do discurso jurídico, que representa uma mudança de paradigmas do papel do Estado. Mas não somente a produção do discurso, como colocou Teubner, mas provoca uma mudança de consistência do discurso. Isso também significa uma renúncia de poder por parte daqueles que antes o exercia.

Portanto, não é somente uma questão de atores da enunciação, público ou privado, mas enfrenta também a dinâmica e transformações das instituições.

Referências

- AMATO, Lucas Fucci. Direitos humanos e sistema econômico: Estrutura e semântica de um fragmento constitucional global. *Revista brasileira de sociologia de direito*, Porto Alegre, ABraSD, v.2, n.2, p. 150-161, ju./dez., 2015.
- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: Ltr, 2005.
- BERNSTEIN, Richard. Introduction. In. GIDDENS, Anthony, et alí. **Habermas y la modernidad**. Madrid: Cátedra, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. Introdução, organização e seleção de Sérgio Miceli. 5ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário a lei 9.307/96**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASELLA, Paulo Borba. Fundamentos e perspectivas do Direito Internacional Pós-moderno. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 101 p. 433 - 466 jan./dez. 2006.

COSTA, Larissa Maria Lima. A Arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputas Sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2006.

DIAS SOBRINHO, José. Educação Superior: flexibilização e regulação ou avaliação e sentido público. In, DOURADO, Luiz Fernandes; CATANI, Afrânio Mendes; OLIVEIRA, João F. de (Org.). **Políticas e gestão da educação superior**: transformações recentes e debates atuais. Goiânia: Alternativa, 2003.

ECO, Humberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 1995.

ENSINO JURÍDICO OAB: **170 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Brasília: OAB, 1997.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Reforma do ensino jurídico: reformar o currículo ou modelo?** in Cadernos FGV Direito Rio. Educação e direito v. 2. Setembro de 2006.

FISS, Owen. Modelos de adjudicação/models of adjudication. CADERNO DIREITO GV. V. 1, N. 8, novembro 2005. (**Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School): Salão Nobre da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo, 13 de junho de 2005 Organização: DIREITO GV e IDESP.**

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 12^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **O Processo: estudos e pareceres**. 2^a ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: Tomo I: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1987.

GÜNTHER, Klaus. Legal pluralism or uniform concept of law? Globalisation as a problem of legal theory. Disponível em: <<http://www.helsinki.fi/nofo/NoFo5Gunther.pdf>>. Acessado em 14 de março de 2016.

HOLMES, Pablo. O Constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582014000401137&lng=pt&tlng=pt> Acesso em: 7 de março de 2015.

_____. **Consciencia moral y acción comunicativa**. Barcelona: Homo Sociologicus, 1994.

_____. **Ciencia y técnica como “ideología”**. 3 ed. Traducción Manuel Jiménez Redondo y Manuel Garrido. Madrid: Tecnos, 1997.

_____. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

_____; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paidós, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 509 p. v. 1.

LUHMANN, N. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980.

_____. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Traducción de Silvia Pappe y Brunhilde Erker. México: Universidade Iberoamericana, 1998.

NASCIMENTO, Rosa Maria Freitas; MAIA, Alberto Jonathas. **Falência do estado e a privatização da justiça: novos parâmetros e desafios da arbitragem no século XXI.** In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

NASCIMENTO, Rosa Maria Freitas. **Uma investigação sobre a abertura discursiva do direito a partir de Habermas.** 2007. 241P. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

OAB Recomenda: **indicador de educação jurídica de qualidade.** Rodolfo Hans Geller. et al. 4. ed. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2012.

ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO; Delton Winter de. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. Revista Seqüência, no 53, p. 9-28, dez. 2006.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33arto1.pdf>>. Acessado em 14 de março de 2016.

VASCONCELOS, Marcos. AUTOPOIESE E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DE GUNTHER TEUBNER: CONSTITUIÇÕES CIVIS E REGULAÇÃO. Disponível em: <<http://jusquantum.blogspot.com.br/2010/07/autopoiese-e-teoria-da-constituicao.html>> Acessado em: 7 de março de 2015.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** V II. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

WHITE, Stephen K.. **Razão, justiça e modernidade:** a obra recente de Jürgen Habermas. São Paulo: Ícone, 1995.

A gênese da teoria do estado de coisas inconstitucional na colômbia: uma análise à luz da nova separação de poderes

*Thays Regina Oliveira Barbosa de Melo*¹

*Flávia Danielle Santiago Lima*²

1 Introdução

A Corte Constitucional Colombiana é considerada uma corte ativista, cujas decisões têm grandes repercussões nos problemas sociais daquele país. Trata-se de um tribunal que se notabilizou por julgados que expressam uma interferência em situações decorrentes de inércia dos poderes majoritários - Legislativo e Executivo - na concretização de direitos previstos pela *Constitución Política de Colombia*, de 1991. Dentre estas, o denominado o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

O presente artigo visa ao estudo do ECI, com a exposição dos requisitos para sua caracterização e a evolução histórica pela qual passou. Assim, serão analisadas as decisões da corte constitucional colombiana nas quais o ECI foi declarado, tendo em vista sua

¹ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pesquisadora do PIBIC/UNICAP. E-mail: thaysolliveira@hotmail.com

² Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e da Universidade de Pernambuco (UPE). Doutora e Mestre em Direito Público (UFPE). Pesquisadora Visitante na Universitat de València. Advogada da União. E-mail: flavia-santiago@uol.com.br

decretação em diversos momentos, desde a *Sentencia de Unificación - SU 559* (COLOMBIA, 1997), que versava sobre os direitos previdenciários negados aos professores de duas cidades daquele país.

Será abordada, ainda, a teoria da separação de poderes, ressaltando a divisão de funções estatais, tendo em vista a importância de tal princípio, consagrado nas mais diversas constituições. Será analisado desde a sua versão clássico liberal até as suas novas teorizações, com o objetivo de identificar as repercussões que a utilização do ECI ocasionou ao princípio.

A hipótese geral é que o estado de coisas inconstitucional representa um novo momento nas relações entre os poderes, que ressalta as cooperações e busca de soluções conjuntas, com vistas à proteção de direitos fundamentais.

2 Estado de coisas inconstitucional: pressupostos para sua caracterização a partir da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana

Conforme ensina Campos (2016), o Estado de Coisas Inconstitucional é reconhecido quando existe um quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, que decorre da ação das autoridades públicas ou da inércia destas. Dada a gravidade do quadro é que o judiciário se propõe a intervir, tendo em vista a defesa dos direitos fundamentais.

O ECI foi declarado pela Corte Constitucional Colombiana pela primeira vez no ano de 1997, e desde então este foi reconhecido em diversas outras decisões. Na *Sentencia* 025 proferida no ano de 2004, o Tribunal estabeleceu seis pressupostos para sua caracterização, indicando as situações ele deve ser declarado, como se pode observar na passagem abaixo, extraída da sentença:

Quando a repetida e constante violação dos direitos fundamentais, que afetam uma infinidade de pessoas, e cuja solução requer a intervenção de diferentes entidades para resolver problemas de ordem estrutural, essa corporação declarou a existência de um

estado inconstitucional e ordenou remédios que cobrem não apenas aqueles que recorrem à ação da tutela para proteger seus direitos, mas também outras pessoas colocadas na mesma situação, mas que não exerceram a ação da tutela. (COLÔMBIA, 2004, tradução nossa).

Com base no fragmento anterior, é possível perceber que a declaração do ECI não visa à proteção de direito fundamental individual, mas aos direitos constitucionalmente assegurados a uma infinidade de pessoas e não apenas a grupo seletivo. Na referida decisão, afirma-se que se está diante de um estado de coisa inconstitucional quando é constatada a violação reiterada de direitos fundamentais de muitas pessoas e quando a causa de violação não é atribuível unicamente a autoridade demandada, mas depende de fatores estruturais.

Quanto aos pressupostos para caracterização do ECI, a corte estabeleceu o número de seis.

Entre os fatores avaliados pelo Tribunal para definir se existe um estado inconstitucional, deve-se destacar: (i) a violação maciça e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; (ii) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento das suas obrigações de garantia de direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; (iv) a não emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos. (v) a existência de um problema social cuja solução envolve a intervenção de várias entidades, exige a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e requer um nível de recursos que exige um esforço orçamental adicional importante; (vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorreram à ação da tutela para obter a proteção de seus direitos, haveria maior congestionamento judicial. (COLÔMBIA, 2004, tradução nossa).

Infere-se que não é qualquer caso que será considerado um Estado de Coisas Inconstitucional. Necessário, portanto, que sejam analisados todos os pressupostos antes de declará-lo, de forma a

evitar a banalização de um instituto que pode ser tão eficaz na defesa dos direitos fundamentais.

Importa notar que a Corte Constitucional Colombiana declarou o Estado de Coisas Inconstitucional em diversas situações, desde a SU – 559, em 1997. Naquele caso, quarenta e cinco professores da rede municipal de ensino de duas cidades colombianas tiveram recusados seus direitos previdenciários por autoridades locais. Os professores contribuíram com o fundo previdenciário, mas não tiveram direito aos benefícios, sob a alegação de escassez de recursos orçamentários.

Naquela oportunidade, a Corte não só reconheceu o direito dos professores que ingressaram com a ação, como também entendeu que 80% dos professores dos municípios se enquadravam na mesma situação, de sorte que havia uma falha generalizada e estrutural.

Posteriormente, teve-se a declaração do ECI em 1998, em quatro julgados: *Sentencias* T – 068, T – 153, SU – 250 e T – 590. Em 1999, a situação foi declarada na *Sentencia* T – 525. Já no ano de 2004, novo reconhecimento na *Sentencia* T – 025.

Dentre todas as citadas, as que ganharam maior notoriedade e repercussão foram a T – 153 e a T – 025, que tratam sobre o caso do sistema penitenciário e o caso do deslocamento forçado da população por causa da violência, respectivamente.

Em relação ao sistema penitenciário, questionava-se na ação a condição desumana em que a população carcerária estava vivendo nas penitenciárias da Colômbia. Ressaltava-se a superlotação dos estabelecimentos prisionais e as condições degradantes de vida, sem respeito aos direitos básicos assegurados pela constituição do país. Com isso, a Corte se propôs a agir, tendo em vista a omissão estatal. É válido salientar que:

A Corte acusou a absoluta ausência de políticas públicas para resolver ou, ao menos, minimizar a situação. Destacando a insensibilidade dos gestores públicos no tocante à população carcerária, os juízes concluíram estar o tema totalmente fora da

agenda política, o que revelou o estado permanente de inércia legislativa, administrativa e orçamentária em face dos graves problemas sociais. Apesar de o quadro desvirtuar a finalidade do tratamento penitenciário e configurar grave violação de tratados internacionais sobre a ressocialização de presos e o caráter especial das prisões preventivas, o Estado permanecia inerte e mesmo indiferente à situação. (CAMPOS; 2016, p.130)

Embora o Tribunal tenha diagnosticado o problema e proferido ordens aos demais poderes e órgãos com o objetivo de cessar a situação vivenciada, o cumprimento se mostrou frustrante. Os problemas do sistema penitenciário não foram resolvidos e muito se afirma que a falta de sucesso se deu ante a ausência de fiscalização por parte do Judiciário do cumprimento de suas ordens.

Na *Sentencia* T – 025 apreciou-se o deslocamento forçado (“desplazamiento forzado”) de pessoas no interior do país, decorrência da grande violência, sobretudo no campo. Neste caso, a corte obteve mais sucesso, pois não se preocupou apenas em ditar providências, mas deu grande importância à fase de monitoramento das suas decisões, para assegurar seu cumprimento por parte da Administração Pública.

Como se pode perceber, tão relevante quanto estabelecer ordens aos demais poderes, é o acompanhamento e monitoramento de sua execução, sob pena da declaração de ECI em nada alterar a situação de violação de direitos. (CAMPOS, 2016). Contudo, é de se questionar sobre eventual interferência judicial na atividade dos poderes majoritários, em violação ao esquema de distribuição de competências entre os poderes.

3 Uma nova separação de poderes? Da cooperação para a efetividade dos direitos fundamentais

O ideal da separação dos poderes foi fortalecido na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal. De forma mais específica, foi com o Iluminismo que tal modelo teve maior

propulsão. Diversos filósofos da época estudaram e desenvolveram teorias a respeito da separação dos poderes, porém, foi com Charles de Montesquieu e sua obra “O Espírito das Leis” que a divisão dos poderes se notabilizou e suas teorias exerceram grande influência no pensamento político moderno.

Observamos no sistema proposto por tal filósofo a presença dos poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Montesquieu (1999) pontuava que os poderes deveriam ser distribuídos para evitar o abuso de poder e que os governos deveriam ser moderados e equilibrados para assegurar o exercício dos direitos individuais. Era justamente este o ponto que distinguia a teoria proposta por Montesquieu das demais teorias propostas por outros filósofos: a garantia de liberdade dos cidadãos. E tal liberdade era condicionada à contenção do abuso de poder.

Na teorização proposta por Montesquieu, quando uma só pessoa governa não há liberdade:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode temer-se que o mesmo monarca ou mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.[...] Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 1999. p.74).

Por isso, é necessário haver a repartição de competências entre os poderes, para impedir a concentração de poderes em uma única pessoa. O filósofo previu em seu sistema as faculdades de impedir e estatuir, denominado posteriormente de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que consiste no controle do poder pelo próprio poder. Cada poder teria suas funções típicas, mas exerceriam controle em relação às funções dos demais poderes,

podendo exercer também, caso necessário, funções atípicas. Existiria, portanto, um controle recíproco entre os poderes estatais.

Em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, o princípio da separação dos poderes teve seu espaço garantido no artigo 16 que disciplina que: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”. Porém, não só tal Declaração recepcionou o princípio da separação dos poderes, tal princípio se propagou e foi abrigado por diversas constituições em todo o mundo, como por exemplo, a Constituição americana, a brasileira, dentre tantas outras.

É importante destacar que a separação dos poderes, nos moldes propostos por Montesquieu, também sofreu duras críticas e muitas reformulações, tendo em vista adaptar o sistema que foi proposto durante o Estado Liberal para o Estado Social de Direito. Pois não seria possível permanecer de forma intacta com o modelo proposto pelo filósofo, na sociedade atual, uma sociedade mais complexa que precisa de uma interpretação e dinâmica diferente da sociedade que vivenciou o Estado Liberal.

De toda sorte, a separação de poderes permanece como ideia racionalizadora do aparato estatal ou como técnica de organização do poder para a garantia das liberdades. (CLÈVE, 2000, p. 44)

Como foi dito, depois de Montesquieu existiram grandes autores que trouxeram novas teorizações a respeito da separação dos poderes, um desses autores foi Bruce Ackerman que desenvolveu um modelo de separação intitulado como ‘parlamentarismo limitado’, pois neste o legislativo é restrito pela Constituição escrita e pela Corte Constitucional. O autor traz para seu modelo a ideia de controles mútuos, mas que não se restrinjam aos três poderes, como proposto por Montesquieu.

Ackerman (2009, p.8) afirma que o parlamentarismo limitado é a forma mais promissora de separação de poderes dos últimos tempos, após demonstrar o sucesso em países que se inserem nos contornos do seu modelo, como Índia, Canadá e África do Sul.

Para o autor, hodiernamente há três fatores a fundamentar a separação de poderes. Inicialmente, pode-se falar da democracia como importante princípio a ser assegurado, pois a separação colabora, mediante suas fórmulas, com o projeto popular de autogoverno. Ademais, a especialização das funções e sua correspondente organização a partir da natureza da atividade a ser desempenhada também se mostra importante. Por fim, não se deve esquecer a proteção e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos (ACKERMAN, 2009).

Embora existam algumas teorizações a respeito da separação de poderes, na Colômbia a separação se dá entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O Poder Legislativo é composto pelo Senado e pela Câmara de Representantes. O Poder Executivo é representado pelo Presidente da República e o poder Judiciário é composto, dentre outros, pela Corte Suprema da Justiça, que é seu órgão máximo, e pela Corte Constitucional. (COLÔMBIA, 1991)

Embora exista uma série de funções específicas de cada poder, a Corte Constitucional Colombiana tem o dever de guardar a integridade e supremacia da Constituição. Tendo em vista sua função, é que a Corte se propôs a agir diante de temas que não eram de sua competência e sim de competência dos poderes Executivo e Legislativo, mas que por estes se manterem inertes, a Corte interferiu e declarou o ECI.

Pois bem, o argumento de respeito ao princípio da separação de poderes, à divisão de funções estatais e ao estabelecimento de competências dentre os órgãos que compõem o estado não pode permitir que direitos sejam violados e a constituição seja desrespeitada.

Com efeito, a Corte redesenha a divisão de poderes e funções estatais, mas com o objetivo de preservar o direito de minorias que foram violados e que continuariam sendo se nada fosse feito.

4 A expansão do estado de coisas inconstitucional: aplicação no Brasil

A aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional não se restringiu apenas a Colômbia, diversos outros países passaram a fazer uso da importante teoria em suas decisões judiciais. Dentre estes países, temos o Brasil, tendo em vista que nos moldes em que este instituto foi concebido pela Corte Colombiana resultaram em consequências no ordenamento jurídico brasileiro.

O ECI foi reconhecido pela primeira vez no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2015, no julgamento da ADPF nº 347. A ADPF foi proposta pelo PSOL e nela, foi requerido que se reconheça a violação de direitos fundamentais da população carcerária brasileira e seja determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país.

Na ADPF foram ressaltadas as condições degradantes que são vivenciadas pelos presos no sistema penitenciário brasileiro, como: celas superlotadas, falta de higiene, torturas, violências sexuais, ausência de acesso à saúde, à educação, dentre tantas outras situações desumanas que são vivenciadas diariamente pelos presos. Situação que se assemelha àquela apresentada na Sentencia T – 153 que versa sobre o sistema penitenciário colombiano.

O STF, por sua vez, ao apreciar os pedidos de medida cautelar, deferiu a cautelar em relação a realização de audiências de custódia, de modo que o preso deve ser apresentado a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão e no que se refere ao descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), proibindo a realização de novos contingenciamentos. (BRASIL, 2015)

Embora a ADPF ainda aguarde o seu julgamento de mérito, todos os ministros presentes ao proferirem seus votos quanto à análise dos pedidos de medida cautelar, reconheceram a condição degradante pelo qual passa o sistema penitenciário brasileiro, destacando veemente a necessidade de melhorias e reestruturação

do sistema. O então Presidente do Supremo, o ministro Ricardo Lewandowski, reconheceu, no caso, a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional.

5 Considerações finais

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional é uma grande inovação para o ordenamento jurídico. Embora se deva respeito ao princípio da separação de poderes, a Corte Constitucional não pode se omitir diante de tamanha inércia dos demais poderes públicos, inércia esta que viola grandemente o que está expresso na Constituição.

Diante de situações extremas, a atuação do Judiciário se faz necessária. É preciso uma comunhão de esforços por parte dos poderes estatais para que direitos fundamentais deixem de ser flagrantemente violados. O ativismo por parte do Judiciário, portanto, se justifica diante de situações excepcionais.

No caso das decisões colombianas de declaração de ECI, demonstrou-se tanto situações de fracasso, no caso do sistema penitenciário, como de sucesso, no que se refere ao caso de deslocamento forçado da população por conta da violência. Os demais exemplos mostrados só reforçam o quanto a Corte Colombiana tem sido de fundamental importância na resolução de grandes problemas sociais.

A aplicação do ECI pelo Brasil ainda é muito recente e não teve grandes resultados concretos, pouca coisa mudou desde a declaração em 2015 e o cenário atual. É preciso aguardar para observar os desdobramentos da questão.

Portanto, conclui-se que é necessário manter um equilíbrio entre a defesa dos direitos fundamentais e o princípio da separação de poderes, para tanto, entende-se que o judiciário deve continuar intervindo na aplicação dos direitos fundamentais e das políticas públicas, mas com um caráter fiscalizador para dar efetividade a aplicação destes.

Referências

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 05 fev. 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 nov. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Juspodivm, 2016.

_____. **Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”?**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia de 1991**. Disponível em: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html. Acesso em: 02 abr 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-559 de 1997**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 02 abr 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-025 de 2004**. Disponível em: http://legal.legis.com.co/documentobra=jurcol&document=jurcol_759920417633f034e0430a010151f034. Acesso em: 02/12/2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-153 de 1998**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em: 02 abr 2017.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

A aplicação dos princípios da insignificância e da proporcionalidade na política de drogas brasileira

Victor de Goes Cavalcanti Pena¹

1. introdução (uma abordagem crítica sobre o tráfico de drogas no brasil)

O modelo político brasileiro contra o tráfico de drogas é o proibicionismo, este foi trazido dos EUA e implantado como o sistema base contra o tráfico. Neste modelo a presença de uma força bruta contra o ato ilícito é constante e o combate contra tal só se intensifica. Mas mesmo com a intensa proibição não há diminuição no número de ocorrências por tráfico, ou diminuição no número de usuários. A política proibicionista no Brasil é o amplo campo para o aumento da força punitiva, como esclarece Maria Lúcia Karam (2002, p.133):

“Passado treze anos e entrados em um novo milênio, assistimos à consolidação da internacionalização política proibicionista, ditada pelos Estados Unidos da América, cuja irracionalidade – sob o ponto de vista de uma criminologia voltada para os valores da dignidade e da liberdade individual e que tem a pessoa humana como seu centro de referência – agrava-se vertiginosamente. No Brasil, à semelhança do que ocorre em outros países, a política proibicionista, propagadora da “guerra às drogas” é, hoje, o campo

¹ Acadêmico de Direito na Universidade Católica de Pernambuco, integrante do Grupo Asa Branca de Criminologia, e-mail: victor_goess@hotmail.com

mais fértil de germinação da crescente ampliação do poder punitivo, a perigosamente ameaçar os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.”.

Esse modelo político penal, ganha grande força com a forma que a droga é tratada dentro do país. Tanto pela mídia quanto pela população, a droga ilícita é vista de uma maneira degradante e geralmente associada ao crime. Quando muitas vezes a droga é utilizada por pessoas de classe média para alta, que criticam o ato do tráfico e compõe o mercado consumidor. Assim, o tráfico é combatido com os encarceramentos em massa, mas ele não diminui ou deixa de existir, já que aqueles presos são bodes expiatórios de algo maior.

A guerra às drogas é travada ferozmente no atual cenário brasileiro, esta é justificada por argumentos contraditórios, como a “questão da saúde pública” e pelo argumento da proteção dos cidadãos contra o grande “mal” do país, as drogas ilícitas. A saúde pública é, supostamente, a grande protegida das arbitrariedades do sistema na batalha como o tráfico de drogas ilícitas e pelo argumento da proteção dos cidadãos vemos algo extremamente seletivo. Estes argumentos, na verdade, não passam de uma maquiagem para os reais motivos deste embate.

Além da demanda social intensa quanto à caça das “demonizadas” drogas ilícitas, os sistemas de apreensão procuram o lado mais fraco para abaterem e realizarem seus interesses. Para cada traficante preso e quantidade de droga apreendida, os policiais ganham bonificações, estas funcionam como estímulo para uma procura mais intensa por drogas, mas não nos grandes centros ou em lares de classe média, mas sim em favelas e bairros abatidos pela pobreza e criminalização

Essas pessoas, na maioria, que são presas pelo crime de tráfico de drogas muitas vezes estão ali por pura necessidade ou por falta de opção, sim, existem aqueles que optam por entrar neste mundo de vendas e perigo, mas outros que são levados a este por caminhos

que não poderiam ser alterados pela realidade em que vivem. Maria Lúcia Karam em um de seus textos aborda o tema (2009, p.03):

“A “guerra às drogas” não é e nunca foi propriamente uma guerra contra as drogas. Não se trata de uma guerra contra coisas. Dirige-se sim, como quaisquer outras guerras, contra pessoas: os produtores, comerciantes e consumidores das selecionadas substâncias psicoativas tornadas ilícitas. Mas, não exatamente todos eles. Os alvos nessa guerra são os mais vulneráveis dentre os produtores, comerciantes e consumidores das drogas proibidas; os “inimigos” nessa guerra, são seus produtores, comerciantes e consumidores pobres, não brancos, marginalizados, desprovidos de poder.”

De certo, ao deter alguém com drogas e tratá-la como usuária ou traficante é uma atividade de enorme relevância. Se traficante, a pessoa é conduzida a um centro de triagem e o auto de prisão em flagrante encaminhado ao juiz que, nos termos do art. 310 do CPP, pode conceder liberdade provisória, converter o flagrante em preventiva ou decretar outras cautelares alternativas. Diferente, se a pessoa é tratada como usuária, gera-se um Termo Circunstanciado de Ocorrência e a pessoa se compromete a comparecer ao Juizado Especial Criminal, instância competente para processamento e julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo.

O proibicionismo brasileiro, em desacordo com a proposta inicial, acaba por selecionar os membros da sociedade que iria punir, pois nem todos aqueles que exercem funções na rede do tráfico podem ser alcançados. Para saciar a demanda social, o poder policial recai sobre aqueles mais marginalizados pela condição social, e que em sua maioria possuem a pele negra. Estes sofrem por representarem disfunções sociais e acabam por tornarem-se bodes expiatórios, ou seja, serão usados como sacrifício para satisfazer a demanda por segurança de parcela da população que possui poder suficiente para exigir. Essa seletividade põe em risco todo o sistema punitivo, já que não haverá punições justas se tudo que é visado é o encarceramento.

Não se deve adotar medidas extremas de punições, pois assim irá prevalecer as atuais condições do sistema carcerário, ou seja, superlotado e falho. Além de todas as prisões não resolverem, não há uma preocupação com investigações a fundo sobre a rede completa do tráfico, prende-se os pequenos traficantes, que logo são substituídos, e os “chefes” continuam com seu sistema de distribuição, que muitas vezes envolve até policiais.

A partir disto que observamos a falha no nosso sistema legislativo de combate às drogas ilícitas, pois mesmo com toda propagação da ideia das drogas como um mal, não há na lei uma diferenciação objetiva das drogas, o que daria um suporte para o aplicador do direito para diferenciar os traficantes e usuários, já que são tratados de maneira tão diferente pelo legislador.

2. Princípios

A. Princípio da insignificância

Para esse princípio o direito penal não se preocuparia em penalizar condutas que não chegam a ferir o bem jurídico protegido. Ou seja, não haveria a tipicidade material, que é aquela que prevê a real lesividade social da conduta. Não bastaria que a conduta esteja prevista ou não como crime, mas faz-se necessário que ela seja capaz de lesar ou expor terceiros a risco, provocar lesões significantes ao bem jurídico tutelado.

A ação estatal, assim, não poderia interferir de maneira demasiada no comportamento social, daí que observamos a relação do princípio da insignificância com o da intervenção mínima do Direito Penal.

Tal situação nos leva a concluir que o princípio da insignificância é aquele que prevê a aplicação do direito penal de uma maneira que seja eficaz contra condutas que afetem o bem jurídico protegido pela norma. E a partir do momento que esses

bens não sofressem nenhum tipo de perigo não haveria porque estabelecer qualquer grau de punição.

Mas claro que para que esse princípio seja aplicado corretamente, deve haver do magistrado uma análise pormenorizada de todos os aspectos da conduta do agente e leva-la a um grau de julgamento mais humano de acordo com o previsto na nossa legislação.

B. Princípio da proporcionalidade

Este princípio tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade. Nenhuma garantia goza de valor supremo e absoluto, e modo a aniquilar outra garantia de valor e grau equivalente.

Carregando em si a noção de razoabilidade, em uma relação intrínseca, o princípio da proporcionalidade é muitas vezes chamado de razoabilidade. Tal ideia nos mostra como esse princípio deve ser utilizado quanto à proteção dos direitos do cidadão em face de eventual arbítrio do poder do Estado.

A teoria da proporcionalidade prega a ponderação da atuação do Estado, visa equilibrar os objetivos do legislados em razão dos interesses da sociedade, e os meios utilizados para isso. O princípio traz a adequação e necessidade de certa norma ou atitude estatal para com o social, busca equilibrar os anseios sociais e direitos individuais com as ações e poderes estatais, já que muitas vezes o indivíduo fica à mercê do poder estatal, que pode ser discricionário.

3. Relação dos princípios com a lei 11.343/2006

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

***§ 10*As mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.**

§ 20Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 30As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 40Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 50A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 60Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 70O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Este é o artigo da lei de entorpecentes (lei 11.343/06) que estabelece os usuários dentro da questão do tráfico no Brasil. Como observamos não há nenhum critério numérico ou objetivo quanto as especificidades das drogas, basta que apenas possua qualquer daqueles produtos considerados entorpecentes para que esteja enquadrado como usuário.

Mas não só isso, podemos enxergar a clara desídia do legislador ao deixar nas mãos do juiz a decisão se a droga era para consumo ou não, indicando que este analise a quantidade de drogas, o lugar, o modo e os antecedentes do apreendido.

Essa discricionariedade dada pela lei de entorpecentes dá poder o poder punitivo do estado e deixa aqueles que muitas vezes precisam de ajuda sem tê-la. Neste sentido, vemos que a falta de um critério objetivo, seja numérico, seja quanto ao tipo de droga, seja uma mistura, traz um déficit para a lei.

A ideia dos princípios da insignificância e da proporcionalidade aqui entraria como uma forma de este juiz analisar todos os dados pormenorizados e ver que muitas vezes o bem social que está se protegendo (saúde pública) não corre nenhum risco. Na maioria das vezes a única pessoa que corre risco é o usuário, que fica sem nenhum suporte quanto ao seu vício e encontra-se desamparado pelo poder estatal.

Analisar os casos de entorpecentes olhando a pessoa e suas necessidades seria o correto no sentido da aplicação dos princípios. Pois se eu olhar apenas a quantidade posso não ter o conhecimento suficiente para estabelecer que a apreensão se dá para tráfico ou uso.

Necessário que se olhe as quantidades de forma objetiva, com amparo legal, mas que também se olhe a condição daquela pessoa e como aconteceu aquela apreensão. Pode ser que tenha havido uma apreensão de 200 gramas de maconha, estas estavam com uma pessoa e ela andava na rua tranquilamente, consigo não levava nenhum tipo de armamento ou dinheiro em quantia elevada, tinha apenas a erva, seda e isqueiro, fora seus pertences. Nessa situação pode-se analisar

que aquela droga seria para uso próprio, mas infelizmente no Brasil temos condenações por tráfico por conta desta quantidade de drogas. Como exemplo, trago o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. NARCOTRÁFICO (ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06). PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO EM 23.08.2010. APREENSÃO DE 100 GRAMAS DE MACONHA. LIBERDADE PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DE TODAS AS PRISÕES PROVISÓRIAS. ART. 93, IX DA CF. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA NO CASO CONCRETO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. PARECER DO MPF PELA DENEGACÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. Todas as prisões antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória têm caráter cautelar e devem estar amparadas em alguns pressupostos do art. 312 do CPP; dessa forma, a adequada fundamentação da decisão judicial que a decreta ou que a mantém (no caso de prisão em flagrante), ainda que se trate de crime hediondo ou a ele equiparado, como na hipótese de tráfico de drogas, é requisito fundamental e indispensável para a sua validade no nosso ordenamento jurídico, em face do disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, que não pode ser excepcionado por norma de caráter infraconstitucional. 2. No caso concreto, presentes indícios veementes de autoria e materialidade do delito, a manutenção da prisão cautelar não se fundou somente na vedação contida na norma especial (art. 44 da Lei 11.343/06); ao contrário, encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública, pois a quantidade do entorpecente apreendido (15 porções, 1 tijolo e 1 cigarro de maconha) indica que o acusado faz do tráfico um meio de vida, sendo concreto, portanto, o risco de reiteração criminosa. 3. Parecer ministerial pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada. (STJ - HC: 193122 SP 2010/0228441-5, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 31/05/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2011)

A justiça brasileira é altamente intolerante com a questão dos entorpecentes e introduzir a ideia do princípio da insignificância, considerando uma pequena quantidade, ou até mesmo que a

conduta não represente perigo para o social é algo longínquo para nossos magistrados.

O princípio teria aplicação dentro do sistema de punibilidade quanto ao tráfico, pois certas ocasiões e com certas quantidades e tipos de drogas são situações de uso e que acabam sendo consideradas como tráfico. Tudo isso gera um questionamento, o porque de haverem penas tão altas para uma conduta que muitas vezes pode nem ser considerada perigosa para a sociedade?

A ideia de termos um julgamento melhor fundamentado é essencial, para que haja penas mais humanas e que se utilizem os princípios trazidos no presente artigo. Não devemos olhar apenas para a conduta que é reprovada por toda a sociedade, mas sim como aquela se deu, como foi o seu desenvolvimento e os fins da mesma.

Ficarmos na análise apenas do crime é algo prejudicial para o comprometimento da justiça, pois assim só iremos prender mais pessoas que poderiam ser ajudadas de outras maneiras e acabamos por superlotar presídios que já estão em estado de alerta.

A busca por um julgamento mais correto e preciso deve ser intensa quanto aos entorpecentes, uma punibilidade excessiva não irá mudar o fato de o crime continuar acontecendo, de termos pessoas viciadas e que prisões vão acontecer todos os dias.

Nessa esfera que adotamos o princípio da proporcionalidade. Este nos vem como uma forma de equilibrar o poder punitivo do estado com a esfera de liberdade das pessoas. Na lei de entorpecentes adotamos uma pena alta para o crime de tráfico, e que como já explanado, muitas vezes é confundido com o uso e pessoas que precisam de auxílio médico-psicológico são postas em presídios sem nenhuma estrutura de reintegração.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Como observa-se no artigo que traz a pena do tráfico de drogas na lei, a penalidade é elevada. E não termos um critério objetivo que norteie o magistrado na categorização e aplicação da devida pena é algo falho na nossa legislação. Devemos adotar a utilização dos princípios por questões de proteção ao indivíduo que está ali sendo julgado.

Não é para que se despenalize os que incorrem no tráfico, mas para que se saiba em que conduta o agente vai ser devidamente enquadrado, se em uso ou em tráfico, o que acaba gerando uma zona cinzenta nos julgados atuais. Pois deixamos a critério policial, que ao chegar par ao juiz vai apenas buscar a pena daquele sujeito, mas a questão de observar as circunstâncias da apreensão, assim como as circunstâncias da pessoa e da droga, deve sempre acontecer.

Com a adoção dos princípios da insignificância e da proporcionalidade não deixaremos de ter os crimes relativos aos entorpecentes, mas teremos uma diminuição considerável nas prisões por tráfico de drogas que por muitas das vezes são condutas de uso. E assim poderemos buscar uma forma de auxiliar de forma efetiva aqueles que são usuários, como é previsto na lei 11.343/06.

4. Jurisprudências exemplificativas

Podemos observar por alguns dos julgados que os princípios não são adotados quando se trata do caso de entorpecentes, os tribunais continuam a priorizar a ideia de um crime de perigo abstrato e acabam por enquadrar, na maioria das vezes, por quantidades pequenas de drogas.

PENAL. POSSE DE ENTORPECENTE. USO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Segundo entendimento desta Corte e do STF, não incide o princípio da insignificância ao delito de posse de entorpecente

para uso próprio, pois é de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida. 2. Recurso ordinário não provido. (STJ - RHC: 35072 DF 2013/0002404-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 18/11/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: Dje 03/12/2014)

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - INSIGNIFICÂNCIA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. I. O tráfico de drogas é crime de perigo abstrato. O tipo penal incriminador visa tutelar a saúde pública. Não se aplica à espécie o princípio da insignificância. Precedentes do STJ e TJDFT. II. O § 2º do art. 44 do CP determina que a reprimenda corporal superior a 1 (um) ano de reclusão deve ser substituída por duas restritivas de direitos. III. Recurso desprovido. (TJ-DF - APR: 20140110370844, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 13/08/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 25/08/2015 . Pág.: 79)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem, da norma penal incriminadora. Precedentes. 2. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes. 3. Para a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos. 4. A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do

delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. 5. Recurso em habeas corpus não provido. (STJ - RHC: 37094 MG 2013/0118921-3, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 04/11/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: Dje 17/11/2014)

Neste julgado podemos ver que não importa para os tribunais a quantidade de drogas apreendida, apenas pelo fato de possuir tal objeto já o enquadra como um potencial infrator da saúde pública, que é o viés protegido pela lei de entorpecentes brasileira.

Esquece-se sobre o indivíduo e sua liberdade de consumo de produtos considerados ilícitos em sua esfera particular. Os atuais julgados se prestam apenas a incriminar as condutas que possuem qualquer quantidade de droga, já que o objeto jurídico da lei seria a saúde pública, e como é crime de perigo abstrato, não necessita que a quantidade de drogas seja grande, pois basta a posse para que esteja colocando a sociedade em perigo.

Não há como concordar com tais argumentos, como se visa proteger a saúde pública e esquece de proteger até mesmo a própria saúde do indivíduo? A lei de entorpecentes prevê que aqueles que se enquadrarem nas hipóteses de uso serão levados a tratamento, mas o que se vê é apenas uma displicência com esses indivíduos.

São deixados aos cuidados de ninguém para que possam se recuperar do vício e poderem realizar normalmente suas atividades, o que não acontece. Já que o estado não dá nenhum suporte a essas pessoas, assim como não ajuda os recém libertos de suas penas privativas de liberdade.

O grande problema no sistema brasileiro é que além de não haver uma diferenciação legislativa entre usuário e traficantes, não proporciona nenhum apoio a nenhuma das categorias. Ambos são demonizados ao ponto de haver apenas uma condenação e não o suporte posterior.

5. Conclusão

Por todo o exposto, podemos chegar ideias já debatidas durante toda o artigo. Nossa legislação precisa ser alterada no sentido de proporcionar ao que apreende e ao que julga uma forma mais clara de diferenciar traficantes e usuários, já que não se diferenciam de maneira palpável as duas categorias de conduta.

Ter um critério numérico não resolveria nossos problemas, até porque nem sempre a questão se dá pelo número de drogas apreendida, estabelecer uma tolerância em forma de números apenas, acabaria por levar ao poder punitivo criar mais casos anômalos de prisões.

O necessário é um estudo médico e jurídico, o qual leve em consideração os aspectos químicos dos entorpecentes e da afetação social. Pois com um estudo aprofundado sobre o tema que poderia haver um melhor diálogo do magistrado com a aplicação dos princípios da insignificância e proporcionalidade.

Se houvesse uma lei na qual teríamos para cada tipo de droga um parâmetro de quantidade aceitável e um parâmetro de quantidade prejudicial poderíamos começar a controlar melhor as prisões que ocorrem diariamente. Com essas categorizações poderíamos colocar certas quantidades em relação com a conduta de tráfico ou uso.

Mas tudo isso ocorreria com um exame toxicológico no agente apreendido, para que fosse possível auferir se havia ou não o consumo. Não deixar apenas na questão da conduta do agente e na quantidade de droga que carregava.

Unindo essa ideia de uma diferenciação legislativa que pudesse basear o apreendedor e o julgador, sem nunca esquecer das questões envolvidas na situação (como: situação do agente, como ocorreu a apreensão, condutas do agente, o momento da apreensão e sua narrativa), trazemos a aplicação do princípio da insignificância e da proporcionalidade.

Esses princípios devem ser levados em conta quando, no momento da apreensão ou do julgamento, se observar que a mistura

de todos os fatores mostra que a conduta não gerava nenhum tipo de perigo a qualquer que seja o bem protegido pela lei.

A aplicabilidade dos princípios nos casos de entorpecentes tornaria os julgamentos mais humanos para um sistema extremamente punitivista. Pois não seria necessário que houvesse uma mudança legislativa, apenas que o sistema de apreensão e o de julgamento adotassem métodos que proporcionassem ao agente um julgamento mais detalhado.

Mesmo que os crimes envolvendo os entorpecentes sejam considerados de extrema periculosidade, não devemos deixar de levar em conta que também estamos envolvidos com questões de saúde e que para isso precisamos criar um suporte para aqueles que se envolvem no vício.

Não é apenas prender, isso não irá resolver nada no sistema de tráfico/uso brasileiro, tem que se criar consciência na sociedade, instruir e mostrar como agem os agentes alucinógenos. Nada adianta que tenhamos uma lei tão punitivista e uma forma de recuperar aqueles envolvidos, seja no uso, seja no tráfico, tão ineficiente.

Referências

- ANDRADE, Vera R. P. de. A soberania patriarcal. O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher..Seqüência (Florianópolis), v. 50, p. 71 - 102-102, 2005. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>>
- BECKER, Howard Saul. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: J.Zahar, 2008.
- BOITEUX, Luciana. *CONTROLE PENAL SOBRE AS DROGAS ILÍCITAS: O IMPACTO DO PROIBICIONISMO NO SISTEMA PENAL E NA SOCIEDADE*. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2006 (Capítulos 3 e 4) Disponível em <<http://comunidadesegura.org.br/files/controlepenalsobredrogasilicitas.pdf>>

- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. São Paulo Saraiva, 2013 (PARTE I - pgs. 53-162)
- ILGENFRITZ, I; SOARES, Bárbara M. *Prisioneiras*. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2002. (Capítulo 1)
- KARAM, Maria Lucia. Revisitando a sociologia das drogas. ANDRADE, Vera Regina P. de. *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- MELLO, Marília Montenegro P. de. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015. (Capítulo 3)
- MISSE, Michel. Rio como um bazar, a conversão da ilegalidade em mercadoria política. *Insight Inteligência*. Rio de Janeiro: v.3, n.5, 2002, p.12-16.
- RAMOS, Silva; MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005 (1º Capítulo: “A PM e as abordagens nas ruas da cidade”)
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU A LÓGICA DO GALINHEIRO. In: KUPSTAS, Márcia (org.). *Violência em Debate*. São Paulo: Moderna, 1997. p. 39-57.
- URRUTH, Larissa. *O inquérito policial e o dilema brasileiro: notas sobre a perseguição penal pré-direcionada*.
- ZACONNE, Orlando. Sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas. Rio de Janeiro: Revan, *Discursos sediciosos*, ano 9, número 14, 1º e 2º semestres de 2004, p. 181-195

(Im)parcialidade do juiz diante da ausência do ministério público à audiência de instrução: retrocesso ao modelo inquisitório?

Victor de Lemos Pontes¹

O sistema inquisitório foi um sistema surgido em meados do século XIV, mas que veio passando por um período de profundas transformações desde o século XII, quando ainda vigorava o sistema acusatório, o qual tem sua origem remontada ao Direito Grego e Romano (mormente na fase republicana), em que costumeiramente atribuíam-se funções distintas a cada “ator” processual. Esse novo sistema passou a concentrar os poderes (no sentido de atribuição) nas mãos do magistrado, sendo cada vez mais suprimida a figura do acusador – ainda que privado, nas mãos dos particulares – indo ao ponto de conceder todas as funções processuais a um único órgão estatal, no caso, o juiz enquanto personificação da Justiça.

Foi esse sistema inquisitório que trouxe pela primeira vez ao processo penal a famigerada “busca pela verdade real”, no entanto, à época (de seu surgimento) tratava-se de um princípio absoluto que em seu bojo continha a possibilidade de utilizar-se de meios não ortodoxos, como o uso da violência e da tortura, para combater a verdade absoluta, pregada pela Igreja, tendo em vista que o *Tribunal de Inquisição* perseguia aqueles considerados hereges ou que, de

¹ 9º período da Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Voluntário no Programa Institucional de Iniciação Científica da UNICAP – Período 2017-2018.

alguma forma, contrariavam à Igreja Católica. Assim, como fruto dessa inquisição surgia o juiz-inquisidor ao qual “cabia o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido”². Logo, no processo, não haviam partes propriamente ditas, imbuídas de parcialidade em defesa de seus interesses, mas apenas um juiz-faz tudo, que acusava, investigava, produzia prova e condenava, sempre com parcialidade, retirando qualquer possibilidade de exercício de defesa pela outra parte, em movimento de repulsão ao contraditório.

Assim, o processo penal na Idade Média – sabendo-se que o sistema inquisitório havia sido incorporado pela maioria dos códigos da época – trouxe uma alteração substancial, acarretando uma mudança anímica na gênese da forma processual adotada para a processualística criminal. O sistema superou a polarização dos integrantes do processo, por meio da lise do status quo processual, consagrada pelo sistema acusatório – que previa uma batalha justa e igualitária, do ponto de vista da paridade de armas – e transformou o processo em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado, o primeiro em abandono à posição de terceiro imparcial, em assunção de postura inquisitória e em atuação de atividades anteriormente outorgadas ao acusador³.

Entretanto, urge adentrar no ponto nevrálgico do sistema inquisitório, que não diz respeito apenas à reunião dos poderes de vários personagens processuais em apenas um (o juiz). Nesse sentido, assevera Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁴ que:

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz de Processo Penal**. In: *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. p. 23.

³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**/ Aury Lopes Jr. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 112.

⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 37.

que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos [...]

Desta feita, constata-se que o fato de o magistrado possuir a gestão da prova, sendo-lhe permitida a produção de prova de ofício, é a principal razão que retira a situação de imparcialidade do julgador. O magistrado passa a realizar um julgamento da prova que ele mesmo produziu e irá valorar na sentença aquilo que já foi pré-valorado por ele quando da realização do ato, em patente violação à situação de imparcialidade.

Há aqueles - diga-se, a maioria - que defendem a possibilidade e capacidade do juiz determinar a produção de prova *ex officio*. Estes utilizam como argumento para justificar a negação da quebra da imparcialidade: a mera função de julgar ao final do processo não assegura a realização de justiça, de forma que a produção da prova de ofício pelo juiz seria uma forma de dar maior segurança à decisão prolatada; não há como o juiz verificar qual das partes será favorecida ou prejudicada em razão daquela prova específica que será produzida; e considerar que a imparcialidade do juiz está presente na produção da prova de ofício traria a conclusão de que parcial também seria o magistrado que soubesse que a falta daquela prova beneficiaria a parte a quem ela resultaria desfavorável⁵.

No entanto, todos os argumentos proclamados por esta doutrina majoritária estão equivocados, tendo em vista, precipuamente, que a gestão da prova pelo juiz abre perigoso espaço ao magistrado, dando margem à discricionariedade judicial em busca da já citada “verdade real” que é utilizada irrestritamente, sem óbices à sua realização, o que vem, inclusive, a desobedecer garantias e princípios conquistados e assegurados pela Magna Carta. A produção de prova de ofício não pode se tornar uma obrigação ou

⁵ NERY JÚNIOR, Nelson, RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *Novo código de processo civil comentado*, São Paulo, Lualn, 2017. p. 208.

regra, pois assim, estar-se-ia alçando o juiz à condição de parte no processo, o que é dissonante da própria essência da jurisdição.

Outrossim, também defende-se que não seria obrigatório o exercício dos poderes de produção de prova, em que só os usaria quando verificasse alguma circunstância objetiva no caso concreto que o fizesse agir dessa forma (ex: hipossuficiência de uma das partes da relação processual). Tem-se, no entanto, que essa faculdade do magistrado pode acarretar decisões dissonantes para casos semelhantes, pois sempre que se vislumbrar com aquela circunstância objetiva, produzirá a prova de ofício, inviabilizando a plenitude da democracia⁶.

Essa “*parcialidade positiva*”⁷, no que atine ao juiz querer “equilibrar” as forças das partes, é violadora do devido processo legal, tendo em vista que essa tentativa se revela infrutífera, pois ao buscar beneficiar a parte por aquele considerado hipossuficiente, traz um desnivelamento quanto à outra parte, que será prejudicada. A busca pela verdade real na produção de provas traz, por vezes involuntariamente, ao magistrado o desejo de favorecer uma das partes. Assim, quando o conjunto probatório se encontra frágil a favor daquela parte que se pretende beneficiar, o juiz, (in)voluntariamente passa a atuar no processo de forma ativa, para que a sentença seja prolatada de forma diversa da que viria a se encaminhar. Saliente-se que não se pretende galgar o juiz à uma condição de neutralidade, pois é sabido que ele, como ser humano que é, possui suas preferências, os temas repelentes dentro do seu mundo intrapsíquico, mas não se pode aceitar que estas preferências sejam externadas e tragam um privilégio a uma das partes tendentes a ser favorecida⁸.

⁶ ABOUD, Georges. *Discrecionalidade Administrativa e Judicial*. RT, 2014.

⁷ SOUZA, Artur César de. *A parcialidade Positiva do Juiz*. São Paulo: RT, 2008.

⁸ NERY JÚNIOR, Nelson, RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *Novo código de processo civil comentado*, São Paulo, Lualn, 2017. p. 214.

Como é perceptível, do que fora trazido à baila neste artigo acerca da imparcialidade do julgador, fez-se referencia, até o presente momento, propositadamente, ao que a doutrina chama de *imparcialidade*, ou também imparcialidade objetiva, pois esta não se preocupa com a existência de vínculos de qualquer gênero entre o juiz e qualquer das parte, mas com a *terzietà* (alheamento), ou seja, ser um terceiro equidistante das partes, em exercício de suas próprias funções. O direito não possui ferramentas hábeis e eficazes a controlar a imparcialidade subjetiva, tendo em vista não ser possível adentrar na psique humana e conhecer os intentos do julgador, por isso, a forma encontrada a buscar controlar a função de julgador imparcial é por meio da *imparcialidade*, através de normas que estabeleçam, inflexivelmente, a impossibilidade do juiz exercer funções diversas das que lhe são atribuídas, até porque, na maioria dos casos, a quebra da imparcialidade é inconsciente, e ainda que o juiz opere com seriedade, inevitavelmente esta quebra irá ocorrer. Desta forma, manifestam-se Eduardo José da Fonseca Costa e Diego Crevelin de Sousa⁹:

Persegue-se a imparcialidade (isenção psíquica/aspecto subjetivo) através da limitação do juiz aos atos estritamente compatíveis com a função judicante. Dentre seus vários aspectos, a imparcialidade objetiva pode ser compreendida a partir da noção de imparcialidade (...)

Em fuga do campo abstrato para o mundo palpável, há uma situação que se apresenta de forma recorrente nos fóruns e juizados de todo o país, que é a ausência de promotores de justiça à audiência de instrução e julgamento nos processos criminais. É cediço por todos os operadores do direito a deficitária estruturação quantitativa do Ministério Público, em termos de recursos humanos, tendo em vista o número de representantes deste órgão ser inferior ao número de varas existentes, o que acaba por haver promotores de

⁹ *Idem.* p. 187.

justiça em acúmulo de funções em mais de uma vara. Desta forma, levando em consideração o elevado número de processos em todas as serventias judiciais, sendo realizadas todos os dias audiências de instrução destes, torna-se impossível a presença do representante ministerial em todas elas e nesta fase é que se evidencia o grande problema desta ausência do *Parquet*.

Uma situação que se tornou típica e comum na prática do cotidiano forense é a realização de audiências sem a presença do órgão acusador, que também exerce a função de fiscal do ordenamento jurídico, por si só, estabelecendo uma nulidade absoluta para o processo, mas essa situação deve ser melhor elucidada em outro momento, por não ser este o escopo deste artigo.

Ocorre que, diante desta situação apresentada, na maioria dos casos, o juiz opta por realizar a audiência, imbuído do irrestrito e discricionário princípio da celeridade processual, o que, na prática, acaba por concretizar uma redistribuição de atribuições e permissões aos integrantes do processo, evidenciando-se uma anomalia jurídica. O juiz, verificando a ausência do promotor de justiça à audiência, não se satisfaz com a inércia da jurisdição, que lhe é inerente, e em violação à *imparcialidade*, bem como ao próprio sistema acusatório, exerce uma função atípica, que não é própria do seu mister, passando a substituir o acusador na inquirição das testemunhas e no interrogatório do réu. Esta situação revela-se anômala à luz dos princípios constitucionais, mas também ilegal, sabendo-se que o CPP buscou conter uma atuação mais ativista do juiz na audiência de instrução.

O Código de Processo Penal, após a Reforma substancial de 2008, modificou o art. 212 e passou a ter a seguinte redação:

Art.212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente às testemunhas, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Diante desta mudança, mesmo em situações em que o promotor de justiça esteja presente à audiência de instrução – em cumprimento ao seu dever institucional –, o juiz irá presidir o ato, abrindo a audiência e passando para a parte que arrolou a testemunha produzir suas provas, exercendo o juiz o papel de fiscalizador do ato, podendo suprimir questionamentos impertinentes e que não acrescentam à elucidação dos fatos. Ao final da inquirição de cada testemunha, após as partes terem realizados seus questionamentos, o juiz, à sua faculdade, poderá exercer pontos que não foram totalmente esclarecidos, em atuação completiva, e não mais de protagonismo, como anteriormente permitia o sistema inquisitório.

No entanto, em descumprimento ao que reza o ordenamento processual penal, na situação em que não resta presente o representante ministerial à audiência de instrução, o juiz ignora o modelo processual vigente (sistema acusatório) e retrocede a uma função de inquisidor, exacerbando a sua função judicante e assumindo o papel da parte, produzindo provas no papel que, em tese, pertence à Acusação. Neste sentido, ressalta Gomes Filho, que em um processo como o *adversary* (Inglaterra) a iniciativa probatória – como inerente ao sistema acusatório – é atribuída aos próprios participantes (leia-se partes) do processo, e é daí que decorre o papel de mero moderador e mediador exercido pelo juiz no julgamento, que, via de regra, não deve intervir¹⁰.

É exatamente pelo risco que esse ativismo indevido do julgador causa ao julgamento imparcial do processo e o risco à violação ao princípio da identidade física do juiz, que se divide as funções dos sujeitos processuais (*imparcialidade*), fundado precipuamente na necessidade de preservar a parcialidade das partes. Por isso, não por acaso, o processo se apresenta como um quadro de repartição funcional equilibrado, em que são atribuídas,

¹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O Direito à Prova no Processo Penal*. p.59-60.

de maneira a evitar qualquer confusão à sua atuação, as funções de cada sujeito processual. Portanto, o juiz deve exercer as funções judicantes e o Ministério Público deve exercer a função de órgão acusatório e fiscal do ordenamento jurídico, não podendo um adentrar na esfera de discricionariedade do outro, sob risco de descumprir a forma estabelecida e acarretar nulidades ao processo.

Assim, o juiz estando em desconfiança ou não da culpa do acusado, quando o representante ministerial não esta presente na audiência de instrução, aquele introduz-se na busca de provas que sequer foram consideradas pela acusação, por falta de oportunidade. O juiz irá, provavelmente, formular sua decisão em sua *psique* através dos elementos de prova que ele mesmo colheu, o que acaba por afastar a posição do juiz de distanciamento das partes. Ademais, a paridade de armas fica comprometida, pois, naturalmente, no processo, as partes em tese, possuem os mesmos meios de provas e a mesma capacidade de influenciar o julgador para a prolação de qualquer decisão ou sentença. No entanto, nas situações que se verifica o juiz “em substituição” ao promotor de justiça na audiência, o duelo fica desigual e o peso na balança pende, obviamente, para o lado do julgador, tendo em vista a impossibilidade de se conceber um duelo entre o acusado e juiz, vez que este último tem o poder de decidir a causa.¹¹

De toda forma, o processo deve trazer uma “estética de imparcialidade”¹², ou seja, não poder ter tido o juiz, anteriormente, qualquer tipo de contato com a causa, seja na fase inquisitorial, seja na fase processual. Portanto, mais uma vez, evidencia-se que o contato prévio do juiz com as provas do processo, no momento em que ele as produz, no lugar da Acusação, gerará pré-juízos pelo julgador, afastando o distanciamento do terceiro imparcial com as

¹¹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Lumen Juris. 3 ed. São Paulo. p. 220.

¹² Limite Penal. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. <http://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>. Acesso em 12 de dezembro de 2017.

partes do processo, vez que o juiz irá levar em consideração as provas de sua autoria, por terem sido fundadas em suas convicções de culpabilidade ou não do acusado.

Diante do que fora apresentado, percebe-se que mesmo com as alterações efetuadas pela legislação processual penal, ainda persiste um ranço inquisitório, em herança ao processo penal do medievo, evidenciada, precipuamente na alteração do art. 212 do CPP, que alçava o juiz, em tese, a uma função mais discreta de não-participação na produção de provas, mas que, na prática, continua a perversão do sistema inquisitório, fulminando a sistemática do processo acusatório que deveria estar vigente na ordem jurídica hodierna.

Estando essa situação em recorrência na prática penal, depreende-se que com a manutenção dessa cultura inquisitória faz com que torne sem sentido a divisão de funções aos sujeitos processuais. Se o juiz consegue praticar todas as funções, de acusador e de julgador, pra quê necessitaríamos de um órgão independente e funcional a quem incumbe o mister de acusar? Novamente, há um retorno à figura do juiz-faz-tudo do *Tribunal da Inquisição*.

Portanto, o desafio a ser enfrentado cotidianamente pelos advogados criminais é a audiência em que o Ministério Público se isenta do seu dever institucional e não se faz presente, o que causa um temor ao próprio acusado, que não pode sequer ver a face do seu acusador e vê apenas a figura do juiz hiperbólico, sabendo que este que está lhe inquirindo, como ilegítimo acusador, é o mesmo sujeito que irá julgar sua causa.

Logo, a Constituição, que preocupou-se em manter a imparcialidade do julgador, a paridade de armas e o contraditório, como forma de instituir o sistema acusatório na ordem jurídica brasileira, merece ser cumprida, como forma de assegurar todos esse princípio supracitados, que são essenciais para que o julgamento seja despidido de nulidade e de qualquer influência parcial do julgador. O juiz deve manter-se equidistante das partes, deixando

a estas a incumbência de produzir as provas e, estando ausente, o representante ministerial, não haveria perguntas formuladas pela acusação, precluindo o ato, vez que a audiência de instrução é o momento oportuno para tal.

Resta notório, diante do exposto, que a ausência do Ministério Público à audiência de instrução não pode ser encarado como algo supérfluo, pois guarda enorme relevância no *decisum* do julgador. Apenas um juiz imparcial e sem produzir provas de ofício possui a capacidade de efetivar o verdadeiro processo penal, devendo prevalecer, portanto, a vontade da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, os quais asseguram o sistema acusatório, alçando o julgador a um sujeito imparcial e *impartial*.

Referências

ABADE, Denise Neves. Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do ministério público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ABBOUD, Georges. Discrecionalidade Administrativa e Judicial. RT, 2014.

BRASIL, Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 10 fev. 2017.

CABRAL, Antonio. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. Revista de Processo - IBDP, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 149, jul. 2007, p. 339-364.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz de Processo Penal. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal. p. 23.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 25 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Direito à Prova no Processo Penal. p.59-60.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. RBCCrim, Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCrim, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 27, 1999.

Limite Penal. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>> Acesso em 12 de dezembro de 2017.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal/ Aury Lopes Jr. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 112.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Imparcialidade do árbitro e do juiz na teoria geral do processo. In: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil. Malheiro. São Paulo, 2013.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson, RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Novo código de processo civil comentado, São Paulo, Lualn, 2017. p. 208.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Lumen Juris. 3 ed. São Paulo. p. 220.

SOUZA, Artur César de. A parcialidade Positiva do Juiz. São Paulo: RT, 2008