

José Cláudio Pavão Santana
James Magno Araújo Farias
Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino
Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann
Dimas Salustiano da Silva
ORGANIZAÇÃO

ESCRITOS DO DIREITO

AUTORES

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó
Alyne Mendes Caldas
Ana Beatriz Getelina Sousa
Anamaria Sousa Silva
Beatriz de Araújo Caldas
Cássius Guimarães Chai
Clara Lima Gomes
Claudio Alberto Gabriel Guimarães
Elenn Maína Pinheiro Félix
Fabiano Ferreira Lopes
Igor Ruggeri Fortes de Souza
James Magno Araújo Farias
José Cláudio Pavão Santana
Leonardo Albuquerque Marques
Lucyléa Gonçalves França
Maria da Glória Costa Gonçalves de Souza Aquino
Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann
Maria Laura Pereira da Silva
Mateus Trinta Bruzaca
Maurício Roberto Monier Alves Filho
Mônica Teresa Costa Sousa
Newton Pereira Ramos Neto
Rafael Astein Carvalho Alcântara
Roberto Carvalho Veloso
Suellen Souza Pereira
Tallyta Cilene Santos Leite
Thayara Castelo Branco
Thiago Allisson Cardoso de Jesus
Valéria Maria Pinheiro Montenegro

José Cláudio Pavão Santana
James Magno Araújo Farias
Maria da Gloria Costa Gonçalves de Sousa Aquino
Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann
Dimas Salustiano da Silva
ORGANIZAÇÃO

ESCRITOS DO DIREITO

São Luís



EDUFMA

2019

Copyright © 2019 by EDUFMA

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

Profa. Dra. Nair Portela Silva Coutinho - Reitora

Prof. Dr. Fernando Carvalho Silva - Vice-Reitor

EDITORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

Prof. Dr. Sanatiel de Jesus Pereira - Diretor

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Esnel José Fagundes

Profa. Dra. Inez Maria Leite da Silva

Prof. Dr. Luciano da Silva Façanha Profa. Dra. Andréa Dias Neves Lago

Profa. Dra. Francisca das Chagas Silva Lima

Bibliotecária Tatiana Cotrim Serra Freire

Prof. Me. Cristiano Leonardo de Alan Kardec Capovilla Luz

Prof. Dr. Jardel Oliveira Santos

Prof. Dr. Ítalo Domingos Santirocchi

Revisão

José Haroldo Matos Machado e Autores

Projeto Gráfico

José Haroldo Matos Machado

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Escritos do direito / José Cláudio Pavão Santana... [et al.], organização. — São Luís: EDUFMA, 2019.

440 p.

ISBN 978-85-7862-926-7

1. Direito – Coletânea. 2. Constituição Federal – 1988. I. Santana, José Cláudio Pavão. II. Feijó, Alexsandro Rahbani Aragão. III. Silva, Dimas Salustiano da. IV. Farias, James Magno Araújo. V. França, Lucyléa Gonçalves. VI. Aquino, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. VII. Heilmann, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. VIII. Sousa, Mônica Teresa Costa.

CDD 340

CDU 34

SUMÁRIO

Apresentação <i>José Cláudio Pavão Santana</i>	7
A Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de Direitos Humanos: análise da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência e os seus efeitos no direito brasileiro <i>Alexsandro Rahbani Aragão Feijó; Tallyta Cilene Santos Leite; Ana Beatriz Getelina Sousa</i>	9
Ativismo judicial: uma legitimidade necessária ou uma necessidade legítima? <i>Alyne Mendes Caldas</i>	27
A família nas Constituições brasileiras <i>Anamaria Sousa Silva</i>	55
Da invisibilidade para as estatísticas: o tráfico internacional de mulheres maranhenses para fins de exploração sexual. Uma perspectiva de gênero e de violação de Direitos Humanos após 30 anos de vigência das Promessas de Dignidade Igualitária <i>Cássius Guimarães Chai; Beatriz de Araújo Caldas</i>	81
Discutindo a segurança pública à luz das exigências de um estado democrático e de direito <i>Claudio Alberto Gabriel Guimarães; Thayara Castelo Branco; Maurício Roberto Monier Alves Filho</i>	105
Considerações sobre a inconstitucionalidade do §2º do art. 414 do Código Tributário do Município de São Luís de 2017 <i>Fabiano Ferreira Lopes; Leonardo Albuquerque Marques</i>	137
Constitucionalismo, biodireito e dignidade da pessoa humana <i>James Magno Araújo Farias</i>	153
A Constituição reinventada <i>José Cláudio Pavão Santana</i>	177
Breve estudo sobre a perspectiva de gênero no Brasil: a situação das mulheres na administração pública <i>Lucyléa Gonçalves França</i>	189
O acesso à justiça nos 30 anos de vigência da Constituição de 1988 <i>Maria da Glória Costa Gonçalves de Souza Aquino; Igor Ruggeri Fortes de Souza; Maria Laura Pereira da Silva</i>	201

A tutela do meio ambiente: 30 anos da Constituição de 1888 <i>Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann</i>	225
A proteção internacional do meio ambiente frente aos danos decorrentes de transporte de óleo no mar <i>Mônica Teresa Costa Sousa; Suellen Souza Pereira</i>	253
O caso “Trabalhadores da fazenda Brasil Verde”: o posicionamento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao trabalho escravo e ao tráfico de pessoas <i>Mônica Teresa Costa Sousa; Rafael Astein Carvalho Alcântara</i>	273
O princípio de <i>estoppel</i>: críticas acerca de sua aplicação pela Corte Internacional de Justiça e os reflexos no Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul <i>Mônica Teresa Costa Sousa; Mateus Trinta Bruzaca</i>	295
O Tribunal Penal Internacional e o sistema de reparação às vítimas: avaliação do êxito dos procedimentos a partir do caso Prosecutor x Germain Katanga <i>Mônica Teresa Costa Sousa; Clara Lima Gomes</i>	321
As sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira: em busca de um modelo democraticamente adequado <i>Newton Pereira Ramos Neto</i>	345
Coronelismo: a política de pão e circo ainda vigente no interior do Brasil <i>Roberto Carvalho Veloso; Elenn Maina Pinheiro Félix</i>	379
A descompassada afirmação do estado de inocência no ordenamento brasileiro e a atuação política do Supremo Tribunal Federal na contemporaneidade <i>Thiago Allisson Cardoso de Jesus</i>	401
Legião <i>Valéria Montenegro</i>	429
Multiverso onírico <i>Valéria Montenegro</i>	431
AUTORES	435

Apresentação

Temos a satisfação de entregar à comunidade acadêmica e aos estudiosos em geral a obra “Escritos de Direito” como registro de comemoração ao centenário do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão e aos 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Assembleia do Departamento de Direito, sob a direção da Profa. Dra. Lucyléa Gonçalves França, constituiu uma Comissão Científica, organizadora e de planejamento e publicação desta obra, dando-me a honra de presidi-la. Registro, desde logo, meu agradecimento.

São membros dessa Comissão, na qualidade de organizadores, além de mim, os professores James Magno Araújo Farias, Maria da Gloria Costa Gonçalves de Sousa Aquino, Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann e Dimas Salustiano da Silva.

Tomei a iniciativa de convidar o Prof. M.e Alessandro Rahbani Aragão Feijó, Coordenador do Curso de Direito, para que pudéssemos dinamizar os trabalhos, a que registro meus agradecimentos. Pessoais.

Agradeço, também, a todos os membros da Comissão, como, de modo particular, a cada um dos autores que contribuíram com suas obras que possuem importância fundamental para o registro histórico e científico do nosso Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, reiteradamente reconhecido com destaque no cenário nacional.

Tornamos o Direito instrumento de liberdade sempre que procuramos apresentá-lo como meio ou via de pacificação social, fundado sempre em seu alicerce supremo que é a Constituição da República, sem descuidar dos questionamentos fundamentais para quem pretenda fazer a ciência útil, como tal concebida aquela que pode (e deve) resultar em aplicação na sociedade.

Nosso compromisso com a Constituição da República revela-se nos trabalhos ora publicados, como homenagem merecida aos instrumento de declaração do Estado Democrático de Direito, cujo culto deve ser elevado ao “status” de sentimento constitucional, ao completar seus trinta anos de vigência.

Sejam imortalizadas, aqui, as ideias que compõem este registro comemorativo. Que traga consigo a inauguração de um tempo de novas produções acadêmicas.

O Curso de Direito no seu Centenário é a comprovação de que a Academia sempre será cenário do bom debate de ideias.

São Luís, “Patrimônio Cultural da Humanidade”, abril de 2019.

Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana

A Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de Direitos Humanos: análise da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência e os seus efeitos no direito brasileiro

The Federal Constitution of 1988 and the international treaties of Human Rights: analysis of the Convention of the Organization of the United Nations on the rights of the people with deficiency and their effects in the brazilian law

**Alexsandro Rahbani Aragão Feijó
Tallyta Cilene Santos Leite
Ana Beatriz Getelina Sousa**

RESUMO

O objetivo deste trabalho é verificar como se relaciona a proteção interna e internacional dos Direitos Humanos por meio dos efeitos do controle de convencionalidade na recepção da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência no direito brasileiro. A metodologia utilizada na pesquisa constitui-se em estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de bibliografia especializada, além do estudo de caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 182, que busca o redimensionamento do conceito da pessoa com deficiência, de acordo com a referida convenção internacional. Conclui-se que o controle de convencionalidade das leis surtiu efeito, no âmbito doméstico brasileiro, por meio da Lei nº 12.470/2011, que alterou o artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, de modo que o § 2º passa a vigorar com o conceito de pessoa com deficiência tal qual estabelecido na Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência.

Palavras-chave: Nações Unidas. Convenção. Pessoas com deficiência. Brasil. Efeitos.

ABSTRACT

The aim of this study is to see how it relates to domestic and international protection of human rights through the effects of the conventionality control in the reception of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the Brazilian right. The methodology used in the research is in descriptive-analytic study, developed through literature specializing in addition to the case study of the Action of Breach of Fundamental Precept (ABFP) nº 182, seeking the resizing of the person concept with disabilities, according to this international convention. It is concluded that the general theory of conventionality control laws took effect in the Brazilian domestic front, by Law nº. 12.470/2011, which amended Article 20 of Law nº 8.742/1993, so that § 2 of Article 20 becomes effective with the concept of disabled person as is established in Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Keywords: United Nations. Convention. Persons with disabilities. Brazil. Effects.

INTRODUÇÃO

A partir do processo de redemocratização do Brasil, que se iniciou desde meados da década de 1970, o país passou a ratificar tratados internacionais relevantes sobre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, houve alterações importantes, tais quais as disposições referentes à integração do Direito Internacional Público ao direito interno, especificamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sendo assim, o novo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 possibilita que os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos sejam equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros.

Dessa forma, a possibilidade dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos serem aprovados com um quórum qualificado e, conseqüentemente, serem equivalentes às emendas constitucionais traz à tona um novo tipo de controle das leis.

Nesta feita, não se fala apenas do controle de constitucionalidade, mas também do controle de convencionalidade, o qual diz respeito à compatibili-

zação vertical da produção normativa doméstica com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo brasileiro.

Dentre tais tratados, destaca-se o primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Tal convenção foi homologada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 13 de dezembro de 2006, e entrou em vigência em 3 de maio de 2008, após ultrapassar o mínimo de vinte ratificações.

A Convenção e o seu Protocolo Facultativo foram assinados pelo Brasil em 30 de março de 2007. A promulgação desse documento pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, ganhou destaque por ter sido a primeira convenção internacional com equivalência de emenda à constituição, por força do artigo 5º, § 3º do texto constitucional de 1988².

Nesse sentido, este trabalho objetiva verificar os efeitos da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Direito brasileiro.

1 A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO: o controle de convencionalidade e a ADPF nº 182-0/800 - DF

A Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência é o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos do século XXI, específico para essas pessoas³. Antes, porém, em 2001, a Organização das Nações Unidas criou um comitê *ad hoc*, cujo lema era *Nothing about us without us*, para avaliar propostas, discutir e elaborar o seu texto⁴. Após cinco anos de trabalho, a convenção foi homologada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 13 de dezembro de 2006 e entrou em vigência em 3 de maio de 2008, depois de ultrapassar o mínimo de vinte ratificações.

Isso demonstra o consenso e o reconhecimento pela sociedade internacional da necessidade de garantir efetivamente o respeito à pessoa com deficiência⁵, pois a Convenção reafirma os princípios universais (dignidade, integralidade, igualdade e não discriminação) em que se baseia e define as obrigações gerais dos Governos relativas à integração das várias dimensões da deficiência nas suas políticas, bem como as obrigações específicas relativas à sensibilização da sociedade para a deficiência, ao combate aos estereótipos e à valorização das pessoas com deficiência⁶.

Portanto, essa convenção é marco histórico na garantia e promoção dos direitos humanos, em particular das pessoas com deficiência. O propósito previsto no preâmbulo desse documento internacional é a promoção, proteção e garantia do desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberda-

des fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e a promoção do respeito pela sua inerente dignidade.

Nessa visão, a concepção de deficiência não pode ser puramente médica, o que a associa exclusivamente à doença⁷, mas deve-se reconhecer que ela é conceito em evolução e que a mesma resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente, que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ou seja, denuncia a relação de desigualdade imposta por esses ambientes ao corpo com impedimentos⁸.

Desta forma, a compreensão da deficiência e da diversidade das pessoas com deficiência está atrelada à área de desenvolvimento social e de direitos humanos, por meio de dimensão mais personalizada e social. Essa concepção traduz a noção de que a pessoa é o principal foco a ser observado e valorizado, antes de sua deficiência, bem como sua real capacidade de ser o agente ativo de suas escolhas⁹. Imbuído desse sentimento, a Convenção tratou, no Artigo 1º, do seu propósito e nele definiu o conceito de pessoa com deficiência.

Analisando a questão, Luís Fara¹⁰ a destaca como instrumento vinculante de proteção específica, que assume o modelo social de deficiência, ao entender que esta resulta da interação entre as pessoas com deficiência e as barreiras originadas nas atitudes e em torno das quais se encontram imersas. Assim, a interação sobredita ganha destaque para definição da deficiência, pois nem todo corpo com impedimentos vivencia necessariamente a discriminação, a desigualdade ou a opressão pela deficiência, vez que, agora, há relação de dependência entre esse corpo e o grau de acessibilidade que a sociedade oferece¹¹.

Dessa feita, apesar de parcialmente manter o marco conceitual do modelo biomédico, a convenção adota, com clareza e contundência, combinação dos modelos que traz enfoque dinâmico, permitindo adaptações ao longo do tempo e diversos cenários socioeconômicos, além de enfatizar que o que provoca a situação de deficiência é a interação com diversas barreiras¹². Isso se deve à adoção do modelo social que gera referência para o entendimento e a ação, pois concebe a exclusão social da pessoa com deficiência como processo estrutural que articula e soma diversas exclusões, cada uma com suas especificidades e lógicas discretas que complicam a agregação e representação de interesses, a constituição dessas pessoas em atores estratégicos e, conseqüentemente, que aumentam o desafio de realizar os direitos desse grupo vulnerável¹³.

Esse conceito supera as legislações internas até então existentes, que normalmente enfocavam o aspecto clínico ou biomédico da deficiência, propiciando nova baliza de interpretação, na qual as soluções não apontam ao indivíduo, mas à sociedade; a mudança deve ser da sociedade e não das pessoas¹⁴.

Por isso, as limitações físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais passam a ser consideradas atributos das pessoas, o que pode ou não gerar restrições para o exercício dos direitos, dependendo das barreiras sociais, físicas ou culturais que se imponham a esses cidadãos¹⁵.

Nesse contexto, a deficiência é a combinação de limitações pessoais com impedimentos culturais, econômicos, físicos e sociais, deslocando a questão do âmbito do indivíduo com deficiência para a sociedade, que passa a assumir a deficiência e seus desdobramentos como assunto de todos, deslocando-se dos espaços domésticos para vida pública, da esfera privada ou de cuidados familiares para questão de justiça¹⁶.

Além de propor e trazer um conceito universal de pessoa com deficiência, esta Convenção reforça a necessidade da aplicação de políticas públicas estatais que concretizem os seus princípios gerais previstos no seu art. 3º. Jorge Miranda¹⁷ entende que a leitura desse tratado deve ser feita à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou seja, em processo de complementação.

Assim, alerta Jorge Miranda¹⁸, todos os direitos, conceitos e diretrizes previstos na Convenção terão como base a dignidade da pessoa que “é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana, não é a de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que se considera irredutível, insubstituível e irrepetível”, ou seja, “É o homem ou a mulher, independentemente das suas condições físicas, mentais, culturais, sociais, económicas ou outras, que vale por si”¹⁹.

Isso reflete e exige uma profunda mudança de comportamento social com o respeito pela diferença e pela aceitação da pessoa com deficiência como parte da diversidade humana²⁰, ou seja, essa transformação de comportamento intenta que as “pessoas com deficiência têm de ser tratadas como quaisquer outras, não podem sofrer desvantagens, nem restrições ou privações de direitos por causa disso, nem lhes podem ser impostos encargos que não sejam impostos a quaisquer outras”²¹.

Além disso, “As pessoas com deficiência não têm de viver em mundos fechados; nenhuma forma ou intenção de os proteger pode conduzir ao isolamento ou à segregação”²².

Jorge Miranda ratifica a importância dessa Convenção quando esclarece que “[...], como membros da comunidade devem exercer os direitos gerais de participação quer na área onde habitem, quer nas diversas instâncias culturais, religiosas, profissionais, associativas e partidárias, quer nas eleições e nas outras actividades²³ políticas”²⁴.

Assim, conclui tratando sobre a igualdade de oportunidades, que deve ser proporcionada pela sociedade e pelo Estado, pois esse novo paradigma faz

com que “Agora não tanto iguais direitos à partida quanto disponibilidade real das pessoas com deficiência para os exercer. Agora não tanto igualdade na lei quanto igualdade na prática, através de meios adequados e de prestações por parte da sociedade e do Estado”²⁵.

Vive-se o momento da inclusão da pessoa com deficiência, por meio do qual a sociedade passa a se adaptar para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com deficiência (além de outras) e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade²⁶.

Romeu Kazumi Sasaki²⁷ expõe os princípios sobre os quais repousa a prática da inclusão social. São eles: a aceitação das diferenças individuais, a valorização de cada pessoa, a convivência dentro da diversidade humana e a aprendizagem mediante a cooperação.

Dessa aplicação, surge a certeza de que ela contribui para a construção de novo tipo de sociedade por meio de transformações nos ambientes físicos (espaços internos e externos, equipamentos, aparelhos e utensílios, mobiliários e meios de transporte), nos procedimentos técnicos e na mentalidade de todas as pessoas, inclusive da própria pessoa com deficiência.

Afirma o mesmo autor que para que haja uma sociedade verdadeiramente democrática, isto é, aquela que realize o direito de todos e não apenas da maioria, temos que concretizar com eficiência a tal almejada inclusão social. Não é uma tarefa fácil entender o seu real significado, pois um de seus princípios, segundo preceitua Romeu Kazumi Sasaki é a *rejeição zero*, também conhecida como *exclusão zero*²⁸. Isto quer dizer que, ou se adere totalmente aos seus princípios, ou não se fala em inclusão.

A presente Convenção não teve a preocupação de instituir novos direitos humanos e liberdades fundamentais para as pessoas com deficiência, mas de garantir que essas pessoas possam vir a usufruí-los. Para que isso ocorra, adotou a Convenção como parâmetro condições de igualdade, tanto que, ao desdobrar o artigo 1º, reforçou a ideia de que as barreiras impedirão a participação dessas pessoas de usufruírem de seus direitos em condições de igualdade.

A principal contribuição deste tratado internacional é a positivação da mudança de paradigma da visão da deficiência no mundo, que passa do modelo médico e assistencialista, predominante por muitos anos na história da humanidade, como exposto quando abordamos o conceito de pessoa com deficiência, para o modelo social dos direitos humanos.

Nesse contexto, um dos primeiros reflexos dessa Convenção da ONU no Direito brasileiro resultou na propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 182-0/800 pela Procuradoria da República. O caso tem como objeto a aplicação da Convenção dos Direitos da Pessoa com

Deficiência, tratado que se destaca por ter sido o primeiro a ser internalizado pelo *quórum* qualificado de emenda constitucional, e por isso, passível de ser controlado de forma concentrada no Supremo Tribunal Federal (STF).

O artigo 1^o²⁹ da Convenção trouxe um novo dimensionamento para o conceito de pessoa com deficiência, mais amplo do que a antiga redação do artigo 20, §2^o da Lei nº 8.742/93 concede para que a pessoa com deficiência tenha acesso ao benefício de prestação continuada^{30 31}. Dessa forma, o conceito da referida lei de que a pessoa com deficiência é aquela somente incapacitada para a vida independente e para o trabalho, tornou-se incompatível com o dispositivo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que ampliou o conceito de pessoa com deficiência com caráter menos restritivo, do que o disposto na Lei nº 8.742/93³².

Diante da antinomia entre os dois diplomas normativos, verifica-se que o caso enseja a aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade na sua modalidade concentrada, o que fez a Procuradoria da República mediante o ajuizamento da ADPF 182-0/800³³, no qual cabe ao STF realizar o controle vertical material do dispositivo da Lei nº 8.742/93, tendo como parâmetro o novo conceito previsto na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

No entanto, conforme aponta Feijó e Pinheiro³⁴, apesar de ainda não julgada a ação pelo STF, o controle de convencionalidade das leis já produziu seus efeitos no âmbito doméstico, que se deu quando o Brasil aprovou a alteração da redação do artigo 20, § 2^o da Lei nº 8.742/93 por meio da Lei nº 12.435/11, que, finalmente, adotou o conceito do artigo 1^o da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, dando-lhe efeito útil e satisfazendo aos seus anseios³⁵.

Ainda que não apreciado o controle jurisdicional de convencionalidade, esse caso é importante para lembrar que o Direito brasileiro, definitivamente, já está integrado a esse novo tipo de controle das normas domésticas, essencial para a harmonização do ordenamento jurídico interno, mediante a integração das duas ordens jurídicas, a interna e a internacional.

Isso reforça a ideia do impacto no Direito brasileiro, pois a teoria do controle de convencionalidade das leis consolidou a integração entre o ordenamento jurídico brasileiro e a ordem jurídica internacional, no que tange a produção normativa em matéria de direitos humanos. Diante dessa integração, conforme reiterou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe, agora, aos juízes e tribunais nacionais conhecer dos direitos e garantias expressos nesses tratados e garantir-lhes a sua efetividade e aplicação no caso concreto, tendo em vista que, não é incomum haver violações ao conteúdo desses trata-

dos por atos do Poder Público e por meio de avanços indevidos na produção normativa doméstica.

Dessa maneira, compete aos órgãos da justiça nacional conciliar essas fontes normativas internas e internacionais, por meio do “diálogo das fontes”, para que se encontre a melhor solução no caso concreto, quando do exercício do controle de convencionalidade seja pela via difusa, quanto pela via concentrada.

O controle de convencionalidade é um instrumento que viabiliza a harmonização do ordenamento jurídico interno, por meio da teoria da dupla compatibilidade vertical material, e representa uma garantia para uma aplicação efetiva dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno.

Portanto, a relação entre a Convenção e o seu protocolo opcional com os direitos humanos, a sua ratificação estatal e o controle de convencionalidade propiciam o cenário ideal para uma mudança global e, sobretudo, local, do modelo de como se relacionar com a pessoa com deficiência.

CONCLUSÃO

O Direito brasileiro vem integrando um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, qual seja o Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis. Sendo assim, a produção normativa interna passa a ter um duplo controle vertical (constituição e tratados internacionais).

No que diz respeito ao controle dos tratados de direitos humanos, o Brasil trabalha em sua constituição como eles devem ser aplicados no direito interno. Assim, o tratado de direitos humanos será aprovado com o *status* de emenda constitucional, ao obedecer à sistemática do art. 5º, § 3º da Carta da República de 1988.

O Brasil vem concedendo aos direitos humanos a qualidade de elemento de política externa. Isso proporciona a continuidade nas medidas a serem adotadas com vistas à progressiva implementação dos direitos fundamentais da pessoa humana. Com relação às pessoas com deficiência, o Estado brasileiro é signatário de diversas convenções, dentre as quais a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi homologada pela Assembleia da ONU, em 13 de dezembro de 2006, e entrou em vigência em 3 de maio de 2008, após ultrapassar o mínimo de vinte ratificações.

Essa convenção ganha alcance global e gera efeitos positivos, tanto no Direito Internacional, quanto no Direito interno dos Estados signatários. No cenário internacional, demonstra a necessidade de um esforço mundial para que os Estados assegurem os direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Dessa forma, uma vez aprovada e ratificada, a Convenção é tomada como base, pelos países signatários, para a construção das políticas sociais, no que diz respeito tanto à identificação do sujeito albergado pela proteção social, quanto dos direitos a serem garantidos ou assegurados.

O presente trabalho destacou um dos primeiros e dos principais efeitos no Direito brasileiro da Convenção da ONU sobre os direitos das Pessoas com Deficiência: a mudança do conceito de Pessoa com deficiência. Em busca desse ajuste entre a Convenção e a norma interna foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 182-0/800, a qual ainda não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de convencionalidade. Entretanto, o Brasil reconheceu essa falta de sintonia quando aprovou a alteração do artigo 20, § 2º da Lei nº 8.742/93 por meio da Lei nº 12.435/11, gerando a compatibilização com o conceito de Pessoa com deficiência, previsto no artigo 1º da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

Dessa forma, conclui-se que o controle de convencionalidade apresentou um novo paradigma para a proteção internacional dos direitos humanos, atribuindo eficácia a força jurídica obrigatória dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno dos Estados. Além disso, esse instrumento consolidou a integração que devem ter as ordens jurídicas, interna e internacional, permitindo que o ordenamento jurídico interno dos Estados esteja em plena harmonia com as obrigações pactuadas internacionalmente.

Diante do exposto, pode-se afirmar que esse é o cenário ideal para uma mudança global do modelo de como se relacionar com a pessoa com deficiência. Caso isso não ocorra, o Brasil poderá ser questionado, seja na seara interna ou na internacional, pela dissintonia entre os termos a que se comprometeu e a condutas que efetivamente tomou, a fazer valer não só aplicação do controle de convencionalidade, o qual exige a eficácia da norma externa ratificada, bem como, possibilitar que seja processado, julgado e condenado por uma Corte internacional.

REFERÊNCIAS

ACUÑA, Carlos. H. *et al.* Discapacidad: derechos y políticas públicas. In: ACUÑA, Carlos H.; GOÑI, Luís G. *Bulit (Comp.). Políticas sobre La discapacidad en la Argentina: el desafío de hacer realidad los derechos.* Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010. p. 23-72.

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MAZZUOLI, V. O.; MARINONI, L. G. (Cords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 319-331.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** [em linha]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 182-0/800**, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=398078&tipo=TP&descricao=ADPF%2F182>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 04 ago. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011.** Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>. Acesso em: 04 ago. 2016.

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

DINIZ, Débora; Barbosa, Lívia; Santos, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, dez. 2009 (semestral), vol. 6, n.º 11, p. 65-77.

FARA, Luís. Análisis de la normativa nacional orientada a las personas com discapacidad. In: ACUÑA, Carlos H.; GOÑI, Luís G. *Bulit (Comp.). Políticas sobre*

La discapacidad en la Argentina: el desafío de hacer realidad los derechos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010. p. 125-189.

FEIJÓ, Aleksandro Rahbani Aragão. Os efeitos da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Direito Internacional e no Brasileiro. In: MENEZES, Wagner. **Direito internacional em expansão**, vol. 1, Anais do 10º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 27-36.

FEIJÓ, Aleksandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone de Paiva Mohana. O controle de convencionalidade e a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: o caso da ADPF 182-0/800 – DF. **Revista de Direito Brasileira**, ano 3, vol. 6, set.-dez, 2013. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/revistadireitobrasileira/article/view/117/108>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

MARTINS, Lilia Pinto. **A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada.** In: Resende, Ana Paula Crosara; Vital, Flavia Maria de Paiva (coords.). Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Comentário à Convenção por Jorge Miranda** [em línea]. Disponível em: < <http://www.inr.pt/content/1/1665/comentario-convencao-por-jorge-miranda>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

NAUSSBAUM, Martha. **Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión.** Barcelona: Paidós Iberica, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS(ONU). **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência.** Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

PORTUGAL. Instituto Nacional para a reabilitação. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** [em línea]. Disponível em: <<http://www.inr.pt/>>

content/1/1187/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 04 ago. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, Reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: Clève, Clèmerson Merlin; Sarlet, Ingo Wolfgang; Pagliarini, Alexandre Coutinho (coords). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 331-360.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos**. 8. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

NOTAS

1. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2011). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2001) e pós-graduação lato sensu em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito Processual Civil pela Universidade Ceuma. Procurador do Município de São Luís/MA, Professor Assistente e Coordenador do Curso de Direito da UFMA.
2. Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (10º período)
3. Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (7º período)
4. Merecem destaque as críticas à cláusula de abertura da Constituição Federal brasileira de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil feitas por José Emílio Medauar Ommati (In: _____. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014) e Ingo Wolfgang Sarlet (In: _____. Direitos Fundamentais, Reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: Clève, Clèmerson Merlin; Sarlet, Ingo Wolfgang; Pagliarini, Alexandre Coutinho (coords). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 331-360) quando asseguram que a melhor interpretação para este caso é proveniente da análise no art. 5º, parágrafo 2º, ou seja, que desde o advento da Constituição de 1988 os direitos fundamentais oriundos do direito internacional (tratados internacionais) se aglutinam à constituição material e

acabam tendo status equivalente. José Emílio Medauar Ommati (op.cit., p. 62-63) entende que “a Constituição teria inclusive definido que a inclusão dos tratados de direitos humanos seria automática, pois apenas explicita que basta o Brasil fazer parte do tratado ou convenção de direitos humanos”.

5. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** [em línea]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 ago. 2016).

6. LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 41-65
7. Ibid.
8. Flávia Piovesan aduz que “A efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão. Isto é, a implementação dos direitos humanos requer a universalidade e a indivisibilidade desses direitos, acrescidas do valor da diversidade”. (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 64-65).
9. PORTUGAL. Instituto Nacional para a reabilitação. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** [em línea]. Disponível em: <<http://www.inr>>.

pt/content/1/1187/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 04 ago. 2016.

10. MARTINS, Lilia Pinto. **A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada**. In: Resende, Ana Paula Crosara; Vital, Flavia Maria de Paiva (co-ords.). Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.
11. DINIZ, Débora; Barbosa, Livia; Santos, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, dez. 2009 (semestral), vol. 6, n.º 11, p. 65-77.
12. MARTINS, op. cit.
13. FARA, Luis. Análisis de la normativa nacional orientada a las personas con discapacidad. In: ACUÑA, Carlos H.; GOÑI, Luís G. Bulit (Comp.). **Políticas sobre La discapacidad en la Argentina: el desafio de hacer realidad los derechos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010. p. 125-189.
14. DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.
15. DINIZ, Débora; Barbosa, Livia; Santos, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, dez. 2009 (semestral), vol. 6, n.º 11, p. 65-77; FARA, Luis. Análisis de la normativa nacional orientada a las personas con discapacidad. In: ACUÑA, Carlos H.; GOÑI, Luís G. Bulit (Comp.). **Políticas sobre La discapacidad en la Argentina: el desafio de hacer realidad los derechos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010. p. 125-189.
16. ACUÑA, Carlos. H. *et al.* Discapacidad: derechos y políticas públicas. In: ACUÑA, Carlos H.; GOÑI, Luís G. Bulit (Comp.). **Políticas sobre La discapacidad en la Argentina: el desafio de hacer realidad los derechos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010. p. 23-72.
17. FARA, op. cit.
18. FEIJÓ, Alessandro Rahbani Aragão. Os efeitos da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Direito Internacional e no Brasileiro. In: MENEZES, Wagner. **Direito internacional em ex-**

pansão, vol. 1, Anais do 10º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 27-36.

19. NAUSSBAUM, Martha. **Las fronteras de la justicia**: consideraciones sobre la exclusión. Barcelona: Paidós Iberica, 2007.
20. MIRANDA, Jorge. Comentário à Convenção por Jorge Miranda [em línea], 2011. Disponível em: < <http://www.inr.pt/content/1/1665/comentario-convencao-por-jorge-miranda>>. Acesso em: 04 ago. 2016.
21. MIRANDA, Jorge. **Comentário à Convenção por Jorge Miranda**, 2011. Disponível em: < <http://www.inr.pt/content/1/1665/comentario-convencao-por-jorge-miranda>>. Acesso em: 04 ago. 2016.
22. Ibid.
23. “Por detrás do art. 3º da Convenção, como por todos os restantes artigos, achase uma ideia radical de solidariedade. Porque só a solidariedade entre as pessoas, nas diversas circunstâncias em que podem vir a encontrarse, as pessoas com deficiência e as pessoas sem deficiência, permite assegurar a dignidade e a qualidade de vida” (Ibid.)
24. Ibid.
25. Ibid.
26. [sic.]
27. Ibid.
28. MIRANDA, Jorge. **Comentário à Convenção por Jorge Miranda**, 2011. Disponível em: < <http://www.inr.pt/content/1/1665/comentario-convencao-por-jorge-miranda>>. Acesso em: 04 ago. 2016
29. SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. 8. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.
30. Ibid.

31. Ibid., p. 48-49.
32. “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS(ONU). **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>>. Acesso em: 04 ago. 2016.)
33. O Benefício de Prestação Continuada é um benefício assistencial individual, não vitalício e intransferível. É previsto pela Constituição Federal de 1988, que garante a transferência de 1 (um) salário mínimo à pessoa idosa, com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, e à pessoa com deficiência de qualquer idade, que comprovem não possuir meios de se sustentar ou de ser sustentado pela família.
34. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 04 ago.2016.
35. (ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MAZZUOLI, V. O.; MARINONI; L. G (Cords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 328-330).
36. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 182-0/800**, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=398078&tipo=TP&-descricao=ADPF%2F182>>. Acesso em: 04 ago. 2016.
37. FEIJÓ, Aleksandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone de Paiva Mohana. O controle de convencionalidade e a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: o caso da ADPF 182-0/800 – DF. **Revista de Direito Brasileira**, ano 3, vol. 6, set.-dez, 2013. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/revistadireitobrasileira/article/view/117/108>>. Acesso em: 04 ago. 2016, p. 103.
38. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011**. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro

de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>.
Acesso em: 04 ago. 2016.

Ativismo judicial: uma legitimidade necessária ou uma necessidade legítima?

Alyne Mendes Caldas

RESUMO

Trata-se de análise sobre a legitimidade do Poder Judiciário para atuar de forma proativa ao exercer a função jurisdicional. Questiona-se, portanto, se é possível a existência legítima de ativismo judicial em um Estado de Direito pautado na teoria da separação dos poderes. Objetiva-se discutir a legitimidade da postura proativa do Poder Judiciário diante de conflitos que ultrapassam os limites da norma. Adota-se o método dedutivo bem como a pesquisa explicativa e a pesquisa bibliográfica. Analisa-se, por fim, a possibilidade de a discricionariedade judicial constituir instrumento legítimo na garantia de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Estado Democrático de Direito. Ativismo Judicial. Separação de poderes. Legitimidade, direitos fundamentais.

ABSTRACT

It is about the Judiciary's legitimacy and judicial activism. Asking about the possibility to exist the judicial activism in Constitutional State to respect the theory on the separation of powers. The main goal is to discuss the legitimacy of the judicial rulings suspected. The deductive method is adopted as well as the explanatory research and the bibliographical research. Finally, it's examined whether the judicial activism can be a legitimate arm to protect the fundamental rights in the Democratic State of Law.

Keywords: Democratic State of Law, Judicial Activism, Theory on separation of power, Legitimacy, the fundamental rights.

INTRODUÇÃO

No final do século XX, com o término das duas guerras mundiais o Ocidente se torna palco de uma mudança de paradigma constitucional. A Constituição que deixa de ser um documento meramente político e torna-se um instrumento jurídico com força normativa, dotada, portanto, de imperatividade, estabelecendo direitos e obrigações aos particulares bem como ao próprio Estado.

Além disso, percebe-se que o juiz possui uma atividade bem mais complexa do que a de mero reproduzidor da lei. Afinal, a função judiciária possui uma liberdade de escolha bem maior do que aquela reconhecida pela maioria dos Estados no século XIX, sendo dotado, portanto, de uma discricionariedade judicial.

O ativismo judicial decorre dessa mudança de paradigma da função judiciária que exige do magistrado uma atuação mais proativa, não restrita à letra da lei.

Por essa razão, o presente trabalho tem como objetivo estudar a legitimidade do poder Judiciário para realizar o fenômeno do ativismo judicial em um Estado de Direito organizado com base na teoria da tripartição de poderes de Montesquieu.

Para tanto, a metodologia adotada consiste no método dedutivo no qual se trabalha uma cadeia de raciocínio descendente, da análise geral para a particular. Enquanto técnica de pesquisa, realizou-se uma pesquisa explicativa ao passo que se objetivou explicar os fatores que determinam o fenômeno do ativismo judicial bem como uma pesquisa bibliográfica já que houve um levantamento bibliográfico a partir de livros e artigos científicos para a construção de conceitos bases e para a elaboração dos argumentos apresentados.

No primeiro capítulo, analisa-se a formação do Estado de Direito e a trajetória que o mesmo percorreu até o século XX quando se percebe a mudança de paradigma da função judiciária, apresentando as razões para tal transformação no Poder Judiciário.

Já no segundo, discute-se acerca da legitimidade do Poder Judiciário para atuar de forma proativa no exercício da função judiciária a partir de um sistema jurídico de normas.

E no último capítulo, discute-se em que medida o ativismo judicial constitui instrumento legítimo de garantia das liberdades públicas.

1 ESTADO DE DIREITO E A MUDANÇA DE PARADIGMA DA FUNÇÃO JUDICIÁRIA

Tem-se por sociedade a união moral de seres racionais e livres, organizados de forma estável e eficaz para realizar um fim comum e conhecido por

todos.¹ A forma de ordenação dos homens em sociedade tem variado ao longo da história da humanidade. Nos seus primórdios, o homem organizava-se de forma simples, sua sociedade se resumia ao seu núcleo familiar. Hoje, no século XXI, as sociedades, em regra, organizam-se sob a forma de Estados.

Por isso Azambuja afirma que os Estados, nada mais são, do que sociedades ao passo que se constituem essencialmente de um grupo de indivíduos unidos e organizados permanentemente para realizar um objetivo comum.² Porém, Estado como sinônimo de centralização do poder de forma soberana é uma locução política da Modernidade que deu seus primeiros passos por meio das revoluções iluministas marcadas pelo culto à razão e ao indivíduo em detrimento da crença e do transcendental que caíram por terra junto com a Idade Média.

O Estado Moderno surge, portanto, com a consolidação da soberania, sua principal característica. Tal fato era tido como inovador, pois, até então, a humanidade – pelo menos a parcela ocidental- ainda não tinha vivenciado uma ordem oriunda de um poder único, soberano. Tanto na Idade Média, quanto nos períodos anteriores coexistiram centros distintos de poderes que disputavam sua prevalência uns sobre os outros: cidades-estados e os povos conquistados, o rei e os senhores feudais, os camponeses e seus senhores.

Inicialmente, esse poder soberano foi atribuído à pessoa do governante, do monarca, do príncipe, espécie de divindade temporal e terrena que dissolvera num lento processo os diversos poderes desiguais e privilegiados do sistema feudal até se transformar no soberano absoluto de onde se irradiavam todas as competências e atribuições governativas³.

Vivia-se, assim, o absolutismo monárquico legitimado pelo poder divino, porém teorizado por autores racionais como Thomas Hobbes e Maquiavel. Ambos afirmaram que a ordem era sinônima de poder soberano absoluto. O soberano, portanto, seria o único capaz de livrar todos da ameaça do hipotético estado de natureza, da guerra de todos contra todos.

Entretanto, a abusividade característica do poder absolutista constituiu mau irreparável ao Estado Absolutista. Os direitos naturais - em especial a liberdade - não encontravam guarida no governo dos soberanos que era movido por paixões e não pela razão. Com a ascensão de uma nova classe emergente, a burguesia, a tolerância aos abusos dos monarcas foi diminuindo na mesma proporção do seu fortalecimento econômico.

Bonavides bem coloca que a burguesia foi favorecida pelas políticas mercantilistas e expansão colonialista das grandes potências europeias rivais. Essa classe se tornou o centro e o eixo vital da sociedade. Aliada primeiramente à monarquia absoluta da qual se separou para monopolizar o poder, que, uma

vez limitado pelas formas representativas, permitiu que a burguesia pudesse exercer o poder político em proveito próprio.⁴

Para tanto era necessário, uma nova estrutura para o Estado. Uma engrenagem não mais fundada na metafísica e no transcendental, mas sim na previsibilidade e no controle que só era possível se obter pela razão. Assim o fez a classe burguesa em todo o mundo após conquistar os postos mais elevados do Estado.

Os ingleses iniciaram tal processo com a edição da Carta Magna, pelo rei João Sem-Terra em 1215. Tal documento foi a primeira manifestação formal de limitação do poder soberano e até então, absoluto do Estado. Com a consolidação do Parlamento inglês – composto pela nobreza e pela burguesia – como representantes populares, os poderes da monarquia foram restringidos em nome dos interesses dos cidadãos a partir da edição de diversas cartas de direitos como a *Bill of Rights*⁵ e *Petition of Rights*⁶.

Percebe-se que a razão vai dominando as engrenagens governamentais na medida em que as leis oriundas da vontade popular, representada pelo Parlamento, passam a ser o instrumento maior de controle das ações governamentais. Leis essas que visavam à limitação do poder do Estado e a proteção dos direitos naturais do homem como a liberdade e a igualdade.

Nos Estados Unidos da América, pela primeira vez na história da humanidade, a soberania popular converteu-se em supremacia da Constituição. Em solo ianque, foi elaborada a primeira Constituição escrita⁷ do mundo que veio sedimentar um Estado fundado na liberdade e na democracia⁸.

Por isso, a Constituição americana não apenas consolidou a primazia da lei na condução social como criou um Estado de Direito com diversas inovações para garantir a consecução da liberdade e da democracia, principalmente por acreditarem que o progresso só era possível se cada homem fosse livre para explorar seu potencial plenamente. Federalismo, presidencialismo, separação rígida dos poderes e a supremacia da Constituição são alguns exemplos de institutos positivados de forma inédita pela Constituição americana de 1787, em vigor até hoje⁹.

Os protagonistas do constitucionalismo norte-americano assim como na França foram burgueses. Sua prosperidade estava sendo prejudicada pelo vínculo que subsistia entre as colônias americanas e a coroa inglesa, logo, os homens livres e prósperos da América vislumbraram na independência norte-americana a oportunidade perfeita para a criação de um Estado que fosse favorável à liberdade e, por consequência, ao progresso¹⁰.

Os franceses, por sua vez, tiveram uma missão mais árdua já que enquanto os americanos tiveram que guerrear contra um regime monárquico que se

desenvolveu a um oceano de distância da América. A França foi alvo de toda a Europa. Os inimigos moravam ao lado.¹¹ A Revolução Francesa que lá se desenrolou significou o fim do Antigo Regime, sendo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹² o seu atestado de óbito.¹³

Assim, com a Revolução Francesa iniciou-se uma nova época da história, com uma explícita referência à Declaração cuja finalidade era firmar os direitos humanos, dentre os quais, destacam-se a liberdade e a igualdade diante da lei, enquanto posterior determinação.¹⁴

O novo regime que surgiu com a Revolução Francesa, assim como o americano, foi fundado na supremacia constitucional. A elaboração da primeira Constituição francesa foi em 1791, na primeira fase da revolução que foi de 1789 a 1792, na qual se consumou o fim do Antigo Regime e se pretendeu criar uma monarquia constitucional e parlamentar em que o rei deixava de ser soberano por direito próprio e passava a ser delegado da nação.¹⁵

Assim, percebe-se que diante de um mundo tão hostil, tanto em face da natureza quanto em relação a seus semelhantes, o homem buscou reagir inventando técnicas de sobrevivência em relação à primeira, e de defesa em relação à segunda. Estas últimas são representadas pelos sistemas de regras que reduzem os impulsos agressivos mediante penas ou estimulam os impulsos de colaboração e de solidariedade através de prêmios.¹⁶ Tais sistemas de regras, rígidas e herméticas de cunho jurídico-social, a partir do constitucionalismo moderno, passaram a ser de monopólio do chamado Estado de Direito.

Assim, a Constituição, como norma suprema, no ápice do ordenamento jurídico – pressuposto de validade de todas as outras normas jurídicas – com base no normativismo jurídico kelseniano – se torna a principal fonte de regulação social.

A norma suprema passa também a veicular os limites da atuação do Estado tendo como objetivo basilar a proteção das liberdades públicas dos cidadãos. Dentre os limites constitucionais encontram-se as limitações organizacionais por meio das quais as funções estatais devem ser exercidas por órgãos distintos seguindo a teoria da separação dos poderes de Montesquieu em maior ou menor medida¹⁷.

Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu em seu livro “O espírito das leis” estabeleceu uma teoria da tripartição dos poderes do Estado a partir das suas funções Executiva (função executiva), Legislativa (função legislativa) e Judiciária (função jurisdicional) que se ligam a órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, estabelecidos em lei que como bem coloca o professor Alex Sander Xavier Pires:

Como se exige uma atuação eficaz de cada função, deve-se ter em mente seus núcleos de ação: legisferar significa ter o poder de criar leis em sentido geral (para tudo que exija regulamentação) e universal (para todos sem distinção, mas tendo a justiça como limite); administrar representa cuidar da coisa comum, praticando políticas públicas hábeis a entregar ao povo os bens sociais prometidos na Constituição; e jurisdicionar impõe o dever de pacificar o conflito de interesses dizendo a quem pertence o direito litigado e vias de entregar o bem jurídico tutelado.¹⁸

Percebe-se que Montesquieu objetivou atribuir à lei a autoridade maior para conduzir o Estado, temendo que o homem permanecesse refém da vontade de um ou de alguns poucos, vivendo em estado de desconfiança permanente. Com a instituição do Estado de Direito, o homem passou a buscar segurança no Direito e acreditou, assim, conquistar a tão almejada liberdade política, como descreve Montesquieu:

A liberdade política, num cidadão, é essa tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada qual tem de sua segurança; e, para que tenhamos essa liberdade, o governo deve ser tal, que um cidadão não possa temer outro cidadão. (...) Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou litígios dos particulares.¹⁹

Essa foi a matriz da teoria da separação de poderes de Montesquieu, porém foi na obra, *Os Federalistas*, que o Alexander Hamilton, no capítulo LI, chama atenção para a dinâmica dessa separação de funções do Estado:

A que meio se recorrerá, portanto para manter na pratica esta separação essencial dos poderes que a constituição estabelece em teoria? Como todos os remédios exteriores são sem efeito, não ha outro remedio possível senão traçar de tal maneira a construcção do governo, que todas as suas diferentes partes possuão reter-se humas ás outras nos seus lugares respectivos.²⁰

Vê-se que não bastava a divisão das funções estatais entre órgãos diferentes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Era necessário estabelecer uma relação

de equilíbrio entre esses órgãos de maneira que eles se tornassem verdadeiros freios e contrapesos uns dos outros. Surge, portanto, o princípio do *checks and balances* em complemento à teoria tripartite de Montesquieu, como descrito por Hamilton, no trecho abaixo:

Porém o verdadeiro meio de embarçar que os diferentes poderes se não vão successivamente accumulando nas mesmas mãos, consiste em dar áquelles que os exercitão meios sufficientes e interesse pessoal para resistir ás usurpações. Neste caso, como em todos os outros, os meios de defesa devem ser proporcionados aos perigos do ataque; he preciso oppôr ambição, e travar tal modo o interesse dos homens com as obrigações que lhes impoem os direitos constitucionaes dos seus cargos, que não possam ser offendidas as ultimas sem que o primeiro padeça. He desgraça inherente á natureza humana a necessidade de taes meios; mas já a necessidade dos governos he em si mesma huma desgraça. Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo: mas quando o governo he feito por homens e administrado por homens, o primeiro problema he pôr o governo em estado de poder dirigir o procedimento dos governados, e o segundo obriga-lo a cumprir as suas obrigações. A dependencia em que o governo se acha do povo he certamente o seu primeiro regulador; mas a insufficiencia deste meio está demonstrada pela experiencia.²¹

O povo embora seja elemento legitimador do poder do Estado, não constituiu um limite suficiente para exercer um controle efetivos sobre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Hamilton, portanto, observa que deveria haver um sistema de controle mútuo entre os poderes, proporcionais a capacidade de subversão desses mesmos poderes.

A junção da teoria da separação dos poderes do Estado e a teoria do *check and balances* consistiu na base político-institucional de grande parte dos Estados instituídos a partir do final do século XVIII, incluindo o Brasil com a instituição do Estado Federal Republicano de 1891.

No final do século XX, após as duas guerras mundiais vivencia-se no Ocidente uma mudança de paradigma constitucional. Vê-se um fortalecimento da própria Constituição que deixa de ser um norte meramente político e torna-se um instrumento jurídico com força normativa²² própria, capaz de estabelecer direitos e obrigações aos particulares bem como ao próprio Estado, como:

(...) a vontade social abstraída da razão ponderada dos indivíduos que lhe compõem, em tom de igualdade – com o mesmo valor – e de liberdade – sem restrição de aspirações-, para conjugar o sentimento de estar em Constituição (sentimento constitucional) com o dever de cumprimento de seus dispositivos (força normativa).²³

Essa mudança reflete uma verdadeira “revolta contra o formalismo”²⁴, o que propiciou uma volta dos valores de justiça para o campo do direito. Exige-se que as normas jurídicas reguladoras de condutas sociais não se restrinjam mais às regras fechadas e rígidas cuja modificação só seria possível por meio de processos complexos de alteração, de responsabilidade exclusiva do Legislativo. Como Mauro Cappelletti bem descreve quando afirma que:

É bem compreensível que, nas diferentes partes do mundo, tal revolta tenha visado a alvos diversos. Enquanto, nos Estados Unidos e, de forma talvez mais acentuada, em outros ordenamentos de *Common Law*, cuidou-se essencialmente da revolta contra o formalismo do *case method*, em França e nas áreas de influência francesa dirigiu-se, pelo contrário, sobretudo contra o positivismo jurídico, enquanto na Alemanha e áreas de influência alemã representou principalmente uma insurgência contra o formalismo “científico” e conceitual.²⁵

Ora, a velocidade das transformações sociais no final do século XX e início do século XXI exigiu uma revisão nas estruturas formais do sistema de justiça – oriundas do século XIX – cuja eficiência se tornou duvidosa.

Ademais, com o pós-guerra constrói-se consensos mundiais – ou pelo menos, tenta-se – acerca de valores de proteção ao ser humano que foram constitucionalizados paulatinamente pelos Estados soberanos, em especial, no Ocidente²⁶.

Verificou-se, assim, um fortalecimento da atuação jurisdicional, como bem afirma o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso:

O fenômeno é universal e também está conectado ao final da Segunda Grande Guerra. A partir daí o mundo deu-se conta de que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais. No Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro

poder político. Com a redemocratização, aumentou a demanda por justiça na sociedade e, conseqüentemente, juízes e tribunais foram crescentemente chamados a atuar, gerando uma judicialização ampla das relações sociais no país. Esse fato é potencializado pela existência, entre nós, de Constituição abrangente, que cuida de ampla variedade de temas.²⁷

Percebe-se que o juiz possui uma atividade muito mais complexa do que ser um simples “boca da lei”, posto que é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as teorias tradicionais.²⁸ A função judiciária, portanto, é dotada de uma liberdade de escolha bem maior do que aquela reconhecida pela maioria dos Estados no século XIX, não podendo mais o magistrado se furtar de tal responsabilidade, como bem explica CAPPELLETTI:

E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.²⁹

Demonstra-se, desta forma, uma mudança de paradigma da função judiciária que foi estabelecida originariamente como uma função rígida e hermética que se restringia a julgamentos fixos a tal ponto, “que não seriam senão um texto preciso da lei”.³⁰

Hoje, com as novas demandas sociais, foi necessário romper com a ilusão de que o juiz se encontra em posição de apenas “declarar” o direito utilizando apenas a lógica dedutiva, sem envolver nenhuma valoração pessoal.³¹ Sendo imperativa uma atuação mais proativa do judiciário, mesmo em campos antes não percorridos – pelo menos, não expressamente – como a política e a economia, “dando vida a lei”, como dispõe PIRES:

Tal mudança institucional será possível repensando sua estrutura e atuação prática no sentido de “dar vida a lei”, mediante: a supressão da inércia legislativa via afastamento das leis incompatíveis com o sistema atual e o preenchimento de lacunas, por técnicas de interpretação que esvaziem a escusa para a criação desordenada de normas jurídicas; ao mesmo tempo em que, como guardião e mo-

derador dos poderes políticos, deva impor limites às práticas da Administração Pública.³²

O ativismo judicial é, portanto, produto dessa mudança de paradigma da função judiciária que exige do magistrado uma atuação mais proativa, não restrita à letra da lei. Contudo, é necessário compreender melhor em que consiste o ativismo judicial e, principalmente, se o juiz é legítimo para atuar no processo de “criação do Direito”.

2 ATIVISMO JUDICIAL E A LEGITIMIDADE DA CRIATIVIDADE JURISPRUDENCIAL

O ativismo judicial consiste em um fenômeno no qual há a participação mais ampla do judiciário na concretização das garantias e princípios constitucionais, fundados na dignidade da pessoa humana. Nessa mesma linha, o professor Inocêncio Coelho se posiciona:

Uma reflexão mais acurada, no entanto, acabará justificando certo incremento dessa criatividade – inclusive nos sistemas jurídicos de tradição continental –, chegando mesmo a evidenciar que essa suposta usurpação de poder se mostra indispensável para *realizar* a Constituição e tornar efetiva a defesa dos direitos fundamentais contra eventuais agressões do legislador.³³

Essa postura mais proativa do Judiciário se justifica, em grande medida, pela retração do Poder Legislativo e do Poder Executivo em determinadas situações nas quais os mesmos não conseguem suprir as demandas sociais que lhes são impostas constitucionalmente, como bem explica Luís Roberto Barroso:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se ma-

nifesta 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.³⁴

O ativismo judicial, portanto, é uma modalidade especial de atuação do Poder Judiciário que visa efetivar as demandas sociais de interesse da coletividade, não extrapolando os limites impostos pela Constituição Federal.

Em um primeiro momento, ao retomar as lições de Montesquieu sobre a tripartição dos poderes, pode-se pensar que o ativismo judicial seria um fenômeno diametralmente oposto aos propósitos da função judiciária, já que instiga o Poder Judiciário a atuar de forma criativa, inovando no ordenamento jurídico.

Contudo, essa função criativa do juiz em relação ao Direito, não é nenhuma novidade, posto que o ato de interpretar em si, é um ato criativo. Assim, como bem coloca AFONSO, a criatividade interpretativa abre espaço à discricionariedade da função judiciária, como dito a seguir:

O reconhecimento da criatividade conatural à interpretação da norma abre caminho à discricionariedade da atividade judicial, porém, discricionariedade não significa arbítrio. Significa tão somente, que o juiz pode escolher entre as várias alternativas interpretativas. Só que tal possibilidade de escolha resvala num segundo problema: a atividade judicial poderá tornar-se fonte de incerteza para quem dela se tem de socorrer.³⁵

Nessa mesma esteira, segue CAPPELLETTI, quando afirma que já não é mais possível considerar que o juiz como um mero reproduzidor da lei formalmente criada pelo Legislador. Pelo contrário, explica que:

(...) o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presente os resultados

práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também sobretudo aqueles da história e de economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.³⁶

Diante disso, surge o questionamento sobre o que deu ensejo a essa mudança de paradigma entre o modelo preconizado por Montesquieu e o atual reconhecimento da liberdade criativa da função judiciária. CAPPELLETTI tenta trazer algumas luzes para essa questão, apontando possíveis razões.

A primeira delas está relacionada à radical mudança ocorrida no próprio papel do direito e do Estado na sociedade moderna a partir do fortalecimento do chamado *welfare state* que resultou em uma intensa atividade legislativa e, por consequência, no crescimento do papel do Estado em geral.³⁷

Segundo ponto que merece destaque foi o surgimento de normas programáticas relacionadas aos direitos sociais que trouxe para o ordenamento jurídico, em especial, para a Constituição normas abertas, de caráter vago. Essas espécies de normas atribuíram à função judiciária um caráter mais criativo, pela simples razão de quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias.³⁸

Além disso, o autor aponta o *Overload* da função legislativa como uma das razões para as mudanças que ocorreram com a função judiciária. Isto porque para evitar paralisia, o legislativo viu a necessidade de transferir a outrem - executivo e seus órgãos auxiliares e derivados - grande parte de sua atividade, de maneira que suas ambições terminaram em abdicação. Assim, leis obsoletas bem como valores e prioridades dos políticos restritos à interesses particulares resultou em desilusão e desconfiança do Parlamento, tornando o *welfare state* uma verdadeira demagogia.³⁹

A “emergência do estado administrativo”, como bem lembrado pelo autor, trouxe consigo o perigo de abusos da burocracia a partir de uma “tutela” paternalista, quando não de opressão autoritária sobre os cidadãos por meio do “onipresente aparelho administrativo” inacessível e não orientado para o serviço público real o que acaba por gerar um sentimento de abandono e descaso na sociedade e, por consequência, a descrença na Administração Pública.⁴⁰

Último ponto destacado foi o problema da legitimação democrática do Estado, em especial, em relação aos agentes políticos. Diante da ausência de identidade entre a vontade do povo e a vontade manifestada pelos seus representantes por meio das leis e outros atos públicos, o cidadão se vê ainda mais

incrédulo no sistema democrático representativo que constitui a base dos Poderes Legislativo e Executivo dos Estados Constitucionais.⁴¹

Além disso, é importante destacar o problema da legitimidade da criatividade jurisprudencial. Ora, já restou demonstrado que a criatividade sempre fez parte da função judiciária, porém não era reconhecida enquanto tal, já que ao longo dos séculos XIX e grande parte do século XX, as sociedades acreditaram que o formalismo jurídico e, por consequência, a rigidez do modelo tradicional de tripartição de poderes eram suficientes para resolver todos os conflitos sociais. E que o poder legitimamente democrático só residia nas mãos do Executivo e Legislativo, sem a preocupação com o equilíbrio entre os poderes e a ressalva dos *checks and balances*⁴². Isso, como bem explica CAPPELLETTI:

(...) teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos “privados”. Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, não só a existência de um legislativo totalmente não controlado, como de um executivo também praticamente não controlado, pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa, a se impor como guardião da administração pública.⁴³

Ademais, a separação rígida entre legislativo e executivo, mais do que contrapesos equilibrados, significou a passagem de períodos em que efetivamente o poder era concentrado nas assembleias legislativas, para outros períodos em que, ao contrário, a concentração de poder ocorreu no executivo.⁴⁴

Sendo assim, é nítido que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo *forte* com um executivo *forte* e um judiciário *forte*.⁴⁵

A criatividade da função judiciária é, portanto, corolário do sistema de freios e contrapesos, pois constitui instrumento hábil para conter a força majoritária caso venha a contradizer o sistema jurídico de normas capitaneado pela Constituição. O Poder Judiciário, desta feita, torna-se encarregado de defender os valores sociais que contra a vontade, por vezes, “caprichosa” da maioria quer contra o império das razões instrumentais e econômicas, apenas desejosas de eficácia.⁴⁶

Dessa maneira, verificar-se-á como o ativismo judicial pode ser tido como um instrumento de garantia das liberdades públicas, em especial, na consecução do direito fundamental da igualdade.

3 ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DAS LIBERDADES PÚBLICAS

Viu-se que o ativismo judicial é produto da mudança de paradigma da função judiciária, uma vez que significa o reconhecimento da função criativa do juiz. Isso porque no período pós-guerras mundiais emergiu um movimento constitucional no sentido de atribuir força normativa a valores tido como caros pela sociedade.

Nesse contexto, se deu a promulgação da Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição brasileira de 1988, bem como, as constituições de grande parte dos Estados latino-americanos e europeus.

Esses Estados Constitucionais externaram uma grande preocupação com a garantia dos direitos fundamentais de tal forma, que não bastava a Constituição trazer em seu bojo preceitos reconhecendo a existência de direitos fundamentais como liberdade, igualdade, propriedade, vida; era necessário ir além. Era necessário constitucionalizar instrumentos de proteção efetiva desses direitos.

Isso só foi possível a partir de consensos universais que passaram a ser estabelecidos por meio de tratados internacionais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, o Pacto dos direitos civis e políticos de 1966, Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1953, o Convenção Americana de Direitos Humanos de 1978 e entre outros instrumentos que traçaram compromissos entre os Estados de Direito de proteção ao ser humano nas mais diversas searas.

Os Estados de Direito que são instituídos a partir das Constituições do pós-guerra trouxeram, portanto, como valor basilar dos seus sistemas jurídicos a dignidade da pessoa humana com princípio jurídico-constitucional.

Dessa forma, a proteção ao ser humano adquire força normativa por meio do princípio da dignidade da pessoa humana o que significa uma maior preocupação com a garantia dos direitos fundamentais, como afirma, o professor Jorge Reis Novaes:

Assim, é relativamente pacífico que, pelo menos em sentido material, a dignidade da pessoa humana e o seu reconhecimento estão na própria base da consagração dos direitos fundamentais, designadamente, e de forma mais directa, nos direitos fundamentais especificamente dirigidos a garantir juridicamente a autonomia individual, a privacidade, a liberdade, a igualdade, o respeito e o bem-estar.⁴⁷

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta como obstáculo à sua concretização a diversidade de alcance e sentidos que pode adquirir. Em virtude disso, é importante pontuar o objeto das disposições constitucionais que veiculam tal princípio o que NOVAES faz com maestria quando coloca:

Estas (disposições constitucionais) referem-se primariamente, ainda que haja outros sentidos que possam ser igualmente retirados do acolhimento constitucional, à dignidade que é reconhecida a qualquer pessoa pelo simples facto de o ser e, portanto, é essa sua qualidade que é objeto do nosso interesse.

Ora, se toda e qualquer pessoa é destinatária do princípio da dignidade da pessoa humana pelo mero fato de ser “ser humano”, como garantir a dignidade diante da pluralidade de sujeitos e, por consequências, da pluralidade de conflitos sociais?

O Estado ainda constitui a principal via de proteção da dignidade da pessoa humana e, por consequência, de garantia dos direitos fundamentais por meio da Constituição. Verdadeiro pacto social que constitui escudo de proteção dos indivíduos contra os desmandos de particulares e do próprio Estado. Logo, os poderes do Estado possuem suas funções vinculadas a esse objetivo maior, como a seguir exposto:

Nessa qualidade, a dignidade da pessoa humana impõe-se juridicamente à observância de todos os poderes do Estado, vinculados que eles ficam, por força da recepção constitucional do princípio, ao seu respeito, à sua proteção e à sua promoção.⁴⁸

Como já demonstrado no capítulo anterior, nesse início do século XXI, os Estados de Direito, como Brasil, Itália, França e Portugal, vivenciam uma grave crise de representatividade dos poderes políticos do Estado (Executivo e Legislativo) na qual inexistente identidade entre a vontade do povo e a vontade manifestada pelos seus representantes por meio de leis e atos públicos de governo que significam os principais instrumentos de garantia dos direitos fundamentais, em especial, das liberdades públicas.

Diante disso, o ativismo judicial se torna uma via para efetivar o *checks and balances*, ou seja, efetivar um real equilíbrio entre os poderes. De forma que seja possível a implementação dos direitos fundamentais dentro dos Tribunais bem como o controle da inércia inconstitucional dos demais poderes.

Nessa mesma esteira, segue o ministro do STF, no Brasil, Luís Roberto Barroso:

O fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Discricionariedade judicial, portanto, traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas o boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe dimensão subjetiva na sua atuação. Não a subjetividade da vontade política própria — que que bem claro —, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.⁴⁹

Percebe-se que o ativismo judicial é um instrumento de exercício dessa discricionariedade e que deve ser realizado com parcimônia. A proatividade judicial não pode se transmutar em um “superpoder”, que tudo pode e que nada teme. Pelo contrário, o ativismo judicial só pode ser dito legítimo se realizado dentro dos estritos limites da Constituição que pressupõe um dever de justificação das decisões judiciais sempre pautado no sistema constitucional.

As motivações particulares dos magistrados não possuem o condão de estabelecer o fio condutor da sociedade. O juiz, mesmo que numa atividade proativa, tem a sua liberdade restrita ao dispositivo constitucional a ser interpretado sempre com o objetivo maior de garantir a dignidade da pessoa humana por meio da efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, o juiz possui um dever de coerência e integridade para com a Constituição, pois só nela poderá encontrar a verdade do caso concreto como bem coloca BARROSO:

Dito isso, porém, um intérprete judicial jamais poderá chegar ao final do exame de uma questão e afirmar que não há uma solução própria para ela. Vale dizer: não pode dizer que há empate, que tanto faz um resultado ou outro, ou que o caso pode ser decidido por cara e coroa. Assim, embora não se possa falar, em certos casos difíceis, em uma resposta objetivamente correta — única e universalmente aceita —, existe, por certo, uma resposta subjetivamente correta.

Isso significa que, para um dado intérprete, existe uma única solução correta, justa e constitucionalmente adequada a ser perseguida. E esse intérprete tem deveres de integridade — ele não pode ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes na matéria — e tem deveres de coerência, no sentido de que não pode ignorar as suas próprias decisões anteriores, bem como as premissas que estabeleceu em casos precedentes. Um juiz não é livre para escolher de acordo com seu estado de espírito, suas simpatias ou suas opções estratégicas na vida. Um juiz de verdade, sobretudo um juiz constitucional, tem deveres de integridade e de coerência.⁵⁰

Diante disso, o Judiciário tem exercido importante papel de força contramajoritária no que tange à defesa dos direitos fundamentais, principalmente, com o intuito de promover uma maior igualdade entre os indivíduos em sociedade, como por exemplo:

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Talvez esta não fosse posição majoritária na sociedade, mas a proteção de um direito fundamental à igualdade legitimava a atuação. Semelhança temente se passou com a permissão para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. São exemplos emblemáticos do papel iluminista da jurisdição constitucional. Nesses dois casos específicos, um fenômeno chamou a atenção. Em razão da natureza polêmica dos dois temas, uma quantidade expressiva de juristas se posicionou contrariamente às decisões — “não por serem contrários ao mérito, absolutamente não...” —, mas por entenderem se tratar de matéria da competência do legislador, e não do STF. Como havia direitos fundamentais em jogo, esta não parece ser a melhor posição. Ela contrapõe o princípio formal da democracia — as maiorias políticas é que têm legitimidade para decidir — aos princípios materiais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, favorecendo o primeiro em ambos os casos. Coloca-se o procedimento acima do resultado, o que não parece um bom critério.⁵¹

De fato, as situações supramencionadas deveriam serem reguladas pelo Poder Legislativo, porém quando o parlamento se omite – quiçá propositalmente – os direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos nos conflitos sociais não regulamentados devem ser sacrificados?

Parece que não é esse o intento dos Estados Constitucionais, uma vez que possuem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana que significa a proteção de todo e qualquer ser humano, seja ele parte das maiorias ou minorias.

Logo, o Poder Judiciário atuará justamente na garantia dos direitos fundamentais, principalmente, quando há omissão dos poderes políticos do estado. A referência pejorativa, portanto, feita por grande parcela da doutrina, ao fenômeno do ativismo judicial, por si só, não se justifica.

Ressalte-se que a atuação abusiva do Poder Judiciário sempre deve ser responsabilizada, em especial, quando realizada no sentido de usurpar as funções políticas dos demais poderes. Afinal, uma falha política jamais pode ser usada como justificativa de uma falha jurídica.

CONCLUSÃO

Diante o exposto, percebe-se que a função judiciária no século XXI deixou de ser entendida como restrita à reprodução legal. Hoje, vivenciamos uma mudança de paradigma da função judiciária a partir da necessidade de reconhecer a legitimidade da discricionariedade judicial.

Objetivou-se demonstrar que a discricionariedade judicial é uma função intrínseca do Poder Judiciário que com a abertura constitucional que ocorreu no final do século XX, no pós-guerras, encontrou campo propício para seu fortalecimento. Partiu-se, portanto, da teoria da força normativa da Constituição para justificar a necessidade de atribuir imperatividade ao documento constitucional para que pudesse ter maior efetividade diante das demandas sociais.

Afinal, a força normativa da Constituição significa que a norma suprema passa de mero norte político para norma jurídica cogente e imperativa o que lhe permite estabelecer uma relação dialógica com a sociedade, resultando em uma maior vinculação “às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo”, possibilitando um maior desenvolvimento uma ordem mais efetiva no que tange à regulação social.

Assim, intentou-se demonstrar que a relação dialógica entre a Constituição e a sociedade só é possível a partir do efetivo cumprimento da Constituição que se faz pela consecução das atribuições das funções primordiais dos poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário.

O exercício de tais funções como já preconizado por Montesquieu, deve se dar de forma independente e equilibrada. Ora, diante da crise de representatividade dos poderes políticos pela qual passa grande parte do globo enquanto

sociedade que decorre, justamente, da ausência de identidade entre a vontade popular e a vontade manifestada pelo Executivo e Legislativo no estabelecimento dos atos públicos e leis, a Constituição tende a perder sua força normativa.

Por isso, o presente trabalho discute acerca da discricionariedade judicial como meio para restabelecer o equilíbrio entre os poderes e efetivar a máxima do *checks and balances* e promover a garantia de direitos fundamentais.

Ficou demonstrado que a partir do momento em que se percebe que o Poder Executivo e o Poder Legislativo, por inércia ou omissão inconstitucional, concorrem para a ineficácia de direitos fundamentais e, por consequência, das liberdades públicas, a relação de reciprocidade entre a Constituição e a sociedade resta prejudicada.

A atuação proativa do Judiciário vem em resposta a esse enfraquecimento da Constituição, na tentativa de restabelecer os pesos e contrapesos entre os poderes estatais. Contudo, é importante ressaltar que tal proatividade judicial deve seguir os limites impostos pelo sistema constitucional como restou demonstrado.

Jamais a discricionariedade judicial deve ser utilizada como justificativa para imposição de interesses particulares por meio da atuação do Poder Judiciário. Essa, por sinal tem sido a principal crítica e a justificativa para o tratamento pejorativo dado ao fenômeno do ativismo judicial.

Todos os poderes do estado têm sua atuação limitada à Constituição, em especial, aos direitos fundamentais. Com o Judiciário, ocorre o mesmo. Logo, para a discricionariedade judicial ser legítima, é necessário que a decisão judicial siga fielmente os limites impostos pelo sistema constitucional.

Desta feita, acredita-se que o ativismo judicial não constitui um mal por si só à teoria da separação dos poderes. Pelo contrário, tal fenômeno quando realizado dentro dos limites da Constituição com o fim de promover sua maior efetividade, em especial, de dar maior efetividade dos direitos fundamentais, constitui forte aliado.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Orlando Viegas Martins. **Poder Judicial: Independência in Dependência**. Lisboa: Editora Almedina, 2004.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4 ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Globo, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e ao governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. V. 5, número especial, p 24-48, 2015. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.uniceub.br>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Seleções Jurídicas**. COAD: Rio de Janeiro, 2009

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed.. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed.. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. V. 5, número especial, p 03-24, 2015. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.uniceub.br>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

HAMILTON, Alexander; MADSON, James; JAY, John. **O Federalista**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. De J. Villeneuve E Cump., 1840

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991

MONTESQUIEU (1689-1755). **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana. vol. I. Lisboa: Almedina, 2015.
PIRES, Alex Sander Xavier Pires. **Súmula Vinculante e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada**: os sistemas do Brasil e da Espanha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2012.

TOCQUEVILLE, Alexy. **A Democracia na América**. 2 ed.. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998.

NOTAS

1. AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4 ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Globo, 2008, p.18
2. AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4 ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Globo, 2008, p.18
3. BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p.35-36
4. BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p.17.
5. A *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) previa a convocação regular do Parlamento, de cujo consentimento dependiam medidas como a criação de leis, a instituição de tributos e a manutenção de exército permanente em tempos de paz. Assegurava ainda imunidade aos parlamentares por suas manifestações no Parlamento e impedia a aplicação de pena sem prévio julgamento. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33)

6. A *Petição de Direitos (Petition of Rights)* protestava contra o lançamento de tributos sem aprovação do Parlamento, as prisões arbitrárias, o uso da lei marcial em tempos de paz e a ocupação de casas particulares por soldados. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33)
7. Constituição escrita significa a organização das normas e princípios em um único documento elaborado solenemente.
8. “Como se sabe, os americanos do norte tiveram um processo de colonização muito peculiar. Na verdade, Londres não empreendeu esforços para colonizar as terras americanas. Foram os próprios ingleses que, por questões pessoais, resolveram migrar para essas novas terras e lá construir as suas vidas. Mesmo diante desse processo, a metrópole praticava algumas interferências na vida dos colonos americanos, os quais as aceitavam em certa medida, desde que não fizessem alusão à cobrança de impostos e fossem convenientes para reconhecer direitos que lhes pertenciam por serem súditos ingleses, não só frente aos possíveis abusos dos poderes da Inglaterra, como também frente aos excessos dos poderes locais”. (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada: os sistemas do Brasil e da Espanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2012, p. 13-14.)
9. A Constituição americana de 1787 foi produto de um trabalho teórico, pautado na razão no qual foram discutidos e ponderados problemas e soluções mais adequadas às necessidades da sociedade americana, sempre tendo em mente a guarda maior dos direitos fundamentais. Essa percepção é retratada por Alexy de Tocqueville ao afirmar “o que é novo na história das sociedades é ver um grande povo, informado pelos seus legisladores de que as engrenagens do governo estão emperradas, voltar a olhar para si mesmo, sem precipitação nem temor, e sondar a profundidade ”do mal, conter-se durante dois anos inteiros, a fim de descobrir com vagar o seu remédio e, uma vez indicado esse remédio, submeter-se a ele voluntariamente, em que custe uma lágrima nem uma gota de sangue à humanidade”. (TOCQUEVILLE, Alexy. **A Democracia na América**. 2 ed.. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998, p. 92.)
10. “Ademais, também já tinha grande aceitação entre os americanos a ideia consoante a qual certos direitos são inerentes às pessoas e que a finalidade de qualquer poder é unicamente garantir o seu respeito”. (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada:**

os sistemas do Brasil e da Espanha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2012, p.14.)

11. TOCQUEVILLE, Alexy. **A Democracia na América.** 2 ed.. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998, p. 91-92)
12. “(...) Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade. Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali ‘direitos naturais, inalienáveis e sagrados’, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 14 ed.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 562)
13. BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.100
14. BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.101
15. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.48.
16. BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.72.
17. No início do século XIX, a maior parte do pensamento jurídico tinha-se convertido ao princípio da separação dos orgânico-pessoal entre poder legislativo e executivo, entre legislativo e judicial e entre executivo e judicial. (...) Governar/Administrar passou a ser sinónimo de agir, ou seja, levar a efeito todo um conjunto de acções de interesse comum à sociedade política enquanto que a jurisdição se reduziu a uma atividade eminentemente intelectual confinada à declaração, no caso concreto, daquilo que a lei tinha previsto em termos gerais. (AFONSO, Orlando Viegas Martins. **Poder Judicial: Independência in Dependência.** Lisboa: Editora Almedina, 2004, p. 36).
18. PIRES, Alex Sander Xavier Pires. **Súmula Vinculante e liberdades fundamentais.** Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016, p. 185.

19. MONTESQUIEU (1689-1755). **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 169
20. HAMILTON, Alexander; MADSON, James; JAY, John. **O Federalista**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. De J. Villeneuve E Cump., 1840, p. 216.
21. HAMILTON, Alexander; MADSON, James; JAY, John. **O Federalista**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. De J. Villeneuve E Cump., 1840, p. 217-218.
22. No presente trabalho, parte-se do pressuposto da força normativa da Constituição seguindo a teoria do professor alemão Konrad Hesse pela qual o documento constitucional possui força normativa que lhe atribui uma imperatividade que torna possível estabelecer uma relação dialógica com a sociedade, visando manter a efetividade diante das demandas sociais como se pode inferir do trecho a seguir: “a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. [...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relação da vida”. (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 18)
23. PIRES, Alex Sander Xavier Pires. **Súmula Vinculante e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016, p. 184.
24. WHITE, M.G 1949 apud CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31.
25. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31-32.
26. “No plano doméstico, os países procuram administrar, da forma possível, a diversidade que caracteriza a sociedade contemporânea, marcada pela multiplicidade cultural, étnica e religiosa. O respeito e a valorização das diferenças encontram-se no topo da agenda dos Estados democráticos e pluralistas. Buscam-se arranjos institucionais e regimes jurídicos que permitam a convivência harmoniosa entre diferentes, fomentando a tolerância e regras que permitam que cada um viva, de maneira não excludente, as suas próprias convicções. Ainda assim, não são poucas

- as questões suscetíveis de gerar conflitos entre visões de mundo antagônicas. No plano internacional, elas vão de mutilações sexuais à imposição de religiões oficiais e conversões forçadas. No plano doméstico, em numerosos países, as controvérsias incluem o casamento de pessoas do mesmo sexo, a interrupção da gestação e o ensino religioso em escolas públicas. Quase tudo transmitido ao vivo, em tempo real. A vida transformada em *reality show*.” (BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e ao governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. V. 5, número especial, p 31, 2015. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.uniceub.br>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.)
27. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e ao governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. V. 5, número especial, p 28-29, 2015. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.uniceub.br>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.
28. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 33.
29. Idem.
30. MONTESQUIEU (1689-1755). **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p.170.
31. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 33.
32. PIRES, Alex Sander Xavier Pires. **Súmula Vinculante e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016, p. 214-215.
33. COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. V. 5, número especial, p 05, 2015. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.uniceub.br>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.
34. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Seleções Jurídicas**. COAD: Rio de Janeiro, 2009, p. 3
35. AFONSO, Orlando Viegas Martins. **Poder Judicial: Independência in Dependência**. Lisboa: Editora Almedina, 2004, p. 80.

36. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 33.
37. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 35.
38. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 42.
39. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 43.
40. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 45.
41. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 46.
42. O sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos) se justifica a partir da “constatação de que a formação de governos é típica dos homens que padecem com a vontade de avocar o poder – ambição -, de sorte que a própria estrutura deve ter condições de frear os ímpetos naturais para devolver-lhe, incólume, ao seu detentor legítimo, o povo, mediante políticas públicas que satisfaçam a vontade constitucional.” (PIRES, 2016, p. 186-187)
43. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 53.
44. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 53-54.
45. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 54.
46. AFONSO, Orlando Viegas Martins. **Poder Judicial: Independência in Dependência.** Lisboa: Editora Almedina, 2004, p. 54.
47. NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana.** vol. I. Lisboa: Almedina, 2015, p. 18.

48. Idem.

49. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e ao governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. V. 5, número especial, p. 33, 2015. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.uniceub.br>. Acesso em: 01 de março de 2017.

50. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e ao governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. V. 5, número especial, p. 35, 2015. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.uniceub.br>. Acesso em: 01 de março de 2017.

51. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e ao governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. V. 5, número especial, p. 42, 2015. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.uniceub.br>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

A família nas constituições brasileiras

Anamaria Sousa Silva

RESUMO

A família é a base da sociedade e considerada por muitos como a instituição social mais antiga. As Constituições Brasileiras desde a época do Brasil-Colônia incluíram em seu conteúdo aspectos relacionados ao Direito de Família. Com o decorrer do tempo e das mudanças sociais frutos da própria evolução do mundo e do Brasil, os dispositivos passaram a contemplar novos direitos que antes não eram amparados pela lei maior do país. A Constituição Brasileira de 1988 incorporou princípios de extrema importância ao Direito de Família e que são objetos deste estudo. O tema será tratado através de uma análise descritiva, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, incluindo doutrina especializada no âmbito nacional. Este trabalho almeja agregar novos conhecimentos capazes de fomentar a compreensão sobre a evolução do tema, servindo de inspiração para discussões e mudanças vindouras.

Palavras-chave: Princípios. Constituição. Direito de Família.

ABSTRACT

Family may be considered as the foundation and pillar of our society and one of the eldest social institutions. The Brazilian Constitutions since when Brazil was a colony of Portugal, included in their contents topics related to Family Law. After a long period and some new Constitutions, gradually the number of constitutional principles concerned to Family Law which were included in their scope increased. The Brazilian Constitution of 1988, now in force, incorporates principles of extreme importance to Family Law, these principles will be analyzed in this study. The subject will be treated through a descriptive analysis, by means of bibliographical and documentary research, including specialized material written by national scholars. Moreover, this study aims to gather new knowledge to promote general comprehension about the evolution of Family Law in Brazilian Constitutions and, at the same time, serving as inspiration for discussions and changes to come.

Keywords: Principles. Constitution. Family Law.

INTRODUÇÃO

Com o aniversário de 30 anos da Constituição Federal Brasileira, ocorrido em 2018, muito se tem a comemorar no que concerne às incorporações trazidas pelo legislador constituinte e que contribuíram para legitimar direitos sociais até então ignorados pelo Poder Legislativo, mas que já estavam fazendo parte dos costumes adotados pela sociedade nas relações familiares e com influência em todo o Direito de Família.

A família, no decorrer desses trinta anos da “Constituição Cidadã”, passou a ter vários formatos. A família patriarcal, herança da contribuição da Religião na vida política e social do brasileiro durante muito tempo e, também, da influência do sistema jurídico romano no arcabouço jurídico brasileiro, gradativamente foi substituída pela participação cada vez maior da mulher na condução da entidade familiar, equiparando-se suas atribuições às do homem.

Falando-se em entidade familiar, esta passou a ter diferentes configurações, não podendo hoje se falar somente da família tradicional, composta por pai - do sexo masculino, mãe - do sexo feminino e filhos, diferenciando-os de acordo com vários critérios biológicos. A instituição familiar passou a ser baseada em laços de amor, de afetividade entre seus membros, independente de ser constituída por casais homoafetivos, heterossexuais, filhos naturais ou adotados, famílias cujo chefe é a mãe, o pai, os avós ou até mesmo irmãs ou irmãos mais velhos.

O legislador constituinte de 1988 foi inovador ao promover, através da inclusão de princípios como a dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade, proteção da criança, do adolescente e do idoso, uma sociedade mais justa e igualitária, garantindo que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário pautassem as suas ações na preservação de valores considerados essenciais e de suma importância para o desenvolvimento de qualquer Estado.

Inobstante tais garantias, muitas vezes o Poder Legislativo tem se mostrado tímido ao elaborar leis no mesmo ritmo que a evolução social e cultural exigem. Percebe-se atualmente que o Poder Judiciário tem sido chamado várias vezes a se manifestar em situações ainda não previstas na legislação brasileira. O Judiciário, nessas ocasiões, tem se valido dos princípios constitucionais relevantes ao Direito de Família, ou Direito das Famílias, dado à grande diversidade de tipos de famílias hoje existentes, para garantir aos cidadãos brasileiros a proteção a que fazem jus e que não podem ficar a mercê de homens acovardados pelos seus eleitores que podem não concordar com posicionamentos considerados de vanguarda e controversos, mas que garantirão uma vida mais digna a uma parte da população desprotegida.

Muito se fala que o Poder Judiciário tem legislado, mas se isso tem ocorrido deve-se à inércia do Legislativo em assuntos polêmicos como alguns que envolvem Direito de Família. Sendo assim, após decisões paradigmáticas dos tribunais pátrios, a sociedade brasileira e a instituição familiar tem evoluído e, hoje, muitas condutas passaram a ser aceitas não só pela sociedade, mas também foram normatizadas pelos legisladores brasileiros, influenciados por manifestações populares ou, ainda, por decisões e súmulas dos tribunais.

Neste estudo será feito uma abordagem histórica da evolução do Direito de Família nas diversas constituições brasileiras, demonstrando-se de que modo os direitos sociais familiares foram gradativamente inseridos e consolidados no Brasil até a Constituição de 1988.

Posteriormente, far-se-á uma análise acerca dos princípios inseridos na atual Constituição Brasileira, apresentando-se, ainda, posicionamentos dos tribunais brasileiros a respeito de situações envolvendo Direito de Família em que tais princípios foram evocados.

Finalmente, apresentar-se-á o progresso que ocorreu no Direito de Família nesses 30 anos de Constituição Brasileira, a despeito do preconceito de parte da sociedade brasileira, graças aos princípios constitucionais que passaram a influenciar não somente os Poderes legalmente constituídos mas, também, a população, principalmente as gerações nascidas após 1988, que convivem e aceitam com naturalidade as múltiplas formas que a família se apresenta atualmente.

HISTÓRICO

A família, considerada como uma das instituições mais antigas da humanidade, evoluiu ao longo do tempo, sofrendo transformações de acordo com as mudanças sociais ocorridas. A instituição familiar tem sido objeto de proteção principalmente após as Revoluções Francesa (séc. XVIII) e Industrial (séc. XVIII e XIX), refletindo nas constituições brasileiras dos respectivos períodos.

Já no século XX, a Declaração dos Direitos Humanos reconhece o direito à proteção da família, que deve ser garantido pela sociedade e pelo Estado, conforme previsto nos seus artigos 16 e 25:

Art. 16:

I – os homens e mulheres de maioridade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

II – O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

III – A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito à proteção da sociedade e do Estado.

Art. 25:

I – (...)

II – A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

A partir desse momento, percebe-se que as ideias insculpidas na sociedade, em decorrência do momento histórico vivenciado, influenciaram legislações em todo o mundo para que garantissem, nos ordenamentos jurídicos internos, a dignidade e proteção da família.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM:

No final da segunda metade do século XX, quando foi feita a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os ideais de liberdade já estavam bem consolidados, pelo menos para o mundo ocidental. Aliás, justamente esses foram os ideais que autorizaram e trouxeram a necessidade de se fazer tal Declaração. No contexto desses ideais de liberdade, está inserida a liberdade das pessoas escolherem outras formas de constituição de família para além daquelas formadas tradicionalmente. A partir de então, os Estados Nacionais passaram a reconhecer várias formas de constituição de família. No Brasil, isto se deu oficialmente em 1988, com a nova Constituição da República: família constituída pelo casamento, pelo concubinato não-adulterino e as famílias monoparentais, ou seja, por qualquer dos pais que viva com seus descendentes.¹

Inobstante o fato de a Constituição Federal de 1988 ter sido considerada como aquela que garantiu e estendeu muitos dos direitos relacionados à família, antes dela, outras constituições brasileiras já abordavam o tema de modo mais tímido.

A Constituição Brasileira de 1824² não tratava especificamente sobre a família e o casamento. Fortemente influenciada pela Igreja Católica, limitava-se em abordar somente aspectos relacionados à família real e ao direito sucessório no âmbito da Monarquia³.

Após a Proclamação da República, a Constituição Republicana de 1891⁴ também manteve-se silente em relação à proteção à família, resumindo-se seu

teor ao art. 72, § 4º que reconhece somente o casamento civil. Tal fato talvez tenha ocorrido por que os Decretos nº 181/1890 e 521/1890 já tivessem regulamentado de maneira detalhada o casamento, considerado como meio exclusivo de se constituir família. O primeiro decreto dispunha de todos os aspectos do casamento, abordagem necessária após a separação entre a Igreja e o Estado, enquanto o Decreto nº. 521/1890, acrescentou a proibição de cerimônias de casamento religioso antes de celebrado o casamento civil, passando a considerá-lo como o único válido, independente do culto religioso utilizado, se católico ou outro de livre escolha dos nubentes.

Em 1934, a nova Constituição Federal, fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte, continha em seu preâmbulo que fora elaborada “para organizar um regime democrático, que assegure à Nação, a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”, garantiu e expandiu determinados direitos sociais, entre eles, a proteção da família. Os arts. 144 e 146 desse diploma legal dispõem:

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo.

Art. 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juízes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art. 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.⁵

Percebe-se, assim, que a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a garantir a proteção da família pelo Estado. Manteve, também, a gratuidade da celebração do casamento, conforme já previsto na Constituição de 1891 e, ainda, a possibilidade de a cerimônia religiosa ser conduzida por ministro de qualquer confissão religiosa, conforme já consagrado pelo Decreto nº. 521/1890.

A Constituição Brasileira de 1937⁶ confirma os mesmos termos de sua antecessora, garantido o amparo estatal às famílias, constituídas pelo casamento indissolúvel (art. 124 da CF/1934). Com relação aos filhos, o art. 126 assegura, para fins de reconhecimento, igualdade entre filhos naturais e legítimos:

Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art. 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Na Constituição de 1946⁷ houve certo avanço no Direito de Família, com destaque para as alterações relacionadas ao casamento religioso, que passou a ter efeitos civis desde que observados os impedimentos, a legislação pertinente e a devida inscrição do ato no registro público. Além dessa questão específica, assegurou-se ao cônjuge ou aos filhos brasileiros, a sucessão de bens de estrangeiro existentes no Brasil desde que a legislação do *de cuius* não lhes fosse mais favorável.

Em 1967, a Constituição Brasileira e a Emenda Constitucional nº. 01/1969⁸ em nada acrescentaram ao Direito de Família, mantendo as mesmas garantias já asseguradas pelos artigos 163 a 165 da CF/1946.

Da CF/1967 até a Constituição Federal de 1988, grande avanço ocorreu após a edição da Emenda Constitucional nº. 09/1977, repercutindo especificamente sobre a lei maior de 1967 e a EC nº. 01/1969, dando nova redação ao art. 175, § 1º da Constituição então em vigor, dispondo que “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.”

A partir desse dispositivo legal, o princípio da indissolubilidade do casamento foi abolido. Posteriormente, promulgou-se a Lei nº. 6.515/1977, conhecida como Lei do Divórcio, que regulamentou a separação judicial, a dissolução do casamento ou a cessão dos seus efeitos civis.

A Constituição de 1988, promulgada durante o processo de redemocratização do país, considerada como “Constituição Cidadã”, fundamentada em princípios como o da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, promoveu grandes avanços no Direito de Família, que passou a ser visto sob uma nova perspectiva.

No âmbito dos direitos fundamentais da CF/1988, destacam-se aqueles que mais repercutiram no âmbito do direito de família: dignidade da pessoa humana, solidariedade e isonomia, conforme se vê nos artigos abaixo, da lei maior:

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; (grifo nosso)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma **sociedade livre, justa e solidária;** (grifo nosso)

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - **homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações,** nos termos desta Constituição; (grifo nosso)

Além dos princípios supracitados, o legislador constituinte assegurou direitos já garantidos nas constituições anteriores e positivou condutas que já eram adotadas pela população brasileira ao elaborar um capítulo exclusivamente dedicado à Família, à Criança, ao Adolescente, ao Jovem e ao Idoso (Capítulo VII).

O art. 226, do Capítulo VII da CF/1988, além de considerar a família como base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado, garante de modo específico os direitos e deveres inerentes à entidade familiar: gratuidade da celebração do casamento civil; atribuição de efeitos iguais ao casamento civil e religioso, o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, como entidade familiar; a facilitação da conversão da união estável em casamento, o reconhecimento da entidade familiar constituída por qualquer dos pais e seus descendentes; igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na socieda-

de conjugal; dissolução através do divórcio; observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, planejamento familiar de livre escolha do casal, com o amparo do Estado, quando necessário; e garantia de proteção aos membros da família contra violência no âmbito de suas relações.

O art. 227 da CF/1988 equipara os filhos havidos ou não da relação do casamento, sejam eles adotados ou naturais, garantido a todos os mesmos direitos e qualificações, proibindo, também, qualquer espécie de discriminação relacionada à filiação.

A CF/1988 concede proteção especial aos considerados mais vulneráveis no âmbito familiar: crianças, adolescentes e idosos (arts. 228 a 230)

No próximo tópico analisar-se-á alguns dos princípios relacionados ao Direito de Família na Constituição vigente.

O DIREITO DE FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição Federal de 1998, segundo afirma Madaleno, foi responsável por uma grande mudança no Direito de Família:

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a intata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalidade do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional.

Percebe-se assim que o legislador constituinte, que elaborou a CF/1988, ao tratar do Direito de Família privilegiou dois princípios fundamentais e estruturantes⁹: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Além desses dois princípios, outros dois são considerados como tendo significativa relevância: a igualdade e a liberdade¹⁰.

Destaca-se que o rol de princípios elencados como essenciais ao Direito de Família varia de acordo com o enfoque dado por cada doutrinador. Neste trabalho serão abordados de modo mais detalhado os seguintes: dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, afetividade, liberdade, e, proteção da criança, do adolescente e do idoso.

2.1. Dignidade da pessoa humana

Normatizada pelo art. 227 do atual texto constitucional, no qual se atribui à família o dever, ao lado da sociedade e do Estado, de proteção à criança e ao adolescente, o princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado como valor essencial e que deve servir de parâmetro na interpretação do Direito de Família. Segundo Serejo destaca, na família moderna, “formada pelo respeito a cada um dos seus membros e preocupada com o bem-estar de todos os seus componentes, tem no princípio da dignidade da pessoa humana seu ponto nuclear de apoio.”¹¹

Considerada por alguns autores como o princípio solar em nosso ordenamento¹². Maria Berenice Dias ressalta que:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares - o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.¹³

Logo, percebe-se que aos entes familiares, independente da forma de constituição familiar, é garantido o direito à uma vida plena, baseada em valores fundamentais de respeito ao ser humano e que estão amparados com a incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito constitucional.

2.2. Solidariedade

Ao contrário do princípio da dignidade humana, cujo preceito atribui responsabilidade conjunta da família, da sociedade e do Estado, a solidariedade é provida de um conteúdo ético mais acentuado. “Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão.”¹⁴

Cabe à família as responsabilidades iniciais pelos cuidados das crianças e adolescentes geradas no seu seio. Segundo o art. 229 da CF/1988: “Os pais têm dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Desse modo, verifica-se que o princípio da solidariedade incide primeiramente sobre a instituição familiar, tendo sua origem no vínculo afetivo que une os membros da mesma família e que na maioria das vezes são elos fortes e permanentes.

2.3. Igualdade

Princípio inserido inicialmente no preâmbulo da atual Constituição, no art. 5º do texto constitucional – “todos são iguais perante a lei” e, também, no art. 226, § 5º, da CF/88, o princípio da igualdade garante tratamento isonômico aos cidadãos brasileiros. Referindo-se especificamente ao Direito de Família, a igualdade está expressa na paridade de direitos e deveres atribuídos aos cônjuges, eliminando-se qualquer tipo de tratamento diferenciado entre homens e mulheres.

Os filhos, independentemente de serem naturais, adotivos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, também estão amparados pelo princípio da igualdade.

Segundo os ensinamentos de Dias:

A Constituição Federal de 1988, como diz Zeno Veloso, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derrogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico. Como lembra Luiz Edson Fachin, após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família.¹⁵

No momento da promulgação da CF/1988, o Código Civil então vigente era o de 1922, ainda muito limitado às inovações sociais que requeriam proteção na legislação civil. Posteriormente, o Código Civil de 2002, mesmo sendo posterior à Constituição da época, também pode ser considerado em atraso se comparado às inovações trazidas pelo legislador constituinte de 1988, que

desde essa época já excluiu o tratamento diferenciado entre homem e mulher, atribuindo ainda igualdade entre os filhos.

Observou-se, assim, que algumas das introduções trazidas posteriormente pelo Poder Legislativo no âmbito do Direito de Família foram inspiradas e norteadas pelos princípios inseridos na CF/1988. Mesmo com a elaboração de novas leis regulamentando a instituição familiar, o Poder Judiciário tem sido também o grande responsável por garantir a igualdade dos cidadãos nesse aspecto, cujo principal exemplo está nas relações familiares homoafetivas¹⁶, cujos tribunais adotaram posicionamentos inovadores na falta de leis específicas sobre o tema.

2.4. Afetividade

O primeiro vínculo que rege as relações familiares é a afetividade. Independentemente do tipo de entidade familiar constituída, as uniões nascem devido a laços de amor e de união, não estão baseadas em relações patrimoniais, religiosas, políticas, etc. como algumas eram no passado. A CF/1988 consagrou o princípio da afetividade implicitamente em vários dispositivos. Segundo Lôbo:

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família 'expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultura da afinidade' (este no sentido de afetividade)¹⁷

Nota-se que mesmo não estando inserido explicitamente no texto constitucional, o princípio da afetividade permeia a relação familiar moderna, em que o liame mais importante é aquele garantidor da felicidade e estabilidade às

relações inseridas no seu contexto. Mais importante do que as questões biológicas, seja em relação ao sexo dos cônjuges ou à natureza da filiação, o Estado através de vários princípios constitucionais visa à garantia de realização plena do indivíduo, não somente no aspecto material, mas moral e emocional.

2.5. Liberdade

A CF/1988 ao ser promulgada no período de redemocratização pela qual passava o país, pautou-se na garantia das liberdades individuais, que teve reflexo no Direito de Família. Entretanto, até hoje ainda é objeto de discussão doutrinária a natureza jurídica do Direito de Família, se pública ou privada. Para Dias, tal discussão é irrelevante e não retira o caráter privado das relações familiares:

No entanto, em face do comprometimento do Estado de proteger a família e ordenar as relações de seus membros, o direito das famílias dispõe de acentuado domínio de normas imperativas, isto é, normas inderrogáveis, que impõem limitações às pessoas. São normas cogentes que incidem independentemente da vontade das partes, daí seu perfil publicista. Por isso são consideradas de ordem pública, assim entendidas por tutelarem o interesse geral, atendendo mais aos interesses da coletividade do que ao desejo do indivíduo. A tendência em afirmar que o direito das famílias pende mais ao direito público do que ao direito privado decorre da equivocada ideia de que busca tutelar as entidades familiares mais do que os seus integrantes.¹⁸

Independentemente da discussão, no que se refere ao princípio da liberdade aplicado ao Direito de Família, a forma da entidade familiar deve ser escolhida livremente pelos seus membros e baseadas em outros princípios como afetividade, solidariedade e igualdade. Não cabe ao Estado interferir nesse aspecto, mas somente garantir proteção caso as liberdades individuais estejam sendo descumpridas e aceitar as variedades e características peculiares de cada unidade familiar, desde que em observância à legislação pertinente sobre o tema.

Como exemplo desta influência na liberdade, pode-se citar a união poliafetiva ou o poliamor, que seriam relacionamentos amorosos compostas por três ou mais pessoas. Recentemente, três pessoas, em união com tais características pretenderam registrar em cartório¹⁹ esse novo tipo de arranjo familiar

como união estável. Entretanto, tal formato de família não é admitido pela legislação pátria e, conforme determinação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), deve ser banida a emissão de escritura pública referente a esse tipo de relação.

2.6. Proteção da Criança, do Adolescente e do Idoso

O artigos 227, 228 e 230 da CF/1988 abordam a proteção à criança, ao adolescente aos idosos:

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.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Nos artigos supracitados percebe-se a presença do princípio da solidariedade que deve permear as relações familiares e que asseguram aos entes mais fracos da família proteção não somente no âmbito familiar, mas extensivo a toda a sociedade e ao Estado, como forma de garantir a dignidade e bem-estar de todos. De acordo com Lôbo: “o princípio da proteção integral não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.”²⁰

CONCLUSÃO

O legislador constituinte de 1988 deu especial atenção à família. Diversos princípios constitucionais estão explícita ou implicitamente relacionados ao

Direito de Família e contribuíram de modo significativo para sua evolução em todo o país. A legislação, jurisprudência e doutrina surgidas desde então foram influenciadas pelo texto constitucional.

Neste trabalho, abordou-se a evolução histórica do direito de família inserido nas Constituições Brasileiras no decorrer do tempo, analisando-se de que modo os textos constitucionais se desenvolveram e passaram, de acordo com o momento histórico e social do país, a refletir os anseios da população e do Estado naquele período.

O estudo culminou com a apresentação dos princípios constitucionais presentes na CF/1988, quando se constatou que aqueles com reflexo no Direito de Família são vários, a depender da abordagem feita por cada estudioso do tema.

Neste contexto, escolheu-se aqueles princípios considerados mais relevantes como forma de concretização dos direitos fundamentais, já estando consolidados em legislação ordinária ou complementar superveniente ou pela jurisprudência dos tribunais pátrios, que tem excluído qualquer espécie de preconceito nas normas formas de estrutura familiar, assegurando igualdade entre homem e mulher. Considerando-se que as relações familiares estão ausentes de hierarquias, sendo relações horizontais em que não há nenhum membro com mais privilégios que outros, todos são iguais, livres e solidários, pautando seu convívio na dignidade e respeito mútuos, características das relações baseadas na afetividade natural e que garantem a proteção de todos os seus membros, principalmente dos mais vulneráveis, como crianças, adolescentes e idosos, que devem ser amparados não somente no seio familiar, mas pela sociedade e pelo Estado.

Ao considerar a instituição familiar de modo genérico, a CF/1988 foi capaz de introduzir novas concepções e estruturas familiares que surgiram ou foram surgindo formal ou informalmente. Além disso, para constituição da família mais importante do que formalidades legais com celebrações e burocracias específicas, foi dado ênfase à família como instituição privada, livremente constituída por seus membros, que a ela aderiram devido a laços afetivos que os unem, sem estarem vinculados necessariamente a critérios biológicos ou burocráticos.

ANEXO
JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA AOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hétero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (RE 646721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017)

Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da

que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável.

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988.

3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso.

4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

5. Provento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (RE 878694, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018)

Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes.

1. O questionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado

recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem.

2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).

9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio).

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

(RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017)

Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hétero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

4. Provento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (RE 646721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. DIFERENÇA DE VALOR OU DE PERCENTUAL NA FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS ENTRE FILHOS. IM-

POSSIBILIDADE, EM REGRA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE ENTRE FILHOS, TODAVIA, QUE NÃO POSSUI CARÁTER ABSOLUTO. POSSIBILIDADE DE EXCEPCIONAR A REGRA QUANDO HOUVER NECESSIDADES DIFERENCIADAS ENTRE OS FILHOS OU CAPACIDADES DE CONTRIBUIÇÕES DIFERENCIADAS DOS GENITORES. DEVER DE CONTRIBUIR PARA A MANUTENÇÃO DOS FILHOS QUE ATINGE AMBOS OS CÔNJUGES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COGNIÇÃO DIFERENCIADA ENTRE PARADIGMA E HIPÓTESE. PREMISSAS FÁTICAS DISTINTAS.

1- Ação distribuída em 06/03/2012. Recurso especial interposto em 22/04/2015 e atribuído à Relatora em 26/08/2016.

2- O propósito recursal consiste em definir se é ou não admissível a fixação de alimentos em valores ou em percentuais diferentes entre os filhos.

3- Do princípio da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, §6º, da Constituição Federal, deduz-se que não deverá haver, em regra, diferença no valor ou no percentual dos alimentos destinados a prole, pois se presume que, em tese, os filhos - indistintamente - possuem as mesmas demandas vitais, tenham as mesmas condições dignas de sobrevivência e igual acesso às necessidades mais elementares da pessoa humana.

4- A igualdade entre os filhos, todavia, não tem natureza absoluta e inflexível, devendo, de acordo com a concepção aristotélica de isonomia e justiça, tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, de modo que é admissível a fixação de alimentos em valor ou percentual distinto entre os filhos se demonstrada a existência de necessidades diferenciadas entre eles ou, ainda, de capacidades contributivas diferenciadas dos genitores.

5- Na hipótese, tendo sido apurado que havia maior capacidade contributiva de uma das genitoras em relação a outra, é justificável que se estabeleçam percentuais diferenciados de alimentos entre os filhos, especialmente porque é dever de ambos os cônjuges contribuir para a manutenção dos filhos na proporção de seus recursos.

6- Não se conhece do recurso especial pelo dissídio jurisprudencial quando houver substancial diferença entre a cognição exercida no paradigma e a cognição exercida na hipótese, justamente porque são distintas as premissas fáticas em que se assentam os julgados sob comparação. Precedentes.

7- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(REsp 1624050/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 22/06/2018)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. SOCIOAFETIVIDADE. PATERNIDADE. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO. SÚMULA Nº 7/STJ. REGISTRO. Art.

1.604 DO CÓDIGO CIVIL. ERRO OU FALSIDADE. INEXISTÊNCIA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n.º 2 e 3/STJ).

2. A retificação do registro de nascimento de menor depende da configuração de erro ou falsidade (art. 1.604 do Código Civil) em virtude da presunção de veracidade decorrente do ato.

3. A paternidade socioafetiva foi reconhecida pelo Tribunal local, circunstância insindicável nesta instância especial em virtude do óbice da Súmula n.º 7/STJ.

4. Consagração da própria dignidade da menor ante o reconhecimento do seu histórico de vida e a condição familiar ostentada, valorizando-se, além dos aspectos formais, a verdade real dos fatos.

5. A filiação gera efeitos pessoais e patrimoniais, não desfeitos pela simples vontade de um dos envolvidos.

6. Incidência do princípio do melhor interesse da criança e adolescente prescrito no art. 227 da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Convenção sobre os Direitos da Criança, incorporada ao ordenamento pátrio pelo Decreto n.º 99.710/1990.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1713123/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 12/03/2018)

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 26.09.2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm – acesso em 26.09.2018 Acesso em 26.09.2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm – acesso em 26.09.2018

BRASIL. Constituição Federal de 1946. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html> – acesso em 26.09.2018

BRASIL. Constituição Federal de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm – acesso em 26.09.2018

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da efetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

COSTA, Dilvanir José da Costa. **A família nas Constituições**. Brasília a. 43 n. 169 jan./mar. 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In: CONRADO, Marcelo (Org.). **Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4752>. Acesso em: 30.09.2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Os direitos humanos na família. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1315,71043-Os+direitos+humanos+na+familia>. Acesso em 26.09.2018.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

NOTAS

1. <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1315,71043-Os+direitos+humanos+na+familia> – acesso em 26.09.2018
2. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm – acesso em 26.09.2018
3. Dilvanir José da Costa . A família nas Constituições . Brasília a. 43 n. 169 jan./mar. 2006, p. 14
4. <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html> – acesso em 26.09.2018
5. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm – acesso em 26.09.2018
6. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm – acesso em 26.09.2018
7. <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html> – acesso em 26.09.2018
8. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm – acesso em 26.09.2018 e <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/>

emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html
– acesso em 26.09.2018

9. LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In: CONRADO, Marcelo (Org.). **Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 327.
10. CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da efetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 237
11. SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 18
12. GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 75
13. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 75-76.
14. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 79
15. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 52
16. ADPF nº 132 e ADI nº 4.277.
17. Lôbo, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 48.
18. DIAS, p. 55
19. O CNJ determinou que os Cartórios estão proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87073-cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>
20. LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n.

194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4752>>. Acesso em: 30 set. 2018.

Da invisibilidade para as estatísticas: o tráfico internacional de mulheres maranhenses para fins de exploração sexual. Uma perspectiva de gênero e de violação de Direitos Humanos após 30 anos de vigência das Promessas de Dignidade Igualitária

From invisibility to statistics: the international trafficking of maranhense women for sexual exploitation purposes. A gender perspective and human rights violation after 30 years of the Democratic Constitution of 1988 and its promises of equality and human dignity

**Cássius Guimarães Chai
Beatriz de Araújo Caldas**

RESUMO

O Tráfico internacional de mulheres maranhenses para fins de exploração sexual sofre influência do papel social de gênero como um fator favorecedor e ocorre em meio a diversas violações de Direitos Humanos. Objetivam os autores a analisarem como tal crime ocorre, a partir do Maranhão. Descrevem-se os Direitos Humanos violados. Analisa-se a legislação sobre o crime de Tráfico de Pessoas. Qualifica-se a pesquisa como de revisão bibliográfica com emprego de análise do discurso em abordagem dialógica com os pensamentos de Mércia Souza, Flávia Piovezan, Michel Foucault, Joann Scott, dentre outros. Conclui-se que há a determinação do gênero no favorecimento do crime, em função da cultura machista que predomina na sociedade; ainda que, a dignidade, a liberdade, a integridade e a segurança das vítimas como Direitos Humanos estejam violados, embora formalmente constitucionalizados. Percebe-se a carência de pesquisas que diagnostiquem a situação das vítimas do crime de Tráfico de Pessoas.

Palavras-chave: Tráfico internacional de mulheres. Maranhão. Prostituição. Gênero. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The international traffic of women born in Maranhão State for purposes of sexual exploitation is influenced by the social role of gender as a favoring factor and it occurs in the midst of various human rights violations. The authors aim to analyze how such a crime occurs, within its initial route in Maranhão. The human rights violated are described. It analyzes the legislation on the crime of Trafficking in Persons. The research is qualified as a bibliographical reviewing with the use of discourse analysis in a dialogical approach with the thoughts of Mércia Souza, Flávia Piovezan, Michel Foucault, Joann Scott. It is concluded that there is the determination of gender in the favor of crime, in function of the macho culture that predominates in Brazilian society; even though the dignity, freedom, integrity and security of victims as Human Rights are violated, although formally under constitutional provisions. The lack of current research that makes a diagnosis about the situation of the victims of the crime of Trafficking in Persons is evident.

Keywords: International Trafficking in Person. Prostitution. Gender. Human Rights.

INTRODUÇÃO

Considerado o marco histórico de “Redemocratização”, a Constituição de 1988, a mulher brasileira traficada para fins de exploração sexual era, de uma perspectiva estatal de proteção, institucionalmente inexistente, embora tanto na Europa quanto nos Estados Unidos a sensualidade da mulher nacional nutrisse, não apenas o imaginário do estereótipo carnavalesco da indústria do sexo, e de que a mulher brasileira é (era) liberal, como de fato essa mulher era, no exterior, identificada como profissional do sexo.

Transcorridos trinta anos de vigência da celebrada Constituição Cidadã, as estatísticas desencobertam o manto da invisibilidade, e o retrato dessa triste realidade sai do mercado negro para os dados oficiais.

O tráfico internacional de pessoas de acordo com o Relatório Global do Tráfico de Pessoas, de 2016, referente aos anos de 2012 a 2014, desenvolvido pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)¹ apresenta como principais países de destino, os que estão localizados na Europa, América do Norte, Norte da África, Oriente Médio e Ásia Central. Os principais países de origem encontram-se na América do Sul, África Subsaariana, Ásia Central e Europa Oriental.

Esse Relatório informa ainda que as mulheres constituem cinquenta e um por cento das pessoas traficadas, as meninas, vinte por cento, enquanto os ho-

mens, vinte e um por cento e os meninos, oito por cento. Ou seja, setenta e um por cento das pessoas traficadas são do sexo feminino. Dentre o total de mulheres traficadas — cinquenta e um por cento —, setenta e dois por cento são exploradas sexualmente. Quanto aos homens, dentre os vinte e um por cento traficados, somente seis por cento são explorados sexualmente².

O tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual atinge uma série de fatores. O principal é a violação de Direitos Humanos. Perpassa ainda, pela dificuldade de ser combatido, pela influência do fator gênero, pelas condições socioeconômicas das vítimas, pelo marco legal, o qual necessita de definição conceitual mais específica, pelas relações de poder que marcam as sociedades e, pelo comércio altamente lucrativo, o terceiro mais rentável do mundo³.

O crime de tráfico de pessoas está previsto no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à prevenção, repressão e punição do Tráfico de Pessoas, em especial mulheres e crianças, ou Protocolo de Palermo⁴, na alínea “a)” do artigo 3º e no caput e inciso V do artigo 149-A do Código Penal de 1940⁵:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

Art. 149-A agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alugar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

V – exploração sexual.

A presente pesquisa, portanto, tem como Problema e variáveis: (P) Como o tráfico internacional de mulheres maranhenses para fins de prostituição viola os Direitos Humanos? (V1) De que forma o gênero como relação de poder na sociedade atua na determinação e na existência desse crime? (V2) Como o crime de Tráfico de Pessoas é tipificado no Brasil e a nível internacional e (V3) quais as suas controvérsias?

Por objetivo principal, buscou-se analisar o tráfico internacional de mulheres maranhenses para fins de exploração sexual através da perspectiva de gênero e de Direitos Humanos através de suas violações. E por objetivos específicos pretendeu-se:

a) explicar o cenário do tráfico internacional de mulheres maranhenses para fins de exploração sexual, bem como as violações de Direitos Humanos que ocorrem nesse processo;

b) analisar a prostituição como uma espécie do tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual, a partir da construção do papel social do gênero na sociedade ocidental, e em específico na sociedade brasileira, a fim de que se entenda por que as mulheres são as maiores vítimas deste tipo penal;

c) apresentar o marco legal internacional e nacional no que concerne a tipificação do tráfico de mulheres para esse fim, assim como expor suas controvérsias.

A Pesquisa caracterizou-se eminentemente bibliográfica com abordagem qualitativa aplicando análise do discurso, ao resgatar na literatura de artigos, livros, teses, dissertações, as perspectivas suscitadas, pautadas em Joann Scott, Mary del Priori, Boaventura de Souza Santos, Flávia Piovezan, Mércia Cardoso de Sousa, Michel Foucault, dentre outros autores. Ainda, procedeu-se à revisão das dogmáticas brasileiras e do correspondente material em sistema normativo internacional que ou tipifica ou recomenda a criminalização do Tráfico de Pessoas, sendo examinados os dados estatísticos sobre o número de mulheres traficadas no Maranhão e as rotas do tráfico utilizadas, os quais foram disponibilizados por estudos feitos pela UNODC, Pestraf, e ONG's, devidamente referenciados.

Quanto à estruturação, dividiu-se as seções em: cenário do Tráfico internacional de mulheres maranhenses e suas violações de Direitos Humanos; o papel do gênero na determinação do Tráfico de mulheres e sua influência na prostituição; e análise do marco legal internacional e brasileiro.

Pretendeu-se, em síntese, confirmar a construção do papel social de gênero na sociedade como fator favorecedor determinante na existência do Tráfico internacional de mulheres maranhenses para fins de prostituição como espécie de exploração sexual, bem como expor as diversas violações que ferem os Direitos Humanos decorrentes dessa prática que envolve organizações criminosas. Ademais, expor acerca da carência de pesquisas atuais que constatem o panorama em que se encontra os aspectos que envolvem esse crime, tais como rotas utilizadas, formas de aliciamento, quantidade de pessoas traficadas por região, classificadas por sua faixa etária, sexo, etnia, dentre outras formas de classificação.

1 CENÁRIO DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES MARANHENSES E SUAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

O Tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual é determinado, de um lado, pelas relações econômicas de trabalho, e por outro, pelas relações culturais, ao sustentar a ideologia de classe e patriarcal, que marcam um processo histórico de subalternidade e violação de direitos⁶. Primeiramente, e antes de se falar em violação de direitos, esclarece-se que, na sociedade ocidental, historicamente, as mulheres sequer os tinham, na medida em que os conquistaram - pelo menos formalmente - depois de todos os outros grupos. Até então, não eram olhadas como seres passíveis de direitos políticos, à exceção de alguns cívicos, contudo restringida sua vontade, ao contrário dos homens brancos ingleses proprietários, seguidos de outros grupos, como burgueses, judeus, negros⁷.

O Brasil é um país fortemente marcado por desigualdades regionais e a taxa de pobreza nas diferentes regiões é diretamente proporcional a existências de rotas de tráfico interno e internacional, em que 120 das 131 rotas internacionais foram usadas para tráfico de mulheres. As regiões Norte e Nordeste são as mais marcadas por pobreza e desigualdades sociais, e apresentam as maiores quantidades de rotas de tráfico, 76 e 69, respectivamente⁸. O Maranhão, por sua vez, destaca-se, no Nordeste, no cenário dos estados em que há mais rotas de tráfico interno e internacional de mulheres e adolescentes. A nível internacional, os pontos de destino mais comuns são a Espanha, Itália, Guiana Francesa, Suriname. Os maiores pontos de saída do Maranhão são a BR-316, a Transmaranhão e o Porto do Itaqui, que tem um grande fluxo para a Holanda e Guiana Francesa.⁹

O perfil das mulheres vítimas relaciona-se a baixa escolaridade, a alguma situação de envolvimento com drogas, gravidez precoce ou trabalho doméstico, a habitação em espaços urbanos periféricos e, por vezes, ao histórico de prostituição. Um outro traço importante é o histórico de mulheres traficadas que sofreram abuso em casa, que têm uma família desestruturada, na qual se mantém uma relação difícil.¹⁰

Fatores favorecedores são os que mais propiciam o cenário de tráfico de mulheres, e podem ser elencados a desigualdade de renda entre homens e mulheres - e, portanto, a questão de gênero -, a classe social e as questões raciais, pois as mulheres afrodescendentes estão estatisticamente em trabalhos mais vulneráveis. Ressalte-se que as desigualdades socioeconômicas, agravantes das relações raciais e de gênero, potencializam a situação de vulnerabilidade das mulheres.

Outros fatores favorecedores do tráfico de mulheres maranhenses são:

[...] a presença de aeroportos internacionais, grandes portos, a convivência de autoridades com a ação criminosas, a existência de facilidades para o enraizamento das redes criminosas na vida econômica e social local, corrupção e a fragilidade das políticas de segurança e justiça nos níveis estadual e municipal.¹¹

As mulheres são recrutadas a partir de promessas de melhoria de condições de vida, para exercerem atividades como garçonete, empregada doméstica, por meio de anúncios em jornais, por intermédio de pessoas conhecidas, ou mesmo pelos próprios traficantes. Há muitos casos também em que elas já sabem que a finalidade da viagem é a prostituição, e algumas mesmo já exerceram tal atividade. Nas promessas, a questão financeira é apelativa, e elas acreditam que, de fato, conseguirão melhorar de vida, afinal, irão para países em que acreditam ter muito mais oportunidades, em detrimento da realidade vivenciada no Brasil.

Os aliciadores ou recrutadores, a nível nacional, são em sua maioria homens brasileiros, sem necessariamente pertencerem a uma classe social específica, em que alguns pertencem à elite, outros são proprietários de boates, e há também os que somente lá trabalham. As mulheres constituem, em média, mais de 40% das aliciadoras, e é importante salientar que muitas delas trabalham em boates ou até mesmo já foram vítimas de tráfico de pessoas¹². O tráfico de pessoas é geralmente sustentado por organizações criminosas, que segundo a alínea “a)” do artigo 2º da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, compreende:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;¹³

Dessa forma, e desenvolvido pela globalização, a rede de tráfico internacional de pessoas engloba traficantes em vários países e constitui uma verdadeira organização criminosa transfronteiriça, o que torna o crime mais complexo de ser combatido, pois, não raro, a máfia está ligada a agentes de governo ou se escondem sob fachadas de empresas de diferentes ramos, como, o da moda, do turismo, do transporte, da indústria cultural e pornográfica. Além

disso, valem-se do aparato tecnológico, o que facilita a comunicação, o autocontrole de suas ações, o aliciamento, o transporte.

Está claro, pois, a situação de vulnerabilidade das mulheres vítimas, o que tem relação direta com a situação socioeconômica e cultural. Para além disso, é extremamente importante acrescentar que exerce um papel determinante – no sentido negativo – o Estado, em razão da sua ausência, no que concerne a prevenção desse crime. Tal prevenção dar-se-ia por meio de políticas públicas, por investimento em educação, em criação de empregos – principalmente -, embora a ratificação do Protocolo de Palermo e a Lei do Tráfico de Pessoas, já se constituam em um ponto de partida para se pensar e se pôr em prática formas e meios de prevenção e enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, observadas as singularidades do Tráfico de mulheres.

A partir do momento em que as mulheres são recrutadas, aliciadas, transportadas, inicia-se um processo de inúmeras violações de Direitos Humanos e desilusões outrora idealizadas. Mesmo que haja casos em que as mulheres saibam que atividade realmente irão exercer, poucas vezes as condições de vida que passam a ter se dá conforme imaginam.

As que foram recrutadas como prostitutas, mesmo tendo ciência do fato, foram por diversas vezes, enganadas com falsas promessas sobre as condições em que trabalhariam, submetendo-se às seguintes condições: cárcere, maus tratos, exploração, preconceito social e racial, e o descaso das autoridades (brasileiras e estrangeiras).¹⁴

Face o caráter transnacional do crime de tráfico de pessoas, há a necessidade de documentos no embarque. E, em alguns casos, são falsificados pelos traficantes, mas sendo falsificados ou não, os traficantes detêm a posse dos documentos, o que já é uma violação de direitos das mulheres. A partir do momento em que chegam ao seu destino, descobrem que, na verdade, está ausente a sua própria liberdade e tolhida sua autodeterminação, estão inseguras e em condições de cárcere, são exploradas sexualmente, não ficam com o dinheiro, e, por estarem sem documentos, fugir é uma saída também perigosa. As vítimas contraem dívidas muito antes de chegar ao destino. A viagem é bancada pelos traficantes, incluindo passagens, comida, documentos, e quando chegam nos locais de prostituição, elas precisam pagar as roupas, alojamento, comida, o que se torna uma bola de neve, e, portanto, se livrar dos proxenetas, é cada vez mais difícil. Ainda, é uma realidade marcada por violência física e psicológica e isolamento, o que as deixam instáveis mentalmente.

Dessa forma, estão em questão os Direitos Humanos das mulheres, como a dignidade, a liberdade, integridade, segurança, que são garantidos pelos documentos internacionais dos quais vários países são signatários, como o Brasil. A abordagem baseada nos direitos humanos:

[...] implica a incorporação e prática dos parâmetros internacionais de tais direitos quanto à proteção, o respeito, o cumprimento e a promoção dos mesmos, tomando-se a pessoa como o centro da atividade e política relativa ao enfrentamento do tráfico de seres humanos. [...]. Além disso, a perspectiva de direitos humanos pressupõe também o respeito ao princípio da não discriminação e atenção às peculiaridades que aumentam a vulnerabilidade de certos grupos, especialmente quanto ao gênero, idade e cultura.¹⁵

Logo, resta inequívoca a ausência de autonomia da mulher traficada para fins de exploração sexual, uma vez que é vítima de um comércio, o qual a deixa sem perspectiva de mudança de vida – ao contrário do que imaginara –, e ocorre em meio a tantas violações de Direitos Humanos.

Todos têm o direito de serem iguais quando as suas diferenças os inferiorizam, e têm o direito de serem diferentes quando a igualdade os descaracteriza¹⁶. É a partir do reconhecimento do fato de que o gênero feminino é mais vulnerável ao crime de Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual que é possível fazer uma análise mais específica e profunda da questão, sem esquecer é claro de todos os outros fatores favorecedores que também estão presentes.

Não há como conceber os direitos humanos sem a plena observância dos direitos das mulheres¹⁷. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas contra a Discriminação contra a Mulher, de 1979, fundamenta-se na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade e, ao reconhecer a violência e discriminação existente contra a mulher torna-se um importante marco na exigência da concreção de seus direitos humanos¹⁸. Segundo o artigo 1º da Convenção, a “discriminação contra a mulher” consiste em:

[...] Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo¹⁹.

Portanto, estão reconhecidas diversas formas de violações de direitos que as mulheres sofrem, ao associá-las ao gênero, à questão racial e socioeconômica. A Convenção incumbe aos Estados a obrigação de assegurar a igualdade de direitos, de combater a discriminação, ao dar as mesmas oportunidades de ensino, ao garantir as mesmas oportunidades de participação nas esferas social, política, cultural.

O artigo 6º trata exclusivamente do combate as formas de Tráfico de mulheres e exploração de prostituição da mulher. Dessa forma, é bem clara a necessidade dos Estados em assegurar os direitos humanos das mulheres, de não lhes discriminar, tanto na vida civil, quanto na vida privada, e mais ainda na situação em que a mulher é vítima de Tráfico de Pessoas, pois precisa receber a melhor assistência possível, quando encontrada, e não ser culpabilizada, haja vista toda a situação outrora apresentada de violência, falta de liberdade, dignidade violada, dentre outros Direitos Humanos ultrajados, situação a qual poderia ser largamente evitada se o Estado assegurasse condições de vida dignas à população.

Ainda sobre a perspectiva de Direitos Humanos, acrescenta-se que partir dessa abordagem pressupõe também reconhecer que o tráfico de pessoas é causado pela ausência e falha de proteção efetiva aos direitos humanos, como o direito ao trabalho, a um padrão adequado de vida, liberdade de locomoção, a proibição de discriminação, além de reconhecer às peculiaridades, no caso, questões específicas referente às mulheres. Fica claro, pois, que “O tráfico de pessoas é causa e consequência de violações de direitos humanos”.²⁰

2 O PAPEL DO GÊNERO NA DETERMINAÇÃO DO TRÁFICO DE MULHERES E SUA INFLUÊNCIA NA PROSTITUIÇÃO

Mary Del Priore reconhece, ao observar as práticas sociais desde o período Colonial, a articulação das mulheres, em que, através do análise dos seus discursos, estudou o poder que elas têm, a sua resistência, de forma que faz uma análise fora da visão unilateral da dominação masculina, da mulher oprimida²¹. Portanto, afirmar que são vítimas das estruturas de poder que as oprimem, não implica a sua passividade.²²

As sociedades são marcadas por relações de poder múltiplas que: “atravessam, caracterizam e constituem o corpo social e que essas relações de poder não podem se dissociar, se estabelecer nem funcionar sem uma produção, uma circulação e um funcionamento do discurso”²³. As relações de poder em questão são as de gênero, as quais são exercidas pelo próprio indivíduo, o qual como um instrumento, “... é um efeito de poder, e simultaneamente, ou pelo

próprio fato de ser um efeito, seu centro de transmissão. O poder passa através do indivíduo que ele construiu.”²⁴.

Por sua vez, Joann Scott²⁵ afirma:

... (1) o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e (2) o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder. As mudanças na organização das relações sociais correspondem sempre a mudanças nas representações do poder.

Dessa forma, há, nas relações de gênero, poder e força exercidos pelo gênero masculino e feminino, ao passo que existe uma desproporcionalidade, amparada pelo machismo e misoginia, na qual se demarca um papel social de gênero, em que se criam expectativas de comportamento à mulher e as subordinam, expectativas essas que ainda as objetificam. Pode-se observar a presença do machismo na sociedade ocidental, e em específico na brasileira, como um efeito do desequilíbrio dessa relação de poder, através do número de mulheres reduzido que ocupam cargos de chefia, pelo número de feminicídios, pela quantidade de mulheres traficadas para fins de exploração sexual, pela prostituição e pelos casos de estupro, ou seja, a discriminação de gênero perpassa por situações que vão desde o preconceito até a violência²⁶.

Ressalte-se que, ao se basear em Foucault acerca das relações de poder, tem-se que não só as de gênero existem ao se tratar do tráfico de mulheres, uma vez que vários fatores, como sociais, econômicos e raciais influenciam nessa temática, e, portanto, constituem-se outras relações de poder. Entretanto, o objeto da presente pesquisa aprofunda-se nas implicações de gênero, como uma das faces que determinam esse crime.

O gênero é, pois, um fator favorecedor do Tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual, em que, dentre o total de mulheres traficadas - cinquenta e um por cento, sem contar as menores de idade -, setenta e dois por cento são exploradas sexualmente; enquanto que dentre os vinte e um por cento de homens traficados - sem contar os menores de idade, seis por cento são explorados sexualmente.²⁷

Essa finalidade de Tráfico de Pessoas, largamente explorada em relação ao sexo feminino, movimenta um comércio extremamente lucrativo, e está imbricada com a problemática da prostituição. Conforme já exposto, a mulher que fora traficada pode ter sido aliciada porque buscava melhores condições de vida e se dispôs a correr os riscos, situação em que sabe que irá se prostituir,

ou poderia buscar melhores condições de vida e emprego, mas é ingênua e facilmente influenciada.

Os relatos dos estudos de casos constroem dois tipos ideais antagônicos para a mulher aliciada: a) o da pessoa ingênua, humilde, que passa por grandes dificuldades financeiras e por isso é iludida com certa facilidade; e b) o da mulher que tem o “domínio da situação”, avalia com toda a clareza os riscos e dispõe-se a corrê-los para ganhar dinheiro.²⁸

De qualquer forma, na medida em que existe uma rede que trafica mulheres para fins de exploração sexual, e elas exercem essa atividade, a ilicitude está presente, em função da perda de seus direitos sexuais, uma vez que não detêm a posse do dinheiro recebido, mas sim a rede aliciadora o detém.

Há uma conjunção de múltiplos fatores como a mobilidade social e a sociabilidade, de tal forma que é impossível atrelar-se a um modelo rígido, estático e histórico que se baseia nos moldes tradicionais de definição da prostituição²⁹. A prostituição é uma problemática que traz posicionamentos divergentes, o que inclusive influenciou na redação do Protocolo de Palermo. Dá-se por diversas e distintas questões pessoais, como tentativa de sustentar a família, condições socioeconômicas, parentes que atuam nesse meio, problemas familiares, ser uma forma de sobrevivência. E é preciso frisar que há mulheres que se mantêm nessa ocupação só porque querem e pelo dinheiro ser maior e mais fácil, em comparação ao que já recebem por outra ocupação.

É preciso, pois, entender que o fenômeno da prostituição não pode ser analisado de forma generalizada como se tratando de algo homogêneo e claro aos olhos de quem quiser ver. Há prostitutas e prostitutas. As nuances existem, não de forma clara, tangível, transparente. Mas, a convivência, o trabalho de campo e o posterior “estranhamento” e afastamento do fenômeno da prostituição fez com que, aos poucos, fossem desanuviando-se os meandros do mundo da prostituição, ou seja, essa diversidade que é a própria diferença no mundo da prostituta. Cada prostituta é um caso diferente, uma vida e uma história com a alteridade, mas que guarda suas singularidades.³⁰

A prostituição, entretanto, mesmo com as inúmeras motivações de cada caso, ajuda na manutenção do sistema machista e opressor, através das relações de poder de gênero. Embora a mulher queira, e tenha a liberdade de se prosti-

tuir – quando não há crime por trás -, sabe-se que, de uma forma ou de outra, ao se receber por um serviço em que há uma exploração, uma finalidade sexual, se explicita a objetificação da mulher. Entretanto, há divergências quanto a esse posicionamento, e como fora dito, o Protocolo de Palermo é marcado por um dos efeitos dessa divergência.

A alínea “a)” do artigo 3º do Protocolo³¹ reconhece a prostituição voluntária e forçada, no entanto, não especifica o termo, porque se assim o fizesse, vários países deixariam de concordar, e, como consequência seria mais difícil a assinatura do Protocolo, uma vez que teve sua redação final após as diversas reuniões, sendo essa questão, um dos motivos do retardamento da sua aprovação. Há duas ONG's que travam um embate acerca do reconhecimento da prostituição voluntária e forçada, a *Coalition Against Trafficking in Women* e a *Human Rights*, de cunho feminista abolicionista e liberal, respectivamente.³² Assim, entre as vertentes do movimento feminista, tem-se a que concorda que a prostituição é uma violação de direitos humanos e é uma forma de objetificação da mulher e a que acredita ser somente uma forma de trabalho, pressuposto do direito à liberdade que a mulher tem.

3 ANÁLISE DO MARCO LEGAL INTERNACIONAL E BRASILEIRO

A nível internacional há diversos documentos em que os Estados se comprometem a tratar da questão do tráfico internacional de mulheres, a fim de que o reprimam e resguardem os Direitos Humanos das mulheres. Podem ser elencados: a Convenção de Paris, de 1902, a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdade Fundamentais, de 1950, o Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1970 e a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, da qual saíram dois protocolos, sendo um deles, o Protocolo de Palermo, 2000. À exceção do Protocolo de Palermo, todos os outros reconheceram a existência do tráfico de mulheres sem o definir; portanto, este definiu tráfico de pessoas, o que tornou possível demarcar melhor situações de tráfico de pessoas e serviu de parâmetro para os ordenamentos jurídicos internos acerca da caracterização do tipo penal.

O Protocolo de Palermo, pois, é o dispositivo que define o Tráfico de Pessoas e é também denominado Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças³³. Fora aprovado em 2000, após dois anos de deliberações, e ratificado no Brasil

em 2004, por meio do Decreto nº 5017. Dessa forma, o Protocolo visa a prevenção, proteção, combate e punição ao Tráfico de Pessoas, com uma tratativa especial à mulheres e crianças, uma vez percebida a situação de maior vulnerabilidade, no entanto, não deixa de esclarecer que homens também são vítimas, mesmo da finalidade de exploração sexual.

A alínea “a)” do artigo 3º define Tráfico de Pessoas como sendo:

[...] o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, o exploração de prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

Logo, esse crime se dá pelo recrutamento, transporte, transferência, alojamento, ou acolhimento de pessoas, através dos meios elencados, como engano, rapto, fraude, coação, valer-se da vulnerabilidade da vítima. A alínea “b)” do artigo 3º do Protocolo de Palermo assevera que o consentimento da vítima, quando há qualquer tipo de exploração previsto na alínea “a)”, quais sejam, exploração sexual, trabalho forçado, escravatura ou práticas similares à escravatura e servidão ou remoção de órgãos, será considerada irrelevante. A vulnerabilidade da vítima relaciona-se a fatores como idade, sexo, situação de dependência econômica, conforme exposto anteriormente.

Já quanto ao consentimento, observa-se que se usado qualquer meio previsto na alínea “a)” do artigo 3º será considerado irrelevante. Assim, embora se reconheça a prostituição forçada e voluntária, o Protocolo de Palermo também aponta que, para o Tráfico de Pessoas, em ambos os tipos, haverá caracterização do crime. Esta é uma questão, de fato, polêmica, em que vale apresentar as posições das ONG's anteriormente mencionadas, a *Coalition Against Trafficking in Women* e a *Human Rights*, em que a primeira considera a prostituição como inaceitável de qualquer forma, apoiada no feminismo abolicionista, que não diferencia os tipos de exploração e acreditam que por si só, já é uma atividade de violação de direitos humanos, a qual objetifica as mulheres; a outra, baseada no feminismo liberal, se fundamenta no direito à liberdade, ao crer que existe diferença entre os tipos de prostituição, que é uma atividade que

não agride os direitos humanos das mulheres, mas deve ser encarada como um trabalho³⁴. Sendo assim, para esta última deve ser combatida somente a prostituição forçada e a infantil.

O ponto é que em se tratando de Tráfico de Pessoas, há a perda dos direitos sexuais, a mulher não recebe o lucro dessa atividade, o que torna mais difícil sustentar a possibilidade de prostituição voluntária ser considerada. Além disso, se reconhece que não só uma atividade ilícita pode ser considerada para fins de Tráfico de Pessoas, mediante sua exploração, mas também atividades lícitas, uma vez que o essencial para que se exerça o combate é exatamente a ausência de liberdade da mulher, um direito fundamental. Ou seja, na situação de tráfico de pessoas não importa o consentimento da mulher, a exploração para prostituição é crime.

O protocolo de Palermo constitui-se em um marco ao tratar de forma específica sobre o Tráfico de Pessoas, uma vez que o define, dispõe sobre assistência às vítimas, afasta qualquer pensamento de criminalização destas, aborda sobre a prevenção, punição e trata sobre a irrelevância do consentimento. Embora seja um importante marco legal, traz questões problemáticas, ao não especificar sobre a prostituição voluntária e forçada, apesar de as reconhecer, situação que decorreu da falta de consenso dos delegados dos países.

A nível nacional, o Código Penal traz redação sobre Tráfico de Pessoas, com redação atual no ordenamento pela lei 13.344/2016³⁵. Logo, o artigo 149-A, CP/1940, dispõe em seu caput, que agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoas, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, é considerado Tráfico de Pessoas, se for para a finalidade de um de seus incisos, sendo o inciso V, a finalidade de exploração sexual.³⁶

Ressalte-se que os outros incisos referem-se às finalidades de remover órgãos, tecidos ou partes do corpo; submeter alguém a trabalho em condições análogas a trabalho escravo; submeter alguém a qualquer tipo de servidão; ou adoção ilegal. A pena deste tipo é reclusão de 4 a 8 anos, e multa, a qual pode ser aumentada até um terço se, dentre outras hipóteses previstas, estiver presente o caráter de transnacionalidade, e pode ser reduzida se o agente for primário e não integrar organização criminosa, o que é muito improvável de acontecer.

A lei 13.344 revogou os artigos que tratava especificamente do tráfico e interno e internacional de pessoas para fins de exploração sexual, pois já foi reconhecido que há outras finalidades e que não só mulheres são os sujeitos passivos, conforme disposto no artigo 149-A.

Por sua vez, então, a Lei 13.344, de 6 de outubro de 2016, a Lei do Tráfico

de Pessoas, reorganiza no Código Penal, ao revogar os artigos 231 e 231-A, que dispunham sobre Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual e Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, respectivamente. Além disso, essa lei versa sobre o enfrentamento ao tráfico de pessoas, que se baseia no respeito à dignidade humana, na garantia da cidadania e dos direitos humanos, na não discriminação de gênero, nem de nenhuma outra ordem, dentre outros princípios.

Ainda, apresenta meios pelos quais se dará a prevenção e repressão do tráfico de pessoas, como se dará a proteção e assistência às vítimas, dispõe sobre questões processuais, sobre campanhas relacionadas ao enfrentamento do crime e institui o dia 30 de julho como o Dia Nacional do Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

CONCLUSÃO

O reconhecimento da igualdade de direitos entre homem e mulher pela Constituição Federal de 1988 pressupõe ações positivas que observem as singularidades pelas quais as mulheres passam, em função de historicamente terem sido desconsideradas enquanto sujeitos de direitos e por serem vítimas de relações de poder de gênero que as oprimem, baseadas no machismo, misoginia e na sociedade patriarcal.

É preciso observar que as mulheres são discriminadas na sociedade, através do número reduzido nos cargos de chefia, do assassinato - em uma proporção muito grande - só por serem mulheres, do número de estupro aos quais são vítimas, porque é enraizado na cultura ocidental a ideia de que os homens têm propriedade sobre elas, a prostituição, que de certa forma, contribui para a sua objetificação, além da quantidade de mulheres traficadas para fins de exploração sexual.

As mulheres ainda que em um momento de reconhecimento de seus direitos cada vez maior, são também invisibilizadas na sociedade. As estatísticas da violência contra elas permitem perceber isso; ainda mais, as estatísticas de mulheres que são exploradas pelo tráfico para fins de exploração sexual reafirmam tal ponto. É importante reconhecer a mulher como alguém potencialmente mais vulnerável a diversas violações de direitos ou como alguém que não tenha seus direitos concretizados. As estatísticas deveriam servir para se repensar políticas públicas, para a eficácia de mecanismos de proteção, e não para tão somente reafirmar a sua invisibilidade e falta de proteção.

Pode-se deduzir a falta de proteção à mulher na situação de tráfico de pessoas em todo o processo. O aliciamento, o convencimento da vítima a uma

falsa promessa de melhoria de vida, muitas vezes ocorre porque a realidade a qual está inserida não a permite enxergar uma mudança de vida dentro da sua própria realidade, porque em muitos casos tem baixa escolaridade, porque convive com situações de violência, de abusos na sua casa, porque tem jornada exaustiva diária, em que trabalha fora, trabalha em casa, e às vezes cuida dos filhos; no momento em que se vê vítima do crime, é explorada sexualmente reiteradamente, sequer recebe o lucro, não tem autonomia, está ausente sua liberdade, sofre violência pelos proxenetas, está instável emocionalmente, perdeu o contato com sua família, ou seja, vive de forma degradante.

Em situações que ela consegue voltar para casa, não raro é a sua culpabilização, pela família, pelas autoridades policiais, ao denunciar, e só recentemente, desde 2016, há uma lei que trata da proteção e assistência a essa vítima, que expressamente dispõe sobre a não culpabilização. Entretanto, mesmo disposto legalmente, pergunta-se acerca da eficácia de todos os dispositivos legais protetores.

O direito efetivamente não a protege, ainda que traga disposições legais que perceba situações de vulnerabilidade das mulheres. Dessa forma, há uma desilusão de igualdade e proteção. O poder público precisa de articulação não somente para criminalizar condutas, mas para criar mecanismos de inserção da mulher no mercado de trabalho e na política, precisa investir em educação para que enquanto crianças, meninas e meninos se respeitem igualmente e não se perpetue uma cultura machista, mas sim para que se quebre esse padrão. É preciso que o Estado mantenha casas de proteção a mulher vítima de violência, sendo asseguradas principalmente as que estão na iminência de perigo à sua própria vida. Não se pode esquecer que os órgãos que atuam no acesso à justiça precisam atuar sem discriminar, ao julgar, ao receber denúncias, por exemplo, e para isso, é preciso em primeiro lugar que se reconheça que as mulheres são vítimas e nunca deveriam ser culpabilizadas *a priori*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 1 mar. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 5015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm >. Acesso em: 25 fev. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm >. Acesso em: 2 mar. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016**. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm >. Acesso em: 1 mar. 2018.

JESUS, Damásio de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças**: Brasil: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF**. Brasília: Cecria, 2002. Disponível em: <http://www.cecria.org.br/pub/livro_pestraf_portugues.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women**. New York, 18 December 1979. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/cedaw.htm> > Acesso em 2 mar. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. Tráfico de pessoas sob a perspectiva de direitos humanos: prevenção, combate, proteção às vítimas e cooperação internacional. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Justiça. **Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça: 2013. cap. 4.

PRIORE, Mary del. **A Mulher na História do Brasil**. São Paulo: Contexto, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; GOMES, Conceição; DUARTE, Madalena. Tráfico sexual de mulheres: representações sobre ilegalidade e vitimação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, vol. 87, dez. 2009.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, vol. 20, n° 2, p. 71-99, jul./dez. 1995. Tradução de Guacira Lopes Louro. Disponível em: < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnerJoan%20Scott.pdf >. Acesso em: 25 fev. 2018.

SOUZA, Francisca Ilnar de. A função social da prostituta. **Educação em Debate**, Fortaleza, n° 29, p. 65-83, 1995.

SOUZA, Mércia Cardoso de. **Análise da efetivação do conteúdo da Recomendação n. 10/2003 do Comitê da CEDAW: o tráfico de mulheres e meninas: estudo a partir de Fortaleza, Brasil**. PUC: Belo Horizonte, 2012.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Global Report on Trafficking in Persons**. Vienna: UNODC, 2016. 126p. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpobrazil/pt/trafico-de-pessoas/publicacoes.html>>. Acesso em: 3 mar. 2018.

NOTAS

1. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Global Report on Trafficking in Persons**. Vienna: UNODC, 2016. 126p. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpobrazil/pt/trafico-de-pessoas/publicacoes.html>>. Acesso em: 3 mar. 2018.
2. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Global Report on Trafficking in Persons**. Vienna: UNODC, 2016. 126p. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpobrazil/pt/trafico-de-pessoas/publicacoes.html>>. Acesso em: 3 mar. 2018. Passim.
3. LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF**. Brasília: Cecria, 2002. Disponível em: <http://www.cecria.org.br/pub/livro_pes-traf_portugues.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2018.
4. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 2 mar. 2018.
5. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 mar. 2018.
6. LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF**. Brasília: Cecria, 2002. Disponível em: <http://www.cecria.org.br/pub/livro_pes-traf_portugues.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2018.
7. HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
8. LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF**.

Brasília: Cecria, 2002. Disponível em: <http://www.cecria.org.br/pub/livro_pes-traf_portugues.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2018. p. 55.

9. Ibidem, p. 81.

10. Passim.

11. LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF**. Brasília: Cecria, 2002. Disponível em: <http://www.cecria.org.br/pub/livro_pes-traf_portugues.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2018. p. 83.

12. Passim.

13. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 5015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

14. LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF**. Brasília: Cecria, 2002. Disponível em: <http://www.cecria.org.br/pub/livro_pes-traf_portugues.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2018. p. 172.

15. PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. Tráfico de pessoas sob a perspectiva de direitos humanos: prevenção, combate, proteção às vítimas e cooperação internacional. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Justiça. **Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça: 2013. cap. 4. p. 119.

16. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 458.

17. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 272.

18. Passim.

19. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women**. New York, 18 December 1979. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/cedaw.htm> > Acesso em 2 mar. 2018.
20. PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. Tráfico de pessoas sob a perspectiva de direitos humanos: prevenção, combate, proteção às vítimas e cooperação internacional. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Justiça. **Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça: 2013. cap. 4. p. 120.
21. PRIORE, Mary del. **A Mulher na História do Brasil**. São Paulo: Contexto, 1992.
22. SANTOS, Boaventura de Sousa; GOMES, Conceição; DUARTE, Madalena. Tráfico sexual de mulheres: representações sobre ilegalidade e vitimação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, vol. 87, dez. 2009. p. 6.
23. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016. p. 278-279.
24. Ibidem, p. 285.
25. SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, vol. 20, nº 2, p. 71-99, jul./dez. 1995. Tradução de Guacira Lopes Louro. Disponível em: <https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAneroJoan%20Scott.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2018. p. 86.
26. SOUZA, Mércia Cardoso de. **Análise da efetivação do conteúdo da Recomendação n. 10/2003 do Comitê da CEDAW: o tráfico de mulheres e meninas: estudo a partir de Fortaleza, Brasil**. PUC: Belo Horizonte, 2012. p. 36.
27. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Global Report on Trafficking in Persons**. Vienna: UNODC, 2016. 126p. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpobrazil/pt/trafico-de-pessoas/publicacoes.html>>. Acesso em: 3 mar. 2018.
28. LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial – PESTRAF**.

Brasília: Cecria, 2002. Disponível em: <http://www.cecria.org.br/pub/livro_pes-traf_portugues.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2018. p. 58.

29. SOUZA, Francisca Ilnar de. A função social da prostituta. **Educação em Debate**, Fortaleza, n° 29, p. 65-83, 1995. p. 3.
30. SOUZA, Francisca Ilnar de. A função social da prostituta. **Educação em Debate**, Fortaleza, n° 29, p. 65-83, 1995. p. 6.
31. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 2 mar. 2018.
32. SOUZA, Mércia Cardoso de. **Análise da efetivação do conteúdo da Recomendação n. 10/2003 do Comitê da CEDAW: o tráfico de mulheres e meninas: estudo a partir de Fortaleza, Brasil**. PUC: Belo Horizonte, 2012.
33. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 2 mar. 2018.
34. SOUZA, Mércia Cardoso de. **Análise da efetivação do conteúdo da Recomendação n. 10/2003 do Comitê da CEDAW: o tráfico de mulheres e meninas: estudo a partir de Fortaleza, Brasil**. PUC: Belo Horizonte, 2012. passim.
35. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016**. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 1 mar. 2018.

36. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 mar. 2018.

Discutindo a segurança pública à luz das exigências de um estado democrático e de direito

Discussing public security under the requirements of a democratic state of law

Claudio Alberto Gabriel Guimarães
Thayara Castelo Branco
Maurício Roberto Monier Alves Filho

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade abordar a temática concernente à segurança pública, estendendo-se a discussão ao imperativo de análise do controle social formal no âmbito do Estado Democrático de Direito. Com tal desiderato, faz-se necessário traçar um breve panorama acerca da evolução histórica do pensamento criminológico, como forma de demonstração do grau de complexidade relativo ao estudo do controle do delito em sociedade. Nesse diapasão, após as considerações acerca do aporte teórico apresentado, procederá o artigo ao debate introdutório sobre os aspectos conceituais, históricos e relacionais à manutenção da ordem pública. Em seguida, o tema será abordado a partir de uma perspectiva encartada no âmbito do Estado Democrático de Direito, pautando-se a discussão na necessidade do controle social formal e de suas implicações pragmáticas para as sociedades contemporâneas. Para tanto, optou-se exclusivamente pela utilização do método de revisão bibliográfica sobre as temáticas, chegando-se a conclusão da imprescindibilidade do exercício do controle social formal pelo Estado devendo, entretanto, este ser continuamente fiscalizado e ajustado aos imperativos do Estado Democrático de Direito, preferencialmente pela via do exercício da cidadania ativa que leva a uma composição demográfica racional e, conseqüentemente, ao progresso contínuo das exigências democráticas.

Palavras-chave: Segurança Pública. Controle Social Formal. Estado Democrático de Direito. Cidadania Ativa. Composição Demográfica Racional.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to address the issue of public security, extending the discussion to the imperative of analysis of formal social control within the framework of the Democratic State of Law. With this aim, it is necessary to give a brief overview of the historical evolution of criminological thought, as a way of demonstrating the degree of complexity related to the study of the control of crime in society. In this context, after considering the theoretical contribution presented, the article will proceed to the introductory debate on the conceptual, historical and relational aspects to the maintenance of public order. Next, the topic will be approached from a perspective included in the scope of the Democratic State of Law, focusing the discussion on the need for formal social control and its pragmatic implications for contemporary societies. In order to do so, we opted exclusively for the use of the bibliographic revision method on the subject matter, arriving at the conclusion of the essential exercise of formal social control by the State, which, however, must be continuously monitored and adjusted to the requirements of the Democratic State of Law, preferably through the exercise of active citizenship that leads to a rational demographic composition and, consequently, to the continuous progress of democratic demands.

Keywords: Public security. Formal Social Control. Democratic State of Law, Active Citizenship, Rational Demographic Composition.

INTRODUÇÃO

A segurança pública é tema recursivo na pauta das preocupações hodiernas, sobretudo, no que se refere aos efeitos da violência urbana sobre os moradores das grandes cidades. Tem-se que, historicamente, as propostas voltadas à superação dessa realidade essencialmente perpassaram e ainda, em sua maioria, continuam apostando no sistema penal (Polícias, Ministério Público, Poder Judiciário e órgãos de Execução Penal), ainda que sejam vastas as críticas a esse monopólio por parte dessas instâncias, o que enseja profunda discussão sobre as esferas de justificação e legitimação dessa tendência frente aos posicionamentos doutrinários atuais.

Fatores referentes à ambiência social, o processo anômalo de urbanização e a deterioração progressiva das condições de vida, juntamente com uma notória descrença institucional, a ausência de imperatividade das leis, dentre outros, contribuem significativamente para o incremento das taxas de criminali-

dade nas grandes cidades. A realidade atual, refletindo as estatísticas criminais de “mau agouro”, assinala para o imperativo do debate sobre a ratificação do Estado como ente disciplinador nesse universo.

Vale ressaltar o caráter insólito que aqui perpassa o marco teórico a ser adotado: em vez de se esposar uma teoria que oriente a discussão, o desígnio que envolve a matéria implica necessariamente um cotejo entre as principais doutrinas criminológicas. Em outros termos, o que se pretende é a demonstração de que o delito, essencialmente complexo, não pode ser disposto rigidamente sob um único marco teórico. Em se tratando de prevenção criminal, mister que as políticas públicas devam-se pautar nos mais diversos postulados criminológicos ordenados ao longo dos anos, isto é: respostas adequadas à complexidade que envolve a prática delituosa e suas diversas circunstâncias.

Traçadas as linhas orientadoras da presente reflexão, a estrutura desenvolvida contemplará, além de um panorama criminológico, uma abordagem temática da segurança pública encartada no universo do Estado Democrático de Direito. Por fim, a discussão será orientada pela necessidade do exercício direto da cidadania e o conseqüente processo de uma composição demográfica racional em conformidade com as condições imanentes aos regimes democráticos.

1 PANORAMA CRIMINOLÓGICO

Em referência ao que denominado de “universalismo a-histórico” — o efeito pelo qual, tornando-se as ideias a explicação de tudo, destacam-se estas pouco a pouco do contexto geográfico e histórico no qual foram efetivamente produzidas e passam a constituir um conjunto de noções universalmente válidas, sem a intervenção de uma história concreta¹ —, tem-se que o delito, enquanto objeto do estudo causal-explicativo da Criminologia, refreou-se a diversas concepções científicas ao longo dos anos, cada qual orientada pela conjuntura histórico-social em que se ambientava. Em razão dessa especialidade é que se elencaram determinadas teorias criminológicas para comporem o aporte seguinte, abordando-se lhes os principais aspectos e contribuições.

Pioneira em estudos sistematizados² sobre o crime e fundada no contratualismo burguês ascendente, a Escola Clássica (século XVIII até a primeira metade do século XIX), que tem em Cesare Beccaria a figura máxima de sua filosofia, reputava o delito como um ente jurídico constituído de dois vetores: o físico e o moral; o primeiro corresponde ao movimento corpóreo e a causação do dano pelo ilícito; o segundo, à vontade livre e consciente do criminoso, na medida em que a infração é praticada por um agente dotado de livre-arbítrio

(dogmático), razão pela qual se rechaça qualquer carácter filosófico de fundo determinista. A doutrina clássica liberal voltava-se, essencialmente, contra os excessos punitivos, típicos dos regimes absolutistas, pretendendo humanizar a resposta estatal à infração penal.

O novo paradigma político que dali surgiu, assentado sobre o princípio da legalidade, concretizou as garantias da liberdade do indivíduo perante o Estado, cuja violação fora apontada veementemente pelos ensinamentos da Escola Clássica, em especial por Beccaria³. Desse modo, o que fora reclamado pelos clássicos já estava legalmente instituído em diversos países. Diante desse contexto⁴, faltava, naquele instante, o aprofundamento do estudo da criminalidade, mormente como forma de frear sua expansão. É nessa conjuntura que surgirá a Escola Positiva, eternizada na pessoa de Cesare Lombroso, e notadamente contraposta às ponderações clássicas anteriores⁵.

A orientação positivista, objeto de inúmeras críticas doutrinárias⁶, buscou em categorias essencialmente bioantropológicas a explicação da criminalidade, centrada na variedade e anomalia dos agentes dos comportamentos criminalizados. Dessa forma, concebia-se o delito como traço inerente à condição pessoal do agente, o que levou os adeptos desta corrente de pensamento a catalogar tipologias autorais. Nesse sentido, as instituições penais, tidas sob a ótica da Escola Positiva, debruçavam-se essencialmente sobre o autor do crime e suas tipologias.

Do cotejo teórico entre as Escolas encimadas, rematou-se que, mesmo preconizando diferentes concepções acerca do delito e sua “ambientação social”, tanto na Escola Clássica quanto na Positiva – como ponto nevrálgico de ambas as teorias – avulta-se uma “ideologia da defesa social”⁷, representada por um fusionismo teórico comum no campo científico.

Nesse trilhar, a ideologia da defesa social, por meio de seus postulados básicos⁸, reputa o Estado, enquanto representante da sociedade, como ente legítimo para a repressão à criminalidade. O delito, para essa concepção, constitui um dano social, e o criminoso, um elemento negativo e disfuncional do sistema social. Assentada sobre o princípio da culpabilidade, a referida ideologia reflete o crime como um posicionamento intimista do agente, que deve ser reprovado por contrariar valores e normas sociais instituídos. No que se refere à pena, tem-se, além do aspecto retribucionista, a finalidade de prevenção da prática delituosa.

No âmbito das doutrinas propriamente sociológicas – que sucederam e se opuseram aos mandamentos da defesa social –, a Teoria da Anomia, esboçada por Durkheim⁹ e ampliada por Robert Merton – que transforma a anomia em Teoria da Criminalidade¹⁰ –, em completa oposição à construção teórica dos

caracteres diferenciais e do princípio do bem e do mal positivista, estabelece que o delito seria um elemento “natural” em limites definidos, funcional para a sociedade e mecanismo de ratificação do anseio coletivo; a condição de anormalidade delitiva, por sua vez, consubstancia-se apenas na hipótese de propagação irrefreável da prática criminoso dada em circunstâncias de anomia (ausência de normas ou de imperatividade normativa), representadas por desequilíbrios na distribuição de meios legítimos para realizar metas de sucesso e bem-estar sociais¹¹.

Interessante disposição acerca das causas do delito foi proposta pela Teoria Ecológica, produto dos estudos desenvolvidos na Escola de Chicago. A referida teoria espousa como tese precípua a relação criminalidade/desorganização urbana. De modo sintético, para os seus adeptos, há uma evidente correspondência entre o processo de formação dos novos centros urbanos e sua criminalidade, de modo que a cidade geraria sua própria delinquência, apresentando zonas ou regiões bem definidas de concentração do fenômeno criminoso¹².

Engendrando gradual mudança de paradigma criminológico, as teorias do conflito ou teorias conflituais da criminalidade - âmbito do qual faz parte a Teoria do *Labeling approach*, sob um viés macrossociológico, concebem o elemento do conflito como berço dos processos de criminalização, representados como forma de atribuição a alguém do status de criminoso.

Para os seus adeptos, a compreensão da criminalidade engolfa um processo social definidor de determinados indivíduos e comportamentos rotulados como criminosos, bem como os mecanismos pelos quais o sistema penal contra eles reage, desde a norma abstratamente posta até a atuação dos órgãos de controle social formal. Fruto do desenvolvimento de uma abordagem interacionista do delito, nesse modelo teórico o paradigma etiológico convencional é superposto por um novo padrão criminológico, o qual contesta o próprio conceito de crime e considera a desviação como um atributo imputado mediante processos de interação social complexos, altamente seletivos e discriminatórios.

Eis que se estabelece um importante marco teórico: baseando-se as teorias da criminalidade e da reação penal no paradigma do *Labeling approach*, desencadeou-se a passagem - lenta e sem uma solução de continuidade propriamente dita - da concepção liberal à concepção da Criminologia Crítica. Esta teoria, de orientação marxista, investiga “como, por quê e para quem” são elaborados os diplomas legislativos penais. Sob essa perspectiva, a criminalidade revela-se como um status a ser atribuído a certos tipos, por intermédio de uma dupla seleção: a de bens e a dos indivíduos rotulados¹³. O foco dessa

“nova criminologia” recai sobre os processos de criminalização, despontando o que há por trás do “discurso oficial”, de fundo eminentemente seletivo e excludente, do sistema penal¹⁴.

Feita a breve perspectiva criminológica indicada¹⁵, parte-se para o exame abreviado sobre o processo de consolidação do uso da força como ratificação do poder político. É bem dizer que serão estudados os caracteres históricos de arquitetura sistêmica no âmbito da manutenção da ordem como atividade pública.

2 PERSPECTIVA HISTÓRICA DE MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA

De início, faz-se necessário breve ponderação acerca dos elementos históricos que envolvem a abordagem do dever estatal de manutenção da ordem pública enquanto desígnio buscado pelo Estado no exercício, ou pelo menos intento, de pacificação social.

Nesse sentido, proveitoso que se façam apontamentos etimológicos fundamentais para a compreensão do processo o qual nos comprometemos em analisar. Doutrinariamente, a expressão “ordem pública” não se acha em terreno semântico pacífico, constando diversas acepções conceituais em variados ramos do conhecimento¹⁶. Entretanto, com esforço, é possível delimitar a incidência de dois modelos de conceituação: o paradigma metajurídico que, como a própria denominação sugere, indica certo grau de afastamento de abordagens jurídicas; e o enfoque conceitual que procura assinalar o termo a partir de pressupostos essencialmente juridificantes¹⁷.

Quanto ao primeiro paradigma, tem-se que o ideário de ordem pública refreou-se tão somente a uma noção de pacificação social, de “boa ordem da comunidade”, sem arrimo jurídico positivo algum, o que daria ensejo – em razão do elusivo conteúdo atribuído – ao fenômeno expansivo de intervenção estatal em detrimento dos direitos e liberdades individuais, como forma de justificação social da atividade persecutória com vistas à ordem pública.

De outro lado, a tendência de significação do vocábulo com fundamento em pressupostos jurídicos – adotada por nós, vez que o universo da alteração aqui pretendida é o democrático – determina pontualmente os limites (impostos pelo ordenamento) a serem observados pelas instâncias oficiais no desempenho de manutenção da ordem pública. É bem de se notar que o enfoque em comento se vincula à ordem jurídica, logo à deferência aos direitos e garantias formalmente consignados pelas constituições democráticas e pelas leis que lhas circundam, como se a atividade estatal tivesse por fundamento a amplitude da liberdade individual que só se pode coadunar com o Estado Democrático de Direito.

Feitas as considerações semânticas pertinentes, parte-se para um breve apanhado histórico atinente ao processo de constituição e provisão da ordem pelo Estado e de arquitetura sistêmica das instâncias oficiais que atualmente compreendem sistema penal, como as Polícias, o Poder Judiciário, o Ministério Público e o sistema prisional.

Inicialmente, as sociedades ocidentais relegavam a atividade de conservação da ordem como demanda eminentemente privada¹⁸. De outro lado, o delito é elemento comum na sociedade, de modo que em todo grupamento de indivíduos socialmente constituídos há mecanismos de controle legitimados e ratificados pelo anseio coletivo. Desse modo, tem-se que a disposição de competências reservadas à conservação da ordem por um poder central – e não mais na acepção individualista de provisão da segurança – desenvolveu-se paulatinamente ao longo dos anos, como se verá adiante.

Aponta-se no Império Romano os primeiros laivos do aludido processo, a exemplo do pioneiro policiamento ostensivo (patrulhamento de ruas e postos estrategicamente fixos de vigilância) à época do Império de Otávio Augusto (27 a.C. – 14 d.C.). Cerca do século VI, já sob a égide do Império Bizantino, assenta-se de vez a concepção de um direito codificado a serviço da coletividade (direito de família, de pessoas, da propriedade e criminal) e absorto no poder de uma autoridade central, o que já prenunciava certa inquietação do Poder Público com os “reveses sociais”.

A decadência do Império Romano e as invasões dos povos bárbaros no continente europeu permitiram certa destituição dos órgãos particularizados que até então, embora de modo incipiente e esparso, cumpriam a função de polícia. A descentralização política marcante na Idade Média estendeu-se tanto à função de polícia quanto ao exercício da própria justiça, ainda que no feudalismo tenha-se observado certa estabilidade quanto à gestão dessas funções, porém tendo-se, também nesse período, a manutenção da ordem interna caráter de atividade essencialmente privada.

O rompimento desse paradigma operou-se no rumo da consolidação da soberania estatal, marca essencial constitutiva dos Estados absolutistas europeus. O poder central, consubstanciado na figura do monarca absoluto, abarcava tanto competências administrativas quanto jurisdicionais. O processo de expansão da codificação legal configurou desdobramento fundamental para a noção de controle político. Nesse entendimento, cabia à autoridade central a garantia da ordem no território sob seu domínio, daí a composição de exércitos permanentes, que, por meio do uso da força, combatiam os comportamentos desviantes.

Como decorrência do processo de centralização do poder e atribuição de segurança interna ao monarca, a política de instituição de unidades correcio-

nais – de feição institucional semelhante a hospitais¹⁹ – durante os séculos XVI e XVII²⁰ compreendeu o processo de constituição de um dos estratos – prisional – da arquitetura sistêmico-penal²¹ responsável pela manutenção da ordem e pacificação interna. A unidade de Bridwell, de 1556 (Inglaterra), e o Hospital Geral de Paris, de 1657, são exemplos típicos da política de encarceramento empreendida durante esse período²². Ainda nesse contexto, operaram-se mudanças pontuais na organização das polícias europeias. Os Estados passaram a constituí-las aos moldes e caracteres gerais conservados nos sistemas de polícia modernos²³.

Posteriormente, a consolidação do Estado-nação²⁴, rematou o processo de monopolização da violência pelo poder central, cujo intento precípua era a manutenção da ordem interna e o resguardo de seus administrados. A soberania dos Estados sobre territórios com determinações fronteiriças e seus respectivos habitantes materializou-se por meio da ação de um conjunto de funcionários selecionados em razão de suas aptidões para atuarem no âmbito da incolumidade pública patrimonial e pessoal. A utilização da força física como instrumento de reafirmação do poder estatal, no que diz respeito à gestão da ordem, converteu-se em mecanismo fundamental para a legitimação do soberano enquanto fonte de poder político²⁵.

A legitimação da tutela pública no âmbito do Estado-nação instrumentalizou-se de veras no processo de elaboração legislativo-criminal, alcançando uma espécie de “paroxismo legal”, em que reinou imperiosamente o princípio da legalidade penal. A codificação criminal propagou-se amplamente no continente europeu nos idos do século XVIII e na primeira metade do século XIX, ao tempo em que se perpetrou o ideário de estruturação racional do Estado, paralelamente à alçada de inúmeros direitos políticos e civis dos indivíduos frente às ingerências estatais, marca do denominado constitucionalismo moderno²⁶.

A instituição de estabelecimentos carcerários – afastados da concepção correcional –, destinados tão somente àqueles que violassem as normas constantes dos códigos criminais, submetendo-os às penas privativas de liberdade, bem como a constituição de polícias militares, as quais assumiram as atribuições antes relegadas aos exércitos reais de repressão e controle da ordem interna, encerraram os traços essenciais do processo de formação do Estado-nação e, conseqüentemente, das instâncias oficiais de controle social formal.

Nesse sentido, a ratificação de modelos inquisitoriais e acusatórios da persecução penal, a conjunção de princípios gerais do direito e a pacificação interna que se propiciou com as “fincas institucionais” desse novo modelo estatal foram importantes desdobramentos do processo de transição entre o absolutismo e essa nova realidade político-social. O processo de transposição

da atividade de manutenção da ordem, no que diz respeito à transferência do âmbito privado para o público, deu-se no curso da própria concepção de Estado, enquanto ente legítimo detentor do monopólio da violência legal com vistas à disciplina social no exercício do combate à desordem pública.

3 SEGURANÇA PÚBLICA, SISTEMA PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 Breves considerações acerca da justificação e legitimação do controle social formal na contemporaneidade

O entendimento de provisão da ordem pública denota a clara relação entre essa dimensão conceitual e a do controle social formal²⁷ – âmbito do qual faz parte o sistema de segurança pública –, representado pelos sistemas normativos (Código Penal e Processual Penal) e pelas instâncias do Sistema Penal (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e sistema prisional), os quais têm a incumbência de manutenção da paz social e da possibilidade de convivência harmônica entre os indivíduos na ambiência em comunidade²⁸.

Como visto, no âmbito da discussão proposta, o sentido de ordem pública atrela-se a uma perspectiva juridificante, vez que devem ser observados os direitos e garantias formalmente alocados em lei no exercício de manutenção da ordem jurídica. Assim entendendo, concebe-se a questão sob um viés sistêmico, a ser equacionado em dois planos complementares: o plano abstrato – que corresponde à própria noção de ordem pública – e a dimensão pragmática, representada pela execução, por parte do sistema penal, de mecanismos de disciplina social.

Neste passo, entende-se por segurança pública²⁹ o compêndio de ações político-jurídicas que tenha por escopo extinguir ou ao menos mitigar os riscos à garantia da ordem pública³⁰, cuidando-se, aqui, de vertente semântica pertinente ao âmbito interno³¹, ou seja, relacionada à proteção dos bens jurídicos dos cidadãos contra possíveis ameaças e violações criminosas oriundas do próprio meio social, bem como aos mecanismos de controle estatal disponíveis para o enfrentamento preventivo-repressivo desta realidade.

A proposta de análise conjuntural da segurança pública e do sistema penal no âmbito do Estado Democrático de Direito compreende, de certa forma, um processo analítico do próprio Direito Penal em seu aspecto subjetivo, ou, como é normalmente denominado, do *ius puniendi* (poder de punir) estatal, vez que corresponde ao fundamento do controle social formal, seu substrato teórico de atuação³². Desse modo, cumpre proceder ao exame do contexto dentro do qual está inserido esse poder na contemporaneidade.

Silva Sánchez (2011) assinala para o estado de “crise” pelo qual passa o Direito Penal contemporâneo, alusão que, segundo o autor, converteu-se em autêntico lugar comum em seara doutrinária. Trata-se fundamentalmente de uma crise de legitimidade – que também perpassa o caráter de justificação – no que tange ao aparato penal e sua precípua função social, qual seja a de ente disciplinador das relações humanas em comunidade. Neste entendimento, o ponto nevrálgico da referida tensão alude aos *meios* e *fins* do *ius puniendi* na atualidade.

Sob este prisma, são vastos os aportes teóricos que se constituíram em face dessa constatação³³, cada qual, ao seu modo, tratando do binômio justificação/legitimação do poder de punir estatal. No entanto, entende-se que tanto a referência às esferas de legitimação (mais afeitas aos *meios*) quanto às de justificação (atreladas à concepção dos *fins*) do Direito Penal na contemporaneidade encontram guarida no próprio ideário do contratualismo, como substrato do aparecimento do Estado Moderno.

Desta feita, pode-se justificar-lhe a existência na própria finalidade a que se propõe, qual seja o controle, dentro do âmbito no qual lhe é possível atuar, das relações entre os membros do corpo social, tomando-se como pressuposto as próprias normas disciplinadoras do convívio harmônico entre os indivíduos. Grosso modo, não seria esta sentença espécie de pedra angular do Contrato Social³⁴? Ora, sob essa perspectiva, vê-se que é consectário lógico da constituição do Estado a atuação de uma instância disciplinadora no âmbito das relações intersubjetivas, de forma que se estabeleça, a partir da consciência plasmada pelo anseio coletivo, que as normas vinculantes à comunidade devem ser acatadas pelo bem do convívio social.

É amplamente cediço que as relações humanas são eivadas de violência, necessitando-se de regras que as disciplinem a fim de que não se instale um estado de barbárie³⁵ na comunidade. Desse modo, a constituição do Estado moderno com vistas à superação desse estágio histórico implicou a criação de mecanismos reguladores das complexas relações advindas do meio social. Assim, avulta-se o Direito Penal, como uma das formas de controle estatal, objetivando disciplinar condutas criminosas, a manutenção da ordem jurídica e as condições de vida da sociedade.

A existência de um instrumento disciplinador das relações sociais, estipulando normas vinculantes aos membros da comunidade, alude, por certo, a respostas imediatas àqueles que eventualmente violarem tais preceitos normativos, como forma, inclusive, de reafirmação axiológica que permeia a própria formação social, tais como integridade moral, a noção de ética, o respeito às leis e às autoridades, dentre outros. Desse modo, a concepção esposada incide,

inexoravelmente, na questão concernente à ameaça da pena como instrumento supostamente eficaz de consecução dos fins perseguidos pelo Direito Penal na sociedade.

Nesse particular, figura a reprimenda penal e, como natural em âmbito científico, os respectivos aportes teóricos que objetivam fundamentar os seus efeitos³⁶. A guisa do que se argumentou nas esferas de justificação, tem-se, igualmente, a pena como elemento convergente à própria regulação social, em outros termos, pode-se apontar o âmagos dos efeitos de aplicação das sanções penais como consectário da função ínsita à acepção do controle social: a ratificação, por meio das sanções impostas, do próprio sistema normativo que disciplina os comportamentos individuais³⁷, ainda que não se afastem outros efeitos decorrentes, tais como a ressocialização, neutralização ou intimidação dos criminosos.

No que tange ao aspecto instrumental de que se utiliza o *ius puniendi*, tem-se a elaboração lei penal como utensílio basilar do disciplinamento social. Enquanto a perspectiva dos fins do Direito Penal assinala para um plano de abstração, o âmbito dentro do qual se inserem os meios de controle social formal é estritamente concreto, envolvendo, fundamentalmente, o processo de elaboração jurídico-penal, enquanto dispositivo de orientação do Sistema Penal para a prática de atos que objetivem o asseguramento da paz social, promovendo, dessa forma, a segurança pública³⁸.

É no âmbito de legitimação dos *meios* disponíveis ao Estado para a regulação de comportamentos desviantes que se nota o imperativo de aproximação do controle social formal às premissas inarredáveis do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a lei penal exerce um papel imprescindível para tal mister, vez que configura dispositivo cogente a viabilizar a atuação do maquinário estatal penal – dimensão pragmática a qual nos referimos, englobando essencialmente o sistema penal –, que, de modo procedente, é alvo de críticas por parte da doutrina como instrumento repressivo, seletivo e discriminatório³⁹.

Desse modo, não só a questão da legitimação como também a de justificação do controle social formal na contemporaneidade prescindem de considerações teóricas unicamente pautadas no ideário dogmático de manutenção da ordem pública, ainda que integre esta ideologia o contexto dentro do qual se manifesta o poder de punir estatal. Nesse sentido, imperioso que o *ius puniendi* transcenda os aspectos mais afeitos à legalidade – mormente no trato da elaboração jurídico-penal – e se acerque de critérios axiológicos que permeiam a construção democrática, isto é, que tenha por norte primeiramente a dignidade da pessoa humana e a promoção da cidadania como pressupostos inafastáveis de todas as esferas de sua atuação em sociedade.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a premissa de “ordem sob a lei” compreende fundamentalmente o exercício do controle social formal calcado no papel dialético – a cargo da lei penal – de sopesamento entre as dimensões dos direitos fundamentais de segurança (de proteção) e de liberdade dos indivíduos⁴⁰. Não mais se admite a “sanha dogmática” - embuçada pelo falseamento de provisão da ordem pública⁴¹ - de intervenção estatal em detrimento das liberdades individuais sedimentadas pelas conquistas democráticas tão caras aos cidadãos, nem, de outro lado, a configuração de um ideário que ignore os direitos fundamentais de defesa como desígnio precípua do controle social formal, desprotegendo os membros do corpo social sob a justificativa – frise-se, tendenciosa – do imperativo de abstenção estatal frente aos direitos individuais⁴².

Do exposto, remata-se que o Estado, enquanto materialização do contrato social, necessita de instâncias disciplinadoras dos membros do corpo social, utilizando-se do controle social formal para tal mister. Entretanto, no âmbito em que se discute tal proposição, deve-se propugnar por uma atuação – justificada e legítima, diga-se – que, em toda a sua amplitude (da elaboração da lei penal à atuação dos órgãos do sistema penal na provisão de segurança pública), assegure a ordem jurídica constitucional e tenha na figura do cidadão e suas imanes liberdades democráticas o fundamento de todas as suas ações, desde a aplicação justa e igualitária dos sistemas normativos até a atuação dos órgãos do sistema penal no exercício do disciplinamento em comunidade.

Após a breve discussão atinente às esferas de justificação e legitimação do controle social formal na contemporaneidade, tratando-se de alteração fundamentalmente abstrata, pautada sobre as implicações do Estado Democrático de Direito, parte-se para uma dimensão prática acerca da disposição da segurança pública e do sistema penal em relação aos fatores de criminalidade assinalados pela doutrina, bem como à abordagem dessa dinâmica a partir de políticas sociais no bojo da cidadania ativa e de uma composição demográfica racional⁴³.

3.2 Segurança Pública, Criminologia, Democracia e Sociedade

Sob um aspecto mais pragmático, tem-se que a segurança pública, enquanto noção concreta de disposição de atos e processos político-jurídicos com o escopo de satisfazer ou promover a ordem jurídica e as mínimas condições de convívio social harmônico, logrou o “status” de preocupação nacional nas pautas de governabilidade hodiernas. A tarefa de manutenção da ordem tem-se convertido em aspecto decisivo para os anseios eleitorais das elites po-

lítico-econômicas. No entanto, imperioso que se enfrente a temática a partir de uma análise frugal, afastada, logo, do comum gerencialismo de crises e de respostas estatais imediatas – mas ineficientes - que tanto comprazem o desígnio do senso comum de, “esotericamente”, contornar o problema da segurança pública.

Portanto, mister que se compreenda o aspecto organizacional a ser levado a cabo pelas esferas de tomada de decisão. No universo de políticas criminais (políticas de segurança pública, políticas judiciárias e políticas penitenciárias) objetiva-se, precipuamente, o combate à criminalidade para o exercício das liberdades individuais dos cidadãos. De outro lado, a instituição de políticas de cunho social – ainda que tangenciem os campos de atuação de segurança pública – são procedimentos afetos às áreas em que serão aplicadas, tendo-se como pressuposto o papel ativo do cidadão junto ao âmbito político. É fundamental que haja esse tipo de ressalva, vez que é corriqueiro em setores de doutrina haver certa mistura dessas áreas de atuação⁴⁴.

Desse modo, a implementação de políticas criminais contempla um aspecto substancial no tocante à atribuição estatal de manutenção da ordem pública, de modo que, sob uma concepção setorial, determinadas conjunturas sociais apresentam peculiaridades as quais ensejam certa proeminência de políticas de segurança em relação a outros campos de atuação estatal mais afeitos às reformas estruturais. Em outros termos, o que se pretende ilustrar é que no âmbito de instituição de políticas criminais é possível que se enfrente a criminalidade e violência urbana sob um viés notadamente técnico-científico, ou seja, sem que se tangenciem os aspectos estruturais motivacionais que permeiam a prática delituosa, voltados fundamentalmente para as áreas de políticas sociais, como se verá adiante.

Nesse sentido, tem-se que uma perspectiva mais concreta e prática em relação ao sistema de controle social formal e a segurança pública deve, necessariamente, reportar-se ao panorama criminológico constante desta discussão. Em se tratando de viabilizar respostas sérias e comprometidas com o enfrentamento da criminalidade, é fundamental que se busquem as vastas teorias criminológicas elaboradas ao longo dos anos, submetendo-as, importante frisar, a constantes processos de atualização crítica⁴⁵.

As teorias até aqui discutidas, e, em especial, a Teoria da Anomia, as ponderações da Escola de Chicago e a Criminologia Crítica, pertencentes à criminologia liberal contemporânea, guardam profunda correspondência com a realidade das sociedades contemporâneas. Neste passo, deve-se atentar que para esse conjunto teórico, a prática delitiva emana dos fatores de tensão⁴⁶ elementares à sociedade, de forma que não é necessário ser uma autoridade

em segurança pública para se constatar que a realidade urbanística hodierna das metrópoles mundiais padece, imensamente, desses fatores, quais sejam: a desorganização urbana, a violência estrutural imanente ao sistema neoliberal vigente e a “crise de ordem”, ou, mais precisamente, o estado de anomia que se faz sentir diante dos sistemas normativos contemporâneos⁴⁷.

Enfrentar essa realidade, por intermédio de políticas criminais de repressão e prevenção, implica necessariamente um planejamento holístico, global, no que se refere ao(s) marco(s) teórico(s) empreendidos nessas políticas. Tem-se, pois, que a integração entre esses marcos deve ser procedida na medida em que tais teorias como qualquer produção científica, possuem alcance limitado, isto é, não são capazes de explicar a criminalidade em sua inteireza, necessitando, portanto, de complementação teórico-científica.

Sob este prisma, é amplamente sabido que a Teoria Ecológica limitou-se às áreas de delinquência urbana, método insuficiente para explicar a prática delituosa fora da urbe analisada; a Teoria da Anomia, por seu turno, não logrou fundamentar a criminalidade que não visa ao lucro, ou a não delinquência por parte de indivíduos que se encontram em condições sociais inferiores, sendo notadamente “integradas” em âmbito científico pelas teorias das subculturas criminais⁴⁸, que também não providenciam uma concepção geral da criminalidade; à Criminologia Crítica, mormente em sua primeira fase, não contemplava propostas factíveis de resolução dos problemas atinentes ao sistema penal, de modo que se reservou tão somente a ambientá-los à discussão científica, sem acepções fundamentalmente construtivas.

Daí falar, em razão da natureza multifacetada de proveniência criminal, que políticas criminais repressivo-preventivas que busquem soluções a curto, médio e longo prazo devem ser balizadas por um “fusionismo teórico”, a ser entendido como a integração de doutrinas criminológicas factíveis no universo da realidade das coisas para um entendimento causal-explicativo do delito de modo geral.

Sob outro aspecto, no âmbito democrático, tem-se inafastável a concepção de que políticas sociais inclusivas devem balizar a atuação dos governos na provisão dos direitos sociais dos cidadãos. O paradigma de democracia substancial, que pressupõe, ou ao menos intenta, a igualdade social e econômica – em parte, que seja – deve ser o fundamento de alteração de quaisquer ações políticas no universo de democracia formal (forma de governo). Esta máxima conduz, necessariamente, a inclusão do cidadão nas esferas de participação social, e, por certo, no controle das próprias atividades governamentais, com o escopo de mitigar as mazelas sociais e estruturais – que também resvalam no âmbito do controle social formal – no interior do próprio ambiente democrático.

Assim entendendo, a prática delituosa é multifatorial, isto é, emana de várias condições ou circunstâncias. É, pois, decorrência dessa característica a aceitação de que o enfrentamento da criminalidade – a ser exercido pela instituição de políticas criminais – envolve igualmente os aspectos estruturais e orgânicos intrínsecos à sociedade. Desse modo, a execução de políticas de cunho social (relacionadas à promoção de serviços educacionais, de emprego e de habitação - prevenção primária), as quais tenham por norte os denominados fatores de tensão corroborada de forma efetiva, ainda que sob outra esfera de atuação que não a da segurança pública, para o combate a práticas criminosas e contenção da violência urbana. Esta compreensão pragmática de provisão institucional é predicado imprescindível a qualquer Estado de Direito que se pretenda democrático.

Portanto, a simples tendência de se conceber o problema da segurança pública e demais mazelas estruturais atinentes às sociedades atuais sob uma disposição unicamente relativa a políticas criminais e à elaboração jurídico-penal só ratifica o desígnio de conservação, por parte das elites político-econômicas, de um controle social formal cuja atuação seja pautada essencialmente por critérios socioantropológicos e econômicos como há muito se tem feito⁴⁹. A superação desse paradigma dar-se-á no âmbito político, nos meios intrínsecos à democracia formal para o atingimento de uma sociedade mais igualitária e solidária entre seus membros.

A existência dos fatores de tensão que envolvem a dinâmica da criminalidade nas grandes cidades não implica no trato unicamente afeto às políticas criminais empreendidas pelo Estado na provisão de segurança pública, mas também na viabilização de políticas sociais que integrem esses fatores a outras esferas de atuação estatal, tais como as secretarias de infraestrutura, de educação, de urbanismo, bem como o processo de comunicação das esferas governamentais com o ambiente acadêmico, dentre outros. O que se pretende, dessa forma, é conceber o ideário de que, no contexto democrático, a correção das mazelas conjunturais deve passar por todas as esferas de atuação estatal - respeitadas as proeminências de umas sobre as outras - tendo-se como destinatário único o cidadão e a fruição dos direitos e obrigações imanentes ao Estado Democrático de Direito.

A disposição de uma composição demográfica racional, que compreende a concepção de inclusão dos membros do corpo social à esfera de discussão política, bem como a possibilidade de escolha racional dos representantes políticos e de cobrança dos mesmos no exercício de governança, é consectário lógico das próprias bases de sustentação democrática⁵⁰. O controle social por parte dos cidadãos também configura decorrência imediata da instituição de políticas inclusivas nas sociedades hodiernas que tanto carecem desse posicio-

namento por parte do Estado e, sobretudo, dos indivíduos que as compõem. Entende-se, portanto, que essas duas categorias de posicionamento dos cidadãos diante das esferas governamentais consubstanciam instrumentos fundamentais para o aperfeiçoamento das dimensões democráticas.

A correção dos problemas políticos através desta concepção democrática substancial estender-se-á a todos os campos de participação estatal, principalmente, os que tangenciam os sistemas normativos e as instâncias oficiais do controle social formal. Portanto, não há que se atribuir à tarefa de disciplinamento social como a fonte de grande parte dos problemas atinentes às desigualdades estruturais em sociedade, propugnando pela sua extinção ou substituição por modelos alternativos. Como visto, a atuação de instâncias de controle dos membros do corpo social é indispensável para o aparelhamento da comunidade, sobretudo, frente ao desenvolvimento de novas formas de criminalidade⁵¹, desdobramento importante para a segurança pública no bojo das sociedades hodiernas cada vez mais complexas.

Logo, não há que se falar em banimento ou eliminação das instâncias de controle social formal nos Estados contemporâneos. Deve-se, de antemão, enfrentar a questão da segurança pública e da violência criminal a partir da realidade e concretude das coisas, de modo que se estabeleça um ponto de equilíbrio entre a discussão acerca de teorias totalmente aquém da realidade e a não contaminação dos anseios coletivos em busca da justiça a qualquer preço, tendo-se nas implicações democráticas de dignidade humana e exercício da cidadania o fundamento de ações, por parte do sistema penal, de provisão da ordem pública e paz social.

Assim, não se vislumbra outro modo de superação desse estágio atual de violência estrutural, desorganização espacial e demais mazelas atinentes à sociedade que não a participação ativa dos cidadãos no campo de atuação política, por meio de uma composição demográfica racional, a fim de que se constitua o apotegma de que as discussões dos problemas sociais que permeiam a comunidade devem ser questão de Estado, e, portanto, estar acima de alianças político-partidárias. Somente desse modo, conferir-se-á à segurança pública uma nova ótica de combate: a dos delitos perpetrados pelas elites políticas e econômicas, estes, sim, responsáveis por grande parte das mazelas estruturais e pela seletividade a que se atribui ao sistema penal na contemporaneidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança pública, enquanto vertente pragmática do controle social formal, deve ser procedida com vistas ao asseguramento da ordem pública – di-

ga-se jurídica – e manutenção das mínimas condições de convivência social. Por ter em seu intento categorias fundamentalmente elusivas, tem-se que vários governos se utilizaram desse expediente para a perpetração de violações a direitos sob todas as formas, a exemplo das ditaduras latino-americanas da segunda metade do século XX que, em nome da segurança nacional, cometeram abusos de toda a sorte contra direitos primários dos cidadãos.

Desse modo, a delimitação temática por nós proposta “imerge” estes preceitos sob os ditames do Estado Democrático de Direito, que, *per si*, rechaça quaisquer laivos de autoritarismo desmedido embuçado pela máxima de “ordem sob a lei”. Faz-se necessário, portanto, avançar na discussão acerca da segurança pública, que, inexoravelmente, remete-nos à própria altercação do controle social formal na contemporaneidade e de suas esferas de justificação e legitimação. Dessa forma, remata-se que a legitimidade e justificação do disciplinamento social na atualidade devem estar em plena conformidade com a realidade social, de forma que se conceba a temática a partir de pressupostos factíveis inseridos na concretude democrática.

Seletividade, estigmatização, discriminação, privilégio de camadas superiores, todos esses traços são pertinentemente atribuídos à gestão do sistema penal nas sociedades organizadas. No entanto – e a conclusão a que chegamos ao longo do trabalho denota esse entendimento – não se pode valer desta concepção para preconizar a abolição do controle social formal - vez que a regulação social levada a cabo pelo Direito Penal subjetivo é, como visto, imprescindível para a harmonização dos membros do corpo social em suas atividades cotidianas -, nem ao menos corrigir tais mazelas no interior do próprio *ius puniendi* estatal, mas sim no bojo da própria ambiência democrática por intermédio da inserção dos membros do corpo social no âmbito de uma discussão política pautada, fundamentalmente, no interesse público.

A aplicação justa e igualitária da lei penal e a atuação das instâncias do sistema penal calcadas unicamente nas premissas democráticas devem ser procedidas no seio das próprias esferas políticas de tomadas de decisão, ou seja, a partir de uma composição demográfica racional e do incremento da cidadania, é que se poderá falar em democracia substancial como categoria precípua para a adoção de políticas públicas que tencionem contornar as mazelas sociais de que padecem os Estados contemporâneos. Somente dessa forma é que se terá por certa a participação ativa do cidadão no exercício do controle de seus representantes – que compreende desde a escolha até a cobrança dos mesmos -, como forma, inclusive, de democratização do próprio controle social formal.

Concebe-se, portanto, o entendimento de que o debate em torno da segurança pública, em um Estado Democrático de Direito, deve, de forma inego-

ciável, contemplar o próprio exercício das dimensões democráticas substancial e formal. Na esteira deste raciocínio, objetiva-se, igualmente, a partir da constatação de proveniência multicausal do delito, combater a criminalidade e o conseqüente processo de deterioração da ordem pública com arrimo não só em políticas criminais, mas também por intermédio de políticas de inclusão social a serem executadas pelo Poder Público como forma de justaposição necessária entre o âmbito do controle social formal e a disposição de uma sociedade que priorize a cidadania ativa, a fruição das benesses democráticas e a atuação estatal na provisão de serviços essenciais.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Conflitualidade e violência**: reflexões sobre a anomia na contemporaneidade. Tempo Social; Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 19-47, 1998.

AGNEW, Robert. **Why do individuals engage in crime**. In: Key Readings in Criminology. Devon, UK: Willan Publishing, 2009,

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC Editora; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima**: Códigos da Violência na Era da Globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As Três Escolas Penais**: Clássica, Antropológica e Crítica. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, 355 p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis** – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro: Rio de Janeiro/ Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. In. Pensadores Italianos. Traduções de Antônio Piccarobo e Leonor de Aguiar. Rio de Janeiro: W.M. Jackson Inc. editores, 1977.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 18ª reimp. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** – Parte Geral. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional** – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva, 2012.

CHRISTIE, Nils. A suitable amount of crime. In: **Key Readings in Criminology**. Devon, UK: Willan Publishing, 2009.

CLARK, John *et all*. Subculture, culture and class. In: **Key readings in criminology**. London: Willan Publishing, 2009, p. 201-203.

COHEN, Phil. Subcultural conflict and working-class community. In: **Key readings in criminology**. London: Willan Publishing, 2009, p. 198-201.

D'AQUINO, Filocre. **Revisita à Ordem Pública**. In: Revista de informação legislativa, v. 46, n. 184, p. 131-147, out./dez. 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia** – O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**; tradução Paulo Neves; revisão da tradução Eduardo Brandão. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIAS, Luís Manoel André. **Dimensões securitárias na contemporaneidade**. Lisboa: ISCPSI, 2014.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, José Joaquim Antunes. **Os desafios da segurança contemporânea**. Estado, identidade e Multiculturalismo. Lisboa: Edição do autor, 2014.

FERRO, Ana Luíza Almeida. **Robert Merton e o Funcionalismo**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. Tradução: José Teixeira Coelho Netto; Revisão de texto: Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. **Espaço urbano e criminalidade**: lições da Escola de Chicago. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

GARLAND, David. **Castigo y sociedad moderna**. Un estudio de teoria social. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999.

GIDDENS, A. **O Estado-nação e a violência**. São Paulo: Edusp, 2001.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 350 p.

_____. **Reflexões acerca do controle social formal**: discutindo os fundamentos do direito de punir. Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD, Rio de Janeiro, v.1, n. 23, 2013.

HEGEL, Georg W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HOBBS, Eric. **Sobre História**; tradução Cid Knipel Moreira – São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

JONES, Trevor. The governance of security: pluralization, privatization, and polarization in crime control. **The Oxford Handbook of Criminology**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 841-865.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MANTOVANI, Fernando. **El siglo XIX y las Ciencias Criminales**. Santa Fé de Bogotá: THEMIS, 2000, 69 p.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao Direito**. Tradução de Ana Prata Braga. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Barcelona: Tecfoto, 1998.

MOLINA, Antônio García-Pablos de. A consolidação da Criminologia como ciência: a luta de escolas e as diversas teorias da Criminalidade. In: GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Teoria Geral do “Ius Puniendi”. In: GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. **Direito penal**: Fundamentos e Limites do Direito Penal – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MONET, Jean Claude. **Polícias e Sociedade na Europa**. São Paulo: Edusp, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. v. 97, p. 152, jan./mar., 1988.

OLIVEIRA, José Pereira de. **A manutenção da ordem pública em democracia**. Lisboa: ISCPSI, 2015, 516 p.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Col. Saraiva de Bolso. São Paulo: Saraiva, 2011.

SABADELL, Ana Lucia. O conceito ampliado de segurança pública e a segurança das mulheres no debate alemão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 29, p. 53-67, 2000.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. Violências e dilemas do controle social nas sociedades da “modernidade tardia”. **São Paulo em perspectiva**, n. 18, p. 3-12, 2004.

SAPORI, Luís Flávio. **Segurança Pública no Brasil**: desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta? Un cambio de paradigma como exigencia moral? In: **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio**. Tradução. Baza, Madrid: Tecnos, 2002.

SHAW, Clifford R.; MCKAY, Henry D. Juvenile delinquency and urban áreas. In: **Key readings in criminology**. London: Willan Publishing, 2009, p. 190-194.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Tradução Roberto Barbosa Alves – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Crime e cidade: Violência urbana e a Escola de Chicago**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. **Segurança um tópico Jurídico em reconstrução**. Lisboa: Âncora Editora, 2013.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan-ICC, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NOTAS

1. Sobre o assunto, cfr. Miaille (2005).
2. Segundo Dias e Andrade (1997): “É a sua natureza sistemática que permite identificar a escola clássica com o início da nova ciência; independentemente, portanto, da valoração crítica que se faça sobre a validade ou o alcance explicativo das suas teses, ou mesmo das teses das escolas que lhe sucederam. Inversamente, é a ausência de dimensão sistemática que impede a possibilidade de falar de criminologia antes da escola clássica, não obstante a história e a antropologia cultural demonstrarem que o crime constituiu preocupação de todas as sociedades.”
3. Beccaria (1977).

4. “Passara o tempo do absolutismo do poder público, com o arbítrio, violência e injustiça penal, contra o qual o classicismo reagira com a sua pressão individualista. Os regimes modernos asseguravam nas suas leis às necessárias garantias dos direitos humanos, e o que se apresentava como problema no direito punitivo, na segunda metade do século passado, era a luta eficiente contra a criminalidade”. Bruno (1967).
5. Sobre as Escolas Penais, por todos, Aragão (1977) e Mantovani (2000).
6. Molina (1997).
7. Baratta (2011) escreve que: “A ideologia da defesa social (ou do ‘fim’) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social.”
8. Baratta (2011) aprofunda o tema da defesa social, discorrendo sobre os seus princípios basilares. Nesse sentido, apresenta as teorias modernas de maneira sistematicamente original, confrontando-as com os postulados da ideologia da defesa social, de modo que aquelas representariam negação aos princípios orientadores desta.
9. Vide Durkheim (2007).
10. Para aprofundamento temático, vide Ferro (2004).
11. Sobre o tema, Andrade (2003), Christie (2009) e Garland (1999).
12. Para estudo mais denso sobre a Escola de Chicago, indica-se a leitura de Shaw e Mckay (2009), Cohen (2009), Clarke, Hall, Jefferson e Roberts (2009). No Brasil, Freitas (2002) e Tangerino (2007).
13. Sobre o assunto, em profundidade, Barata (2011).
14. Segundo Guimarães (2007): “[...] entende a Criminologia Crítica que o Direito Penal não defende os bens jurídicos interessantes a todos os cidadãos e comina

penas com intensidade desigual; o status de criminoso é distribuído de modo desigual e ideologicamente interessado [...]. Deste modo, no âmbito dos estudos desenvolvidos pela Criminologia Crítica, configurando-se como um de seus mais caros postulados, afirma-se categoricamente que o direito, de forma geral, e o Direito Penal, de forma particular e mais acentuada, são desiguais por excelência”.

15. Importante frisar que, por clara impossibilidade de figurarem no texto outras teorias criminológicas, elencaram-se, discricionariamente, aquelas que se mostram mais representativas dos segmentos metodológicos das teorias da integração, do conflito, bem como as escolas pioneiras no estudo do delito.
16. Segundo Oliveira (2015), “A ordem pública democrática é a ordem vigente nas sociedades democráticas. Como qualquer ordem pública, o seu conteúdo é preenchido pelo estado de segurança, tranquilidade, paz e sossego público, com a diferença que o seu teor, com reflexos na acção, é determinado pela liberdade, felicidade e bem-estar dos cidadãos”. Sobre ordem pública, cfr., também, Elias (2014).
17. Nesse sentido, vide D’Aquino (2009).
18. “A atividade de manutenção da ordem nos Estados tradicionais estava em boa medida restrita às comunidades locais, prevalecendo a descentralização e as instâncias privadas sobre as públicas. A noção de desvio e o acionamento de mecanismos de controle social limitavam-se a instâncias fora da abrangência do Estado, como era o caso dos proprietários feudais, ou mesmo derivavam da designação, pela autoridade central, de agentes específicos para a realização de tarefas atinentes à ordem e à segurança, como nas cidades-estado gregas”. Saporì (2007, p. 22).
19. Vide Foucault (1978).
20. Guimarães (2007) considera que: “[...] foram criadas casas de correção com o claro propósito de recolher nas mesmas aquela parcela da população excluída – mendigos, prostitutas, desocupados em geral entre outros tantos adjetivos comumente empregados para aqueles que não lograram acesso às mínimas condições dignas de vida – que desde aquele tempo já incomodava, sobremaneira, a parcela incluída do corpo social”.
21. Sobre o sistema penal, Zaffaroni e Pierangeli (2006) entendem que “[...] o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando

se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação”. Batista (2011) aduz: “Vimos a sucessiva intervenção em três nítidos estágios, de três instituições: a instituição policial, a instituição judiciária e a instituição penitenciária. A esse grupo de instituições que, segundo as regras jurídicas pertinentes, se incumbe de realizar o direito penal, chamamos de *sistema penal*”.

22. Uma abordagem histórica sobre a pena privativa de liberdade pode ser encontrada, em profundidade, em Guimarães (2007).
23. Sobre um estudo histórico aprofundado acerca da origem das polícias modernas europeias em perspectiva comparada, seus desafios e perspectivas, vide Monet (2001).
24. Discorre Giddens (2001) “um conjunto de formas institucionais de governo, mantendo um monopólio administrativo sobre um território com limites demarcados, seu domínio sendo sancionado por lei e por um controle direto dos meios internos e externos de violência”.
25. Nessa linha, Bobbio (2012): “O uso da força física é a condição necessária para a definição do poder político, mas não é a condição suficiente. [...]. Quem tem o direito de usar a força sobre um determinado território é o soberano. Desde que a força é o meio mais resolutivo para exercer o domínio do homem sobre o homem, quem detém o uso destes meios com exclusão de todos os demais dentro de certas fronteiras é quem tem, dentro dessas fronteiras, a soberania entendida como *summa potestas*, como poder supremo [...]. Se o uso da força é condição necessária do poder político, apenas o uso exclusivo deste poder lhe é também a condição suficiente”.
26. Nesse trilhar, Bulos (2012) aduz “Como movimento jurídico, político e cultural, o constitucionalismo só adquiriu consistência no fim do século XVIII, com o fortalecimento de certos princípios, que passaram a ser adotados pela maioria dos Estados, sob a forma de declaração de direitos e garantias fundamentais. [...]. A partir de então, a ideia de constitucionalismo ficou associada à necessidade de todo Estado possuir uma constituição escrita para frear o arbítrio dos Poderes Públicos”.

27. Para uma análise mais profunda e atualizada do assunto, cfr. Jones (2007) para quem “The way in which the security of citizens is organized and delivered in contemporary politics has undergone dramatic shifts over recent decades. These changes pose challenging theoretical questions about how we conceptualize security and its provision, as well as raising important normative issues about its contribution to the “good society” and the most appropriate institutional arrangements for delivering this”.
28. Uma abordagem aprofundada sobre a temática é encontrada em Santos (2004).
29. Importante destacar que “Ao longo dos séculos foi-se adensando a ideia de que a segurança é um conceito polissêmico e não é algo estático, adaptando-se ao contexto histórico, geográfico e cultural, bem como à conjuntura sócio-política e econômica. Embora historicamente a segurança sempre tenha estado relacionada com a luta pela sobrevivência individual, a sua conceptualização foi prioritariamente associada à vida dos homens em comunidade, à polis e à construção estadual, e na actualidade, inclui o papel de uma diversidade cada vez maior de actores públicos e privados, supranacionais e locais”. (ELIAS, 2014). Sobre os desafios da segurança contemporânea, por todos, Fernandes (2014).
30. “Tenho que a relação entre ordem pública e segurança pública não é de todo para a parte, nem de continente para conteúdo, mas de *efeito para causa*. Realmente: se as garantias proporcionadas pela segurança pública são eficientes e satisfatórias, tem-se mantida a ordem pública. Se as garantias proporcionadas pela segurança pública são deficientes ou insatisfatórias, tem-se *abalada*. Se as garantias proporcionadas pela segurança pública são insuficientes, está *sacrificada* a ordem pública. É, pois, como se vê, uma relação *causal*. [...]. Em termos de funcionalidade homeostática, a segurança pública é o conjunto de *estruturas e funções* que deverão produzir atos e processos capazes de afastar ou eliminar riscos contra a ordem pública.” Moreira Neto (1988).
31. Aduz Sabadell (2000): “O conceito de segurança interna fundamenta-se na expectativa individual de cada sujeito, propondo-se, assim, a abraçar histórias singulares. Apesar disso, o conceito mantém um forte vínculo com a ideia do interesse coletivo. A ideia de ordem é inerente ao conceito de segurança interna, já que este garante a preservação de determinada forma de organização social: integridade territorial, respeito à forma de governo e do sistema político, incolumidade das pessoas e do patrimônio público e privado. Destarte, a segurança adquire caráter eminentemente conservador: instituições e direitos existentes são garantidos, in-

clusive com meios repressivos, contra um agressor da ordem estabelecida, que é considerado como ‘inimigo’”.

32. Assim preleciona Molina (2012): “ Numa sociedade conflitiva, pluralista e democrática (tal como a do nosso tempo) o *ius puniendi* estatal (em tese) pode se apresentar como instância pública capaz de resolver o conflito criminal – e as expectativas que ele gera – de forma pacífica e institucional, de forma racional e previsível, formalizada, eficaz, com escrupuloso respeito às garantias individuais, quando fracassam com os mecanismos primários de autoproteção da ordem social. Só o *ius puniendi* estatal encontra-se em condições de assegurar a justa tutela dos bens jurídicos fundamentais, monopolizando a violência privada assim como a autodefesa.”
33. Trata-se da postura abolicionista, do minimalismo, da perspectiva ressocializadora, da proposta garantista, do defensismo - e seu aparente ressurgimento - e das concepções funcionalistas sistêmicas. Para aprofundamento teórico, vide Silva Sánchez (2011).
34. Albrecht (2010, p. 156) assevera: “Núcleo do iluminismo é a teoria do Contrato Social. Filósofos do Iluminismo – *Hobbes, Rousseau, Locke* – ‘descobriram’ a teoria do Contrato Social, e a desenvolveram com ideias reciprocamente divergentes nos respectivos detalhes. Em primeiro lugar, o Contrato Social é, no seu núcleo, não mais do que uma construção mental – caso se queira, uma ‘invenção da liberdade’. Com a invenção, pretende-se garantir a liberdade pessoal do indivíduo, deve poder ser superado o estado de natureza perigoso para o indivíduo. A invenção deve funcionar assim: então, no caso de um conflito, portanto, quando um outro penetra, sem permissão, na própria esfera de liberdade, deve o homem renunciar ao emprego dos próprios meios de violência, que lhe estão diretamente à disposição. Em lugar de empregar meios de violência próprios, transferem-se estes para um terceiro neutro. Este assume entre a solução do conflito, quando este é tão grave que exigiria demais dos participantes do conflito. Como a renúncia recíproca à violência, e sua transferência para um terceiro, o Estado é fundado. É importante que a renúncia tenha resultado voluntária e que o terceiro neutro considere apenas o seguinte – com toda segurança que é garantida -, sempre defender a liberdade individual do próprio indivíduo. Assim os homens passam do estado de natureza, que *Hobbes* pintou em cores sombrias, para um Estado de Direito.” Sobre as teorias do contrato social, vide *Hobbes* (2006), *Locke* (1994) e *Rousseau* (2011).

35. Entende Hobsbawn (2013): “Nesse contexto, entendo que ‘barbárie’ signifique duas coisas. Primeiro, a ruptura e colapso dos sistemas de regras e comportamento moral pelos quais *todas* as sociedades controlam as relações entre seus membros e, em menor extensão, entre seus membros e os de outras sociedades. Em segundo lugar, ou seja, mais especificamente, a reversão do que poderíamos chamar de projeto do Iluminismo do século XVIII, a saber, o estabelecimento de um sistema *universal* de tais regras e normas de comportamento moral, corporificado nas instituições dos Estados e dedicado ao progresso racional da humanidade: à Vida, Liberdade e Busca da Felicidade, à Igualdade, Liberdade e Fraternidade ou seja lá o que for.”
36. Cuida-se, essencialmente das teorias absolutas, relativas e unitárias. Pontualmente, pode-se dizer que as teorias absolutas ou retribucionistas concebem a pena como um fim em si mesma, sem necessidade de submetê-la a objetivos práticos; já as ponderações relativas têm como pressuposto de fundamentação a existência da pena como instrumento eficaz de prevenção da criminalidade; por fim, as denominadas teorias da união ou unitárias pugnam por uma finalidade duplicada da pena, qual seja a de repressão e prevenção de delitos. Nesse sentido, sobre as teorias das penas, recomenda-se a leitura de Mir Puig (1998) e Guimarães (2007).
37. O cerne da questão, pois, diz respeito unicamente ao aspecto de legitimação das sanções infligidas, isto é, partindo-se da premissa de que se existem normas atinentes ao convívio social, a violação destas por certos indivíduos deve ter, por parte do Estado, algum tipo de resposta, que, como nos mostra a história das civilizações, constituiu-se, essencialmente, na reprimenda penal. Este posicionamento coaduna-se com discurso neo-retribucionista que possui antecedente lógico na filosofia *hegeliana*, quando o autor idealista alemão assevera que a “pena é a negação da negação do direito”, isto é, a imposição da reprimenda possui um carácter reafirmador dos valores imanentes à própria constituição da sociedade, ao ideário de Justiça e ao respeito ao *status quo*. Nesse sentido, vide Hegel (1997).
38. Dentro de tal perspectiva, Valente (2013) chama a atenção para o fato de que “A constitucionalização da segurança implica considerar a promoção da segurança como uma tarefa fundamental do Estado, prosseguida de forma directa ou indirecta. Há segurança quando a legalidade democrática está salvaguardada, quando os direitos dos cidadãos estão defendidos e garantidos, quando se garante a segurança interna, quando há bem-estar e qualidade de vida do e igualdade real entre os cidadãos, quando se garante a integridade dos princípios do nosso Estado de direito e democrático: de que se destaca a dignidade da pessoa humana, cujo respeito implica o tratamento igual formal, material e em dignidade”.

39. Vide Young (2002).

40. Nesse âmbito de discussão, menciona-se o entendimento de Alexy (2011): “Por ‘direitos a proteção’ devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas. O que há de comum em meio a essa diversidade é o fato de que os direitos a proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação. A delimitação das esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a garantia da exigibilidade e da realização dessa demarcação, é uma das tarefas clássicas da ordem jurídica”.

41. “Afirmamos, portanto, que o Direito Penal é disposto pelo Estado para a concreta realização de fins; toca-lhe, portanto, uma missão política, que os autores costumam identificar, de modo amplo, na garantia das ‘condições de vida da sociedade’, como Mestieri, ou na ‘finalidade de combater o crime’, como Damásio, ou na ‘preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social’, como Heleno Fragoso. Tais fórmulas não devem ser aceitas com resignação pelo iniciante. O direito penal nazista garantia as ‘condições de vida da sociedade’ alemã subjugada pelo estado nazista ou era a pedra de toque do terrorismo desse mesmo Estado, garantindo em verdade as condições de morte da sociedade?” Batista (2011).

42. Nesse sentido, para aprofundamento teórico, vide Feldens (2008).

43. Embora a expressão tenha sido cunhada pelo filósofo italiano Antônio Gramsci, em seu livro “Americanismo e Fordismo”, é importante asseverar que neste trabalho não se usará do mesmo expediente semântico, o qual, segundo o autor, consiste no fato de não existirem classes numerosas sem uma função essencial no mundo produtivo, ou seja, classes absolutamente parasitárias. Como se verá mais adiante, essa perspectiva é dessemelhante da aventada no presente texto.

44. Assim, manifesta-se Bitencourt (2014): “Alessandro Barata sugere algumas soluções ao problema da delinquência, que despreziosamente, passamos a analisar. Uma *política criminal* não pode ser uma política de substitutivos penais que se circunscreva a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária. As circunstâncias atuais requerem *uma política de grandes reformas sociais*, que propiciem a igualdade social, a democracia, mudanças da vida comunitária e civil, oferecendo mais alternativas, e que sejam mais humanas. Também supõe o desenvolvimento do *contra poder proletário*, mediante a transformação radical e a superação das relações da produção capitalista. [...]. Mas a *política criminal* que propõe Baratta visa à *total substituição do sistema social vigente*, e essa possibilidade é sempre remota ou, pelo menos, muito pouco provável, pelo que se mantém a mesma pergunta feita anteriormente: enquanto se faz a reforma (dentro ou fora do sistema), qual será a *política criminal* a seguir? Que se fará com os reclusos que nesse momento sofrem uma pena privativa de liberdade? Acreditamos que para esses problemas do presente continuará sendo válida a *política criminal reformista e humanitária*, repelida por Baratta.”
45. Neste passo, a abordagem pressupõe a concepção anacrônico-histórica de buscar inspiração no passado para compreender o presente. Assim, nas palavras cristalinas de Hobsbawn (2013): “Quando a mudança social acelera ou transforma a sociedade para além de certo ponto, o passado deve cessar de ser o padrão do presente, e pode, no máximo, tornar-se modelo para o mesmo. [...] Isso implica uma transformação fundamental do próprio passado. Ele agora se torna, e deve se tornar, uma máscara para a inovação, pois já não expressa a repetição daquilo que ocorreu antes, mas ações que são, por definição, diferentes das anteriores.”
46. “Fatores de tensão são, por definição, acontecimentos e condições perturbadoras. Não surpreendentemente, portanto, vivenciar fatores de tensão faz as pessoas sentirem-se mal. Isto é, fatores de tensão contribuem para uma ou mais emoções negativas, como raiva, frustração, depressão, desesperança. Essas emoções negativas criam no indivíduo a necessidade de medidas corretivas. Os indivíduos sentem-se abalados e querem fazer algo a respeito. Como indicado anteriormente, o crime é uma das formas de lidar com os fatores de tensão”. Agnew (2009).
47. Sobre um estudo acerca da anomia na contemporaneidade, vide Adorno (1998).
48. Vide Baratta (2011).

49. “O conceito de cidadania negativa de Batista percebe que esses setores vulneráveis, ontem escravos e hoje massas marginalizadas, só conhecem o avesso da cidadania através de sucessivos espancamentos, massacres, chacinas e da opressão cotidiana do sistema penal. A eficácia das instituições de controle social está fundada na capacidade de intimidação que são capazes de exercer sobre estas massas vulneráveis [...]. Toda a arquitetura legal e física do sistema penal na República brasileira é erigida para dar conta dos novos excluídos da ordem republicana, sob o olhar lombrosiano e positivista.” Vide Batista (2003).
50. “Boas escolhas no âmbito da representação política levarão, em médio prazo, a uma configuração do controle social formal que tenha por referência o entendimento segundo o qual as decisões sobre os lineamentos gerais de política criminal devem ser tomadas antes do combate específico a determinado tipo de delinquência, ou seja, a base da política criminal serão os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, de forma inflexível, e as especificidades no combate aos comportamentos desajustados é que deverão ser pauta de discussão sobre a melhor maneira de enfrentá-los.” Guimarães (2013).
51. “O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada *ciberdelinquencia*), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução. Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de *criminalidade* organizada, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados)”. Silva Sánchez (2013). Na mesma linha, vide Schönemann (2002).

Considerações sobre a inconstitucionalidade do §2º do art. 414 do Código Tributário do Município de São Luís de 2017

Considerations on the unconstitutionality of section 2 of art. 414 of the Tax Code of the municipality of São Luís, 2017

Fabiano Ferreira Lopes
Leonardo Albuquerque Marques

RESUMO

O presente trabalho pretende refletir sobre a aplicação do tratamento diferenciado na imposição do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), nos termos da Lei nº 6.289, de 28 de dezembro de 2017, que instituiu o Código Tributário do Município de São Luís (CTM/SLZ), aos profissionais intelectuais que exercem sua atividade de forma individual em comparação aos que exercem por meio de sociedade. Ao final, foi possível constatar que há inconstitucionalidade no §2º do art. 414 do CTM/SLZ por ferir o Princípio da Isonomia Tributária.

Palavras-Chaves: ISSQN. Princípio da Isonomia Tributária. Profissional Intelectual. Profissional Liberal. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This article is about the application of differential treatment in the imposition of the Tax on Services of any Nature (ISSQN), under the terms of Law no. 6.289, of December 28, 2017, which established the Tax Code of the Municipality of São Luís (CTM/SLZ), to the intellectual professionals who exercise their activity individually to the detriment of those who exercise it through a society of professionals. In the end, it was possible to verify that there is unconstitutionality in §2 of art. 414 of the CTM / SLZ for violating the Principle of Tax Isonomy.

KEYWORDS: ISSQN. Principle of Tax Isonomy. Intellectual Professionals. Liberal Professionals. Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016, o Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN) recebeu atenção especial por parte das municipalidades, em especial, por causa da atualização da lista de serviços em que incide o referido imposto.

O Município de São Luís, Estado do Maranhão, visando atualizar o seu Código Tributário Municipal, publicou, em 28 de dezembro de 2017, a Lei nº 6.289 que, além de consolidar a legislação tributária municipal esparsa, acabou eivando de inconstitucionalidade a tributação incidente sobre sociedades não empresárias, notadamente as sociedades em nome coletivo.

Este artigo visa esclarecer sobre a isonomia entre profissionais intelectuais que exercem suas atividades econômicas de forma individual ou em sociedade em nome coletivo e a incidência do ISSQN em sua forma fixa.

O objetivo geral deste trabalho é analisar a constitucionalidade da Lei nº 6.289, de 28 de dezembro de 2017, que instituiu o Código Tributário do Município de São Luís, estado do Maranhão, quanto à incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza aos profissionais intelectuais que exercem suas atividades econômicas de forma individual em comparação àqueles que a exercem por meio de sociedade em nome coletivo ou em outras modalidades de sociedade não empresárias.

Neste sentido, pode-se classificar a presente pesquisa como sendo uma pesquisa aplicada, no que atine à sua natureza, uma vez que, a pesquisa gera conhecimento para aplicação à solução de um problema específico¹; no que atine ao objetivo, a pesquisa é explicativa, por visar identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos; e, por fim, é uma pesquisa qualitativa, haja vista que visa constatar a relação dinâmica entre o mundo real e o sujeitos, por meio da interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados.

A pesquisa foi realizada por meio de fontes secundárias com a investigação da legislação tributária, posições doutrinárias e jurisprudência que envolvem o tema, sendo classificada quanto ao procedimento, uma pesquisa de caráter bibliográfico².

As hipóteses consideradas para o presente estudo são duas, a saber: o profissional intelectual que exerce sua atividade econômica por meio de sociedade não empresária não se diferencia daquele que a exerce de forma individual; e o Código Tributário do Município de São Luís, Estado do Maranhão, está eivado de inconstitucionalidade material no que atine ao tratamento tributário do ISSQN fixo para profissionais liberais.

O artigo está estruturado em 3 (três) seções, sendo que, na primeira seção, tenta-se apresentar a equivalência, em termos de responsabilidade, da prestação de serviços realizada por profissional intelectual quando atua em sociedade não empresária (no caso, geralmente formada por profissionais) e de forma individual.

Na segunda seção, o foco está na incidência do ISSQN na prestação de serviços realizada por profissionais intelectual conforme a doutrina e jurisprudência nacional, em especial, no entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, na terceira seção, busca-se demonstrar a inconstitucionalidade do Código Tributário do Município de São Luís, Estado do Maranhão, no que atine ao tratamento tributário desigual dado aos profissionais intelectuais que atuam em sociedade de profissionais, logo, ferindo princípio da isonomia tributária.

1 DO PROFISSIONAL INTELECTUAL, DA SOCIEDADE DE PROFISSIONAIS E A RESPONSABILIDADE DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Os profissionais intelectuais³ em regra não podem ser considerados empresários, uma vez que, conforme preceitua o Código Civil, no parágrafo único do art. 966, “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda como o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

O elemento de empresa pode ser entendido quando os serviços do profissional intelectual são absorvidos por uma atividade maior de natureza empresarial, ou seja, perdendo a característica de prestação de serviços pessoais do profissional ao ponto da prestação de ser “apenas um elemento dentro da atividade empresarial exercidax”⁴.

Neste sentido, o Enunciado 194 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) veio a afirmar que “Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida”.

No que atine à responsabilidade, conforme preceitua o art. 927 do Código Civil, os profissionais intelectuais acabam por ser responsabilizados ilimitadamente pelas consequências dos atos ilícitos praticados no exercício de sua profissão, uma vez que, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, como dita o art. 186 da já referida norma.

Assim, no exercício de sua atividade econômica, o profissional intelectual, quando presta serviços de forma pessoal, mesmo que organizadamente com auxiliares, poderá responder com a totalidade de seu patrimônio pessoal pelos danos que cause a terceiros. Contudo, se o mesmo perder a personalidade quando do exercício da prestação de serviços, perderá o profissional intelectual a sua característica civil e será considerado empresário, vindo a ser regulado pelas normas que gerem a atividade empresarial.

A responsabilização ilimitada do profissional intelectual encontra-se presente, também, quando dois ou mais profissionais resolvem constituir uma sociedade de profissionais para atuar em conjunto e sem fazer opção por um determinado tipo societário. Quando isso ocorre, os profissionais constituem uma sociedade de pessoas e que pode ser edificada na forma de sociedade em nome coletivo, nos termos do art. 1.039 do Código Civil.

A situação é explicada de forma clara:

Se não se consegue distinguir, com segurança, qual o tipo societário, há que se concluir que se trata de uma sociedade em nome coletivo, pela aplicação do princípio do tipo social mais simples ou princípio da prevalência da inqualitabilidade social. Ora, se os sócios não definem nenhuma peculiaridade maior para a sociedade, é certo que estaremos diante de sociedade mais simples, que é a sociedade em nome coletivo⁵.

Aliás, a sociedade em nome coletivo (modalidade jurídica habitualmente utilizada para formalização de sociedades de profissionais, embora não seja a única) é o mais antigo tipo societário, com origem na Idade Média, bem como tendo como principal característica a responsabilidade ilimitada dos sócios que a compõem, sendo que, por ser uma sociedade contratual de pessoas é elemento nuclear a adoção do uso de firma social como espécie de nome empresarial⁶.

Quanto ao uso de firma social por parte das sociedades em nome coletivo, a identificação, pelo público em geral, de quais são as pessoas físicas que fazem parte da entidade está diretamente relacionada com a sobrevivência da sociedade. Com efeito, tal tipo societário é uma sociedade de pessoas e não de capital, afastando-se, assim, da natureza de sociedade empresária⁷.

Importante frisar que, salvo a sociedade de advogados, que obrigatoriamente deverá ser na forma sociedade simples pura, conforme preceitua o art. 16 da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, os demais profissionais intelectuais podem constituir sociedade em outras formas societárias que, conforme a na-

tureza que venha a adotar, acabará por ter a sua responsabilidade societária definida pela forma societária que vier a formalizar⁸.

Infere-se que há isonomia entre o profissional intelectual que exerce sua atividade econômica de forma solitária e o que a exerce em sociedade de profissionais – *v.g.*, quando constituída em forma de sociedade em nome coletivo – quando se analisa o instituto da insolvência civil.

Curiosamente, o art. 1.052 do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, que trata sobre as execuções contra devedor insolvente, remete à necessidade de uma lei específica para regulamentar o instituto da insolvência civil e, desta forma, o Livro II, Título IV, do Código de Processo Civil de 1973 – CPC/73 – não foi revogado.

Nos termos do art. 748 do CPC-1973 ocorre insolvência civil “toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor”, sendo que, conforme determina o art. 486 do mesmo diploma legal, “as sociedades civis, qualquer que seja a sua forma”, também, são abrangidas por este instituto.

Neste particular, “as atividades dos profissionais liberais também são consideradas atividades civis (excluídas até da ideia da atividade empresarial), na medida em que inexistente intermediação, além do fator pessoal preponderante para a atividade”⁹. Esse mesmo autor esclarece, ainda, que a distinção entre sociedade empresária e sociedade simples (antiga sociedade civil) torna-se importante, principalmente, para fins de submissão ao instituto da falência, uma vez que aquelas podem requerer recuperação, enquanto estas não podem.

Ao analisar o instituto da insolvência civil e o instituto da recuperação de empresas e falência, nos termos do art. 1º da Lei de Recuperação e Falências – LRF – pode-se constatar que há reconhecimento de idêntico tratamento àquele que exerce a profissão intelectual como profissional autônomo e àquele que a exerce por meio de sociedade profissionais na forma de sociedade em nome coletivo.

Sobre o assunto, esclareça-se que a insolvência civil é um processo de execução autônoma a ser aplicado contra o devedor (pessoa física) quando suas dívidas venham a exceder a importância de seus bens, sendo aplicado, também, em sociedades em nome coletivo, uma vez que é uma sociedade de pessoas e não se aplica nestes casos a lei de falências¹⁰.

Ratificando precedentes¹¹ sobre o tema, em recente julgado¹², o STJ esclareceu que em uma sociedade empresária limitada dissolvida irregularmente, por haver confusão patrimonial, acarreta a responsabilização dos sócios de forma ilimitada “à moda de uma sociedade em nome coletivo, onde a responsabilidade de todos os seus integrantes é absoluta”.

Sendo assim, por meio de vasta doutrina e jurisprudência, evidenciou-se que não há distinção entre profissionais liberais que exercem sua atividade econômica em caráter individual ou em forma de sociedade de profissionais, quando revestida de sociedade de pessoas, seja em forma simples ou em forma de sociedade em nome coletivo, uma vez que os efeitos quanto a responsabilidade são ilimitados em ambas as formas de exercer a profissão.

Superados os esclarecimentos desta seção, passa-se a discorrer sobre o imposto municipal que incide na prestação de serviços de profissionais intelectuais, ou seja, profissionais liberais.

2 O ISSQN NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS REALIZADA POR PROFISSIONAIS INTELECTUAIS

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, nos termos do inciso III do art. 153 da Constituição da República de 1988, é um imposto municipal que suas normas gerais para efeitos nacionais definidos pela Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, (LC 116/03) e no Decreto Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968 (DL 406/68).

Sabbag esclarece que, nos termos do art. 7º da LC 116/03, o ISSQN deve ser cobrado com base no valor bruto dos serviços, sendo que, nos casos em que não se possa aferir o valor correspondente do serviço – como é o caso daqueles prestados por profissionais liberais – o cálculo do tributo será feito a partir de um único valor periodicamente. O autor ensina, ainda, que “nesse caso, teremos um *ISS fixo*, sendo impróprio falar em grandezas quantificadoras do fato gerador, como alíquota e a própria base de cálculo”¹³.

O cálculo diferenciado do ISSQN aplicável aos profissionais liberais, atuando isoladamente ou por meio de sociedade de profissionais, é feito por valores fixos, como descrito anteriormente, baseado nos §§ 1º e 3º do Art. 9º do Decreto-Lei nº 406, que tem a seguinte redação:

Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação

a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

O STF e o STJ já foram questionados por diversas¹⁴ municipalidades quanto ao tratamento diferenciado dado ao profissional autônomo, exercendo em caráter individual ou por meio de sociedade de profissionais, para que o mesmo viesse a pagar o ISSQN em valores fixos e não pela regra geral, ou seja, pela apuração do imposto pela proporcionalidade com base no preço do serviço prestado. Destas discussões, resultou o entendimento jurisprudencial cristalizado na Súmula 663 do STF que esclarece que “os §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406/68 foram recepcionados pela Constituição”.

Em suma, o STF e o STJ firmaram que o tratamento diferenciado, nos termos dos §§ 1º e 3º do Art. 9º do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, só não é aplicado quando ausentes um dos seguintes requisitos:

- a. Pessoaalidade do trabalho dos profissionais habilitados;
- b. Ausência de empresariedade na constituição e no funcionamento da sociedade;
- c. Uniprofissionalidade e especialização da sociedade de profissionais;
- d. Responsabilidade pessoal e ilimitada do profissional na prestação do serviço.

Nestes termos, quando uma sociedade de profissionais intelectuais é constituída, *v.g.*, na forma simples ou em nome coletivo (sociedade de pessoas), o pagamento do ISSQN deverá ser feito por profissional liberal habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade e não pela proporcionalidade do preço do serviço, que é a regra geral nos termos do art. 7º da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

Passa-se, agora, aos esclarecimentos quanto a inconstitucionalidade da Lei nº 6.289, de 28 de dezembro de 2017, Código Tributário do Município de São Luís (CTM/SLZ), em especial, a parte final do §2º do art. 414.

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE QUANTO A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE TRIBUTÁRIA

Na seção anterior demonstrou-se que não há distinção jurídica entre o profissional autônomo que exerce sua atividade econômica em caráter individual em relação àquele que a exerça em sociedade de profissionais, a saber com *nomen in iuris* sociedade em nome coletivo, sendo esta demonstração elemento para sustentar, na presente seção, a inconstitucionalidade do §2º do art. 414

da Lei nº 6.289, de 28 de dezembro de 2017, Código Tributário do Município de São Luís (CTM/SLZ), em face do princípio da isonomia tributária¹⁵.

O CTM/SLZ trata sobre Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN em seu Livro Segundo, Título III, nos artigos 387 a 464, sendo que, para fins do presente artigo, constata-se que está eivada de inconstitucionalidade a parte final do §2º do art. 414 da já referida norma.

Para melhor visualização, apresenta-se o dispositivo com destaque ao trecho, em que a inconstitucionalidade está presente:

Art. 414. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN é devido em conformidade com as seguintes alíquotas e valores:

I - profissionais autônomos, em geral:

a) profissionais de nível elementar: R\$ 50,00 (cinquenta reais) por mês;

b) profissionais de nível médio: R\$ 100,00 (cem reais) por mês;

c) profissionais de nível superior: R\$ 200,00 (duzentos reais) por mês:

II - empresas: 5% (cinco por cento) sobre o valor do serviço, por mês.

§ 1º Quando os serviços forem prestados pelos profissionais especificados no § 1º do art. 413 deste Código, o imposto será devido pela sociedade, por mês, em relação a cada profissional habilitado, seja sócio, empregado ou não, que preste serviço em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal nos termos da lei regulamentadora da profissão.

§ 2º O imposto a que se refere o § 1º deste artigo será calculado por profissional habilitado, seja sócio, empregado ou não, que preste serviço em nome da sociedade, **no valor de RS 684,59 (seiscentos e oitenta e quatro reais e cinquenta e nove centavos) por mês.**

§ 3º Na forma do disposto do artigo 10 desta Lei, a Secretaria Municipal de Fazenda, expedirá instrução Normativa com vistas a assegurar os direitos de recolhimento em condições especiais e categorias profissionais que possuam decisões judiciais com trânsito em julgado. (Lei nº 6.289, de 28 de dezembro de 2017) *grifo nosso.*

O §1º do art. 414 do CTM/SLZ faz alusão ao art. 413 do mesmo dispositivo legal que descreve quais são atividades econômicas que sofreram a incidência do ISSQN com cálculo do imposto com base em valor fixo e que são:

I - médicos, inclusive análises clínicas, eletricidade médica, radioterapia, ultrassonografia, radiologia, tomografia e congêneres;

II - enfermeiros, obstetras, ortópticos, fonoaudiólogos, protéticos

- (prótese dentária);
- III - médicos veterinários;
- IV - contabilidade, auditoria, técnicos em contabilidade e congêneres;
- V - agentes de propriedade industrial;
- VI - advogados;
- VII - engenheiros, arquitetos, urbanistas e agrônomos;
- VIII - dentistas;
- IX - economistas;
- X - psicólogos

Como pode ser verificado, o profissional liberal que atua isoladamente, nos termos do inciso I do art. 414 do CTM/SLZ fica obrigado a pagar o ISSQN fixo na quantia de R\$ 200,00 (duzentos) reais por mês, enquanto um mesmo profissional liberal, que exerça sua atividade econômica por meio de sociedade de profissionais, ficará obrigado a pagar R\$ 684,59 (seiscentos e oitenta e quatro reais e cinquenta e nove centavos) por mês, conforme determina o §2º do art. 414 do CTM/SLZ.

Humberto Ávila esclarece que, para afastar a presunção de igualdade entre contribuintes, não basta que os reflexos argumentativos e comprobatórios da estatura constitucional da igualdade sejam explicados, é preciso que sejam justificados; mas para que sejam justificados, não bastam que sejam pressupostos, é preciso a confirmação e a existência de vínculo de pertinência, fundada e conjugada, entre a medida e a finalidade que legitima seu uso¹⁶.

Sobre igualdade, Carrazza ensina que o legislador deve, enquanto descreve a *norma jurídica* instituidora dos impostos de caráter pessoal, não só escolher os fatos que exibam o conteúdo econômico, como atender às desigualdades próprias das diferentes categorias de contribuintes. Todavia, como demonstrado na seção anterior, não há distinção entre o contribuinte que preste serviço individualmente e que o preste por meio de sociedade de pessoas, uma vez que, em ambas as formas jurídicas, as responsabilidades são pessoais e ilimitadas quando do exercício da atividade econômica¹⁷.

Sabbag esclarece:

O tratamento diferenciado, dispensado pelas normas jurídicas, guarda relação de pertinência lógica com a razão diferencial (motivo de atitude discriminatória), não há que se falar em afronta ao princípio da isonomia. Por outro lado, a adoção de um dado fator de discriminação, sem qualquer correspondência com a lógica racional de diferenciação, colocará em xeque a almejada ideia de igualdade.¹⁸

Neste sentido, percebe-se que, mesmo não havendo qualquer distinção para o profissional liberal, seja ele atuando individualmente ou em sociedade não empresária (v.g., sociedade simples em nome coletivo), há injustiça fiscal explícita decorrente de inconstitucionalidade por ferir o Princípio da Isonomia Tributária determinado no inciso II do art. 150 da Constituição da República de 1988.

CONCLUSÃO

Ao tratar do princípio da isonomia tributária no tratamento depreendido pela Lei nº 6.289, de 28 de dezembro de 2017, quanto à incidência do ISSQN sobre a atividade dos profissionais intelectuais – profissionais liberais – objetivou-se constatar se há características distintivas que venham a justificar tributação um pagamento de imposto menor para aqueles profissionais que atuam de forma individual em detrimento daqueles que atuam em forma de sociedade de profissionais.

Assim, os profissionais intelectuais que exercem suas atividades econômicas de forma individual em comparação àqueles que a exercem por meio de sociedade de pessoas, v.g. sociedade em nome coletivo, não sofrem qualquer tipo de distinção no seu labor, salvo quando esta atuação se reveste na forma de empresa.

Com isto pode-se constatar a veracidade da primeira hipótese ventilada: o profissional intelectual que exerce sua atividade econômica por meio de sociedade de profissionais não se diferencia daquele que exerce de forma individual, uma vez que a característica personalíssima da prestação de serviços, a responsabilidade do profissional, em ambas as situações, é ilimitada e pessoal. Em tempo, é importante ressaltar que, até para fins de execução coletiva, a insolvência civil é o instituto utilizado, não havendo possibilidade recorrer à recuperação de empresas ou falência, por não ser considerado empresário.

Quanto à segunda hipótese, também, houve a confirmação de sua veracidade, uma vez que o Código Tributário do Município de São Luís, Estado do Maranhão, determina tratamento discriminatório entre contribuintes equivalentes – profissionais liberais que atuam individualmente e profissionais liberais que atuam em sociedade não empresária – no §2º do art. 414, logo, ferindo o inciso II do art. 150 da Constituição da República, bem como os art. 124, II da Constituição do Estado do Maranhão e no art. 107, II da Lei Orgânica do Município de São Luís.

O §2º do Art. 414 do CTM/SLZ ao estabelecer o tratamento diferenciado, toma por base a forma de organização do exercício da atividade econômica

que, de fato e de direito, acaba por não alterar os elementos que compõem a relação de prestação de serviço, bem como, não existe nenhum critério que consiga justificar, à luz dos dispositivos constitucionais pátrios (seja na Constituição Federal, seja na Constituição do Estado do Maranhão ou mesmo na Lei Orgânica do Município de São Luís), a fixação de valores tributários diferenciados de R\$ 200,00 (duzentos) reais mensais para aqueles que não atuam em sociedade de profissionais – isto é, de forma individual –, e de R\$ 684,59 (seiscentos e oitenta e quatro reais e cinquenta e nove centavos) mensais para aqueles que atuam em sociedade de profissionais. Afinal de contas, ambas as categorias de contribuintes respondem ilimitadamente e pessoalmente por suas obrigações contraídas no exercício de sua atividade econômica, as quais, diga-se de passagem, não constituem elemento de empresa, em decorrência do caráter personalíssimo da prestação de serviços.

Desse modo, restou demonstrado que o §2 do art. 414 da Lei nº 6.289, de 28 de dezembro de 2017, quanto à incidência do ISSQN sobre a atividade dos profissionais intelectuais está eivada de inconstitucionalidade por ferir o inciso II do Art. 150 da Constituição da República (Princípio da Isonomia Tributária), uma vez que aplica tratamento diferenciado para contribuintes que se encontram em situação equivalente.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Agravo em Recurso Especial nº 1.006.254-SP**. Relator: Min. Raul Araújo. 17 abr. 2017. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450608486/agravo-em-recurso-especial-aresp-1006254-sp-2016-0282555-8>>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Especial n. 992.266/RS**, Rel. Min. Rafael Mayer. DJ 19/04/1983.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Extraordinário n. 236.604-7/PR**, Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 06/08/1999, Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=255615>>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Extraordinário n. 220.323-3/MG**, Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 18/05/2001, Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248997>>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Extraordinário n. 228.052-9/MG**, Rel. Min. Moreira Alves. DJ 01/10/1999, Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252412>>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Extraordinário n. 249.411-9/PR**, Rel. Min. Moreira Alves. DJ 08/10/1999, Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257875>>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- _____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo de Instrumento n. 0025611-76.2013.4.03.0000**, Relator: Des. Fed. Márcio Moraes, Dt. Julg: 03/04/2014, Terceira Turma. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3505115>>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 0110572-72.2013.8.26.0000**, Rel. Luiz Ambra, Dt. Julg: 14/08/2013. Disponível: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI001SZRG0000#?cdDocumento=22>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. **Metodologia da Pesquisa e Elaboração de Dissertação**. UFSC. Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção. Florianópolis, 2001.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

UBALDO, Edson. **Insolvência Civil: questões controvertidas no processo de quebra voluntária**. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 2004.

NOTAS

1. SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. **Metodologia da Pesquisa e Elaboração de Dissertação**. UFSC. Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção. Florianópolis, 2001.
2. SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. *Op. cit.*
3. Cf. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial: O novo regime jurídico-empresarial brasileiro**. 4. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 62. O autor esclarece que os profissionais intelectuais são chamados, também, de profissionais liberais. Sendo que estes são todos os profissionais que atuam em atividades de alta especialização tais como advogados, médicos, odontólogos, professores e dentre outros.
4. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 46.

5. TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p. 317.
6. Cf. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Op. cit.*, p. 478-479.
7. Cf. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 230.
8. Cf. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Op. cit.* Tal autor ensina que a definição da forma societária é que determinará a extensão da responsabilidade do sócio. Desta forma, o enquadramento no que atine à responsabilidade do sócio dependerá de qual tipo societário foi o escolhido pelos sócios para ser formalizado, uma vez que pode a constituição ser feita como sociedade empresária limitada, sociedade anônima (aberta ou fechada), sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples e sociedade em comandita por ações.
9. TOMAZETTE, Marlon. *Op. cit.*, p. 270.
10. UBALDO, Edson. **Insolvência Civil**: questões controvertidas no processo de quebra voluntária. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 2004, p. 23-38.
11. Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo de Instrumento n. 0025611-76.2013.4.03.0000**, Relator: Des. Fed. Márcio Moraes, Dt. Julg: 03/04/2014, Terceira Turma. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3505115>>. Acesso em: 10 mar. 2018. Cf., ainda, SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 0110572-72.2013.8.26.0000**, Rel. Luiz Ambra, Dt. Julg: 14/08/2013. Disponível: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI001SZRG0000#?cdDocumento=22>>. Acesso em: 10 mar. 2018.
12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Agravo em Recurso Especial nº 1.006.254-SP**. Relator: Min. Raul Araújo. 17 abr. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450608486/agravo-em-recurso-especial-a-resp-1006254-sp-2016-0282555-8>>. Acesso em: 10 mar. 2018.
13. SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115.
14. Os municípios de Curitiba, Belo Horizonte e Porto Alegre (RE 99266-9/RS), por exemplo, tiveram seus Códigos Tributários Municipais questionados quanto aos critérios

exigidos pelos parágrafos 1º e 3º do art. 9º do Decreto Lei nº 406/68. 31 de dezembro de 1968. Para maiores informações, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Extraordinário n. 236.604-7/PR**, Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 06/08/1999, Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=255615>>. Acesso em: 10 mar. 2018; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Extraordinário n. 249.411-9/PR**, Rel. Min. Moreira Alves. DJ 08/10/1999, Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257875>>. Acesso em: 10 mar. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Extraordinário n. 220.323-3/MG**, Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 18/05/2001, Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248997>>. Acesso em: 10 mar. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Extraordinário n. 228.052-9/MG**, Rel. Min. Moreira Alves. DJ 01/10/1999, Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252412>>. Acesso em: 10 mar. 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Especial n. 992.266/RS**, Rel. Min. Rafael Mayer. DJ 19/04/1983.

15. O princípio da isonomia tributária é tratado no Art. 150, II da Constituição da República de 1988 que, pelo princípio da simetria federativa, tem sua reprodução no art. 124, II da Constituição do Estado do Maranhão e no art. 107, II da Lei Orgânica do Município de São Luís.
16. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 158-159.
17. CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 99-100.
18. SABBAG, Eduardo. *Op. cit.*, p. 133.

Constitucionalismo, biodireito e dignidade da pessoa humana

James Magno Araújo Farias

RESUMO

Estudo sobre constitucionalismo, Biodireito e dignidade da pessoa humana. Análise do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/2005 ajuizada pelo Procurador-Geral da República. A Ação questionava a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05) em relação ao uso de células-tronco de embriões humanos para fins de pesquisa científica.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Biodireito. Dignidade da pessoa humana. Constituição Federal. Supremo Tribunal Federal. Ministério Público. Bioética. Lei de biossegurança. Células embrionárias. Pesquisa científica. Direito Brasileiro.

ABSTRACT

The present work has the purpose of analyzing of the judgment by the Supreme Court of Brazil on direct action of Unconstitutionality No. 3510/2005 filed by the General Attorney. The action was questioning the constitutionality of article 5 of the law of biosecurity (11,105/05 Law) regarding the use of stem cells from human embryos for scientific research purposes. Still observe the relation between the principle of human dignity and Bioethics and legal analysis of the theme of the action.

Keywords: Federal Constitution. Supreme Court. General Attorney. Bioethics. Bio safety. Brazilian Law. Embryos cell. Scientific research.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garante desde o art. 1º a dignidade da pessoa humana e, ao longo dos Títulos I e II, proíbe o tratamento desumano ou degradante, garantindo as liberdades individuais, coletivas, civis e políticas.

A Constituição Federal impôs diversos limites ao Estado ao positivar os direitos fundamentais, como a proteção da liberdade individual e coletiva, liberdade religiosa, direito à propriedade, liberdade de ir e vir, liberdade de opinião, apenas para mencionar alguns.

É fato que apenas a partir da Segunda Guerra Mundial passou-se a reconhecer expressamente nas constituições a dignidade da pessoa humana como valor fundamental.

A UNESCO em 1997, através do Comitê Internacional de Bioética (CIB), proclamou a Declaração Universal sobre Genoma e Direitos Humanos, documento que, composto por vinte e cinco artigos, fundamenta os direitos da comunidade global no tocante ao genoma humano. Considera o genoma humano como a base fundamental para todos os membros da família humana e o fator de reconhecimento de sua dignidade humana e diversidade intrínsecas. E estabelece que cada indivíduo possui o direito ao respeito de sua dignidade e dos direitos inerentes à sua manifestação, independentemente de suas características genéticas. Traz, pois, a dignidade como fator assegurador da impossibilidade de redução dos indivíduos a suas características genéticas.

A Declaração da UNESCO observa que nenhuma investigação relativa ao genoma humano e sua aplicação poderá prevalecer sobre os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana. Por fim, a Declaração veda aos Estados do globo a permissão de quaisquer práticas que sejam contrárias à dignidade humana, conclamando os mesmos a, juntamente com os organismos internacionais, cooperarem no sentido de identificá-las e adotar planos nacionais e internacionais que contenham medidas assecuratórias de respeito aos termos da declaração.

Embora a Declaração tenha estabelecido que os novos conhecimentos científicos e técnicos não serão utilizados para fins autodestrutivos, não se pode olvidar que grande é o risco a que se encontra exposta a Humanidade, no sentido de que as liberdades alcançadas possam servir de escudo para a prática de experiências bizarras que comprometam a própria tranquilidade da vida social.

No Brasil, o reconhecimento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana na esfera do direito positivo constitui inovação digna de louvor de nossa Constituição Federal de 1988.

O Biodireito, enquanto ramo do direito, está evidentemente limitado no Brasil pelo Direito Constitucional. A Bioética, trazendo novas discussões, fez com que alguns especialistas chegassem a profetizar uma nova e quarta geração de direitos fundamentais, que resguardariam o patrimônio genético humano, ameaçado pelos avanços tecnológicos.

Este estudo analisará a dignidade da pessoa humana a partir da previsão na Constituição brasileira e sua intersecção com os caminhos do Biodireito, observando a inviolabilidade do direito à vida, direito à integridade física e à saúde.

Em suma, tratará dos direitos que devem ser respeitados, também, pela legislação infraconstitucional que verse sobre temas ligados à dignidade da pessoa humana.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Robert Alexy defende que não há direito mais essencial do que a dignidade da pessoa humana. Isso porque a proteção que o Estado deve dar ao indivíduo está na raiz da própria função estatal básica, a de proteger seus nacionais de diversos tipos de violência e agressões existentes. Diz Alexy:

“Dignidade humana como norma jurídica opera não apenas como postulado normativo, mas também como princípio, possuindo âmbito próprio de aplicação, diferenciado daquele dos direitos fundamentais, não obstante íntima relação existente entre a dignidade humana e os direitos fundamentais”¹

A dignidade humana pode ser violada em diversos níveis, seja no campo moral, físico, civil, criminal, político ou religioso.

O Direito Constitucional, ao positivizar os Direitos Humanos, impõe limites ao Estado que devem ser respeitados, também, quando da realização de experimentações científicas. O Biodireito, enquanto ramo do direito, está evidentemente limitado no Brasil pelo Direito Constitucional

Para José Afonso da Silva a dignidade da pessoa humana é “*um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.*”²

Ingo Wolfgang Sarlet disse:

“Com o reconhecimento expreso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamen-

tos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987.88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”³

“Não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura, das penas de natureza corporal, da utilização da pessoa humana para experiências científicas, limitações aos meios de prova (utilização de detector de mentiras), regras relativas aos transplantes de órgãos, etc.”⁴

O ministro da Suprema Corte Alexandre de Moraes diz:

“A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”⁵

Se, conforme dito, a dignidade humana pode ser violada em diversos níveis (moral, físico, civil, criminal, político ou religioso), temos agora uma nova dimensão acerca da bioética. Nesse aspecto, são válidas as palavras de Maria Helena Diniz:

“Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1.º, III) e o cerne de todo o ordenamento jurídico.

Deveras a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Consequentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna.”⁶

Enéas Castilho Chiarini Júnior ressalta que a combinação do princípio da dignidade humana com o da não-maleficência permite que se chegue a uma limitação do princípio da autonomia, uma vez que, mesmo que seja da livre e consciente vontade do paciente, o cientista deve abster-se de praticar certas condutas que possam configurar uma forma de se atentar contra a dignidade da pessoa submetida a tratamento. Conclui Chiarini:

“Qualquer conduta que termine por transformar ou equiparar o ser humano em um simples objeto é atentatória contra a dignidade intrínseca de todos os membros da família humana, e deve ser proibida, mesmo que conte com a concordância da vontade autônoma deste indivíduo.”⁷

Volnei Garrafa lembra que:

“Após o nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê de proveta, em 1978, na Inglaterra, o mundo, perplexo, viu-se diante de um dilema ético, até então só existente na ficção científica, a realidade inesperada, provocou uma reação imediata dos países desenvolvidos. Os EUA criaram as Comissões Nacionais Governamentais. A Inglaterra constituiu a Comissão Warnock. A Suécia criou comissões especializadas sobre o assunto. A França, o Comitê Consultivo Nacional de Ética para as ciências da vida e da saúde. Na Itália, o Comitê Nacional de Bioética, em dezembro de 1994, excluiu das possibilidades de utilização das técnicas de reprodução assistidas a doação de óvulos e espermatozoides em mulheres fora da idade reprodutiva, em casais do mesmo sexo, em mulher solteira, após morte de um dos cônjuges e em casais que não proporcionem garantias adequadas de estabilidade efetiva para criar e educar uma criança”⁸

Desta forma, práticas nocivas como a clonagem humana, comercialização de órgãos, tecidos, sangue e esperma são hoje repudiadas em todas as di-

mensões protetivas universais com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

2 BIODIREITO E BIOÉTICA: princípios norteadores

Hipócrates, pai da medicina, há muito, deixou aos seus discípulos um juramento (que é utilizado pelas Academias Médicas de todo o mundo), contendo as diretivas “principiológicas” a serem seguidas por todo médico.

Tal juramento hipocrático corresponde a uma linha ética de fundamental importância a ser seguida pelos médicos, impondo o uso benéfico dos conhecimentos, tanto para a sociedade como para os médicos.

Foi necessário, então, um redimensionamento principiológico, a fim de que se conseguisse efetivamente alcançar a real proteção não apenas à vida humana, mas a todo o ecossistema e à biosfera.

Embora a preocupação bioética não seja nova, esse termo foi utilizado pela primeira vez somente em janeiro de 1971, nos Estados Unidos, pelo cientista Van Rensselder Potter, da Universidade de Winsconsin, em obra intitulada “Bioethics: bridge to the future”. Pesquisador da área de oncologia, Potter relata que seu objetivo seria ajudar a humanidade em direção a uma participação racional, mas cautelosa, no processo da evolução biológica e cultural, sendo que “bio” representa o conhecimento biológico científica e “ética” representa o conhecimento dos sistemas de valores humanos.⁹

Um semestre depois, o médico holandês Andre Hellegers, fundador do *Joseph and Rose Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*, deu ao termo um sentido mais próximo do utilizado atualmente, ou seja, nas palavras de José Emílio Medauar Ommati, “como ética das ciências da vida, consideradas particularmente ao nível do humano.”¹⁰

É neste sentido que, perante os avanços médico-científico-tecnológicos, os termos “Bioética” e “Biodireito”, vêm sendo utilizados no sentido de resguardo da vida humana, com o escopo especial de proteger todos os seres humanos que, de modo direto ou indireto, estejam envolvidos em experimentos científicos.

Nas palavras do professor José Eduardo de Siqueira:

“Definitivamente o clássico paternalismo hipocrático foi superado e passou-se então a debater sobre os limites sensatos do exercício da autonomia pelos pacientes. Abandonava-se a relação radicalmente assimétrica e vertical do paternalismo médico e assumia-se titubeantemente uma relação horizontal e totalmente simétrica.”¹¹

Defendendo o mesmo entendimento, a professora Matilde Carone Salibi Conti, comenta que:

“O mundo moderno produziu grandes mudanças nas relações sociais, incluindo, evidentemente, as relações médico e paciente, que saíram de uma verticalidade imperial do médico para uma horizontalidade democrática na tomada de decisões.”¹²

No Brasil, os princípios essenciais da bioética encontram-se albergados pela resolução do CNS nº 196/96 e são decorrentes, *prima facie*, do juramento Hipocrático.

A maioria dos autores aponta como princípios básicos da Bioética – e, portanto, do Biodireito – os seguintes: 1) princípio da autonomia – do consentimento informado; 2) princípio da beneficência – não-maleficência; 3) princípio da justiça e 4) princípio da sacralidade da vida humana – dignidade da pessoa humana.

Não obstante, dada a inexistência de uniformidade de entendimento, mister se faz ressaltar a existência de outros princípios comumente aceitos no âmbito do Direito Ambiental e que também deveriam ser considerados como princípios ligados ao Biodireito, tais como: princípio da ubiquidade, da cooperação entre os povos, do desenvolvimento sustentável -preservação da espécie humana-, da precaução e da prevenção.

Trataremos, neste estudo, de forma mais detalhada, daqueles apontados como princípios básicos.

2.1 Princípio da Autonomia

A palavra autonomia corresponde à união dos radicais *autos* (eu) e *nomos* (lei), significando, literalmente, a capacidade do ser humano desenvolver suas próprias leis e submeter-se a elas.

Diz respeito à capacidade de o ser humano fazer suas próprias escolhas e opções.

Immanuel Kant, sobre a autonomia da vontade, declara que

“É a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei – independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste: as máximas da escolha, no próprio querer, sejam, ao mesmo tempo, incluídas como lei universal”¹³.

O princípio da autonomia, não obstante seja um dos mais novos na ética médica, é considerado o principal princípio da Bioética, uma vez que todos os outros princípios estão, de alguma forma, vinculados a ele.

Sob o prisma da ética médica, impõe que ao paciente do tratamento seja dada a opção de escolha sobre seu destino terapêutico.

Afirma Francesco Bellino que:

“O princípio da autonomia estabelece o respeito pela liberdade do outro e das decisões do paciente e legitima a obrigatoriedade do consenso livre e informado, para evitar que o enfermo se torne um objeto.”¹⁴

Corroborando tal entendimento, Aline Mignon de Almeida estabelece que:

“o princípio da autonomia está diretamente ligado ao livre consentimento do paciente na medida em que este deve ser sempre informado; em outras palavras, o indivíduo tem a liberdade de fazer o que quiser, mas, para que esta liberdade seja plena, é necessário oferecer a completa informação para que o consentimento seja realmente livre e consciente.”¹⁵

Conforme os autores Marcelo Dias Varella, Eliana Fontes e Fernando Galvão da Rocha, todos citados por Enéas Castilho Chiarini Júnior, o princípio da autonomia:

“[...] refere-se à capacidade de autogoverno do homem, de tomar suas próprias decisões, de o cientista saber ponderar, avaliar e decidir sobre qual método ou qual rumo deve dar a suas pesquisas para atingir os fins desejados, sobre o delineamento dos valores morais aceitos e de o paciente se sujeitar àquelas experiências, ser objeto de estudo, utilizar uma nova droga em fase de testes, por exemplo. O centro das decisões deve deixar de ser apenas o médico, e passar a ser o médico em conjunto com o paciente, relativizando as relações existentes entre os sujeitos participantes [...]”¹⁶

Gislayne Fátima Diedrich, também citada por Enéas Castilho Chiarini Júnior, acrescenta que este princípio, segundo o Relatório Belmont publicado em 1978:

“[...] abrange ao menos duas convicções éticas: os indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos e as pessoas com autonomia diminuída têm direito à proteção. Salientando que pessoa autônoma é aquela ‘capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e agir sob a orientação dessa deliberação’, reconheceu a comissão que nem todo ser humano é capaz de se autodeterminar, necessitando de maior proteção. Foi considerando que, na maioria das pesquisas envolvendo seres humanos, tal princípio determina que esses entrem na pesquisa ‘voluntariamente e com informação adequada’”¹⁷

Por fim, concluindo com as palavras de Enéas Castilho Chiarini Júnior, tem-se que:

“pelo princípio da autonomia, o indivíduo tem o direito de decidir sobre as atividades que impliquem alterações em sua condição de saúde física e/ou mental, impondo-se, de outro lado, para que sua opinião seja adequada, o dever de os envolvidos prestarem todas as informações relevantes sobre o tratamento/pesquisa que se irá realizar.”¹⁸

2.2 Princípio da Beneficência

De início, faz-se mister ressaltar a existência da discussão acerca da identidade ou distinção entre o princípio da beneficência e o chamado princípio da não-maleficência, ambos decorrentes do juramento hipocrático.

O professor Paulo Vinícius Spoleder de Souza sustenta que o princípio da não-maleficência integra o princípio da beneficência. Enéas Castilho Chiarini Júnior entende que “o princípio de beneficência também é identificado por princípio da não-maleficência, uma vez que ordena aos médicos e cientistas que se isentem de qualquer atividade que venha, ou possa vir, a causar um mal despropositado ao paciente.”¹⁹

O princípio da beneficência decorre do termo “*bonum facere*”, significando o fazer o bem para o paciente. Portanto, o princípio da beneficência, como bem assinala Eduardo Telles de Lima Rala, “*é o benefício do paciente ou do sujeito da pesquisa, pois ele atua em favor de quem sofre ou de quem está em situação passiva nos tratamentos terapêuticos.*”²⁰

O princípio da não maleficência, derivando da máxima da ética médica *primum non facere*, propõe, de acordo com a professora Adriana Diaféria, citada por Eduardo Telles de Lima Rala, a obrigação de não infligir dano intencional.

Por fim, de acordo com os ensinamentos do professor Francesco Bellino:

“O princípio de beneficiação ou de beneficência (beneficente) estabelece a obrigação de cumprir o bem terapêutico do paciente. Junto a este princípio, mesmo se diferente, em o princípio de não-maleficência ou de não-malevolência (não-maleficente), que prescreve, como preceito hipocrático, não prejudicar (*neminem laeder, primum non nocere*) e não fazer aos outros um mal ao qual o indivíduo não se opõe e presumivelmente consente, para evitar danos e para justificar a necessidade de controlar a imposição de riscos.”²¹

2.3 Princípio da Justiça

O Professor Francesco Bellino entende que *“o princípio de justiça requer uma repartição equânime dos benefícios e dos ônus, para evitar discriminações e injustiças nas políticas e nas intervenções sanitárias.”*²²

De acordo com Eduardo Telles de Lima Rala, *“propõe-se com o princípio da justiça uma distribuição igualitária dos benefícios médicos e terapêuticos para aqueles que necessitam, mas de acordo com sua necessidade e medido por critérios diferenciadores”*²³

Enéas Castilho Júnior, por sua vez, entende poder o princípio da justiça ser dividido em três questões básicas: 1) o ônus do encargo da pesquisa científica; 2) a aplicação dos recursos destinados à pesquisa; e 3) a destinação dos resultados práticos obtidos destas pesquisas.²⁴

Do primeiro item de depreende o dever igualitário de todos os membros da sociedade em, na medida de suas forças, arcar com o ônus da manutenção das pesquisas e da aplicação dos resultados.

O segundo ponto, por sua vez, implica em uma justa e equitativa distribuição dos recursos financeiros e técnicos da atividade científica e dos serviços de saúde não só para a solução dos problemas dos países desenvolvidos, mas também para a busca de soluções para problemas típicos do “terceiro mundo”.

Finalmente, o terceiro aspecto do princípio de justiça veda a prática de qualquer distinção, em função de classe social ou econômica, dentre aqueles que necessitam de tratamento médico, devendo, pois, a ciência ser aplicada de forma igual para todas as pessoas.

2.4 Princípio da Sacralidade da vida e da dignidade da pessoa humana

Apenas neste século e, basicamente, a partir da Segunda Guerra Mundial, passou-se a reconhecer expressamente, nas Constituições, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, considerado, sem dúvida alguma, o mais importante princípio bioético e jurídico da atualidade.

Encarando a vida humana como sendo um valor em si mesma e o ser humano como “fim” e não como “meio”, o princípio da sacralidade, como decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, prega o respeito e proteção à vida do homem contra agressões indevidas.

Para os juristas Marcelo Dias Varella, Eliana Fontes e Fernando Galvão da Rocha, todos citados por Enéas Castilho Chiarini Júnior, o princípio da sacralidade da vida humana e da dignidade da pessoa humana:

“[...] são os principais norteadores da bioética, na medida em que consideram a vida como sagrada e inviolável. Neste sentido, não se justifica a causa do sofrimento e da dor desnecessária, a imputação de um ônus superior ao que a pessoa possa suportar, ainda que, por decisão sua, mesmo para a realização de pesquisas ou qualquer atividade científica. Combate-se assim, a consideração do homem como objeto, como uma ‘coisa’, a favor da compreensão da vida humana como algo sagrado, intangível. Ainda que fora dos aspectos teológicos que a questão envolve, a expressão ‘sagrado’ não necessariamente estará ligada a Deus, mas sim ao caráter inviolável de seu objeto [...] a vida humana não pode ser sacrificada em prol da ciência, e da experimentação [...]”²⁵

É, pois, pelos princípios da sacralidade da vida e da dignidade da pessoa humana que o ser humano deixa de ser mero objeto, passando a ser um valor considerável em si mesmo, o que serviria de fundamento para impedir práticas como a comercialização de órgãos, tecidos, sangue, esperma, etc.

Vale ressaltar que a combinação do princípio da dignidade humana com o da não-maleficência permite que se chegue a uma limitação do princípio da autonomia, uma vez que, mesmo que seja da livre e consciente vontade do paciente, o cientista ou médico deve abster-se de praticar certas condutas que possam, mesmo que indiretamente, configurar uma forma de se atentar contra a dignidade da pessoa submetida a tratamento.

Daí podermos então concluir com Enéas Castilho Chiarini Júnior que:

“Qualquer conduta que termine por transformar – ou equiparar – o ser humano em um simples objeto é atentatória contra a dignidade intrínseca de todos os membros da família humana, e deve ser proibida, mesmo que conte com a concordância da vontade autônoma deste indivíduo.”²⁶

Íntima é a relação entre os estudos relativos à ética e aqueles relativos às regras constitucionais, conclusão a que se chega pelos próprios temas tratados em bioética (aborto, esterilização, reprodução assistida, genética, técnicas alternativas de reprodução, acompanhamento do suicídio, morte, operações transexuais, comercialização e doação de órgãos, a nova teoria da sexualidade, casamento entre pessoas do mesmo sexo entre outros temas).

A liberdade de pesquisa científica, não sendo de índole absoluta como qualquer outro direito fundamental, encontra limitação em outros princípios constitucionais, como, por exemplo, a vida, a integridade física e moral, ou a privacidade, por exemplo.

O mais fundamental de todos os direitos, a vida, deve ter seu início definido pelos profissionais das biociências e nos remete a dois grandes e polêmicos temas da bioética: o aborto e a eutanásia.

Nosso legislador penal, visando proteger a vida e a dignidade da mulher, estabeleceu a não-punição daquela que necessita da interrupção da gravidez por sofrer risco de vida fatal, assim como daquela que fora vítima da traumática e dolorosa violência do estupro.

A eutanásia, além do direito à vida, diz respeito ao direito à integridade da pessoa humana e sua proteção. Comum em alguns países e estados norte-americanos, sua prática, fundada mais na emoção que na razão, justifica-se na alegação de que doentes incuráveis poderão optar entre a morte imediata ou a escolha de uma expectativa de vida e agonia prolongada. No Brasil, porém, a eutanásia, por enquanto, vem sendo proibida constitucional e penalmente.

Quando Luís Augusto Mattiazzo Córdia diz que o Direito Constitucional relaciona-se com a Bioética, vê-se que o profissional da área jurídica, ao se deparar com as novas indagações surgidas em decorrência das novas tecnologias, deve sempre garantir os princípios constitucionais e infraconstitucionais baseados na dignidade, respeito, a inviolabilidade, integridade e proteção ao corpo humano, diante do comércio que hodiernamente se formou assim como a extra-patrimonialidade do corpo humano, a exploração para experimentação, a não remuneração ao doador e o seu anonimato, a exclusão da ligação

biológica entre o doador e a criança, o regime aplicável à transfusão de sangue, a utilização dos órgãos e elementos do corpo humano; a liberdade sexual, a esterilização, a interrupção da gravidez, a vontade de procriação e sua assistência médica, a proteção do embrião humano, a filiação do embrião, a regulamentação dos nascimentos, os efeitos da filiação, a utilização de dados genéticos, a necessidade terapêutica e as garantias judiciárias”.²⁷

3 A CRISE BIOÉTICA

Em Esparta, na antiga Grécia, as crianças nascidas com deficiências físicas eram sacrificadas em um abismo. Platão, em *A República*, defendia com naturalidade a eliminação dos inválidos e enfermos, bem como o aborto obrigatório para as mulheres de mais de 40 anos de idade, vez que passada a idade ideal para procriar, segundo ele, entre 20 e 40 anos.²⁸

Ainda são lembradas as experiências nazistas de eliminação dos chamados degenerados da raça ariana, consistente no assassinato de pessoas com qualquer deformidade física ou mental, bem como esterilização das pessoas de chamadas raças inferiores.

Hoje é consenso que apenas em casos de total incapacidade orgânica deve ser permitido o aborto eugênico, resguardando o Direito do nascituro de ter sua vida integrada à sociedade, como uma pessoa detentora de plenos Direitos e não apenas de piedade.

Afinal, como esquecer que gênios da humanidade foram cegos, como o escritor Jorge Luís Borges, surdos como Ludwig Beethoven ou tetraplégicos degenerativos como o físico Stephen Hawking? E se eles não tivessem nascido?

Eduardo Galeano disse que “*o aperfeiçoamento da espécie já não requererá os fornos de gás onde a Alemanha purificou a raça, nem a cirurgia que os Estados Unidos, a Suécia e outros países aplicaram para evitar a reprodução de produtos humanos de má qualidade. O mundo fabricará pessoas geneticamente modificadas*”.²⁹

Se alguém perguntasse: – mas onde eu percebo esse distanciamento bioético? Que tal ler as seguintes notícias?

I - “UMA ORGANIZAÇÃO DE REGISTRO DE DOADORES DE ÓRGÃOS EXIGIU QUE LEVI STRAUSS & CO. PEÇA DESCULPAS POR UM ANÚNCIO QUE FOI AR DURANTE OS COMERCIAIS DO SUPERBOWL, NOS ESTADOS UNIDOS.

Uma organização de registro de doadores de órgãos exigiu que Levi Strauss & Co. peça desculpas por um anúncio que foi ar durante os comerciais do SuperBowl, nos Estados Unidos.

O comercial mostra um homem inconsciente após uma queda. Uma equipe de médicos se aproxima e encontra um cartão de “doador de jeans”. Eles tiram sua calça e a colocam em um recipiente como os usados para o transporte de órgãos humanos.

O pacote é levado, por helicóptero, para outro homem, que veste a calça e fica exultante.

A organização The Living Bank acredita que a Levi Strauss deve desculpas para as pessoas que esperam por transplante de órgãos, por brincar com um problema de saúde pública importante.

Uma porta-voz da fabricante de jeans afirmou que o comercial não será mais exibido e que não pretendia ofender ninguém. “O anúncio queria mostrar de uma forma divertida como as pessoas são ligadas a seus jeans”, disse”. (Fonte: Associated Press, Internet, 01.02.2001)

II - GAÚCHA ALUGA VENTRE PARA PODER CRIAR TRÊS FILHOS

“A fotógrafa gaúcha A. (ela não quis revelar seu nome), 39, colocou seu útero à disposição de quem quiser alugá-lo para inseminação artificial. O anúncio de A. foi feito no último domingo, no jornal “Diário Popular”, de Pelotas. Mãe de três filhos (dois naturais e um adotivo), A. cobra entre R\$ 20 mil e R\$ 30 mil, além de ajuda de custo para os nove meses de gestação e para o aluguel.

“Eu sempre pensei nas pessoas que querem ter filhos, mas não podem. Uma amiga minha contou seu caso dias atrás. Eu ficava pensando se um dia não poderia ajudar alguém. Agora, surgiu um problema financeiro, e eu necessito de dinheiro. Então, resolvi colocar o anúncio no jornal, depois de ter consultado meus filhos e de eles terem concordado com a ideia.”

A. tem suas trompas ligadas. “Não quero mais ter filhos, mas quero gerar para alguém que queira e não possa tê-los”, disse a fotógrafa amadora, que é separada e não recebe pensão do marido, de quem não tem notícias.

“Minha história é de necessidade, mas não é triste. Se eu não precisasse de dinheiro como preciso, mesmo assim trataria de ajudar alguém a ter um filho.”

No domingo, quando saiu o anúncio, várias pessoas a procuraram. O curioso, segundo ela, é que, dias depois, surgiram interessadas em também alugar o ventre. (Fonte: Agência Folha. Internet, 01.02.2001).”

Nenhum escritor no século XIX poderia imaginar os grandes avanços científico-tecnológicos da Humanidade obtidos menos de um século depois de Mary Shelley ter inventado Frankenstein ou Julio Verne ter escrito sobre a viagem à lua. Já estivemos lá e descobrimos outros planetas e galáxias, descobrimos novos genes responsáveis por muitas doenças até então desconhecidas, surgiram novos remédios, antibióticos e vacinas. A cada dia surgem novidades: um novo conceito de personalidade criado pela simples existência de bancos de sêmen, alimentos transgênicos, organismos geneticamente modificados, as ovelhas Dolly e Polly e muitos outros exemplos.³⁰

Até que ponto pode ser permitida a Eugenia para selecionar os mais aptos? Esta forma, provavelmente, é a que mais permite uma discussão sob a luz da Bioética e do Biodireito. Com o avanço científico que permite a seleção de caracteres genéticos como a fertilização *in vitro* e com os métodos atuais de análise das condições orgânicas do feto, surgem debates no sentido de saber se é válida a interrupção da gravidez de fetos com má formação genética. Em um primeiro momento deveriam ser delimitados os parâmetros para o abortamento, ou seja, que tipo de anomalia seria tolerada pela Bioética.

Afinal, uma situação como a ausência de membros vitais para o organismo, como cérebro, coluna cervical, pulmões, difere bastante de fetos gerados com ausência de uma mão, de um dedo ou de um pé.

Esta discussão está longe de ter fim ou de ser pacífica!

4 A DECISÃO DO STF SOBRE O ART. 5º DA LEI DE BIOSSEGURANÇA

Dito alhures, dada a inexistência de direitos fundamentais absolutos, a eventual colisão entre os direitos personalíssimos e os direitos da comunidade

científica deve ser modulada, a fim de que o exercício de um direito não anule o exercício do outro, uma vez que ambos devem ser protegidos e garantidos. O julgamento a seguir tem importância significativa sobre o tema.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 foi proposta em 2005 pelo então procurador-geral da República brasileira, Claudio Fontelles. A Ação questionava o artigo 5º da lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança) em relação ao uso de células-tronco de embriões humanos para fins de pesquisa científica. O art. 5º da lei 11.105/05 diz: ³¹

É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

O relator do processo, ministro Carlos Ayres Britto, realizou elogiada audiência pública sobre o assunto em 20 de abril de 2007, quando ouviu cientistas, religiosos e estudiosos favoráveis e contrários ao uso de células-tronco embrionárias, com destaque, de cada lado da argumentação, para as intervenções da geneticista Mayana Zatz e dos representantes da CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, que expuseram sua argumentação na referida audiência.

Na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, o Procurador Geral da República Cláudio Fontelles, reconhecido católico fervoroso, defendia o argumento de que a vida acontece a partir da fecundação e, portanto, o embrião já é vida humana. O objeto central da ação era para que o Supremo Tribunal Federal tornasse inconstitucional o uso dessas células embrionárias em pesquisas no Brasil.

Na fundamentação de seu voto o ministro Ayres Britto disse que o artigo impugnado seria *“um bem concatenado bloco normativo que, sob condições de incidência explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano in vitro”*. Esclareceu que as células-tronco embrionárias, pluripotentes, ou seja, capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto, constituiriam, por isso, tipologia celular que ofereceria melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos.

Ayres Britto disse *que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), “livre exercício dos direitos... individuais” (art. 85, III) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado*. ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 5.3.2008. (ADI-3510) – Informativo STF nº 497.

Reconheceu, por outro lado, que o princípio da dignidade da pessoa humana admitiria transbordamento e que, no plano da legislação infraconstitucional, essa transcendência alcançaria a proteção de tudo que se revelasse como o próprio início e continuidade de um processo que desaguasse no indivíduo-pessoa, citando, no ponto, dispositivos da Lei 10.406/2002 (Código Civil), da Lei 9.434/97, e do Decreto-lei 2.848/40 (Código Penal), que tratam, respectivamente, dos direitos do nascituro, da vedação à gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo e do ato de não oferecer risco à saúde do feto, e da criminalização do aborto, ressaltando, que o bem jurídico a tutelar contra o aborto seria um organismo ou entidade pré-natal sempre no interior do corpo feminino. Aduziu que a lei em questão se referiria, por sua vez, a embriões derivados de uma fertilização artificial, obtida fora da re-

lação sexual, e que o emprego das células-tronco embrionárias para os fins a que ela se destina não implicaria aborto. ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 5.3.2008. (ADI-3510) – Informativo STF nº 497.

Ayres Britto afirmou que haveria base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluísse a fertilização *in vitro*, que os artigos 226 e seguintes da Constituição Federal disporiam que o homem e a mulher são as células formadoras da família e que, nesse conjunto normativo, estabelecer-se-ia a figura do planejamento familiar, fruto da livre decisão do casal e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), inexistindo, entretanto, o dever jurídico desse casal de aproveitar todos os embriões eventualmente formados e que se revelassem geneticamente viáveis, porque não imposto por lei (CF, art. 5º, II) e incompatível com o próprio planejamento familiar. ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, 5.3.2008. (ADI-3510) – Informativo STF nº 497.

Ayres Britto considerou, também, que, se à lei ordinária seria permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de certa pessoa humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento (Lei 9.434/97), e se o embrião humano de que trata o art. 5º da Lei da Biossegurança é um ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade do último diploma legal com a Constituição haveria de ser afastada. Por fim, acrescentou a esses fundamentos, a rechaçar a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica.

O ministro Britto frisou, no ponto, que o § 4º do art. 199 da CF (“A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”) faria parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à saúde, direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196), que seria garantida por meio de ações e serviços qualificados como de relevância pública, com o que se teria o mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência (CF, art. 5º, IX).

No voto vencedor do ministro Ayres Britto ficou registrado que a vida tem início com a fecundação, mas somente após a nidação pode-se falar em pessoa, pois é quando o óvulo se instala na parede do útero. Logo, para o STF, um embrião não é juridicamente pessoa, nem “um pequenino ser”, argumento comum dos grupos pró-vida, que atuaram como *amicus curiae* no julgamento. Todos os ministros entenderam que é constitucional o uso de células-tronco

embrionárias humanas, porém, cinco Ministros, Gilmar Mendes, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cézar Peluso, fizeram outras ressalvas, além daquelas já enunciadas no art. 5º da Lei de Biossegurança.

A ementa do acórdão revela que a maioria dos Ministros entendeu que a introdução de mais restrições, além daquelas previstas na Lei de Biossegurança, acabaria por inviabilizar a pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias e que não estavam reunidos os pressupostos para a aplicação de tais restrições, porquanto incabível a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, já que o texto não sofria de polissemia.

A liberdade de pesquisa científica, entendida a liberdade como direito fundamental, encontra limite em outros princípios constitucionais, como o direito à vida, a integridade física e moral, ou a privacidade, por exemplo. E a colisão entre os direitos personalíssimos e os direitos de pesquisa científica deve ser resolvida pela aplicação do princípio da dignidade de pessoa humana, a fim de que o exercício de um direito não anule o exercício do outro, uma vez que ambos devem ser efetivamente protegidos e garantidos.

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal declarou no julgamento da Ação 3510/05, em resumo, que a Constituição Federal já trazia os elementos centrais para julgar o caso e consagrou como mandamentos constitucionais a laicidade do Estado e o direito à pesquisa científica em prol da vida.

A liberdade de pesquisa científica, entendida a liberdade como direito fundamental, encontra limite em outros princípios constitucionais, como o direito à vida, a integridade física e moral, ou a privacidade, por exemplo. E a colisão entre os direitos personalíssimos e os direitos de pesquisa científica deve ser resolvida pela aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de que o exercício de um direito não anule o exercício do outro, uma vez que ambos devem ser efetivamente protegidos e garantidos.

A luta para a garantia dos direitos fundamentais culminou com o estabelecimento das chamadas gerações ou dimensões de direitos, de primeira, segunda e terceira geração, previstos na maioria das constituições alhures. A discussão bioética fez com que alguns especialistas chegassem a profetizar uma nova e quarta geração de direitos fundamentais, que resguardariam o patrimônio genético humano, ameaçado pelos avanços tecnológicos.

O *leading case* do STF trouxe novas luzes sobre os limites para a autonomia da vontade em matéria de biodireito no Brasil. A partir da declaração de constitucionalidade do art. 5º da lei 11.105/05 foi aberto o campo para a dis-

cussão da livre escolha para praticar aborto, eutanásia, distanásia, mistanásia, eutanásia social e barriga de aluguel?

As decisões judiciais posteriores de outras instâncias que permitiram cirurgias de transplante de órgãos e de mudança de sexo, com operação garantida e custeada pelo Sistema Único de Saúde, são um indicativo desse novo e longo caminho da tutela de direitos respeitantes à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ALBERONI, Francesco. **Valores: o bem, o mal, a natureza, a cultura, a vida**. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BELLINO, Francesco. **Fundamentos da Bioética**. Bauru/SP: Edusc, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CARDIA, Luís Augusto Mattiazzo. **Estudos da Bioética e o sistema constitucional brasileiro**. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1841>.
- CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Noções introdutórias sobre Biodireito**. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5664>.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. v. 1 São Paulo: Saraiva, 2003.
- FARIAS, James Magno Araújo. **A toda velocidade possível**. São Luiz: Azulejo, 2013.
- GALEANO, Eduardo. **O Teatro do Bem e do Mal**. Trad. de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM Editores, 2002.
- GARRAFA, Volnei *et al.* **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. Saraiva: São Paulo, 1991.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1992.
- MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1999.
- OMMATI, José Emílio Medauar. **Bioética: origens, fundamentos**. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1839>.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Fronteira, 1994.

RALA, Eduardo Telles de Lima. **A Bioética aplicada no processo civil brasileiro: uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5571>>

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

NOTAS

1. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 112.
2. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. atual. São Paulo : Editora Malheiros, p.105.
3. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004, p. 110.
4. SARLET. *Op. cit.*, p. 117.
5. MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1999.
6. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. v. 1 São Paulo: Saraiva, 2003. p. 251

7. Id *ibid.*
8. GARRAFA, Volnei *et al.* **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 115
9. BELLINO, Francesco. **Fundamentos da Bioética**. Bauru/SP: Edusc, 1997.
10. OMMATI, José Emílio Medauar. **Bioética: origens, fundamentos**. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1839>.
11. SIQUEIRA, Apud RALA.
12. CONTI, Apud RALA.
13. KANT. *Crítica da Razão Prática*.
14. BELLINO, Francesco. **Fundamentos da Bioética**. Bauru/SP: Edusc, 1997. p. 44.
15. ALMEIDA, Apud CHIARINI JR. p. 3
16. Op. cit. CHIARINI JÚNIOR, p. 8.
17. DIEDRICH Apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito**, p. 219.
18. Op. cit. CHIARINI JR, p. 8.
19. Id *ibid.*
20. Op. Cit. RALA. p. 5
21. Op. Cit. BELLINO. p. 45
22. Id *ibid.* p. 48.
23. Eduardo Telles de Lima Rala. A Bioética aplicada no processo civil brasileiro: **uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5571>>
24. Op. Cit. CHIARINI JR.

25. Op. Cit. CHIARINI JR. p. 5

26. Id ibid.

27. CARDIA, Luís Augusto Mattiazzo. **Estudos da Bioética e o sistema constitucional brasileiro**. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1841>.

28. Platão. **A República**. São Paulo: Nova Fronteira, 1994. fls. 192.

29. GALEANO, Eduardo. **O Teatro do Bem e do Mal**. Trad. de Sergio Faraco. Porto Alegre, L&PM Editores, 2002.

30. FARIAS, James Magno. A toda velocidade possível. São Luís: Azulejo. 2013. p. 145.

31. FARIAS, James Magno. **A toda velocidade possível**. Azulejo: São Luís, 2013. p. 160.

A Constituição reinventada

The reinvented Constitution

José Cláudio Pavão Santana

RESUMO

O presente artigo faz uma abordagem sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em face dos 30 anos de restauração do Estado Democrático de Direito. É um diálogo sobre a Constituição elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte e a Constituição em face das alterações sofridas seja pela ação do Poder Legislativo, seja pela mutação constitucional empreendida pelo guardião constitucional. É um exercício crítico que objetiva estimular a formação e sedimentação do sentimento constitucional.

Palavras-chave: Constituição. Decisões fundamentais. Legislação. Interpretação. Mutação.

ABSTRACT

This article approaches the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, in view of the 30 years of restoration of the Democratic State of Law. It is a dialogue on the Constitution drafted by the National Constituent Assembly and the Constitution in the face of the changes suffered either by the Legislative Power or by the constitutional change undertaken by the constitutional guardian. It is a critical exercise that aims to stimulate the formation and sedimentation of constitutional sentiment.

Keywords: Constitution. Key Decisions. Legislation. Interpretation. Mutation.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende apresentar uma reflexão em torno dos 30 anos de vigência da Constituição da República de 1988¹.

A abordagem é um diálogo entre a Constituição contratada e a Constituição alcançada, considerando o vigoroso processo legislativo constitucional, assim como a não menos multifacetada mutação constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

É nosso propósito saber se a Constituição guarda a originalidade das bases fundamentais forjadas pela Assembleia Nacional Constituinte. É, também, tarefa nossa, refletir sobre a fidelidade do constituinte derivado e do guardião, posto suas funções terem por fundamento a Constituição de 1988.

Houve no Brasil durante esses 30 anos um processo reconstituente permanente ou, sob o pálio dos poderes, uma desconstituição programada? Estas são indagações que nos absorvem, em busca de demonstrar a importância do cultivo do sentimento constitucional.

Cumprir e fazer cumprir guarda imanência com sentir e fazer sentir a Constituição.

Esta nossa tarefa.

1 A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

Através da Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985 feita à Constituição de 1967/69, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte para elaborar uma nova Constituição.

Mencionada Emenda teve como previsão expressa:

Artigo 1º – os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.”

A previsão contrariou os debates de então, tornando vencedora a corrente dos que defendiam a competência do Congresso ordinário cumular a competência de Constituinte, pois o povo estaria legitimando todo o processo.

Destaco que o fato mereceu severa crítica do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho que identificou deliberado propósito político e natureza enganosa ao texto a Emenda, de modo a que houvesse o sentimento de que teria havido manifestação do Poder Constituinte Originário^{2 3}.

Defende o professor que:

Na verdade, e no fundo, a Emenda n. 26 simplesmente alterou o procedimento de modificação da Constituição, a partir de 1º de fevereiro de 1987. Simplificou esse procedimento porque não reclamou, para a aprovação de normas novas, senão a maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em conjunto, em dois turnos, em lugar da maioria de dois terços em cada Casa do Congresso Nacional, também em dois turnos. E eliminou, com a referência à liberdade e à soberania, as limitações ao poder de reforma referentes à abolição da República e da Federação, bem como a proibição de emendas na vigência de intervenção federal, estado de sítio e estado de emergência (art. 47, §§ 1º e 2º, da EC n. 1/69).

É fato, portanto, que a Constituição da República de 1988 nasceu de um processo de Emenda de uma Constituição que já fora completamente reformada sob o pálio da Emenda Constitucional n. 1/1969, na realidade verdadeira Constituição, dada sua extensão e circunstâncias políticas da época.

Se naquele momento foi alvo de desconfiança, não se deve esquecer o “ensaio geral” com a proposição de uma dizer da recente tentativa de realização da Assembleia Constituinte parcial? Coisas do Brasil!

Para tornar mais objetiva esta manifestação, limito-me a afirmar que a Assembleia Nacional Constituinte foi, na verdade, um Congresso Nacional Ordinário com poderes constituintes.

Em 5 de outubro de 1988, portanto, foi promulgada o documento que simbolicamente foi batizado de “Constituição Cidadã”.

2 CONSTITUIÇÃO: federal ou republicana?

A proposição que formulo aqui contempla esta indagação em função do valor simbólico que a Constituição tem para mim.

Fala-se na Academia com profusão em reconhecimento de força normativa de princípios para guardar os direitos fundamentais e assegurar a força normativa da Constituição. A isto chamam de Pós-Positivismo. Chamo de neoconstitucionalismo.

Permanecendo como paradigma referencial, o positivismo teórico jurídico jamais será ultrapassado, porque sempre estará ali, como expressão referencial.

O resgate de valores no processo de interpretação na seara da jurisdição constitucional não tem o condão de fazer desaparecer a própria referência objetiva de sua expressão. O que há é a produção hermenêutica construída a partir da alternativa de utilização a um juízo subsuntivo. O que antes era a aplicação dogmática acrítica ganha adorno com a construção da crítica ao enunciado hipotético normativo. O VALOR e o VALER dão as mãos.

Isto é um novo constitucionalismo. Mas para construí-lo é preciso que se tenha um referencial simbólico e substancial.

Constituição Federal encerra apenas uma ideia orgânica do Estado, definindo a pluralidade de pessoas políticas que o compõem. É uma forma de estado contraposta, por exemplo, ao estado unitário ou ao estado confederado. No nosso caso na espécie de federação tripartite.

Constituição da República, por seu turno, traduz o sistema de governo, sinalizando com os elementos próprios que são a representatividade do poder, a limitação temporal de mandatos, a eletividade dos cargos, a responsabilização dos agentes e (por que não?) a alternância do poder⁴.

E é com essa percepção que chegamos aos 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Mas, por que reinventada?

3 DECISÕES POLÍTICAS ESTRUTURANTES

Formalmente a Constituição é um documento jurídico, dada sua estrutura formal articulada; materialmente é um fenômeno político, em face das decisões fundamentais e estruturantes, e substancialmente é uma norma compromissória, distante da norma de etiqueta, com densidade cívica marcante e necessária para configurar e alimentar o sentimento constitucional⁵ indispensável a sua reinvenção no processo constituinte permanente que existe na sociedade.⁶

Com este convencimento sustento a necessidade de se instaurar o culto ao símbolo compromissório que deve ser a Constituição.

Com estes pressupostos busco observar que todas as normas originárias de 1988, além das decorrentes do processo de aferição de constitucionalidade, transitam pelo filtro hermenêutico composto pelos fundamentos, princípios, preceitos, princípios constitucionais sensíveis, princípios decorrentes da cláusula de abertura, expressos em atos internacionais em quaisquer dos seus graus como classificados pela doutrina e ainda não definidos exaustiva e definitivamente pelo guardião constitucional.

Aqui a tarefa de avaliação de compatibilidade constitucional, instrumentalizada pelas ações de controle.

Afirmo, peremptoriamente, que o juízo é de VALER ou NÃO VALER, perante a Constituição da República, a norma sob apreciação. Não se está a considerar que o Supremo Tribunal Federal diga do CERTO ou do ERRADO, mas do VALER ou NÃO VALER.

Por isso mesmo, as decisões políticas estruturantes, consubstanciadas em normas institutivas e orgânicas, merecem atenção redobrada.

4 A REINVENÇÃO CONSTITUCIONAL

O cotidiano legislativo no Brasil nos faz a todos que trabalhamos com o Direito quase uma engrenagem da máquina legislativa. Mas ninguém consegue acompanhar a velocidade da produção legislativa no Brasil.

O Brasil é a maior fábrica legislativa do mundo. Do Caburaí ao Chuí, a cada 24 horas, nós produzimos dezoito novas leis no país. Entre 2000 e 2010, considerando decretos federais e legislações ordinárias e complementares estaduais e federais, os nossos legisladores produziram a incrível marca de 75.517 leis e decretos.⁷

Para permanecermos na seara do processo de Emendas à Constituição trago a informação o detalhado exame⁸ da leitura quantitativa elaborada pelo Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires, limitada ao dia 25 de maio de 2018⁹. Na leitura quantitativa merecem destaque as Emendas de Reforma apresentadas pelos governos desde a promulgação da Constituição até o dia 25 de maio de 2018, conforme a nota de rodapé n. 45, às fls. 55

É o seguinte o quadro sistematizado:

Presidente	Período do mandato	Emendas
1. José Sarney	15/03/1985 a 15/03/1990	Nenhuma
2. Fernando Collor	15/03/1990 a 29/12/1992	2 emendas constitucionais (EMC nº 1 e 2)
3. Itamar Augusto Cautiero Franco	29/12/1992 a 01/01/1995	6 emendas constitucionais de revisão (EC nº 1 a 6) 2 emendas constitucionais (EMC nº 3 e 4)
4. Fernando Henrique Cardoso (1º mandato)	01/01/1995 a 01/01/1999	16 emendas constitucionais (EMC nº 5 a 20)
5. Fernando Henrique Cardoso (2º mandato)	01/01/1999 a 01/01/2003	19 emendas constitucionais (EMC nº 21 a 39)

6. Luís Inácio Lula da Silva (1º mandato)	01/01/2003 a 01/01/2007	14 emendas constitucionais (EMC nº 40 a 53)
7. Luís Inácio Lula da Silva (2º mandato)	01/01/2007 a 01/01/2010	14 emendas constitucionais (EMC nº 54 a 67)
8. Dilma Vana Rousseff (1º mandato)	01/01/2011 a 01/01/2015	17 emendas constitucionais (EMC nº 68 a 84)
9. Dilma Vana Rousseff (2º mandato)	01/01/2015 a 31/08/2016	8 emendas constitucionais (EMC nº 85 a 92)
10. Michel Miguel Elias Temer	31/08/2016 a data desta análise.	7 emendas constitucionais (EMC nº 93 a 99)

São 105 Emendas: 99 Emendas Constitucionais e 6 Emendas de Revisão.

Desta pesquisa resultam, dentre tantas outras, a constatação de que o processo legislativo constitucional, com sua feição rígida e detalhada – quem pode, o que pode, como pode, quando pode – ganhou sintomas de processo legislativo quase ordinário.

Ao longo destes 30 anos de história vem-se reescrevendo a Constituição de 1988, ou escrevendo uma Constituição que, de certo modo, perde sua originalidade em muito dos seus paradigmas estruturantes, a começar por proposições legislativas que envolveram o mandato presidencial, a reeleição do presidente da república e tantos outros dispositivos.

Disso não fica fora o Poder Executivo, posto contribuir com um arsenal de Medidas Provisórias, em parte substancial geradas pela inação do Poder Legislativo.

O presidencialismo de coalizão é a locução em destaque para configurar, com adornos sutis, a prática antirrepublicana da troca que remonta à velha república.

O Poder Judiciário, também, ganha especial atenção nesse quadro dos 30 anos de Constituição.

Não se pretende que a Constituição seja um objeto de contemplação. Mas exige-se que seja objeto de inspiração. É assim que se constrói a hermenêutica constitucional, pelo processo de constitucionalização do Direito que outra coisa não é senão a interpretação a partir do filtro hermenêutico que estabelece os pressupostos de construção.

No Brasil fala-se majoritariamente em ativismo judicial, ou, quando a necessidade de legitimar a atividade jurisdicional por iniciativa não convencional, recorre-se à locução protagonismo judicial.

Já defendi a ideia de ativismo jurídico (pela iniciativa das partes e a previsão de carreiras essenciais à Justiça). Evolui para adoção da ideia de criativismo judicial¹⁰. Várias são suas abordagens possíveis.

Particularmente, aqui, adoto a ideia de criativismo para expressar a ação do intérprete com transposição dos limites impostos pela decisão fundamental da separação dos poderes.

O discurso da conformidade constitucional, para o intérprete, tem ganho uma dimensão expressiva no quantitativo judicial. Tem sido válvula de escape para oxigenação da Constituição, na medida em que sua concretização depende de leis que aguardam a ação legislativa, perdurando ao longo do tempo e frustrando expectativas.

Ora, nenhuma Constituição com essência democrática nasceu para ser objeto de arte, contentando-se em ser contemplada com requintes de monumento jurídico, mas sem aplicabilidade suficiente. A vida exige, o homem necessita e o tempo não para. Por isso, é necessário construir um discurso constitucional direcionado a dar aplicabilidade e eficácia às normas propositivas contidas na Constituição.

Mas o intérprete não possui uma Constituição. Ele deve ser a Constituição posta em movimento, por isso mesmo se exigindo que sua postura guarde compostura constitucional.

Não é, contudo, o que o cotidiano tem mostrado. De quando em vez a veia protagonista aflora e, antecedendo a prestação jurisdicional testemunhamos manifestações prévias de quem deveria zelar pela integridade da prestação jurisdicional escorreita.

Ora, como decisão política estruturante da Assembleia Nacional Constituinte está a separação de Poderes da República (artigo 2º) que se constitui em cláusula rígida de limitação ao criativismo judicial (ativismo jurídico). Por isso é que a doutrina estabelece como princípio hermenêutico a observância à justeza ou conformidade funcional, em que o esquema das decisões políticas estruturantes deve ser observado pelo intérprete.

Fugir desse limite é um risco que pode atingir o princípio da segurança jurídica e da legalidade, fazendo do servidor¹¹ da República algoz de si mesmo.

5 CLÁUSULA DE ABERTURA E RELEITURA CONSTITUCIONAL

A cláusula de abertura constitucional expressa a previsão de complementação da Constituição através de instrumentos internacionais de que seja signatária a República Federativa do Brasil.

A previsão, que é norma originária, ganhou ainda mais visibilidade quando a Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe consigo a previsão do “status” de Emenda Constitucional aos atos internacionais que tratem de direitos

humanos. Demais, reconhecendo de modo expresse a submissão ao tribunal penal internacional.

A globalização é um fenômeno que impõe a remodelação de vários conceitos. No Direito Internacional, por exemplo, soberania, autonomia, limite espacial e territorial, atos normativos internacionais, enfim, todos são elementos que precisam ser reconsiderados sob uma nova perspectiva.

O próprio Direito Constitucional passou a olhar com olhos diferentes categorias que outrora eram hermeticamente consideradas, rendendo-se a uma releitura de alguns de seus conceitos.

De certo que a ponderação em algumas dessas previsões deve ser utilizada em nome da própria soberania nacional, que é um dos fundamentos que dão sustentação à República.

Nunca é demais lembrar que os preceitos, princípios e valores defendidos pela República Federativa, alguns dos quais de Direito Internacional, transconstitucional, comunitário ou humanitário, ao merecerem aquiescência não podem ser tidos como absolutos. Há que se ponderar os elementos que qualificam, particularizam e singularizam o estado e o povo brasileiros.

A mutação constitucional enquanto elemento de mudanças históricas é bem-vinda em nome de um Direito Constitucional sem fronteiras, mas não pode ignorar a autodeterminação desta República.

Sempre que agregar ganhos à pessoa humana, cuja dignidade é a principal razão da interpretação constitucional, é curial se compreender que há valores que por sua dimensão universal revelam-se determinantes para a releitura constitucional. Mas não se pode perder nessa busca o referencial de identidade de um povo, pois seu idioma e seus símbolos são fatores de singularidade enquanto homens e mulheres que constituem um povo soberano.

Portanto, é com o propósito de concretização constitucional que a Constituição é reinventada, a fim de que suas bases fundamentais e propositivas sejam concretizadas em nome da criação, formação e sedimentação de um verdadeiro sentimento constitucional, que nos dê a todos a precisa, adequada e fundada compreensão e o necessário convencimento do que é uma República.

CONCLUSÕES

Nossas conclusões serão apresentadas de forma tópica, com o objetivo de concisão e permissão de um estudo mais dirigido a temas específicos.

Na história constitucional do Brasil a Constituição de 1988 é um dos documentos com maior número de previsão de direitos e garantias, uma vez

reproduzir em grande parte o que o Estado se comprometeu a cumprir nos documentos internacionais.

1 - Formalmente a Constituição é um documento jurídico, dada sua estrutura formal articulada; materialmente é um fenômeno político, em face das decisões fundamentais e estruturantes, e substancialmente é uma norma compromissária, distante da norma de etiqueta, com densidade cívica visível;

2 - Constituição da República parece ser a melhor denominação a utilizar, pela reunião de elementos essenciais ao espírito republicano: eletividade dos cargos, temporariedade dos mandatos, responsabilização dos agentes e alternância do poder;

3 - Decisões políticas estruturantes são cláusulas que não permitem qualquer tipo de cogitação legislativa, na medida em que tomadas pela Assembleia Nacional Constituinte, portanto, sendo normas constitucionais originárias. Essas normas estão infensas ao processo legislativo ordinário. São intangíveis à ação do legislador. Isto, contudo, deixou de ser observado pelo constituinte derivado;

5 - As decisões políticas estruturantes da Assembleia Nacional Constituinte estão também infensas à ação do ativismo jurídico, embora constantemente desafiadas pelo criativismo judicial;

6 - A globalização trouxe novas concepções, influenciando o Direito de diversas maneiras, impondo releituras de temas passados com olhos em dramas presentes, para serem evitadas catástrofes futuras;

7 - A concretização constitucional tem que ser objetivo central do intérprete, pois não há Constituição que tenha vocação para servir de mero instrumento de adoração por sua dimensão meramente formal;

8 - A reinvenção da Constituição é um processo constituinte, ou reconstituinte permanente, que deve ser exercido com ponderação em atenção a preceitos e fundamentos constitucionais expressos, implícitos ou decorrentes;

9 - O sentimento constitucional é resultado do conhecimento, culto e cumprimento dos princípios republicanos previstos na Constituição que deve ser cumprida com respeito à dignidade da pessoa humana, mas com o compromisso de que a isonomia real impõe que nenhuma autoridade seja mais importante do que qualquer outro homem no Brasil.

10 - Vivemos a encruzilhada de ter um Congresso caro e ineficiente, um Judiciário com criativismos exóticos, um Executivo viciado na concentração ordinatória das MPs, uma imprensa desejando manter seus contratos com o poder público moldando-se às conveniências circunstanciais e querendo protagonizar a decisão política do povo.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**, São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, 38. ed. 2014, 40. Ed. (eletrônica).
- SANTANA, José Cláudio Pavão, in **Constituição: sentimento e consciência**, na obra **Estado democrático de direito e direitos humanos**, organizada por MARTINS NETO, Antônio José de. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTANA, José Cláudio Pavão. **Pré-constitucionalismo na América**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. _.
- SILVA, Rodrigo da. **Guia politicamente incorreto da política brasileira**– Rio de Janeiro: LeYa, 2018 – Ebook
- URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional** – evolução histórica e modelos do control da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2013.

NOTAS

1. O texto é a síntese da palestra proferida no evento “Celebração dos 30 Anos da Constituição Federal”, promovido pela Universidade Federal do Maranhão, através do Departamento de Direito, em 02 de outubro de 2018.
2. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, 38a edição, p. 42.
3. O autor manteve a mesma objeção na 40a. edição (eletrônica) da mesma obra, 2014, posição 1344/148.
4. O professor Geraldo Ataliba, **República e constituição**, São Paulo: Malheiros, 2001, fala em característica da República o que chamo de elementos próprios.

5. SANTANA, José Cláudio Pavão, in **Constituição**: sentimento e consciência, na obra Estado democrático de direito e direitos humanos, organizada por MARTINS NETO, Antônio José de. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 25/39.
6. Remeto o leitor ao artigo 13 da Constituição da República Federativa do Brasil que serve como exemplo do simbolismo constitucional.
7. SILVA, Rodrigo da. **Guia politicamente incorreto da política brasileira**. Rio de Janeiro: LeYa, 2018 – Ebook, As indicações do livro para leitura em Kindle não possui (neste livro) a indicação de páginas, mas a indicação de posição. É da posição 201/203.
8. PIRES, Alex Sander Xavier. 30 anos da Constituição Federal: poder reformador e identidade do estado brasileiro, pp. 39/74, in: Democracia e liberalismo, o legado da constituição de 1988 em tempos de crise, Coordenadores Adriane Reis de Araújo e Marcelo José Ferlin D'Ambroso. Salvador : Ed. JusPodivm, 2014.
9. Obra citada, conforme a nota de rodapé n. 45, às fls. 55.
10. URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional** – evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. Coimbra : Almedina, 2013, p. 71-73.
11. O vocábulo “servidor” é usado aqui com o sinônimo de membro de carreira funcional do Estado. Servidor é o que está a serviço, o que é investido em nome de. No caso do magistrado ele é um órgão do Estado, portanto, da República. Demais disso, é remunerado pelo Erário, portanto, pela Fazenda Pública da República, pouco importando se de competência estadual e federal. Demais, não há nenhum demérito funcional em chamar o magistrado de servidor.

Breve estudo sobre a perspectiva de gênero no Brasil: a situação das mulheres na administração pública

Lucyléa Gonçalves França

RESUMO

Este artigo investiga as o avanço da administração pública brasileira em assegurar a igualdade de gênero no acesso aos cargos públicos. O texto retrata as desigualdades históricas, e os conflitos da Administração pública, em assimilar o reconhecimento de direitos para a concretização efetiva à igualdade das mulheres no contexto social e profissional no Brasil. O tema se impõe como de grande relevância considerando as diferenças sociais entre homens e mulheres são, também, fruto da discriminação de gênero pela ausência de mecanismos legislativos ou de políticas públicas capazes de assegurar, de modo mais adequado, a eficácia do ordenamento jurídico do Brasil quanto ao cumprimento do direito de igualdade previsto na Constituição Brasileira de 1988.

Palavras-chave: Administração pública. Igualdade. Gênero.

ABSTRACT

This article investigates Brazilian public policies aimed at protecting the principle of equality, from a gender perspective. The text deals with the situations of conflicts that mark the long trajectory in the struggle for the realization of rights to the equality of women in the social and professional context in Brazil. The issue is of great importance considering the social differences between men and women as a result of gender discrimination due to the lack of legislative mechanisms or public policies capable of ensuring, in a more appropriate way, the legal system in the Brazilian Constitution of 1988.

Keywords: Public administration. Equality. Genius.

INTRODUÇÃO

A investigação e o debate sobre a igualdade e a equidade de gênero¹ nas políticas públicas dos países que adotam um modelo de Estado social e democrático de direito representam os resultados obtidos da ação positiva da Administração pública e seguem um ritmo próprio e variável de evolução em cada país².

O marco jurídico, político e social aprimoram em geral conquistas e retrocessos³ perseguidos e originados dos esforços dos movimentos sociais de mulheres no cenário político, e dentro do jogo de poder.

Na pós-modernidade esses alinhamentos são pontos de ruptura com um histórico de discriminação e contradição na interpretação do princípio da igualdade à luz do discurso de gênero. Assim, a construção de políticas, favorecedoras das transformações dessas relações de gênero, no contexto das relações laborais, sustentam, historicamente, forças que muitas vezes respondem a um contra discurso que visa minimizar os efeitos de experiências e modelos de Estado que debilitaram as possibilidades de igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

A recente interpretação de igualdade formal e material de direitos no contexto do constitucionalismo brasileiro sinaliza que a assimilação do debate público do discurso de gênero tampouco é tão antiga em muitos países. Quando se questiona se existem grandes distinções entre a estrutura de poder e de organização da vida cotidiana em países que optam por ações que visam melhorar a situação de gênero e resposta é inegavelmente positiva.

Por um lado, tais políticas representam as responsabilidades e o compromisso do Estado em assegurar uma ruptura com os paradigmas históricos de exclusão e discriminação em direção à maior inclusão das mulheres no mercado de trabalho. Em outro sentido, a previsão normativa de garantias capazes de concretizar medidas visando uma maior equidade social também são formas de fortalecer as democracias atuais.

Neste sentido, uma nova geração de medidas tem sido originada da interpretação do legislador infraconstitucional ao programar o texto político das cartas constitucionais. Entretanto, nem sempre a previsão de igualdade, como uma ideia-motriz, e fonte inaugural de um novo regime social, encontra eco nas decisões e estratégias públicas visando contextualizar a igualdade de gênero também como princípio fundamental e garantia de um direito social essencial.

No bojo deste paradigma está a Administração pública brasileira que ao mesmo tempo conforma, dentro do seu regime jurídico, a possibilidade de in-

clusão de mulheres no mercado de trabalho provocado pelo concurso público, que apazígua as oportunidades de ascensão aos cargos públicos, mas que, entretanto, não propõem medidas mais efetivas no sentido de repartir de modo equilibrado competências no preenchimento de cargos de liderança e chefatura, dirigidos preferentemente por varões, salvo nas hipóteses de eleições, como em cargos da administração universitária tais como chefias de departamento, coordenadoria de cursos, reitoras, etc.

Portanto, novas oportunidades para as mulheres surgem a partir da Constituição Federal de 1988, com a exigência de concurso público para o desempenho de funções no executivo, no legislativo e no judiciário. A entrada em vigor do Estatuto dos servidores públicos federal (Lei °. 8.112/90) também augura o discurso de igualdade de gênero como conceito transversal e de fundo que encontram no ordenamento jurídico infraconstitucional sintonia com a matéria de igualdade de oportunidades, e na democratização e acessibilidade, ao maior número de postos de trabalho na administração pública no Brasil.

O discurso de gênero foi amoldado ao modelo de Administração pública brasileiro de modo indireto, ademais, muito pouco avançou a legislação brasileira quanto à melhora das questões de igualdades de oportunidades fora do âmbito do exercício das funções públicas, o que nos leva a crer que na atualidade o concurso público é um ou, melhor dizendo, o único instrumento básico e operativo à disposição da sociedade brasileira em favor de um plano estratégico de igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, no desempenho, e na formação profissional.

Assim sendo, inegavelmente é no âmago do serviço público do Brasil que a igualdade de gênero alcança os maiores níveis, fazendo com que as discriminações históricas sejam minimizadas notavelmente.

Trinta anos depois da promulgação da Constituição da república do Brasil de 1988 o presente artigo propõe analisar a atuação feminina no setor público, empregador de grande importância no país.

1 BREVE DISCURSO HISTÓRICO

Como vimos essa dualidade material não é recente nem tampouco é amortizada por um conceito essencial de igualdade a nível constitucional. As situações de inferioridade são reflexos de um modo de exclusão na tomada de decisões no país, o que somente se resumem às políticas de erradicação da violência contra mulheres⁴. A menor participação e o desequilíbrio histórico entre mulheres e homens nascem da ausência da atuação do Estado em primar

pelo estabelecimento de medidas efetivas de proteção, sobretudo para assegurar meios de conciliação da vida pessoal, familiar e laboral.

O direito ao voto feminino no Brasil ocorreu em 1932, depois de uma campanha que reunia mulheres profissionais, trabalhadoras, funcionárias públicas e enfermeiras, mas não trabalhadoras fabris. Essa vitória teve uma vida curta, pois em 1937 um golpe bania as eleições e excluía as mulheres da diplomacia e outros postos governamentais aos quais tinham sido admitidas recentemente⁵.

A partir de 1938, com a exigência de um maior número de concursos, públicos e abertos, com testes anônimos, o serviço público federal registrou 8,8% de mulheres. Em 1958 esse percentual alcançou 20,6% sendo para os cargos efetivos (26,4% mulheres), e não efetivos (15,9%)⁶.

Gráfico 1: empregados registrados na previdência social de saúde e educação, por sexo (1980)

Serviços sociais públicos	Homens	Mulheres	(%) Mulheres
Previdência social	50287	67808	57.4
Serviços médicos	126825	244986	65.9
Professores públicos	192873	1047907	84.5

Fonte: Censo. IBGE. Tabela 1.7.pg.33

São raras no Brasil as pesquisas de campo sobre as mulheres na administração pública. Entretanto, estudos demonstram que as crescente industrialização no país no século XXI influenciaram na expansão do ensino⁷.

Dados da Escola Nacional de Administração Pública (Enap) mostram que elas ainda são minoria na elite do serviço público. No Poder Executivo, mulheres representam 46% do total. No Judiciário, 9%. E no Legislativo, 2%, apenas.

No Executivo, 48% das servidoras têm nível superior completo, enquanto que o percentual masculino formado fica em 43%. As com pós-graduação chegam 5% ante 4% dos servidores; as com mestrado, 8% contra 7%; e quando assunto é doutorado, os percentuais se assemelham 11% das funcionárias possuem a extensão ante 12% dos homens. Nos níveis que exigem menor conhecimento, a participação do sexo feminino é menor do que a do masculino: 4% tem ensino fundamental contra 8% dos homens; e 24% concluíram o ensino médio ante 26%.

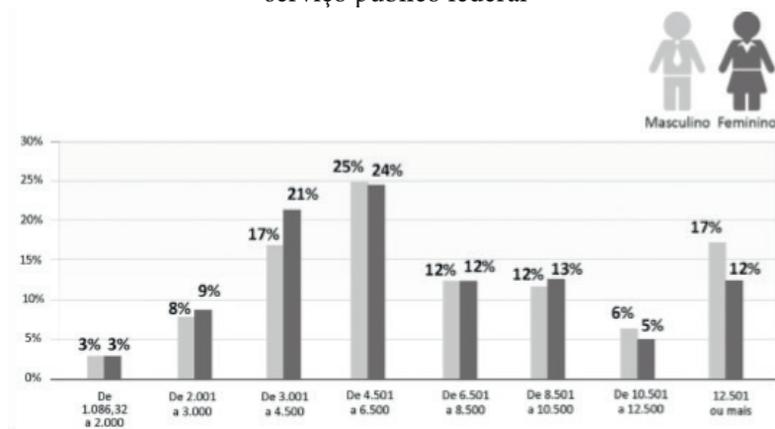
Outras circunstâncias como a menor participação da mulher nas instituições públicas é também observada no exercício de mandatos eletivos, o que consolida, historicamente, um sistema excludente baseada na distinção social

entre homens e mulheres. Neste contexto, as mulheres não chegam a desfrutar de nenhuma garantia legal de flexibilidade com a redução da jornada laboral, seja com o reduzido horário laboral ou o aumento de período de licença maternidade. Entretanto, o maior impacto discriminatório ainda está na iniciativa privada, quando os vencimentos das mulheres são inferiores a dos varões, mesmo desempenhando atividades no mesmo posto de trabalho.

A igualdade laboral e o discurso de gênero como sistemas integrados, na Administração pública, são traduzidos como um tema recente e pouco abordado em trabalhos e pesquisas científicas no Brasil. Por ele se propõe conciliar o compromisso das instituições com a democratização do acesso a melhores condições de trabalho para as mulheres.

Ao mesmo tempo, no Brasil, o tema está fortemente influenciado pela questão da violência de gênero majoritariamente. Em geral, as Administrações públicas respondem somente pelo conjunto de políticas públicas estimuladas pelos governos que visam prestar um auxílio e assistência à infância e à mulher gestante do que propriamente responder por questões como os direitos reprodutivos ou a exclusão social. A condição discriminatória de gênero envolvendo o mundo do trabalho não goza de nenhuma política pública efetiva.

Gráfico 2: distribuição de servidores por sexo e faixa de remuneração no serviço público federal



Fonte: Enap Estudos, Servidos Públicos Federais - Gênero, 2014

Em relação à remuneração no setor público, o gráfico 2 demonstra o percentual de mulheres em cargos com salários menores é equivalente a dos homens, mas cai no topo de carreira. Ambos os sexos têm participação de 3% na

faixa entre R\$ 1 mil e R\$ 3 mil. 9% das mulheres ocupam vagas de R\$ 2 mil a R\$ 3 mil, contra 8% dos homens. Elas estão em maior número, 21% ante 17%, quando a remuneração fica entre R\$ 3 mil e R\$ 4,5 mil. Tem participação igual na faixa entre R\$ 6,5 mil e R\$ 8,5 mil, de 12%. Entretanto, com o incremento dos cargos vinculados a maiores ganhos mensais a situação vai se invertendo: de R\$ 10,5 mil a R\$ 12,5 mil, elas são 5% e eles, 6%. No topo, com R\$ 12,5 mil ou mais, elas despencam para 12% e eles saltam para 17%.

Se a presença da mulher no mundo laboral sofreu uma sensível melhora nos últimos anos⁸ esse fato não se deu em razão de políticas públicas de inclusão, mas sim, pela evolução da taxa de atividade feminina ter acompanhado o crescimento das cifras relativas à criação de mais postos de trabalho. Entretanto, essa realidade não equivale a novas medidas de caráter salarial e de geração de novos postos de trabalho e de chefias às mulheres e sim um fenômeno recente de discriminação indireta, considerada pelos efeitos da ruptura da igualdade de trato, não resultando de mera disposição normativa, mas, sim, de efeitos concretos de melhorias de cifras econômicas, e do desenvolvimento social global do Brasil.

2 NECESSIDADE E MODO DE PROTEÇÃO JURÍDICA QUANTO À IGUALDADE DE GÊNERO NO MODELO BRASILEIRO

Embora a Constituição pátria reclame a igualdade de gênero em todos os níveis⁹, os dados a levar em consideração quanto ao tema mercado laboral sinalizam que nos últimos anos apesar de que o setor de serviços seja o mais influenciado pelo crescimento do trabalho feminino, é no âmbito da Administração pública nos níveis federal, estadual e municipal, o maior percentual de servidoras públicas, tendo alcançado uma presença média de 44%, nos últimos cinco anos, segundo dados estatísticos pesquisados inicialmente pelo Ministério de Administração (MARE), dentro do Programa Nacional de Igualdade de Oportunidades na função pública.

Enquanto isso, as mulheres enfrentam grandes dificuldades para assumir cargos de chefia e de responsabilidade no setor público, na mesma proporção da ascensão às funções no desempenho de empregos na iniciativa privada. O que prevalece para o acesso aos cargos públicos é o concurso público, por exigência do art. 37, da Constituição Federal de 1988, entretanto a nomeação à progressão funcional é, em geral, por mérito, prevalecendo, portanto, a maior representatividade de homens como autoridades públicas.

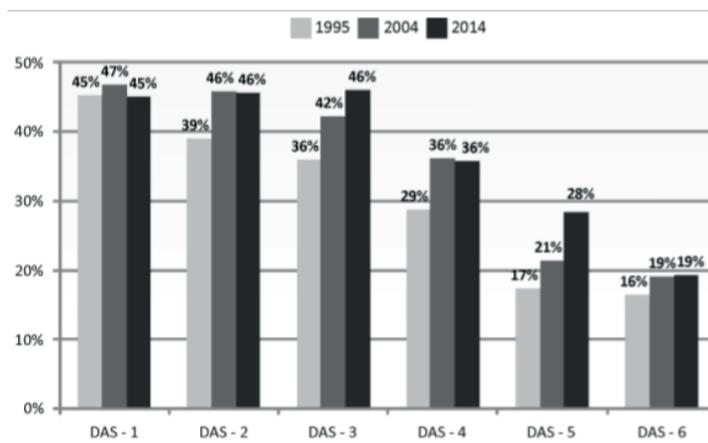
No universo dos cargos em confiança a participação feminina é muito inferior ao número de ingressos por concurso. Nas mais altas funções públicas

federais somente 18 mulheres, ou seja, 13,24% exerciam cargos de chefia, no ano de 1998, enquanto em 2011, eram cerca de 20%, da totalidade dos cargos de chefia do executivo federal, acréscimo também proporcional ao aumento do número de cargos e de ministérios nos governos de Lula da Silva (2007) e de Dilma Rousseff (2010).

No ano de 2011, somente na Administração pública, 63,2% dos cargos eram ocupados por mulheres, enquanto que estão nas atividades vinculadas ao setor de serviços, comércio e de limpeza, um alto índice de mulheres. Elas ocupam 94,5% dos empregos registrados. Portanto, a contratação através de concurso sinaliza uma discriminação positiva, e favorece o acesso das mulheres ao mercado de trabalho, embora seja por mérito e não por força de políticas públicas de quotas.

Quanto ao rendimento médio, os dados oficiais demonstram que os salários das mulheres é, em geral, pelo menos 30% inferior ao dos varões. São cerca de R\$786,00 (setecentos e oitenta e seis reais) cobrados pelas mulheres trabalhadoras brasileiras, enquanto os homens alcançam R\$1.105,00¹⁰, ou seja, embora as mulheres, em geral tenham um maior tempo de escolarização, ocupam os mais inferiores postos de trabalho e cobram menos, quando comparados ao mesmo cargo ocupado pelos homens.

Gráfico 3: dados evolutivos do percentual de cargo de direção e assessoramento superior (DAS) ocupados por servidoras



Fonte: Enap Estudos, Servidos Públicos Federais - Gênero, 2014

Se bem que na maioria das atividades econômicas as mulheres são menos remuneradas que os homens. É possível se afirmar que houve uma evolução

nos rendimentos mensais dos brasileiros em geral nos últimos dez anos, mais homens e mulheres entraram no mercado laboral pela criação de mais postos de trabalho em virtude do desenvolvimento da economia do país. Assim, nos últimos 20 anos houve uma sensível diminuição das diferenças nos salários médios entre os dois gêneros.

3 A DELIMITAÇÃO DO DISCURSO DO DIREITO DE IGUALDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Em general, a mulher brasileira ocupa a totalidade dos empregos nas tarefas domésticas, e cobra menos se trabalha na indústria, no comércio e no setor de serviços, sendo mais isonômicos os salários no âmbito da Administração pública.

Nos municípios do Brasil as mulheres somam apenas 9,2% da totalidade de Prefeitos, no entanto, elas exercem seus mandatos para suceder o poder de seus maridos, pais e grupos políticos aos quais representam.

Em 2009, das 5.565 das cidades brasileiras a menor parte tem em suas unidades administrativas a liderança de mulheres. Eram 512 prefeitas, em geral representantes das famílias que controlam por décadas a vida política em cada região.

Entre 2006 e 2010 as mulheres predominam no exercício dos cargos públicos efetivos, na defesa e na saúde pública e, segue aumento o número de mulheres contratadas em importantes áreas profissionais da atividade econômica. A participação feminina nesses mercados de trabalho incrementou-se em 15,7%, enquanto que o acesso dos varões registrou um aumento de 11,87%.

Em dezembro de 2010 o mercado laboral formal contava com a quantidade de 43,3 milhões de empregos, enquanto dessa totalidade, 25,3 milhões eram ocupados por homens, enquanto eram perto de 17 milhões de mulheres. Portanto, entre 2006 e 2010, a participação de mulheres se ampliou de 40,64% para 41,48% do total de postos de trabalhos.

Entretanto, não há no ordenamento jurídico brasileiro leis específicas que estipulem um tratamento diferenciado na criação de cargos para as mulheres, nem no setor público, nem no privado, capazes de assegurar uma maior equidade de gênero na proporcionalidade de vagas para homens e mulheres. É certo que o grande avanço da legislação brasileira ocorre na fixação de preceitos que asseguram a maior igualdade de homens e mulheres nas quotas eleitorais dos partidos políticos, provocando assim uma maior participação feminina na disputa de cargos eletivos.

No Brasil, a Lei 9.504/97, de 30 de setembro de 1997 determinou que um percentual de 30% de cargos eletivos nas listas eleitorais no âmbito do legis-

lativo deveria ser destinado ao sexo feminino. Nestes termos, a proposta de lei seria combater a hegemonia política masculina através da fixação de uma quota mínima para as mulheres.

Em 2009 foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei 12.034, que altera a lei dos Partidos Políticos, o Código Eleitoral de 1965 e a lei 9.504/97, para que os partidos estejam obrigados a destinar 5% do fundo partidário para criação e a manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres.

Ademais, deverão reservar pelo menos 10% do tempo da propaganda eleitoral para promover e difundir a participação política feminina. Si bem a lei 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para o acesso ao emprego seja por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

CONCLUSÕES

Em síntese, tentamos destacar nesse artigo que os processos de inserção de novas políticas governamentais e legislativas do Brasil poderão ser responsáveis por gerar melhoras na situação das mulheres no mercado laboral, e nos quadros da Administração pública, incluindo a igualdade de gênero como uma política pública afirmativa, e de inclusão, não apenas dentro de uma perspectiva de gênero como também fruto de uma série de ações de cunho social frente aos direitos humanos.

Em resumo, quanto maior é o poder de decisão, seja no âmbito público como privado, menor é a participação feminina, sobretudo das mulheres negras. Desse universo perto de 80% dos cargos de comissão mais inferiores são assumidos por mulheres brancas.

REFERÊNCIAS

COSTA GONÇALVES, Cláudia Maria. Direitos Fundamentais Sociais. Releitura de uma Constituição Dirigente. Juruá Editora. Curitiba. 2006

Escola Nacional de Administração Pública (Enap). Gênero, raça e competências de direção no serviço público federal. Cadernos Enap, Brasília, n. 36, 2006

Escola Nacional de Administração Pública (Enap). Enap Estudos, Servidores Públicos Federais – Gênero. Brasília: Enap, 2014.

GONZÁLEZ BUSTOS, M. Ángeles. Medidas Jurídico-administrativas para la protección de la mujer. Estudios multidisciplinares de género. Revista Centro Estudios de la Mujer. N. 3. Aquilafuente. 99. Ediciones Universidad de Salamanca. 2006. Salamanca.

MARTÍNEZ QUINTEIRO, M. Ester. Discursos y contradiscursos. Las relaciones de Género em l cine. In: Mujeres en la Historia, el arte y el cine: Discursos de Género, Variantes de contenidos y soportes de la Palabra al audiovisual. Aquilafuente. Ediciones Universidad Salamanca. 2011.

PALOMAROLDEMA, A. El principio de igualdad y La interdicción de la discriminación por razón de sexo desde una perspectiva constitucional. In: El tratamiento de género en el ordenamiento español (una visión multidisciplinar de la mujer en los distintos ámbitos sociales). Palomar Olmeda (Coord.) Tirant lo Blanch. Valencia. 2005

PNAD, 2009, del Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_16/14_igualdade_de_genero.pdf

SERRA CRISTÓBAL, R., La discriminación indirecta por razón de sexo. Discriminación versus diferenciación (especial referencia a La problemática de la mujer). Ridaura Martines, M. J. Aznar Gómez, M.J. (coord.) Tirant lo Blanch alternativa. Valencia. 2004.

NOTAS

1. Existem inúmeras definições dadas por cada legislador, pela jurisprudência e inclusive diferentes autores que tratam o tema. Entre elas destacamos a defendida por SERRA CRISTÓBAL, R., La discriminación indirecta por razón de sexo. Discriminación versus diferenciación (especial referencia a La problemática de la mujer). Ridaura Martines, M. J. Aznar Gómez, M.J. (coord.) Tirant lo Blanch alternativa. Valencia. 2004. Pp. 367-368
2. Bustos adverte que a sociedade está todavia organizada de acordo com a norma masculina, assim que, garantir o reconhecimento de uma igualdade real e efetiva para a mulher não é tarefa fácil pois exige a eliminação de certas formas de discriminação e mais além, a concretização da não discriminação. In: GONZÁLEZ BUSTOS, M. Ángeles. Medidas Jurídico-administrativas para La protección de la mujer. Estudios multidisciplinarios de género. Revista Centro de estudio de la Mujer. nº. 3. Aquilafuente. 99. Ediciones Universidad de Salamanca. 2006.Pp. 183-196.
3. Para Martínez Quinteiro, mais que nunca as mulheres e homens no nosso século, especialmente nas sociedades democráticas, são assaltados por discursos de gênero contrapostos que se superpõem e que competem recebendo em certas ocasiões mensagens duais e contraditórias por discursos que, as vezes são oportunos o provocadores. Ver MARTÍNEZ QUINTEIRO, M. Ester. Discursos y contradiscursos. Las relaciones de Género en el cine. In: Mujeres en la Historia, el arte y el cine: Discursos de Género, Variantes de contenidos y soportes de la Palabra al audiovisual. Aquilafuente. Ediciones Universidad Salamanca. 2011. Pp. 14
4. Existe uma tendência a que as legislações centrem sua atenção em matéria de igualdade no problemas de violência de gênero. Nesse sentido, PALOMAR OLDEMA, A. El principio de igualdad y La interdicción de la discriminación por razón de sexo desde una perspectiva constitucional. In: El tratamiento de género en el ordenamiento español (una visión multidisciplinar de la mujer en los distintos ámbitos sociales). Palomar Olmeda (Coord.) Tirant lo Blanch. Valencia. Pp. 78-89
5. Hahner, June. 1981. A mulher brasileira e suas lutas sociais e políticas: 1850-1937. Ed. Brasiliense, São Paulo.
6. Vieira da Cunha, Mario W. O sistema administrativo brasileiro 1930-1950. Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais. Rio de Janeiro.1963. pg. 963

7. BELTRÃO, Kaizô Iwakami; ALVES, José Eustáquio Diniz. A reversão do Hiato de Gênero na educação brasileira no século XX. *Cadernos de Pesquisa*, v. 39, n. 136, p. 125-156, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/277>>. Acesso em: 17 jan. 2019
8. Segundo estatísticas do Instituto de Pesquisa Econômica aplicada (Ipea), na metade das famílias com filhos, as mulheres são as que digirem os lares. Em 53% das famílias pobres elas são a cabeça de família, enquanto somente 23,7% das famílias com filhos são dirigidas por homens. Os dados do IPEA esclarecem que quando a mulher é a chefe de família, é maior a possibilidade de estar em condição de pobreza, inclusive porque a razão da pobreza feminina está associada à divisão não equilibrada da força de trabalho, inclusive porque elas ocupam os postos de mais baixa remuneração.
9. Gonçalves lembra que no texto institucional brasileiro, tornou-se muito difícil a adequação da estabilidade constitucional e mesmo sua supremacia no interior do ordenamento jurídico brasileiro, quando, historicamente a sociedade do Brasil desde o império foi extremamente preconceituosa sobretudo porque se ostentavam famílias patriarcais, trabalho escravo e altos índices de pobreza e analfabetismo. COSTA GONÇALVES, Cláudia Maria. *Direitos Fundamentais Sociais. Releitura de uma Constituição Digirente*. Juruá Editora. Curitiba. 2006. Pg. 89.
10. Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar (Pnad 2009, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE)

O acesso à justiça nos 30 anos de vigência da Constituição de 1988

Access to justice in the 30 years of effectiveness of the 1988 Constitution

Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino
Igor Ruggeri Fortes de Souza
Maria Laura Pereira da Silva

RESUMO

Este artigo tem como fundamento a análise dos aspectos jurídicos e a efetivação do princípio do acesso à justiça durante os trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988. Pela aplicação do novo Texto, que sedimentou tal preceito no seu Art. 5º inciso XVIII, destaca-se um inegável avanço do princípio do Amplo Acesso à Justiça frente o cenário jurídico brasileiro, ao incluí-lo no rol de direitos e garantias fundamentais. Notadamente, aponta-se sua implementação através da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário brasileiro - instituindo os Métodos Consensuais para resolução de controvérsias: Conciliação e Mediação. Assim, o direito pátrio concedeu importância ao Amplo Acesso à Justiça, ressaltando seu compromisso com o restabelecimento do Estado Democrático de Direito e efetivação dos Direitos Humanos através de uma justiça célere e acessível.

Palavras-chaves: Acesso à Justiça. Constituição de 1988. Resolução nº 125/2010. Desjudicialização. Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

ABSTRACT

This article is based on the analysis of the legal aspects and the implementation of the principle of Access to Justice during the thirty years of the Federal Constitution of 1988. By applying the new text, which established this provision in its Article 5º, XVIII, highlights an undeniable advance of this principle in the Brazilian juridical scene, by including it in the fundamental rights and guarantees' list. Notably, its imple-

mentation is seen through Resolution nº. 125/2010 of the National Council of Justice, which provides the National Judicial Policy for the adequate treatment of conflicts of interest within the scope of the Brazilian Judiciary - establishing the Consensus Procedures to the controversies resolution's: Conciliation and Mediation. Thus, the country's right granted importance to the Ample Access to Justice, highlighting its commitment to the reestablishment of the Democratic State of Law and realization of Human Rights through a speedy and accessible justice.

Keywords: Access to justice. Constitution of 1988. Resolution nº 125/2010. Non Judicialization. Consensus Methods of Conflict Resolution.

INTRODUÇÃO

O advento da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, inaugurou um novo momento político na vida dos brasileiros, em decorrência do rompimento com o passado ditatorial e a esperança do povo de obter suas demandas ouvidas e atendidas pelos órgãos democráticos responsáveis para tanto, em especial, através do Poder Judiciário.

O princípio garantidor do Acesso à Justiça no direito brasileiro é encontrado no Artigo 5º, inciso XXXV, no rol de direitos e garantias fundamentais, afirmando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Tal excerto também é conhecido pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Entretanto, o significado axiológico desse inciso busca a realização da justiça em cada caso, para além do simples acesso ao Poder Judiciário, almejando a pacificação de conflitos, objetivo perseguido pelo Estado para com a sociedade, vinculando-se ao primado da justiça social.

É certo que o caráter formal desse princípio é de menos difícil acesso que seu âmbito material – comprovado pelos mais de 80 milhões de processos (2017) no sistema de justiça brasileiro, segundo o CNJ, em contraste com a nítida desigualdade social que é característica histórica do país.

Contudo, os próprios poderes da República e a sociedade civil enxergam que a população está habituada a levar seus conflitos para os tribunais em busca da prestação jurisdicional (judicialização), por acreditar que o Poder Judiciário é a única fonte de acesso à Justiça: uma verdadeira cultura do litígio que culminou com a crise do Judiciário que, abarrotado de processos, está cada vez mais moroso e ineficiente.

Para piorar esse quadro, é nítido que a grande parte das pessoas que mais precisam do socorro da justiça, são justamente as mesmas a terem suas demandas não atendidas, em total desrespeito com o enunciado de acesso à direitos exposto na Constituição Federal.

Diante deste cenário, a desjudicialização surge como instrumento capaz de propiciar a diminuição do volume de processos, de modo a desobstruir o Poder Judiciário e auxiliá-lo, para que preste a tutela jurisdicional pretendida às demandas que a aguardam – por meio dos métodos consensuais de solução de conflitos.

No ano de 2018, a Constituição de 88 completa 30 anos, trazendo consigo as mesmas promessas elencadas no momento de sua elaboração e, dentre elas, o acesso à justiça. É nesse sentir que o presente trabalho vem abordar diferentes nuances desse princípio no sistema de justiça brasileiro, apresentando os óbices e alternativas para a efetivação de direitos dentro do painel no qual o Poder Judiciário brasileiro se encontra.

1 O ACESSO À JUSTIÇA

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p:8) afirmam que conceituar o Acesso à Justiça é uma tarefa árdua:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Na visão dos autores, o acesso à Justiça consiste prioritariamente em estar assegurada ao indivíduo a prerrogativa de buscar o amparo estatal para resolver quaisquer questões que o acometam. Nesse sentido, o Estado é concebido como o ente que toma para si a função de decidir e administrar os conflitos (litígios), sendo este vedado de criar distinções ou obstáculos para o usufruto de direitos.

1.1 Origem

Apesar de ser fortemente notado a partir da eclosão dos movimentos constitucionalistas sociais, o nascimento do princípio do acesso à justiça é remoto e se faz presente na sociedade ocidental bem antes mesmo da ideia de

Estado organizado. Conforme foram ocorrendo as revoluções, o dito princípio foi se adequando e adquirindo transformações em sua essência de acordo com as mutações do Estado Moderno e mudanças nos papéis do Estado Democrático de Direito¹.

Durante a vigência do Estado Liberal, o princípio do amplo acesso à justiça obteve um caráter meramente formal e foi tido como um Direito Natural, período no qual restringiu-se somente ao direito de um particular contestar uma ação, já que o Estado se mostrava massivo e incapaz de gerir e administrar a sua máquina de maneira correta. O referido princípio adquiriu as características do ideal individualista burguês, apregoado pela Revolução Francesa, conforme aludem Mario Cappelletti e Bryant Garth (1988, p:4):

Nos estados liberais — burgueses dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um — direito natural, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.

Com as modificações sociais e a ocorrência de uma crise no sistema capitalista, sobrevieram as ideias do Estado Social de Direito (ou *Welfare State* como apresentado por Keynes) que buscava garantir através do Estado os Direitos Sociais, gerando a expectativa do indivíduo de pleiteá-los através do Poder Judiciário. Com isso, é iniciada uma nova fase do acesso à justiça, pois o “problema do acesso à justiça se tornou sociologicamente divisado, equacionando as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico formal e desigualdade sócio econômica.”². Nessa fase, seu conteúdo foi ampliado para também garantir a igualdade material entre os sujeitos, bem como para a efetivação dos direitos sociais assegurados pelas chamadas Constituições Sociais.

Entretanto, fora percebido que somente a previsão legal de um dispositivo que garantisse o acesso ao judiciário não era satisfatório; fazia-se crucial a otimização das funções da Administração Pública e a criação de ferramentas

por meio do Processo Civil para a realização de uma efetiva justiça social – e somente com isso – alcançar um Estado Democrático de Direito.

1.2 Evolução histórica no direito brasileiro

A evolução do princípio do acesso à justiça na tradição jurídica brasileira ocorreu de forma lenta e gradual; sua primeira aparição sucedeu de forma tímida na Constituição Monárquica de 1824 que não o expressava categoricamente. Entretanto, até essa data, ocorreram dois eventos marcantes: as Ordenações Filipinas ratificadas em 1603 objetivavam garantir a assistência jurídica aos necessitados através de um advogado, e a criação de um Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, que possuía como finalidade disponibilizar alguns de seus membros para atender os sujeitos carentes e defendê-los.³

A Constituição Republicana de 1891 não mostrou qualquer desenvolvimento em relação ao acesso à justiça, ostentando apenas o princípio da ampla defesa - um de seus corolários.

Já no início do século XX, ocorreram importantes acontecimentos no Brasil, dentre os quais podemos citar a Revolução Constitucionalista que resultou na promulgação da Carta de 1934 inspirada nos ditames do Estado Social trazendo profundas mudanças no paradigma constitucional liberal até então vigente no ordenamento jurídico pátrio⁴. Aqui, a assistência jurídica gratuita passou a gozar de *status* constitucional. Contudo, não foram percebidas grandes modificações na amplificação do acesso ao judiciário.

O princípio do amplo acesso à justiça ganhou seu *status* constitucional somente no Texto de 1946, no qual foi tido como um direito fundamental conforme pode ser observado, através do seu artigo 141, §4º:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Em 1964, o princípio do amplo acesso à justiça voltou a ser suprimido pelo excesso de “preocupação” com a ordem nacional trazido pelo Ato Institucional nº 2, de cunho ditatorial, que previa em seu texto legal a não apreciação

pelo Poder Judiciário de atos praticados pela Intervenção Militar de 1964 e atos do Governo Federal.

Em 1967 foi outorgada uma nova Constituição pela então vigente Ditadura Militar, que afirmava o mencionado princípio em um plano absolutamente formal, conforme observado em seu art. 150 §4°.

Em 1968 e 1969, com a publicações do famigerado Ato Institucional n° 5 e da outorga da Carta Constitucional de 1969 houve uma considerável supressão de direitos fundamentais, como assegura Nery Junior (2009, p: 171):

Este AI 5 violou a CF/1967 150, §4°, cuja redação foi repetida pela EC 1/69. Por essa emenda, entretanto, o AI foi “constitucionalizado”, pois a CF/ 1969 181 e 182 (EC 1/69 a CF/1967) diziam excluir-se da apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados pelo comando da revolução de 31.3.1964, reafirmada a vigência do AI 5 (CF/1969 182). Nada obstante a CF/1969 181 e 182 mencionarem a exclusão de apreciação, pelo Poder Judiciário, de atos praticados com fundamento no AI 5 e demais atos institucionais, complementares e adicionais, praticados pelo comando da revolução, estas duas normais eram inconstitucionais. Isto porque ilegítimas, já que outorgadas por quem não tinha competência para modificar a Constituição, estavam em contradição com normas constitucionais de grau superior (direitos e garantias individuais) e infringiam direito supralegal positivado no texto constitucional (direito de ação).

A partir de 1970, cada vez mais foi insurgindo no seio social o anseio pela volta da democracia e a real efetivação dos direitos fundamentais, fato esse, que influenciou decisivamente no conteúdo da Constituição de 1988.

1.2.1 O acesso à justiça e a Constituição de 1988

A “Constituição Cidadã”, assim denominada por Ulysses Guimarães, foi promulgada e com ela todas as expectativas sociais de uma sociedade mais justa e igual. Primeiramente, nela foi possível perceber sua especial preocupação com os Direitos Fundamentais quando a mesma os destinou um capítulo próprio (como nunca havia sido realizado antes) e os positivou no início do seu texto legal.

Hoje, a Constituição de 1988 é considerada uma das mais avançadas do mundo, possuindo um extenso rol de direitos individuais e coletivos, princípios que buscam dar efetivação para as normas programáticas e que possuem um modelo garantista.

Em relação ao princípio do amplo acesso à Justiça, a Carta garantiu o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário inerte e deixou facultado para o indivíduo provocá-lo através de ações:

CRFB/88: Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

[...]

Agora, com princípios e direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, enfrenta-se outra problemática, que consiste na morosidade do Poder Judiciário causada pelo abarrotamento de ações judiciais (muitas vezes causado pelo uso indiscriminado por acesso à Justiça). Como será abordado posteriormente, a máquina pública irá tomar uma série de medidas que visam uma maior eficiência processual e com isso, efetivação material dos direitos fundamentais.

2 A AMPLIAÇÃO DO ACESSO AO JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em um Estado democrático de Direito não é suficiente apenas a positivação dos Direitos Humanos, também faz-se mister incluir as ferramentas que serão usadas para isso, bem como o funcionamento das mesmas, na lição de DALLARI (2004, p: 98):

Não basta afirmar, formalmente a existência dos Direitos, sem que as pessoas possam gozar desses direitos na prática. A par disso, é indispensável também a existência de instrumentos de garantia, para que os direitos não possam ser ofendidos ou anulados por ações arbitrárias de quem detiver o poder [...]

O Poder Judiciário é a principal ferramenta de garantia dos Direitos Humanos, pois como aludido anteriormente, é através dele que os indivíduos protestarão seus direitos frente as arbitrariedades estatais ou particulares. A atuação do Poder Judiciário deve sempre acontecer no sentido da preservação constitucional e dos bens por ela mencionados.

Flávia Piovesan assevera que uma das maiores dificuldades do Judiciário hoje é lidar com a massiva quantidade de ações judiciais, pois grande parte é composta de objeções muitas vezes irresponsáveis e que não buscam a concessão de direitos, e sim de vantagens (PIOVESAN, 2015: p.77). Deste modo, o primeiro passo em direção ao congruente acesso ao judiciário consiste em educar e conscientizar a sociedade para que a mesma veja necessidade e possibilidade de buscar seus direitos de forma adequada.

Apesar de nos últimos trinta anos a efetivação dos Direitos Humanos estar crescendo exponencialmente, é notável que ainda há um longo caminho a se percorrer. “Embora o acesso efetivo á justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “Efetividade” é, por se só, algo vago”. (CAPPELLETTI, 1988: p.15)

2.1 Justiça célere como um direito humano

Uma vez reconhecida a tutela jurisdicional dos direitos, faz-se mister prestar de forma célere a efetivação dos direitos. O Estado possui o dever de melhorar e compensar os afetados pela ineficiente prestação jurisdicional oferecida seja pela falta de preparo dos agentes públicos ou pela própria falha do sistema de serviço público (DIAS, 2004: p.108).

Nesse diapasão, Annoni também considera que a inaptidão e o despreparo do julgador agrava consideravelmente a celeridade processual, além de agravar ainda mais péssima impressão que a sociedade possui do Poder Judiciário, sem respaldo e descaracterizando um dos fundamentos estatais, e, conseqüentemente inseguro (ANNONI, 2009: p. 7-8). O julgamento tardio perde, de maneira progressiva, a sua finalidade, que é a de fazer valer o direito pretendido – a “justiça” (LIMA FILHO, 2003: p. 292).

Para combater isso, o Poder Público, como veremos adiante, irá implementar uma série de mecanismos que visam melhorar a prestação jurisdicional em menos tempo, tornando-a mais efetiva e dando as suas decisões proferidas um caráter paradigmático.

3 A DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS, ACESSO A DIREITOS E A RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CNJ

Conforme levantado alhures, por vezes, o Poder Judiciário é apresentado como óbice à satisfação de direitos, sejam eles fundamentados em preceitos constitucionais ou atrelados à contendas de caráter relativamente simples. Os mais diversos motivos podem ser apontados para tanto, dentre os quais desta-

cam-se: o evidente despreparo do julgador ao lidar com certos tipos de litígio, bem como, a ausência de resolução processual célere no contexto brasileiro – que por sinal, já está muito próximo do limite de ações que poderia abarcar, caso já não tenha atingido esse número.

Contudo, é observado que essa tendência não é exclusividade do nosso país, já que a chamada “crise da Justiça” é um problema de escala global, sem distinção econômica, social ou cultural e que possui custos políticos de igual relevância.

Na lição de Joaquim Falcão (FALCÃO, 1996: p. 273-274), a diferença do Brasil perante os outros sistemas jurídicos reside no fato de a questão do acesso à justiça, lá fora, é tratada como estímulo à efetivação do direito das minorias, enquanto aqui o fenômeno é completamente oposto: a maioria da população é quem não tem acesso ao sistema de justiça.

Corroborando com essa visão, Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 2008: p. 32-33) afirma que existe nessa nação uma gama de pessoas que não tem conhecimento de seus direitos ou, quando os fazem, possuem também o sentimento de impotência para pleiteá-los. Nesse sentido, o autor assevera que deve haver a verdadeira revolução democrática da justiça.

Desse modo, o diagnóstico não se limita ao estrangulamento do judiciário, mas também comprova o cenário inquietante de crise no acesso aos tribunais, à justiça e aos direitos.

Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, 1994: p. 83) aponta que o caminhar ao acesso à justiça deverá, sobretudo, procurar meios para superação de entraves que tornam inacessíveis esse trânsito, no sentido de remover tais obstáculos que tornam as liberdades civis e políticas inacessíveis para grande parte da população.

Percebe-se, então, que a ideia de acesso ao direito nos dias atuais não deve ser resumida apenas ao acesso ao Poder Judiciário; ainda mais, na visão de Paula Costa e Silva (SILVA, 2009: p. 19), “de preferência sem contato ou sem passagem pelos Tribunais”, já que antes mesmo dessa fase, o exercício desse direito é antecedido por filtros.

Apesar disso, ainda existe no Brasil a visão reducionista que equipara o acesso à justiça com o acesso ao Judiciário, contribuindo para a chamada seletividade do sistema e, conseqüentemente, a insatisfação social

Desse modo, no cenário atual, é dever do Estado solucionar litígios através de diversos sistemas de resolução de conflitos, não vinculando-se à via judicial em sentido estrito. É nessa toada que deve-se garantir que os cidadãos sejam conhecedores dos seus direitos e tenham condições suficientes para superação das barreiras sociais e econômicas e acessarem livremente a entidade pela qual considerem mais adequada para solução do conflito, que podem ser

os tribunais, uma terceira parte da comunidade ou até uma instância formal não-judicial.

Justamente nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125/2010⁵, a qual elencou os meios consensuais e alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação e a conciliação. Os objetivos principais vinculam-se a desobstrução do acúmulo exponencial de demandas (que sobrecarregam o judiciário e diminuem consideravelmente a qualidade da prestação jurisdicional), e a busca de saídas para o alcance da paz social, objetivo do sistema de justiça.

3.1 O (des)afogamento dos tribunais – relatório “Justiça em Números 2018 – Ano Base 2017”

Segundo dados do Relatório “Justiça em Números 2018 – ano/base 2017”⁶, produzido pelo CNJ, o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2017 com o incrível número de 80,1 milhões de processos em tramitação, ou seja, aqueles que ainda aguardam solução definitiva. Deles, 14,5 milhões (18,1%) estavam sobrestados, suspensos ou em arquivo provisório – é dizer, aguardando situação jurídica futura.

Ainda que o levantamento aponte que 2017 foi o período de menor crescimento do volume de processos, houve um aumento de 244 mil casos em relação ao montante de 2016.

Somente no ano-base (2017), ingressaram com 29,1 milhões de processos, enquanto o número de baixados foi de 31 milhões, havendo decréscimo de novos casos em 1%, quando comparado com o ano de 2016, e aumento de 5,2% no número de processos resolvidos. Entretanto, a demanda pelos serviços judiciários aumentou em 18,3%, quando considerada a série histórica desde 2009.

O ano de 2017 ainda traz a excelente marca de mais de 30 milhões de processos solucionados. Apesar disso, o estoque não reduziu, pois ainda que o Judiciário tenha resolvido o número de 6,5% acima da demanda, os casos pendentes de solução retornam à tramitação – sentenças anuladas em instância superior, mudança de classe processual ou alteração de competência.

Ainda, vê-se que a própria metodologia utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça – explicitada pelo Glossário da Resolução CNJ 76/2009⁷ – favorece a diminuição dos índices apontados acima, já que o termo “processos baixados” engloba não só aqueles arquivados definitivamente, mas também: a) Remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) Remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; e c) Em

que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução.

Nesse sentido, tais processos ainda demandam esforços do Poder Judiciário, já que a solução final do conflito ou o bem jurídico almejado ainda não foi conseguido pelas partes.

Outro dado interessante apontado pela pesquisa é a relação entre o volume de processos pendentes e o volume de ações que ingressam a cada ano. Na Justiça Estadual, essa razão segue na proporção de 3,1 vezes, e na Justiça Federal, 2,7. Nos demais casos (Trabalhista e Tribunais superiores), o número de processos pendentes e o de processos novos é quase o mesmo: a razão é de 1,3 e 1,1 respectivamente.

Esse número, em realidade, indica que mesmo que não existissem novas demandas e que fosse mantida a produtividade dos tribunais, seriam necessários mais ou menos 2 anos e 7 meses de trabalho para zerar o estoque de processos – o que é denominado de “tempo de giro do acervo” – sendo que na Justiça Estadual, o tempo seria de 2 anos e 11 meses; na Federal, 2 anos e 10 meses; na seara Trabalhista, 1 ano e 2 meses; na Militar Estadual, 8 meses; e nos Tribunais Superiores, 1 ano.

Já na tópico relacionado ao acesso à justiça, cujos dados se relacionam com a demanda da população pelos serviços judiciários e concessões de assistência judiciária gratuita nos tribunais, o CNJ indica que em 2017, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.159 ingressaram com uma ação judicial – levando em consideração apenas os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais.

Dentro desse conjunto, há ainda a problemática do tempo médio de duração dos processos. Entretanto, pela metodologia adotada no levantamento, o CNJ não indicou esse lapso temporal, afirmando apenas que existem processos que findam logo no primeiro grau, outros no segundo. Contudo, o maior problema encontra-se nos processos em fase de execução, visto que esse número é de 53% dos 80,1 milhões já citados acima.

Faz-se mister lembrar que a garantia de acesso aos tribunais também abarca a exigência de “razoável duração do processo”, introduzida na ordem constitucional brasileira por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acresceu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Carta Magna, asseverando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Logo, a análise dos dados apontados nos mostra que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário é garantia fundamental no nosso ordenamento. Entretanto, uma leitura oblíqua do acesso à justiça acarreta em considerar o

Judiciário como o destino natural de todas as controvérsias, o que corrobora com o alto número de processos – objeto de críticas da opinião pública. Na visão de Roberto Portugal Bacellar (BACELLAR, 2003: p.69):

Disso não decorre que todas as questões devam ser trazidas à apreciação de um juiz de direito. As pessoas sempre puderam resolver suas pendências pessoalmente, por meios conciliatórios, e, numa variante conciliatória, até com a eleição de terceiro não integrante dos quadros da magistratura oficial. É o exemplo da arbitragem. A livre manifestação da vontade de pessoas capazes, no sentido de solucionar suas pendências fora do Poder Judiciário, deve ser respeitada, sem que reste prejudicado o monopólio jurisdicional, muito menos afrontado o princípio da inafastabilidade.

Ada Pellegrini Grinover, em “Os fundamentos da Justiça Conciliativa” (GRINOVER, 2007), indica que “quanto mais fácil for o acesso à Justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve.”

O Ministro Gilmar Mendes (MENDES, 2011), em 2011⁸, cita como exemplo a criação dos Juizados Especiais, que foram concebidos para abarcar demandas de menor complexidade, porém catabolizaram o número de processos sem o devido aumento de estrutura, congestionando-os. O jurista denomina esse fenômeno de “fracasso do sucesso”, com relação aos Juizados Especiais Federais. Ato contínuo, ressaltou que no Brasil há um nível extraordinário de litigiosidade, cuja solução perpassava por uma mudança cultural.

O professor Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, 2009: p.18), na mesma linha de pensamento, defende a atualização e contextualização de paradigmas, como acesso à jurisdição e à justiça – sendo o apelo ao Poder Judiciário o último recurso, ou *last resort* (na tradição norte-americana). Desse modo, o monopólio das controvérsias pelo Estado daria lugar ao filtro primeiro de instâncias ou órgãos que proporcionassem uma solução consensual, pois:

Cabe considerar, na esteira da melhor doutrina, a perspectiva de uma justiça coexistencial (que busca resolver o conflito de modo não impactante, buscando preservar as relações entre os interessados), promovida num processo tendencialmente não-adversarial, ambiente no qual a lide passa a ser vista não como um malefício a ser eliminado drasticamente, mas como uma oportunidade para o manejo adequado da crise emergente, em ordem a uma possível composição justa.

Porém durante muito tempo prevaleceu/prevalece a cultura do processo e da sentença. Tem-se o falso ideal de que métodos alternativos de solução de conflitos são mesmo alternativos. Assim, a solução correta e coerente com o avançado estágio de civilização em que se encontra a sociedade moderna seria obtida pelo processo jurisdicional, pela sentença.

Nesta baila, o diagnóstico do problema encontra duas possíveis causas: a) a falta de estrutura do Poder Judiciário, que faz com que os tribunais não consigam abarcar a quantidade massiva de ações e recursos; e b) a tradição litigante brasileira, ou cultura demandista, instigada por uma leitura inadequada do acesso à justiça.

É nesse quadro que o fenômeno da desjudicialização aparece como alternativa viável para solucionar a questão do estrangulamento do sistema jurídico brasileiro. Esse termo diz respeito à propriedade de facultar às partes comporem seus conflitos fora da esfera judicial, desde que sejam juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis, na busca de soluções sem a tramitação habitual dos tribunais, considerada morosa.

3.2 A resolução 125/2010 do CNJ e os Métodos Consensuais para a solução de controvérsias

A situação traçada motivou e ainda motiva reformas legislativas, que buscaram propiciar uma visão contemporânea dos princípios constitucionais atrelada com a efetividade e pacificação social. Uma das soluções apresentadas para diminuir ou até resolver os problemas do estrangulamento do Poder Judiciário reside no uso dos métodos consensuais e alternativos de resolução de conflitos.

Antes mesmo do Novo Código de Processo Civil (2015), foram inseridos em quase todos os procedimentos uma fase de audiência específica ou tentativa de conciliação. Houve também o advento dos já citados Juizados Especiais.

Já com o novo Diploma Processual Cível, a conciliação já mostra-se como momento processual obrigatório, com a inclusão de conciliadores, mediadores e demais auxiliares da justiça.

Porém, paralelo aos debates que antecederam a elaboração do projeto do atual texto processual e, em atendimento aos anseios da população e procurando soluções par as deficiências do Poder Judiciário, o CNJ editou a Resolução nº 125/2010, que tem como norte a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos. Sua importância não é relacionada apenas com a instauração desses métodos, mas sim porque objetivou a mudança no ponto de vista através do qual essas questões eram abordadas.

Quando da sua posse para Presidente do Supremo Tribunal Federal, em abril de 2010, o Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso (PELUSO, 2010: p. 24-27) demonstrou preocupação com os rumos do Judiciário ante a sobrecarga de processos que assombrara os tribunais, proferindo discurso acerca dos mecanismos para resolução de conflitos, ao afirmar que:

O mecanismo judicial, hoje disponível para dar-lhes resposta, é a velha solução adjudicada, que se dá mediante produção de sentenças e, em cujo seio, sob influxo de uma arraigada cultura de dilação, proliferaram os recursos inúteis e as execuções extremamente morosas e, não raro, ineficazes. É tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos. Noutras palavras, é preciso institucionalizar, no plano nacional, esses meios como remédios jurisdicionais facultativos, postos alternativamente à disposição dos jurisdicionados, e de cuja adoção o desafogo dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos processos, que já serão avanços muito por festejar, representarão mero subproduto de uma transformação social ainda mais importante, a qual está na mudança de mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultado que, pacificando, satisfaça seus interesses.

Como explicitado acima, o Ministro apontou para a necessidade de “institucionalização no Poder Judiciário” dos meios alternativos de resolução de litígios, tratando o assunto como objeto de uma política pública específica e adequada para tanto.

Coincidentemente ou não, após 07 meses da posse do referido Ministro, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125, justamente com a finalidade de Institucionalizar a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário.

Daniela Monteiro Gabbay (GABBAY, 2011, p. 64-65), leciona que a institucionalização de tais métodos perpassa pela:

[...] implementação, regulação e suporte conferidos pelo Poder Judiciário quer antes do processo judicial, quer incidentalmente a ele

(mediação pré-processual e processual). Isso implica em sua instituição formal por alguma norma (portaria, provimento, resolução, decreto ou lei) com regras acerca de seu procedimento e funcionamento, existência de orçamento específico, capacitação de recursos humanos e provimento de cargos para os programas, buscando que a sua continuidade não dependa apenas da iniciativa individual de alguns atores, como do juiz no gerenciamento de processos e do Presidente do Tribunal no exercício de sua gestão e mandato.

Assim, a Resolução abordada tenta modificar completamente a tradição processual brasileira, que tinha como centro a produção de uma sentença, dotada de teor jurídico, que pusesse fim a um conflito da vida mundana.

Desse modo, como afirmam Letícia de Mattos Schroder e Gabriela Bonini Paglione (SCHRODER; PAGLIONE, 2012: p. 455), o advento desse texto constituiu verdadeiro investimento para a solução da crise do Poder Judiciário, por meio da análise de dois pontos principais.

O primeiro é que a “obtenção” de uma sentença imposta é justamente o contrário daquilo que se busca como “pacificação social”, objetivo da jurisdição, já que uma das partes (ou ambas) restará(ão) insatisfeita(s), gerando um novo recurso aos tribunais, seguindo a lógica processual da sucumbência.

Além disso, é trazido à baila o tempo decorrido entre a interposição do recurso e o acórdão, a existência de sentenças *citra, infra* e *extra petita* – que gerarão novo esforço do judiciário. É que, segundo as autoras, apenas parte do conflito é levado aos autos: é o caso de questões relacionadas com o direito de família, por exemplo, nas quais o sentimento de mágoa e rivalidade são mais acentuados.

Nesse sentido, a resolução da contenda por métodos alternativos possibilitaria a inclusão de outros aspectos do problema, que as outras faces da situação poderiam ser facilmente levadas em consideração, atingindo o primado verdadeiro da paz social.

O segundo ponto diz respeito à probabilidade de cumprimento das decisões emanadas na sentença em comparação com as não impostas por ela, pois a compreensão da dimensão e amplitude do problema criam um ambiente favorável à conscientização dos sujeitos envolvidos, ampliando a chance de acordo.

Por conseguinte, essas premissas concedem ao observador avaliar que o objetivo principal da política pública instituída pelo CNJ é dar tratamento adequado aos conflitos e promover de forma efetiva a pacificação social do conflito em todos os seus aspectos.

O objetivo, portanto, não é reduzir a carga de trabalho do Judiciário nem desafogar os tribunais, mas sim fornecer tratamento adequado aos conflitos.

Sua consequência poderá acarretar, eventualmente, na redução desses números – sem, contudo, ser seu foco.

A Resolução 125/2010 possui 19 artigos, distribuídos em 4 capítulos: Instituição da política pública para tratamento adequado dos conflitos, das atribuições do CNJ, dos Tribunais, dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e do Portal da Conciliação. Ainda, traz como anexo um Código de Ética de Conciliadores e Mediadores.

Dentro dos principais conceitos, há a adoção do conceito do Professor Kazuo Watanabe (WATANABE, 1988: p.128) denominado de “acesso à ordem jurídica justa”, entendido por aquele sistema que propicie um tratamento e resolução adequados a cada tipo de conflito (não apenas formalmente). O CNJ, ainda, atribuiu a si próprio a obrigação de fixar diretrizes para o desenvolvimento dessa nova política.

Aos Tribunais, foi incumbida a missão de instalar os Núcleos Permanentes de Conciliação, responsáveis pela gestão de conciliadores e mediadores dos CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania).

A Resolução determina a criação e instalação desses Centros nas Comarcas com mais de um Juízo, Vara ou Juizado, incumbindo-lhes a realização de todas as sessões de mediação e conciliação (durante ou pré-processuais, e nesse último caso, os envolvidos são conciliandos e mediantos, não autor e réu) – o que possibilita que o interessado/jurisdicionado possa apresentar seu conflito sem advogado e gratuitamente. Assim, a outra parte é convidada para conciliar ou mediar.

Tais Centros também possuem a missão de colaborar com o exercício da cidadania, prestando informações e encaminhamentos jurídicos.

Quanto aos métodos específicos de resolução de conflitos – conciliação e mediação – a própria Resolução não faz distinção rígida entre esses institutos, razão pela qual é interessante tecer algumas observações acerca de cada um.

3.2.1 Conciliação

A conciliação, que vem sendo praticada tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial, tem apresentado inúmeras vantagens para o Poder Judiciário, bem como para a própria sociedade, pois a prática consiste em conciliar as partes litigantes apenas pela comunicação, logo, torna-se um processo informal e rápido.

Na conciliação, além dos envolvidos, deve estar presente o conciliador, o qual é um terceiro imparcial que não está envolvido emocionalmente, de maneira que este auxilie na resolução do conflito. Nesta esfera de conciliação, o conciliador pode intervir de maneira mais objetiva e direta, sugerindo propos-

tas de solução para o conflito das partes. As partes, conciliando-se, assinarão um termo, o qual conterá o conteúdo discutido que será produzido pelo conciliador após o término da audiência, e assim posteriormente mandado para a homologação do juiz que colocará fim ao processo judicial.

Segundo Kazuo Watanabe (WATANABE, 2003: p. 50), sobre a importância da conciliação, afirma que ela:

“é muito mais importante a atuação do juiz, do profissional do Direito na pacificação da sociedade do que na solução do conflito. É mais relevante para o juiz um acordo amigável, mediante a conciliação das partes, do que uma sentença brilhante e que venha a ser confirmada pelos tribunais superiores.”

Na conciliação extrajudicial, a vontade deve partir dos indivíduos para sua composição. De todo modo, o terceiro imparcial detém maior protagonismo, pois além de restabelecer a comunicação entre as partes, o conciliador também poderá propor soluções e acordos possíveis.

Assim, é perceptível que na conciliação, o objetivo primordial é a obtenção do acordo, o que torna as sessões mais rápidas.

3.2.2 *Mediação*

O Conselho Nacional de Justiça, em seu Curso de Mediação Judicial – 1ª Versão⁹ (CNJ, 2011: p. 30), elenca a mediação como método autocompositivo indireto, segundo o qual as pessoas em disputa são auxiliadas por um terceiro, neutro ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesses na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição.

É sabido que um conflito possui uma abrangência maior do que simplesmente as questões juridicamente tuteladas sobre a qual os mediandos estão discutindo em juízo. Nesse quadro, há a lide processual, comum no mundo do direito processual, que abarca somente os interesses aparentes da pessoa, sobre os quais o Juiz proferirá sentença; e a lide sociológica, que envolve aspectos psicológicos, subjacentes, que tornam os conflitos mais complexos.

Observando que a conciliação também é autocompositiva, pois a técnica se caracteriza por possibilitar às partes envolvidas que busquem uma solução para o problema em questão, e, conseqüentemente, a restauração da convivência pacífica entre elas. Assim, a mediação atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes.

A mediação é realizada mediante estratégias específicas e um mediador, que auxiliará a comunicação e interação entre as partes, sem haver submissão aos procedimentos formais jurídicos. Ademais, esse método busca valorizar os laços fundamentais de relacionamento das partes. Aqui, há um procedimento informal, contemplando principalmente o diálogo.

Nesta baila, o terceiro imparcial deve ficar numa postura pouco interventiva, de modo que as partes, por si só, cheguem à profundidade do conflito e encontrem soluções para sua resolução. A função principal do mediador é a de restabelecer a comunicação entre as partes e levá-las à compreensão do conflito em todas as suas dimensões e conseqüências.

Por fim, a Resolução coloca ambos os métodos no mesmo patamar, justamente para possibilitar o uso de cada qual de forma mais adequada ao conflito que for apresentado, ante o fato de que a proposta é a pacificação do conflito entre os envolvidos.

CONCLUSÃO

O crescimento progressivo do direito ao acesso à justiça efetuou-se de forma sucessiva ao longo do tempo juntamente com as modificações sociais. É verossímil notar tal afirmação através do conteúdo do mesmo, bem como a forma que ele foi adquirindo quando tratado pelos legisladores liberais, sociais e ditatoriais, assumindo nuances diferentes de acordo com o contexto político vigente de cada época.

A datar de 1965 houve um interesse maior acerca do assunto, sobretudo no mundo Ocidental, com o objetivo de resguardar a assistência jurídica, da mesma forma como proteger os direitos difusos e proporcionar um melhor acesso à Justiça aos necessitados, trazendo caminhos alternativos e informais para a resolução dos litígios, inclusive mediante o abandono do monopólio estatal da prestação jurisdicional.

No ordenamento jurídico brasileiro, a difusão do acesso à justiça como direito fundamental ocorreu lentamente a princípio, manifestando-se pela primeira vez na Constituição de 1946, mesmo não se efetivando de forma real para a população brasileira.

Contudo, com o advento da Constituição de 1988, existiu uma maior busca por proteção jurídica, julgando pela população que estava motivada pela obtenção de direitos inéditos e eficácia das leis acerca dos direitos fundamentais, bem como pela origem de novos métodos para o acesso ao Judiciário.

Hoje, é possível notar que modelos muito significativos foram implantados para tornar mais eficaz e proporcionar um acesso à justiça mais eficientes

aos civis, tomando por exemplo a criação dos Métodos Consensuais para a Resolução de Controvérsias que proporcionam autonomia às partes para buscarem a solução dos seus conflitos da forma como melhor lhes parece.

Diante disso, nesses 30 anos de Constituição, faz-se mister afirmar que os impedimentos entre o acesso ao judiciário e os cidadãos estão se desfazendo de maneira definitiva. O cidadão não deve mais ser observado somente em um plano individual, mas sim como pertencente à coletividade que dispõe de direitos fundamentais que devem ser efetivados e protegidos.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.69.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Curso de Mediação Judicial**. 1ª Versão. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/03/a801d32fa970c1b2a382e0ca346d03e0.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ nº 76**, de 12 de maio de 2009. Dispõe sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelece seus indicadores, fixa prazos, determina penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_76_12052009_10102012220048.pdf>. Acesso em: 20 set 2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_16092014165812.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, RS: Sergio Antônio Fabris, 1988.

DALLARI, Dalmo Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

FALCÃO, Joaquim. Acesso à justiça: diagnóstico e tratamento. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, AMB (Org.). **Justiça: promessa e realidade. O acesso à justiça em países ibero-americanos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p. 273-274.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Salvador: Juspodivn, 2016

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário: Condições Necessárias para a Institucionalização dos Meios Autocompositivos de Solução de Conflitos**. 2011. 274 f. Tese (Doutorado em Direito Processual), Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da Justiça Conciliativa**. Revista de Arbitragem e Me-diação. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14, jul-set/2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). **Revista dos Tribunais**, ano 98, v. 888, outubro 2009, p.1-800, p. 18.

MENDES, Gilmar. **Juizados Especiais Federais e turmas recursais podem ganhar 225 juízes permanentes**. STJ, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2507243/juizados-especiais-federais-e-turmas-recursais-podem-ganhar-225-juizes-permanentes>>. Acesso em: 21 set. 2018.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 415p.

PEDROSO, João; RINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **E a justiça aqui tão perto?** As transformações no acesso ao direito e à justiça. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, v. 65, p. 79, 2003.

PELUSO, Antonio Cezar. **Discurso na sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, em 23 de abril de 2010**. In: SESSÃO SOLENE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 3., Brasília, 2010. Ata da [...], realizada em 23 de abril de 2010: posse dos excelentíssimos senhores ministros Antonio Cezar Peluso, na presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, e Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, na vice-presidência. Diário da Justiça Eletrônico, 23 maio 2010, p. 24 a 27. STF.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição (1946)**. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Data de acesso: 19 de setembro de 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2008. p. 32-33.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SEIXAS, Bernardo; SOUZA, Roberta. Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. **Direito e Democracia**, a, v.14, n.1, jan./jun. 2013.

SCHRODER, Leticia de Mattos; PAGLIONE, Gabriela Bonini. Resolução 125 do CNJ e os novos rumos da Conciliação e Mediação: será, enfim, a vez da efetividade da prestação jurisdicional?. In: COUTO, Mônica Bonneti; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MATOS, Eneas de Oliveira (Org.). **Acesso à Justiça**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. ISBN: 978-85-7840-103-0.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover (Coord.). et al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128-135.

_____. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: **Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Mediação: um projeto inovador. In: **Série Cadernos do CEJ**. DELGADO, José. et al.(Org). Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF. v.22. 2003. p.50. ISBN 85-85572-71-X.

NOTAS

1. CAPPELLETTI; GARTH, 1988 p. 10-11-12

2. SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 167
3. SEIXAS; SOUZA. Evolução Histórica do acesso à justiça nas Constituições Brasileiras. *Direito e Democracia*, v.14, n.1, jan./jun. 2013, p. 77.
4. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 8. Ed. Salvador: Juspodivn, 2016, p. 265.
5. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 20 set. 2018;
6. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368e-c6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.
7. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2764>>. Acesso em: 20 set. 2008;
8. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2507243/juizados-especiais-federais-e-turmas-recursais-podem-ganhar-225-juizes-permanentes>>. Acesso em: 21 set. 2018.
9. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/03/a801d32fa970c1b2a382e0ca346d03e0.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

A tutela do meio ambiente: 30 anos da Constituição de 1988

The protection of the environment: 30 years of the Constitution of 1988

Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann

RESUMO

Este artigo trata da tutela do meio ambiente na Constituição Federal/88 a partir da noção de meio ambiente introduzida no texto constitucional e a abrangência de suas normas previstas no Capítulo VI, do Título VIII, da Ordem Social, abordando os princípios constitucionais previstos no art. 225 caput, e de outras normas constitucionais. Faz uma relação com a interpretação do Supremo Tribunal Federal, e aborda sobre a repartição das competências da matéria do meio ambiente e dos recursos naturais, trazendo uma visão geral sobre alguns pontos marcantes dos 30 anos da Constituição, inclusive da legislação ambiental que foi aprovada desde aquele período.

Palavras-Chave: Meio Ambiente. Constituição. Tutela Jurídica. Princípios. Legislação

ABSTRACT

This article deals with the protection of the environment in the Federal Constitution/88 from the notion of the environment introduced in the constitutional text addressing the scope of its constitutional norms and principles in Chapter VI, Title VIII, of the Social Order. It also analyzes other constitutional rules related to the Economic Order and the Repartition of Powers. It relates to the interpretation of the Federal Supreme Court, about some principles. It deals with the distribution of environmental and natural resource competences, giving an overview of some of the highlights of the 30 years of the Constitution, including topics, such, as cooperation federalism and environmental legislation, that was approved after the promulgation.

Keywords: Environment. Constitution. Legal protection. Principles. Regulation.

INTRODUÇÃO

Em 05.10.1988, por ocasião da sessão solene de promulgação da nova Carta Cidadã, o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Federal Ulysses Guimarães, proferiu em seu Discurso, a célebre afirmação no tocante ao Capítulo VI, do Título VIII, Do meio ambiente: “*É consagrador o testemunho da ONU de que nenhuma outra Carta no mundo tenha dedicado mais espaço ao meio ambiente do que a que vamos promulgar*”¹.

Com essa breve referência pode-se recordar nestes 30 anos de celebração da Constituição Federal (adiante CF/88) que, a partir daí, notabilizou-se um novo panorama jurídico, mas também socioeconômico e político para o *meio ambiente* no cenário nacional, tendo como base constitucional o art. 225, seus incisos e parágrafos. Não obstante, a matéria *meio ambiente* encontra-se presente em vários outros dispositivos constitucionais, onde foi tratado sistematicamente, o que será objeto de consideração neste estudo.

Desta forma, as reflexões que se seguem não visam uma análise minuciosa da tutela do meio ambiente, conforme estatuído no Direito Ambiental, mas apenas, um esboço de alguns pontos relevantes a se destacar nas três últimas décadas.

1 A NOÇÃO DE MEIO AMBIENTE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Do ponto de vista da doutrina jurídica brasileira há várias concepções sobre o conceito de meio ambiente², analisadas em perspectivas amplas, de matiz sociológico, filosófico³, das ciências naturais ou biológicas que não serão descritas aqui. Contudo, o conceito mais atual de *meio ambiente* aplicado ao Direito, não obstante, derivar de uma relação de conceitos, foi sintetizado, a partir de princípios catalogados no artigo 225 da CF/88, conforme abordado por diversos autores. Aliás, essa expressão foi utilizada pela primeira vez na CF/88⁴, pois nenhuma das anteriores fez referência⁵.

Um conceito jurídico proposto pelo constitucionalista José Afonso da Silva enuncia que: “*o meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”⁶. Esta concepção, segundo adverte o autor, abrange os recursos naturais e culturais, numa visão integradora e ao mesmo tempo, unitária do ambiente.

Contudo, em relação à *tutela jurídica do meio ambiente*, o mesmo autor esclarece que, o ‘objeto da tutela’ a partir da CF/88, é aquilo que o Direito visa a proteger de forma ‘qualificada’, por isso “*não é tanto o meio ambiente considerado nos seus elementos constitutivos*”⁷, mas sim a proteção da “*qualidade do*

meio ambiente” em função da “qualidade de vida”, necessária aos indivíduos e à coletividade como um todo.

Não obstante, no artigo 225 da CF/88 aparece uma visão mais ‘global’, há dois *objetos de tutela*⁸: um *imediato*, que corresponde à *qualidade do meio ambiente*, propriamente dito, e outro *mediato*, que está voltado para a *qualidade de vida*, esta corresponde às condições de saúde, bem-estar, segurança coletiva, ressaltou o constitucionalista. Veja-se a redação do sobredito artigo:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo- se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justificam sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - *proteger a fauna e a flora*, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. [Destacou-se em itálico]

Trata-se, portanto, da tutela do ‘bem ambiental’ em sua totalidade, mas levando-se em conta as diversas ‘dimensões setoriais’ da qualidade ambiental, segundo os elementos constitutivos que formam o meio ambiente, tais como: qualidade do solo, do patrimônio florestal, da fauna, do ar atmosférico, da água, do sossego auditivo e da paisagem visual⁹.

1.1 Abrangência do Artigo 225 da CF

Uma das inovações significativas do texto constitucional consta na afirmação de um ‘direito ao meio ambiente’, tema no qual o autor Paulo Leme Machado remetendo ao texto constitucional esclarece que o *direito ao meio ambiente equilibrado é assegurado a cada indivíduo, sem discriminação* (de nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, condição econômica ou lugar de residência). Ademais, pontua que o indicativo “todos”, encabeçando a redação do artigo, revela o caráter *difuso ou transindividual*, pois além de proteger ao direito de cada pessoa individualmente, transmuta do *subjetivo à universalidade, portanto indeterminado*.

Já para o especialista Paulo Bessa Antunes o Art. 225 da CF/88 “*impõe a conclusão de que o direito ao ambiente prístino é um dos direitos humanos fundamentais*”¹⁰. Partindo dessa compreensão, este autor explica que o constituinte originário fez uma escolha pelo antropocentrismo, pois no art. 1º, III, dos Princípios Fundamentais, erigiu a “dignidade da pessoa humana”, no qual o ser humano “*é o centro das preocupações constitucionais e que a proteção do meio ambiente se faz como uma das formas de promoção da dignidade humana*”¹¹. Especialmente, quando no artigo 225 estabeleceu “o dever de defesa e preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras”.

Nesse aspecto, ressaltando a compreensão de ‘meio ambiente’¹², o professor Bessa Antunes, resume que o “*Meio ambiente é natureza mais atividade antrópica, mais modificação produzida pelo Ser Humano sobre o meio físico de onde retira o seu sustento*.”¹³

Em última análise, conclui este autor que foi a partir do marco constitucional que os ‘bens naturais’ receberam um elevado nível de tutela positivada¹⁴.

Estabelecendo-se uma relação entre os ‘princípios do direito ambiental’ com os ‘princípios constitucionais’, destacou que, aqueles quando analisados

sob o ponto de vista constitucional são *princípios setoriais*, pois pertencentes a um único ramo do direito, e que devem se submeter aos princípios constitucionais que são mais amplos. Os princípios do direito ambiental seriam *subprincípios* sob a ótica constitucional.

O dispositivo 225, os incisos e parágrafos que abrangem o Capítulo VI do Meio Ambiente, foram dimensionados em três categorias de normas, por José Afonso da Silva, a saber:

a) *norma-princípio ou norma-matriz*: esta compreende o *caput* do art. 225, onde se assenta o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida, configurando o mote de direito humano fundamental.

b) *normas-instrumentos de eficácia do princípio*: destaca-se o § 1º do art. 225, composto de normas que estabelecem os instrumentos de *garantia da efetividade do direito ao meio ambiente a ser protegido*, inclusive nos diversos incisos elencados, centralizam outros princípios e institui os instrumentos conferidos ao Poder Público para assegurar a preservação.

c) *normas que emanam determinações particulares*: referem-se ao conjunto de disposições previstas nos §§ 2º a 6º¹⁵ do mencionado dispositivo, nos quais o constituinte elegeru como de prioridade e urgência de base de regulamentação constitucional em face da aplicação do princípio, algumas destas normas relacionadas aos setores específicos. Algumas das normas também se apresentam como princípios especiais do direito ambiental, a serem regulamentadas em leis específicas do ordenamento.

Por último, registra-se que § 7º do art. 225 somente foi inserido a partir da EC nº 96, de 06.06.2017¹⁶ para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, desde que sejam manifestações culturais, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, a depender de regulamentação legal.

2 A CARTA DE PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO AMBIENTAL INSPIRADA NA DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO

Em relação aos avanços introduzidos pela CF/88 a nova carta de princípios veio pautada em um rol de princípios focados no tema da preservação do meio ambiente, que foram previstos inicialmente na Declaração de Estocolmo de 1972, dentre os quais pode-se citar, aqueles relativos à ordem social: I) o *princípio do direito fundamental à sadia qualidade de vida* (princípio 1), que aparece no texto constitucional no art. 225 *caput* na expressão todos têm direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, bem de uso comum do

povo e *essencial à sadia qualidade de vida*; II) o *princípio da solidariedade intergeracional* (princípios 1 e 2) que visa à proteção dos recursos para as gerações presentes e futuras, também no *caput* do art. 225; III) o *princípio da responsabilidade ambiental* (princípio 4) materializado no § 3º, art. 225¹⁷; IV) *princípio da promoção da educação ambiental* (princípio 19) contemplado no inciso VI do art. 225¹⁸.

Acrescenta-se que foi, também, albergado no texto constitucional sob o prisma da ordem econômica, dois princípios: I) o *princípio da função socioambiental da propriedade* (princípio 15) contemplado no art. 186, II¹⁹ dispondo sobre a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”; e II) o *princípio da defesa ou proteção do meio ambiente* (princípio 13) previsto no art. 170, inciso VI²⁰.

Ressalva-se que, este inciso foi alterado através da Emenda Constitucional (adiante EC) n. 42, de 19.12.2003, posterior, à Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92)²¹ passando a enunciar: “VI - *defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*;”. Portanto, presente aqui não somente o princípio da defesa da Declaração de Estocolmo, mas também o *princípio do desenvolvimento sustentável e meio ambiente* (princípio 1), consagrado na Declaração do Rio-92.

Por último, importante observar que quanto ao *princípio da cooperação internacional para a proteção do meio ambiente* da Declaração de Estocolmo (princípio 20), a CF/88 estabeleceu dentre os princípios que regem as relações internacionais, no IX, do art. 4º, a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”. Além disso, consta do § 2º do art. 5, que: *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*.

Portanto, para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida, como um direito humano fundamental, o constituinte não excluiu da cooperação internacional, a variável da proteção do meio ambiente.

Ressalta-se, por último, que o sistema constitucional brasileiro, adotou o denominado ‘federalismo de cooperação’ no âmbito interno, entre os entes da Federação, onde no art. 23, parágrafo único, prevê a expedição de Lei complementar tendo em vista o *equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*, para fixar normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios²².

2.1 A interpretação do direito do meio ambiente pelo Supremo Tribunal Federal

Uma breve referência sobre a tutela constitucional do meio ambiente na interpretação do Supremo Tribunal Federal, surgiu nos anos 90, deixando assentado o *status* conferido ao direito à integridade do meio ambiente, como um *direito de terceira geração*, encartado no texto constitucional no seu Título VIII – Da ordem social. Veja-se na ementa do MS 22.164, em que foi relator o em. Min. Celso de Melo:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, **os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais**, consagram o princípio da solidariedade e **constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade**. [MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995.] _ Destacou-se em negrito.

Posteriormente, a Suprema Corte firmou outro precedente (ADI 3540-MC), em 2006, de relatoria do em. Min. Celso de Mello, ratificando quanto ao direito à preservação da integridade do meio ambiente, a sua identidade de *direito de terceira geração*. Foi assentado que diante do interesse econômico, no que diz respeito à proteção dos espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) a questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente impõe: “uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI)””, diante de uma possível colisão de direitos constitucionais.

Por fim, reiterou a Excelsa Corte que a preservação da integridade do meio ambiente corresponde à *expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas*. Veja-se o acórdão ementado:

Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais – Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) – Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente – Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei – Supressão de vegetação em área de preservação permanente – Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial – **Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) – Colisão de direitos fundamentais – Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes – Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) – A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) – Decisão não referendada – consequente indeferimento do pedido de medida cautelar.** A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. [ADI 3.540 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3- 2-2006.].

3 A REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS.

Feita essa primeira análise do art. 225 da CF/88, se passará ao exame do contexto legislativo nacional, a partir da CF de 1988, onde o legislador constituinte estabeleceu formas diferenciadas da competência da matéria em relação à União e demais entes da federação.

A primeira forma de repartição de competência que se destaca diz respeito ao poder conferido à União, que é a competência *material exclusiva*, prevista no artigo 21²³, incisos IX, XII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXV da CF de 1988, estabelecendo a supremacia da União para elaborar e executar os planos nacionais e regionais de ordenação do território, explorar os serviços de energia e aproveitamento de cursos de água, em articulação com os estados, onde se situam tais potenciais hidro energéticos, ademais do setor aquaviário entre portos nacionais e transfronteiriços, planejar e promover a defesa econômica e social contra as calamidades públicas, dentre as quais as decorrentes de fatores climáticos secas e inundações; instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, a definição dos critérios de outorga de direitos de seu uso, tudo em matéria de Política Nacional de Recursos Hídricos, instituir as diretrizes do desenvolvimento urbano, incluídas as de habitação e saneamento básico; executar os serviços de polícias marítimas, aérea e de fronteira inclusive ambiental, e por último estabelecer as áreas e condições do exercício da atividade de garimpagem associativa.

A segunda forma de competência é a *privativa*, na qual a Constituição Federal confere à União *poderes para legislar* em matéria de águas/energia, jazidas/minas (outros recursos minerais) e atividades nucleares de qualquer natureza, consoante prevê, respectivamente nos incisos IV, XII, e XXVI da CF no art. 22 da CF/88²⁴.

Contudo, no tocante à competência *privativa*, foi autorizado aos Estados legislar, desde que haja permissivo de Lei Complementar sobre determinadas questões. (Parágrafo único, do Art. 22)²⁵.

Registra-se que, conforme entendimento sedimentado pelo STF na ADI 2432/RN, rel. em. Min. Eros Grau, julgada em 26/08/2005, não cabe aos Estados legislar, enquanto não fosse editada a Lei Complementar.²⁶

Em outro giro, o legislador constituinte estabeleceu a *competência concorrente* no art. 24, VI e VIII da CF²⁷, entre os entes da federação, Estados e Distrito Federal, para *legislar concorrentemente* com a União, em matéria de recursos naturais e do meio ambiente e da responsabilidade por dano ao meio ambiente, naquilo que for para complementar lei geral, *ex vi*:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[omissis]

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII- omissis;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Portanto, a União detém a competência para expedição de *normas gerais*, em face de questões de interesse nacional²⁸.

Resta ainda uma última forma de repartição de competência constitucional, que ao contrário da já mencionada *competência exclusiva*, tratada no início deste estudo, refere-se à *competência comum*.

Estas normas compreendem a *competência administrativa* que abrange a ‘fiscalização’ do meio ambiente (natural e cultural) e o ‘licenciamento ambiental’²⁹; em outras palavras, versam sobre o *poder de polícia ambiental*. Ambas, configuram a denominada *competência comum* do sistema de *federalismo de cooperação* entre União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, enumeradas no art. 23, incisos III, VI, VII e XI da CF³⁰, no que tange à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais em seus respectivos territórios.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:[...] III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; [...] XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

Por último, cabe referir que quanto aos Municípios, a CF/88 manteve uma parcela de competência sobre proteção do meio ambiente a esses entes que, poderão legislar, excepcionalmente, quando a matéria for no “interesse local” que afeta à municipalidade (Art. 30, II da CF³¹). Logo, nesse contexto a legislação é somente *suplementar*, e pode abranger interesse local quanto aos recursos naturais, conquanto que a norma municipal seja editada nos estreitos limites do regramento constitucional, respeitando-se a disciplina dos demais entes federativos, consoante entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, na *Tese de Repercussão Geral* n° 145³².

Observa-se que todos os elementos que fazem parte da concepção de meio ambiente (natural e artificial³³) foram abrangidos pelo texto constitucional, e,

portanto, são objeto de interesse da matéria ambiental, os quais foram tratados especificamente por assunto, como por exemplo, quando se refere aos recursos hídricos e minerais, florestas, flora e fauna, etc., ou ora referindo-se às obras e bens de valor histórico, artístico e cultural. Entretanto, nestes dois aspectos, o exercício do “poder de polícia administrativa” torna-se, não raro, de difícil separação entre as distintas esferas: federal, estadual, municipal e distrital³⁴, conforme tem sido debatido aos longos dos 30 anos da vigência da CF/88 e da edição de leis, sucessivamente, que regulamentaram os setores ambientais, razão pela qual a descentralização tem como princípio norteador a *cooperação*, objeto de regulamentação na Lei Complementar 140/11.

Tal dificuldade apontada, deve-se ao fato de que existe um conjunto de leis federais regulamentando as diversas áreas de atuação, no interesse das políticas públicas de proteção ao meio ambiente e às garantias dos direitos sociais, citando-se as leis sobre florestas, unidades de conservação, biodiversidade, de recursos hídricos, de resíduos sólidos, de saneamento básico, dentre outras que serão referidas no item seguinte.

4 DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL PÓS CF/88

Nos sistemas constitucionais contemporâneos, como ocorre no Brasil a partir da CF/88, a proteção do meio ambiente adquiriu ao longo da evolução do seu ordenamento jurídico, gradativamente, a implementação das normas e princípios constitucionais dotados de identidade própria, tornou-se “mais abrangente e compreensiva”, como afirmou o autor Milaré, uma nova vertente do meio ambiente que “deixa de ser considerado um bem jurídico *per accidens* (casual, por uma razão extrínseca) e é elevado à categoria de bem jurídico *per se*”³⁵. Em outras palavras, significa, que está “dotado de um valor intrínseco e com autonomia em relação a outros bens protegidos pela ordem jurídica, como é o caso da saúde humana e de outros bens inerentes à pessoa”³⁶, conforme pontuado pelo autor.

Passados trinta anos da promulgação da Carta Política, um conjunto expressivo de leis tratando da matéria ambiental, foi tecendo um vasto acervo de normas implementando os princípios, os instrumentos de atuação para garantia da efetividade da tutela do meio ambiente, através das determinações especificadas pela Constituição, acerca do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, e engajados no sistema do federalismo cooperativo, instituído a partir do corolário constitucional.

Consubstanciados nos deveres específicos do poder público, a tutela do meio ambiente encontra-se distribuída em mecanismos constitucionais, se-

gundo deveres próprios, ali estabelecidos, dentre os quais: a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas (inciso I, art. 225), preservação da biodiversidade e controle das entidades de pesquisa e manipulação de material genético (inciso II), definição de espaços territoriais especialmente protegidos (inciso III), imposição de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (inciso IV), Controle da produção, comercialização e utilização de técnicas, métodos e substâncias nocivas à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente (inciso V), promoção da educação ambiental e o direito à participação (inciso VI) e proteção à fauna e à flora (inciso VII).

Além desses instrumentos supra referidos, outro conjunto de bens de uso comum do povo ou de interesse público ambiental são colocados sob tutela visando sua preservação, desde o nascedouro da CF/88, em relação a objetos e setores ambientais, tais como, o da mineração, a responsabilidade cumulativa pelas condutas e atividades lesivas ao ambiente, que inovou com a introdução da *responsabilidade penal da pessoa jurídica*, a proteção especial a macrorregiões, a indisponibilidade de terras devolutas e de áreas indispensáveis à preservação ambiental, o controle das usinas nucleares, dentre outros. Passamos a referenciar brevemente.

Por fim, cabe referir que o Art. 5º, inciso LXXIII, estabeleceu garantia constitucional da tutela do meio ambiente, através da *ação popular* que visa a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao *meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*.

Em última análise, destaca-se ainda, o Art. 129, III que diz respeito às garantias processuais para a tutela do meio ambiente conferida ao Ministério Público, dentre suas funções institucionais, a defesa do bem ambiental e de interesse público, para promover o inquérito civil e atuando nas esferas jurisdicionais (federal e estadual) na ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Passamos ao breve exame do denominado sistema de federalismo cooperativo.

4.1. Lei Complementar 140/2011 e o federalismo cooperativo.

O *federalismo cooperativo* trata-se de um “quadro de competências entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios” com foco na proteção do meio ambiente no território nacional, considerando que boa parte da matéria

relativa à proteção do meio ambiente pode ser disciplinada a um só tempo pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, segundo explica Edis Milare⁴³⁷.

Desse modo, em termos legislativos foi aprovada a Lei Complementar 140, de 08 de dezembro de 2011, dispondo sobre a regulamentação dos incisos III, VI, VII e § 1º do Art. 23 da Constituição Federal, detalhando a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da *competência comum* relativa à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

Esse diploma legal fixou no art. 3º os objetivos da competência comum entre os entes da Federação, no exercício do *poder de polícia administrativa*, visando adequar suas ações no interesse comum. Partindo deste um rol de objetivos da atuação fiscalizadora, visando a execução da gestão ambiental descentralizada, em várias políticas setoriais no incremento de garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Dentre os objetivos se enumeram, quatro: i) proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo gestão descentralizada, democrática e eficiente; ii) garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais; iii) harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente; e, iv) garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais.

Em última análise, destacamos o elenco das leis ambientais, genericamente editadas no âmbito federal, a partir do ano de 1989 até 2018: Lei 7.735, de 22.02.1989 cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, (IBAMA); Lei 7.802, de 11.07.1989 dispondo sobre Agrotóxicos (alterada pela Lei 9.974, de 06.06.2000 e regulamentada pelo Decreto 4.074, de 04.01.2002). Registra-se que atualmente encontra-se em discussão novo projeto de lei para alteração da Lei de agrotóxicos.

Nos anos 90, foram expedidos outros importantes instrumentos normativos: a Lei 8.723, de 28.10.1993 (alterada pelas Leis 10.203, de 22.02.2001, 10.696, de 02.07.2003 e 12.490/2011), referente redução de emissão de poluentes por veículos automotores; a Lei 8.746, de 09.12.1993, criando o Ministério do Meio

Ambiente; a Lei 9.433, de 08.01.1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e dispoñdo sobre a gestão integrada; a Lei 9.478, de 06.08.1997 (alterada pelas Leis 11.097/2005, 12.351/2010 e 12.490/2011) dispoñdo sobre a Política Energética Nacional; Lei 9.605, de 12.02.1998 que estabelece sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, inclusive da responsabilidade penal da pessoa jurídica (Lei dos Crimes Ambientais); Lei 9.795, de 27.04.1999, da Política Nacional de Educação Ambiental; Lei 9.966, de 28.04.2000, dispoñdo sobre prevenção, controle e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional; Lei 9.984, de 17.07.2000 (alterada pela Lei 10.871, de 20.05.2004) que criou a Agência Nacional de Águas (ANA); Lei 9.985, de 18.07.2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza– SNUC e cria o instrumento da compensação ambiental (foi regulamentada pelo Decreto 4.340, de 22.08.2002).

Já na última década foram expedidas as seguintes leis: Lei 11.105, de 24.03.2005 regulamentando sobre Biossegurança; Lei 11.284, de 02.03.2006, da gestão de florestas públicas para a produção sustentável; Lei 11.428, de 22.12.2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica; Lei 11.445, de 05.01.2007, fixa as diretrizes nacionais para o saneamento básico; Lei 11.794, de 08.10.2008, dispõe sobre os procedimentos para o uso científico de animais; Lei 12.187, de 29.12.2009, que trata da Política Nacional sobre Mudança do Clima–PNMC, (regulamentada pelo Decreto 7.390, de 09.12.2010); a Lei 12.305, de 02.08.2010, que dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos, regulamentada pelo Decreto 7.404, de 23.12.2010; Lei 12.651, de 25.05.2012, dispõe sobre a proteção da vegetação nativa (Código Florestal) e Lei 12.725, dispoñdo sobre o controle da fauna nas imediações de aeródromos.

Mais recentemente foram editadas as seguintes leis: _ 12.787/13 e 12.805/13, tratando respectivamente das Políticas Nacional de Irrigação e de Integração lavoura-pecuária-floresta; Lei 13.123/15, dispoñdo sobre o patrimônio genético; Lei 13.186 de 11 de novembro de 2015, dispoñdo sobre Política de Educação para o consumo sustentável; a Lei 13.575, de 26 de dezembro de 2017, criando a Agência Nacional de Mineração (ANM) e a Lei 13.576, de 26 de dezembro de 2017, que dispõe sobre a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio) e Lei 13.668, de 28 de maio de 2018 dispoñdo sobre a destinação e a aplicação dos recursos de compensação ambiental.

Por último, importante frisar que a lei geral que regulamenta a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6938/81, mesmo sendo anterior à CF de 1988, foi recepcionada pelo texto constitucional, e ao longo de sua vigência já sofreu várias alterações³⁸.

CONCLUSÃO

A partir das análises referidas neste estudo versando sobre a tutela do meio ambiente em 30 anos de CF/88, é possível reafirmar a célebre afirmação dita pelo Presidente da Assembleia Nacional constituinte, Dep. Ulysses Guimarães de que “*É consagrador o testemunho da ONU de que nenhuma outra Carta no mundo tenha dedicado mais espaço ao meio ambiente do que a que vamos promulgar*”.

Foi a partir do texto constitucional que foi introduzida a expressão *meio ambiente* em diversos artigos da Carta Magna, que dedicou um Capítulo especial ao meio ambiente, no Título VIII Da ordem social.

O artigo 225 da CF/88 apareceu com uma visão ‘global’ do meio ambiente, contudo, conforme entendimento da doutrina constitucionalista, há dois *objetos de tutela*: um *imediato*, que corresponde à *qualidade do meio ambiente*, propriamente dito, e outro *mediato*, que está voltado para a *qualidade de vida*, esta corresponde às condições de saúde, bem-estar, segurança coletiva.

Estabelecendo-se uma relação entre os ‘princípios do direito ambiental’ com os ‘princípios constitucionais’, conclui-se do ponto de vista constitucional que os primeiros são *princípios setoriais*, pertencentes a um único ramo do direito, e que devem se submeter aos princípios constitucionais que são mais amplos. Os princípios do direito ambiental seriam *subprincípios* sob a ótica constitucional, conforme refere a doutrina.

Assim, o dispositivo 225, incisos e parágrafos que abrangem o Capítulo VI do Meio Ambiente, foram dimensionados, segundo José Afonso da Silva em três categorias de normas: *norma-princípio ou norma-matriz* que compreende o caput do artigo 225, onde se assenta o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida, configurando o mote de direito humano fundamental; *normas-instrumentos de eficácia do princípio*, em que se destaca o § 1º do artigo 225, composto de normas que estabelecem os instrumentos *de garantia da efetividade do direito* ao meio ambiente a ser protegido, inclusive centralizam outros princípios e institui os instrumentos conferidos ao Poder Público para assegurar a preservação. E, as *normas que emanam determinações particulares*, as quais se referem ao conjunto de disposições previstas nos §§ 2º a 6º³⁹ do mesmo dispositivo constitucional que dá prioridade e urgência aos setores específicos prevendo mecanismos de atuação, com normas configurando princípios especiais do direito ambiental, a serem regulamentadas em leis específicas.

Conclui-se que o legislador constituinte estabeleceu formas diferenciadas da competência da matéria em relação à União e demais entes da federação. A

primeira forma quanto ao poder conferido à União, na competência *material exclusiva*, prevista no artigo 21, incisos IX, XII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXV da CF de 1988, estabeleceu a supremacia da União para diversas matérias.

Dentre as seguintes matérias relacionadas com o meio ambiente destacam-se: elaborar e executar os planos nacionais e regionais de ordenação do território, explorar os serviços de energia e aproveitamento de cursos de água, em articulação com os estados, onde se situam tais potenciais hidroenergéticos, ademais do setor aquaviário entre portes nacionais e transfronteiriços, planejar e promover a defesa econômica e social contra as calamidade públicas, dentre as quais as decorrentes de fatores climáticos secas e inundações; instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, a definição dos critérios de outorga de direitos de seu uso, tudo em matéria de Política Nacional de Recursos Hídricos, instituir as diretrizes do desenvolvimento urbano, incluídas as de habitação e saneamento básico; executar os serviços de polícias marítimas, aérea e de fronteira inclusive ambiental, e por último estabelecer as áreas e condições do exercício da atividade de garimpagem associativa.

Conclui-se também que, a União detém a competência para expedição de *normas gerais*, em face de questões de interesse nacional, com competência *privativa para legislar* em matéria dos incisos IV, XII, e XXVI da CF no artigo 22 da CF/88, respectivamente, de águas/energia, jazidas/minas (outros recursos minerais), e atividades nucleares de qualquer natureza, consoante prevê.

No tocante a essa competência *privativa* foi autorizado aos Estados legislar, desde que haja permissivo de Lei Complementar sobre determinadas questões. (Parágrafo Único, do Artigo 22). Contudo, consoante o entendimento pacificado pelo STF na ADI 2432/RN, rel. em. Min. Eros Grau, julgada em 26/08/2005, enquanto não fosse editada a Lei Complementar, os Estados não poderiam legislar.

A *competência concorrente* decorre do artigo 24, VI e VIII da CF, entre os entes da federação, Estados e Distrito Federal em *matéria de recursos naturais e do meio ambiente* e da *responsabilidade por dano ao meio ambiente*. E naquilo que for para complementar à lei geral, *tais entes podem legislar concorrentemente* com a União.

Em outro ditame, o constituinte estabeleceu a *competência comum*, que compreende a *competência administrativa*, a qual abrange a ‘fiscalização’ do meio ambiente (natural e cultural) e o ‘licenciamento ambiental’, refere-se ao

poder de polícia ambiental, alicerçado no sistema de *federalismo de cooperação* entre União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, enumeradas no artigo 23, incisos III, VI, VII e XI da CF.

Por último, a CF manteve uma parcela de ‘competência sobre proteção do meio ambiente’ conferida aos Municípios (Artigo 30, II da CF), que poderão legislar, excepcionalmente, quando a matéria for no “interesse local” que afeta à municipalidade. Portanto, a legislação é somente *suplementar*, e pode abranger interesse local quanto aos recursos naturais, conquanto que a norma municipal seja editada nos estreitos limites do regramento constitucional, respeitando-se a disciplina dos demais entes federativos, consoante entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal na *Tese de Repercussão Geral* nº 145.

A partir da CF/88 os elementos que fazem parte da concepção de meio ambiente (natural e artificial) foram abrangidos pelo texto constitucional, e, portanto, são objeto de interesse da matéria ambiental, e foram tratados por assunto: recursos hídricos e minerais, florestas, flora e fauna, etc., ou ora referindo-se às obras e bens de valor histórico, artístico e cultural.

Nestes dois aspectos, o exercício do “poder de polícia administrativa” torna-se, às vezes, de difícil separação entre as distintas esferas: federal, estadual, municipal e distrital, conforme tem sido debatido aos longos dos 30 anos da vigência da CF/88 e da edição leis sucessivamente que regulamentaram os setores ambientais.

Tal dificuldade apontada deve-se ao fato de que existe um conjunto de leis federais regulamentando as diversas áreas de atuação, no interesse das políticas públicas de proteção ao meio ambiente e às garantias dos direitos sociais, citando-se as leis sobre florestas, unidades de conservação, biodiversidade, de recursos hídricos, lei de resíduos sólidos, de saneamento básico, dentre outras.

Na década de 90, o STF firmou precedente quanto ao direito à integridade do meio ambiente, como um *direito de terceira geração* (MS 22.164), e, em 2006, ratificou essa interpretação do direito à preservação da integridade do meio ambiente e sua identidade de *direito de terceira geração* (ADI 3540-MC). Foi assentado que, diante do interesse econômico, no que diz respeito à proteção dos espaços territoriais especialmente protegidos (CF, artigo 225, § 1º, III) a questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente impõe: “uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, artigo 170, VI)”, diante de uma possível colisão de direitos constitucionais.

Em síntese, a preservação da integridade do meio ambiente corresponde à *expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas*.

Conclui-se também que, a tutela do meio ambiente encontra-se distribuída em mecanismos constitucionais, segundo deveres próprios instituídos na Carta Política, dentre os quais: a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas (inciso I, artigo 225), preservação da biodiversidade e controle das entidades de pesquisa e manipulação de material genético (inciso II), definição de espaços territoriais especialmente protegidos (inciso III), imposição de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (inciso IV), Controle da produção, comercialização e utilização de técnicas, métodos e substâncias nocivas à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente (inciso V), promoção da educação ambiental e o direito à participação (inciso VI) e proteção à fauna e à flora (inciso VII).

Além desses instrumentos, outro conjunto de bens de uso comum do povo ou de interesse público foi disposto sob tutela ambiental visando sua preservação, desde o nascedouro da CF/88, em relação a objetos e setores ambientais, tais como, mineração, responsabilidade cumulativa pelas condutas e atividades lesivas ao ambiente, este inovou com a introdução da *responsabilidade penal da pessoa jurídica*, a proteção especial a macrorregiões, a indisponibilidade de terras devolutas e de áreas indispensáveis à preservação ambiental, o controle das usinas nucleares, dentre outros.

Foi instituído o *federalismo cooperativo* que trata-se de um “quadro de competências entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios” com foco em vários temas, dentre os quais a proteção do meio ambiente no território nacional, considerando que boa parte da matéria relativa à proteção do meio ambiente pode ser disciplinada a um só tempo pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

Em última análise, destacou-se o artigo 5º, LXXIII e Artigo 129, III que diz respeito às garantias processuais para a tutela do meio ambiente, respectivamente, através da *ação popular* que visa a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao *meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural* e da função institucional conferida ao Ministério Público em suas esferas para promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Neste estudo também fez-se referência ao elenco das leis ambientais, genericamente, editadas no âmbito federal, a partir do ano de 1989 a 2018.

Por último, importante frisar que a lei geral que regulamenta a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6938/81, mesmo sendo anterior à CF de

1988, foi recepcionada pelo texto constitucional, e ao longo de sua vigência já sofreu várias alterações.

Em suma, nestes 30 anos de CF/88 houve um grande avanço na efetividade da tutela do meio ambiente, e da construção da sua jurisprudência nacional, contudo, há muito que se desenvolver em termos de fiscalização e execução das políticas ambientais, a fim de coibir a perda da diversidade ambiental, lutar contra a degradação e pela preservação e recuperação dos recursos naturais e do meio ambiental cultural.

REFERÊNCIAS

ANTUNES. Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 18ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01 set. 2018

BRASIL. Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm> Acesso em 01 set. 2018.

BRASIL. Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011. Disponível em URL: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm> Acesso em 02 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2432/RN. Distrito Federal. Relator: Min. Eros Grau, julgada em 26/08/2005. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em <<portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1923990>> Acesso em 07 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2432/RN. Distrito Federal. Relator: Min. Eros Grau, julgada em 26/08/2005. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em <<portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1923990>> Acesso em 07 set. 2018.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de inconstitucionalidade nº 4983-CE Distrito Federal: Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, Processo Eletrônico DJe-087. Divulg 26-04-2017. Public 27-04-2017. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000324540&base=baseAcordaos>> Acesso em 07 set. 2018.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de inconstitucionalidade nº 3540 MC Distrito Federal: Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Decisão Proferida pelo Ministro NELSON JOBIM, julgado em 25/07/2005, publicado em DJ 02/08/2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000015893&base=basePresidencia>> Acesso em 07 set. 2018.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164. Distrito Federal: Relator: Min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17 nov. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tese de Repercussão Geral 145-Mérito. RE 586224-SP. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015. Acórdão Eletrônico. DJe-085. Public. 08-05-2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencias>> Acesso em 17 set. 2018.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**. Brasília: Câmara/DANC. 1988. Págs. 14380-82. Disponível em: <www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20D> Acesso em 24. ago. 2018.

MACHADO. Paulo A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 10ª ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT. 2015.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

NOTAS

1. GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**. Brasília: Câmara/DANC.1988. Págs.14380-82. Disponível em: <www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20D>. Acesso em 24 ago. 2018.
2. Cf. MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 10ª ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2015, p. 136-140; e MACHADO. Paulo A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 123-128.
3. O jurista francês Michel Prier considera que: “a noção de Meio Ambiente é uma noção “camaleão”. Em sua opinião: “Meio ambiente é uma palavra que, antes do mais, exprime paixões, esperanças, incompreensões. Segundo o contexto em que é utilizado, meio ambiente será entendido como um modismo, um luxo de

países ricos, um mito, um tema de contestação brotado das ideias hippies dos anos 60, um retorno à mentira, um novo terror do ano 1000 ligado à imprevisibilidade das catástrofes ecológicas, flores e passarinhos, um grito de alarme de economistas e filósofos sobre os limites do crescimento, o anúncio do esgotamento dos recursos naturais, um novo mercado de antipoluição, uma utopia contraditória com o mito do crescimento. Mas, o meio ambiente tornou-se, com a noção de desenvolvimento sustentável, uma preocupação maior não somente dos países ricos, mas, igualmente, dos países pobres”. (*Apud*, MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. Op. cit., p. 137).

4. Segundo refere o mestre Paulo Affonso Leme Machado na obra citada acima, p. 122.
5. Somente na Lei n. 6.938/81 que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e outras providências, foi definido legalmente o sentido de meio ambiente no art. 3º, I: “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;”
6. Vide SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 20.
7. *Ibid.*, p. 81.
8. *Ibid.*, p. 81.
9. *Ibid.*, p. 81.
10. ANTUNES, Paulo B. **Direito Ambiental**. 18ª ed. São Paulo: GEN. 2016. p. 18
11. *Ibid.*, p. 39
12. Veja-se uma concepção mais completa deste autor afirmando que: “Meio ambiente compreende o humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que se constroem a partir da apropriação dos bens naturais, que por serem submetidos à influência humana transformam-se em recursos essenciais para a vida humana em quaisquer aspectos.” *Ibid.*, p. 10.
13. *Ibid.*, p. 07.

14. Ibid., p. 20

15. § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal mato-grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

16. Essa alteração constitucional da EC 96, de 06.06.2017, culminou em ser aprovada poucos meses depois de julgamento proferido pelo STF na ADI 4983-CE que julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará sobre a realização de vaquejadas. O Pretório Excelso por maioria decidiu que os animais não podem ser submetidos à crueldade em face do preceito do art. 225, VII da CF/88, no acórdão que segue: “(...)VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. (ADI 4983, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em 06/10/2016, Processo Eletrônico Dje-087 Divulg 26-04-2017 Public 27-04-2017)

17. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a *sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*

18. VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
19. Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, no Capítulo III-Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária da CF/88.
20. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[*Omissis*]
VI - defesa do meio ambiente;
21. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento _ CNUMAD (Rio-92), conhecida por “Cúpula da Terra”, que aprovou a Carta de 27 princípios e estabeleceu a “Agenda 21”, documento programático que abrange uma “pauta de ações” para serem implementadas pelos governos, agências de desenvolvimento, por grupos setoriais independentes e pelas Nações Unidas em seus diversos organismos. Cf. MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**, Op. cit., p. 1618-1622.
22. Anota-se que este dispositivo foi alterado pela EC nº 53, de 2006, no tocante à sua redação original para prever as expedições de “Leis Complementares”. Nova redação: “Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. [grifou-se]
23. Art. 21. Compete à União: [...] IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; [...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:...b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; ... d) [...] aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; [*omissis*] f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; [...] XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso; XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico [...]; XXII - executar os serviços de

- polícia marítima, aérea e de fronteira; [...] XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.
24. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] IV - *águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão*; [...] XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;
25. Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.
26. [...] Por ofensa ao art. 22, XI, da CF, que atribui à União a competência privativa para legislar sobre trânsito e transporte, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Norte contra a Lei 7.723/99, do mesmo Estado, que autoriza o parcelamento do pagamento de multas decorrentes de infrações de trânsito, sem nenhum acréscimo. Vencido o Min. Marco Aurélio que julgava improcedente o pedido. ADI 2432/RN, rel. Min. Eros Grau, 9.3.2005. (ADI-2432)
27. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
28. Cf. MILARÉ, Op. cit., p. 215. O autor Paulo Bessa Antunes destaca uma tendência do legislador constituinte em privilegiar a centralização por parte da União. Cf. ANTUNES. Op.cit., p.106.
29. Ibid., 104.
30. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [*omissis*]; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, *as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos*; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa *e exploração de recursos hídricos* e minerais em seus territórios;
31. Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...].

32. Na sessão do Plenário de 5.3.2015 do STF. Decisão: O Tribunal decidindo o tema 145 da Repercussão Geral, por maioria, vencida a Ministra Rosa Weber, deu provimento ao recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia/SP. Por unanimidade, o Tribunal firmou a tese de que o *município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, inciso VI, c/c 30, incisos I e II, da Constituição Federal)*. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.03.2015. Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tese de Repercussão Geral 145-Mérito. RE 586224-SP. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015. Acórdão Eletrônico. DJe-085. Public. 08-05-2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencias>> Acesso em 17.10.2017.
33. Segundo Édis Milaré: “Para o direito brasileiro, portanto, são elementos do meio ambiente, além daqueles tradicionais, como o ar, a água e o solo, também a biosfera, está com claro conteúdo relacional (...). Temos em todos eles, a representação do meio ambiente natural. Além disso, vamos encontrar uma série de bens culturais e históricos, que também se inserem entre os recursos ambientais, como meio ambiente artificial ou humano, integrado ou associado ao patrimônio natural. MILARÉ. Op.cit., p. 144.
34. ANTUNES. Op. cit., p.106-107.
35. Cf. MILARÉ, Op. cit. p. 115.
36. Ibid., p. 115.
37. Cf. MILARÉ, Op. cit. p. 210.
38. Alterações da Lei nº 7.804/89, Lei nº 8.028/90 e Lei nº 12.651/12.
39. § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal mato-grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

A proteção internacional do meio ambiente frente aos danos decorrentes de transporte de óleo no mar

International environmental protection against damages arising out of oil transportation at sea

Mônica Teresa Costa Sousa
Suellen Souza Pereira

RESUMO

No decorrer dos séculos, o meio ambiente tem sido relegado historicamente ao des-caso em relação à sua preservação e proteção, chegando-se, inclusive, à extinção de espécies e ecossistemas, matança de seres vivos e destruição de áreas que gozavam de proteção legal. Diante de tal panorama a salvaguarda do meio ambiente tornou-se premente não só no plano nacional, mas, também, no internacional. O presente trabalho tem como proposta analisar em que medida é possível verificar a responsabilização, no plano internacional, pelos danos oriundos do transporte de óleo no mar, bem como quais são os mecanismos da Responsabilidade Internacional que são prementes ao Direito Internacional do Meio Ambiente. A metodologia empregada neste trabalho é básica, no que pertine à sua natureza; no que diz respeito à forma de abordagem do problema, qualitativa; por seus objetivos, exploratória e quanto aos procedimentos, bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito Internacional do Meio Ambiente. Responsabilidade Internacional. Dano Ambiental. Transporte de Óleo no Mar.

ABSTRACT

Over the centuries, the environment has been historically relegated to disregard for its preservation and protection, including the extinction of species and ecosystems, the killing of living beings and the destruction of areas that enjoyed legal protection. In face of such a scenario the safeguarding of the environment has become urgent not only at the national level, but also at the international level. The purpose of this paper

is to analyze to what extent it is possible to verify the international responsibility for the damages caused by the transport of oil at sea, as well as the mechanisms of International Responsibility that are relevant to the International Law of the Environment. The methodology used in this work Will be basic, as far as its nature is concerned; with regard to the approach to the problem, it Will be qualitative; by its objectives, it Will be exploratory and as for the procedures, it Will be bibliographical and documental.

Keywords: International Environmental Law. International Responsibility. Environmental Damage. Transportation of Oil in the Sea.

INTRODUÇÃO

Diante do descaso em que se encontra a conservação do meio ambiente, sua salvaguarda torna-se premente. Muitos são os casos de desastres ecológicos que superam as fronteiras físicas e geográficas delimitadas pelos Estados. Desta forma a proteção internacional do meio ambiente tem adquirido ao longo dos anos, tanto nas discussões acadêmicas quanto nas mais diversas Convenções que a regulamentam, destaque para que seja possível aplacar os efeitos danosos da poluição do meio ambiente, neste relevo, o marinho.

Com efeito, além, de pontuar os aspectos relevantes dos sistemas de responsabilidade, em âmbito internacional, o tema propõe tratar acerca do dano ambiental, especificamente, o marinho decorrente de poluição por óleo.

Essa pesquisa tem como proposta analisar em que medida é possível a responsabilização, no plano internacional, pelos danos oriundos de transporte de óleo no mar. Para tanto, inicia-se abordando noções gerais acerca do Direito Internacional do Meio Ambiente: sua transformação histórica, como este ramo do Direito progrediu a partir da própria evolução do homem ao perceber o que estava implicado no conceito de meio ambiente, dos instrumentos normativos firmados no plano internacional. No que tange à sua natureza, esta pesquisa define-se como básica uma vez que a mesma, segundo Gil¹ “[...] tem como propósito preencher uma lacuna do conhecimento [...]”, o que envolve interesses de cunho universal. No tocante aos procedimentos, o seu delineamento de colheita de dados, primariamente, será bibliográfico, uma vez que tal busca se dará em material já publicado também terá como característica a pesquisa documental, como fonte secundária de fornecimento de dados².

Posteriormente, serão vistos os aspectos atinentes à responsabilidade prevista pelo Direito Internacional do Meio Ambiente e a responsabilidade oriunda de transporte de óleo no mar; apresentar-se-ão os componentes da responsabilidade internacional e após será considerada a Responsabilidade Subjetiva ou por Culpa e a Responsabilidade Objetiva ou por Risco que compõem o sistema de responsabilidade previsto pelo Direito Internacional do Meio Ambiente. Finalmente, será vista a responsabilidade pelos danos causados pelo transporte de óleo no mar para que se encaminham as conclusões do texto, no sentido de apresentar quais as configurações atuais nesta seara de responsabilização.

1 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE: transformação histórica

A definição acadêmica de meio ambiente foi construída de forma paulatina, ao longo de décadas. Meio ambiente, coetaneamente, é definido como o conjunto de elementos artificiais do espaço urbano tanto aberto quanto fechado, respectivamente como, as ruas, as praças, os espaços livres, as edificações, também os elementos culturais como o patrimônio histórico, o paisagístico e o destinado ao turismo, os naturais compostos pela água, pelo ar, pelos elementos da fauna e da flora que contribuem para o desenvolvimento contrabalancado da vida em suas mais variadas manifestações³.

Outra aceção dada ao meio ambiente decorre da ideia de que este é o conjunto composto por toda a natureza, ou seja, aquela denominada original ou natural e aquela chamada de artificial, sendo adicionados ao contexto os chamados bens culturais⁴. Portanto, entende-se que, o meio ambiente é a influência mútua entre os elementos naturais, artificiais e culturais que juntos tornam propício o desenvolvimento equilibrado da vida em suas diversas formas⁵.

O século XX, marca o início da tomada de consciência pelo homem em relação à necessidade de proteção ambiental frente à possibilidade de degradação do meio ambiente, apesar de todos os avanços científicos que já haviam ocorrido, até então, nas áreas da física e da química. Tal situação se deu especialmente porque, até aquela época, não se pensaria em antepor ao progresso humano, a imprescindível proteção da natureza. De igual forma, o tão almejado e ansiado desenvolvimento, nas áreas industrial e comercial, para o qual o mundo se direcionava, não estaria atrelado ao equilíbrio ambiental. Assim, a percepção da natureza configurada como bem, com todos os seus valores e serviços ecossistêmicos, está pautada na descoberta de que, o combate contra a destruição ambiental

tem como escopo a salvaguarda da saúde e do bem-estar humanos. Com esse entendimento macro sistêmico, passaram a ser criadas regras protecionistas, no âmbito jurídico, com vistas à proteção do meio ambiente com o intuito de impedir, de forma expressa, a execução de atividades que ensejariam consequências gravosas à saúde e à manutenção da existência humana⁶.

Desta feita, a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, redigida durante o período pós-guerra, é um marco legal de revelo, devido à sua premente preocupação com a garantia dos direitos individuais e do seu caráter humanitário, e apesar de não tratar especificamente sobre o Direito Ambiental, traz em seu bojo um viés embrionário relativo ao Direito Internacional do Meio Ambiente, ao assegurar em seu artigo 28: “Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”. O artigo inaugura o quadro evolutivo do Direito Internacional do meio ambiente, haja vista que: “Somente com a garantia efetiva de um ambiente ecologicamente equilibrado é que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração de 1948 podem ser plenamente realizados [...]”⁷.

Durante os anos que se seguiram os Estados iniciaram em esfera internacional a discussão voltada ao meio ambiente, principalmente, em questões relacionadas à poluição transfronteiriça, vez que os ordenamentos internos não conseguiam coibir estes avanços. Assim, houve uma mudança na pauta ambiental em âmbito internacional, abandonando-se as restritas discussões diplomáticas, passando-se a incluir a sociedade civil junto aos debates ambientais, principalmente por meio das Organizações Não Governamentais (ONGs); tem-se que a facilidade ao acesso às informações foi determinante para a construção desta nova situação.

Diante dessas mudanças, o Direito Internacional do Meio Ambiente passa por um período de transformações progressivas, também corroborado pelas seguintes percepções: a poluição além das fronteiras internas confirma que não há limites na natureza quanto a fronteiras físicas e políticas traçadas pelos Estados, esboçando assim que deve haver, imprescindivelmente, cooperação internacional.

A poluição marinha, que no decorrer dos anos, com o crescimento do fluxo marítimo de embarcações, tem como agentes os grandes e recorrentes naufrágios de navios cargueiros, além disso, a poluição de mares e oceanos se desdobra em três espécies: o alijamento, que é a reunião num navio fretado de resíduos não desejados e produzidos em terra que são jogados de forma deliberada ao mar; o despejo no mar de cinzas dos rejeitos industriais que são queimados em alto-mar e; a poluição telúrica, produzida em terra e transportadas pelas águas

fluviais ou quando são despejados esgotos sanitários ou industriais que se servem do meio marinho como desaguadouro⁸.

Em 1972, consolida-se no plano normativo internacional o Direito Internacional do Meio Ambiente com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, sediada em Estocolmo, Suécia. Dentre as salvaguardas consolidadas pela Conferência de Estocolmo de 1972, vale o destaque para o trato das questões ambientais de forma global. O resultado foi uma série de resoluções e recomendações, porém, o instrumento de maior relevo foi a Declaração de Princípios que materializou os anseios comuns dos Estados participantes⁹.

A Declaração de Princípios resultante da Conferência estabeleceu 26 Princípios que revelaram a preocupação premente com o desenvolvimento e o meio ambiente. É neste instrumento normativo que o meio ambiente equilibrado foi consagrado como direito humano em seu Princípio 1, que também traça a responsabilidade de proteção e melhoria do meio ambiente, para as presentes e futuras gerações. Dentre outros, vale o destaque ao Princípio 22 que disserta acerca da cooperação dos Estados para o desenvolvimento do Direito Internacional, no que pertine à possibilidade de as vítimas de poluição e danos ambientais serem indenizadas mesmo que estes danos atinjam áreas fora da jurisdição do Estado onde estes originaram-se¹⁰.

O outro grande trunfo da Conferência, além da Declaração, foi a criação do PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Foram estabelecidas regras específicas quanto ao derramamento de óleo no mar de forma deliberada e quanto à caça de baleias. Vale o destaque do seu Princípio 21 que discorre acerca do dano transfronteiriço que preconiza que os Estados devem agir no sentido de evitar danos àqueles que estiverem em seu entorno para isso é imprescindível que os Estados criem internamente políticas ambientais, corretas cientificamente além, de economicamente viáveis.

No ano de 1982, em Montego Bay, Jamaica, foi aprovada a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar – UNCLOS, subscrita por mais de 150 Estados, é um marco no que diz respeito à soberania, jurisdição, direitos e deveres dos Estados no que toca aos oceanos e aos recursos marinhos quanto ao seu uso, navegação, sobrevoo, conservação e contaminação, pesca, tráfego de embarcações e exploração dos seus recursos.

A Convenção constituiu um regime novo aos mares e oceanos e quanto às questões de proteção ambiental, ela também trouxe novas obrigações principalmente no que concerne à poluição do meio ambiente marinho e à preservação dos ecossistemas que o compõe. Abarca em seus dispositivos pontos relevantes, dentre outros: o conceito tanto do mar territorial quanto da zona

contígua bem como da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; a delimitação do regime jurídico, para os estreitos que servem à navegação internacional, e para os denominados Estados Arquipélagos. Os órgãos criados pela UNCLOS são: a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, o Tribunal Internacional do Direito do Mar e a Comissão de Limites da Plataforma Continental¹¹.

Em 1987, um reflexo da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, foi sentido na Europa comunitária com a introdução no Tratado CEE, do Título VII à III parte, intitulado “O Ambiente”. A partir de então, a Comunidade Europeia passou a tratar da coadunação “[...] das legislações domésticas dos Estados-partes e da constituição de um vigoroso direito uniforme supranacional entre eles, em matéria de direito ambiental regional e internacional”.

Apesar de todos os avanços dos instrumentos normativos internacionais e da repercussão de tais nos ordenamentos internos, os anos que seguiram foram marcados por grandes tragédias ambientais. Dentre esses desastres de cunho ambiental, destacam-se em linhas gerais, o acidente industrial de Seveso ocorrido no dia 10 de julho de 1976, na região italiana da Lombardia, tido como o maior acidente industrial europeu; o acidente ocasionado pelo Cosmos 924 em 24 de janeiro de 1978, um satélite artificial de telecomunicações soviético, que caiu no Canadá e com isso alastrou quantidades significativas de material radioativo em território canadense; a catástrofe do petroleiro Amoco Cádiz também ocorrido em 1978, que se partiu ao meio no Mar do Norte, deixando uma maré negra com 10 cm de espessura nas praias atingidas pelo derramamento; o famigerado acidente acontecido na cidade ucraniana de Chernobyl, em 1986, advindo de uma falha num reator nuclear da usina o que culminou com a liberação de gases tóxicos e material radioativo no meio ambiente. Até hoje os moradores da área sofrem os efeitos desse acidente radioativo, há muita incidência de câncer na população do entorno do acidente¹².

Diante deste cenário acontece a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD (conhecida como ECO 92), 20 anos após a Declaração de Estocolmo de 1972, que contou com 172 países, 116 chefes de Estado perfazendo um total aproximado de 10.000 participantes. A ECO 92 tinha um objetivo principal grandioso: que os Estados se apercebessem da necessidade de desaceleração do processo de degradação ambiental, através da prática de políticas públicas bem como de ações compatíveis com o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente.

Os objetivos específicos da ECO 92 eram: traçar um exame da condição do meio ambiente mundial desde 1972 e seu relacionamento com o processo

de desenvolvimento vigorante; constituir formas de transferência de tecnologias limpas aos países em vias de desenvolvimento; delinear táticas, no plano nacional e internacional, para a inclusão de critérios ambientais junto ao desenvolvimento, criar um sistema de cooperação internacional que atuasse de forma preventiva em relação às iminentes ameaças ambientais e que pudesse vir em socorro aos Estados que se encontrassem em situação de emergência; rever o sistema da ONU e se necessário criar novos órgãos que pudessem implementar o que seria decidido na Convenção¹³.

Da Conferência resultaram duas Convenções multilaterais: a Convenção-Quadro sobre mudança do clima – Protocolo de Kyoto e a Convenção sobre a Diversidade Biológica; e 2 documentos que estabeleceram princípios normativos que seriam adotados por aqueles Estados que os subscreveram, foram eles: a Agenda 21 e a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ou Declaração do Rio/92.

O Protocolo de Kyoto passou a traçar regras no intuito de minimizar o efeito estufa e a destruição da camada de ozônio, também lhe coube definir de forma mais precisa, a redução da emissão de gases na atmosfera que contribuem para o aumento do efeito estufa. A Convenção da Diversidade Biológica – CDB trata da preservação da diversidade biológica, do uso de forma sustentável de tudo aquilo que integra a diversidade biológica e da divisão justa dos recursos genéticos, incluindo acesso e transferência de tecnologias. Já a Declaração do Rio trouxe em seu arcabouço 27 Princípios com bases referenciais à Declaração de Estocolmo, de 1972, que tratam acerca do desenvolvimento sustentável, da soberania territorial e de sua limitação, da precaução, da responsabilidade e da cooperação internacional. O seu Princípio I consagra o meio ambiente como direito humano. No que diz respeito à cooperação, esta pode ser identificada em vários princípios da Declaração como o Princípio V que diz que deverá haver cooperação tanto entre Estados quanto entre indivíduos para o fim da pobreza e para minimizar a diferença entre os padrões de vida. O Princípio 15, cuida da precaução ao preceituar que, na ausência de certeza científica absoluta, quando houver ameaça a danos graves ou que sejam irreversíveis, esta não poderá ser usada para que medidas de prevenção de danos ambientais que sejam economicamente viáveis tenham sua implantação adiada.

No que tange à responsabilidade é preceituado que deve haver a indenização das vítimas de poluição e de danos ambientais; os Estados também deveriam notificar outros Estados tanto sobre desastres naturais quanto outras situações emergenciais que poderiam resultar em danos ambientais. A Agenda 21 é um programa de proteção do meio ambiente composto de 40 capítulos que apreçoam objetivos a serem cumpridos durante o século XXI¹⁴.

Portanto, hoje vários são os instrumentos normativos firmados internacionalmente e subscritos com o escopo de preservação ambiental, porém, estes supracitados foram os principais precursores que lançaram bases para a estrutura atual de proteção ambiental vigente no âmbito internacional.

Faz-se necessário o apontamento das cinco principais funções do Direito Internacional do Meio Ambiente, tais sejam: a promoção de mecanismos e procedimentos para que haja vias de resolução de disputas e supervisão tanto da implementação quanto da adaptação dos tratados e dos elementos consuetudinários, além, de ajudar no desenvolvimento da colaboração entre os Estados, as ONGs e as organizações internacionais; a regulamentação da problemática ambiental, traçar modelos e alvos, a nível internacional, para que o dano não ocorra ou para sua minimização, e traçar um processo e preparação de regras maleáveis para que haja a possibilidade de adequação célere aos avanços da ciência e da tecnologia; instituir critérios de reparação ou de compensação decorrentes de dano ambiental transfronteiriço que tenha incidido sobre um Estado ou indivíduo; alargar tanto a responsabilização, abarcada no Direito Internacional, por crimes cometidos contra o meio ambiente, quanto os direitos individuais ambientais; coadunar a legislação nacional e regional, uma vez que os tratados acabem por influenciar as leis internas dos Estados¹⁵.

De acordo com os pontos analisados acima, e com base no tratamento dado pelos principais instrumentos normativos de proteção ao meio ambiente, resta claro que no decorrer dos anos houve, de fato, um aumento emergente na proteção ambiental tanto nacionalmente quanto no plano internacional conforme constatado nos marcos legais que consagraram o Direito Internacional do Meio Ambiente. Somado a isto, está a consagração da preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado a ser preservado e mantido enquanto Direito Humano. A seguir será apresentada a relação entre a proteção ao meio ambiente e a Responsabilidade decorrente do dano ambiental ocorrido em plano internacional.

2 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL: conceito, fundamentos e elementos essenciais

Em termos gerais, a responsabilidade nasce de um dever de reparação, no plano internacional isso se dá com os sujeitos de Direito Internacional que figuram como atores dessa relação.

A responsabilidade nasce da vida social e, portanto, finca raízes em todas as estruturas das ciências jurídicas. Georges Scelles¹⁶, referencia sua noção como sendo: “[...] uma necessidade de equilíbrio social, de retribuição de justiça, sen-

do esta a razão de o seu fundamento ser ético”. O termo responsabilidade aparece em fins do século XVIII, com a Revolução Francesa, em 1789, e somente aí é que se desvincula do Direito Canônico, onde era atribuída como sinônimo de culpa moral ou pecado, e passa a expressar imputação. Internacionalmente, esta segue a mesma acepção já que, em nenhum sistema normativo de direito é possível que aos seus sujeitos sejam atribuídos direitos e deveres.

Em âmbito internacional, a responsabilidade surge quando um Estado (por seus agentes) pratica um ato, considerado ilícito nesta esfera, deve a outro Estado (ou a seus cidadãos), que porventura tenha sofrido algum dano, a obrigação de uma reparação adequada. Isto acontece entre sujeitos de Direito das Gentes, ou seja, entre os Estados soberanos e as organizações internacionais, cabendo desta forma, o mesmo conceito às últimas. No caso das organizações internacionais. Estas podem figurar tanto como vítimas quanto como agentes de condutas ilícitas geradoras de responsabilidades frente a outro sujeito de direito internacional que tenha sofrido danos¹⁷.

Outro conceito concernente à responsabilidade internacional do Estado preconiza que esta é um instituto jurídico, através do qual, aquele Estado que é imputado por um ilícito tem o dever de reparar o dano causado ao Estado contra o qual aquele ilícito foi perpetrado. Esta responsabilidade tem a peculiaridade de sempre reparar o prejuízo advindo do dano já que, em âmbito internacional, não há responsabilidade penal com vistas ao castigo¹⁸.

Quanto aos seus fundamentos, para que haja a caracterização da responsabilidade internacional, é necessário que haja uma ofensa a uma norma de Direito Internacional e que a consequência disto seja um dano tanto para um Estado quanto para uma Organização Internacional. A responsabilidade internacional, origina-se via de regra de conduta ilícita em que há violação de instrumentos normativos internacionais, ou seja, onde tenha ocorrido a violação de uma norma, um princípio geral, um tratado em vigor, dentre outros instrumentos. No Direito Internacional não se admite que a responsabilidade objetiva seja aferida sem a devida verificação de qualquer que seja a situação que enseje a falta, salvo os casos especiais demarcados por recentes convenções¹⁹.

É inconteste o fato de que a responsabilidade internacional somente recairá sobre o sujeito que cometer um ato ilícito ou for omissivo e, que isto enseje uma violação ou de uma regra jurídica ou de uma obrigação no âmbito internacional. Esta responsabilidade poderá ser: delituosa ou contratual. Delituosa, se esta resultar de ato delituoso; e, contratual, se esta resultar da não execução de obrigação contraída.

Pode ainda, ser direta quando for resultante de atos praticados ou pelo próprio governo ou por algum de seus funcionários; ou pode ser indireta, quando

esta advier de atos simples particulares desde que esta responsabilidade possa ser imputada ao Estado. O dano deverá ser tanto material quanto moral, desde que, seja perpetrado contra o direito de outrem, que seja, de fato, um ato tido como ilícito e que tenha plenas condições de ser imputável ao sujeito de direito internacional. O ato ilícito é tudo aquilo que transgride deveres e obrigações dos Estados e de organizações internacionais, quer seja uma ação ou uma omissão, decorrentes de tratados, costume, convenções ou dos princípios gerais de direito. A imputabilidade também será comissiva ou omissiva, desde que seja atribuível ao agente de direito internacional público em decorrência de seu comportamento, no caso de funcionários que representam o Estado é necessário que estes tenham cometido a ação ou omissão, na categoria de oficial de órgão do Estado²⁰.

Os elementos essenciais para a configuração da responsabilidade internacional são: o ato ilícito, a imputabilidade e o dano. O ato ilícito, por seu turno, é o descumprimento de uma regra de Direito Internacional, quer seja por uma ação quer por uma omissão²¹.

O nexó entre o ilícito e quem é responsável por ele, é denominado de imputabilidade. Entretanto, deve-se ter em mente que nem sempre o causador ou autor do dano é responsável por ele no plano internacional, deste modo, o Estado ou a Organização Internacional serão responsáveis por atos de seus agentes, assim não há que se confundir a imputabilidade com a autoria de fato do ilícito²².

A imputabilidade diz respeito à responsabilização do ilícito internacional (ação ou omissão) a um Estado ou Organização Internacional. Diante desta definição, cuida-se em dividir a imputabilidade em duas vertentes: a indireta, que ocorre quando o Estado passa a responder por dependência, como por exemplo, nos casos de territórios que estejam sob sua tutela, nos casos de associação e dos que possuem províncias federadas; e a imputabilidade direta, que é a atribuição de um ilícito a um Estado por atos cometidos por seus órgãos sem ser levado em conta o seu nível hierárquico²³.

O dano tem como característica a possibilidade de ser tanto de ordem moral quanto de ordem patrimonial; além disso, pode ser causado tanto a um particular quanto a um Estado ou Organização Internacional. O instituto da responsabilidade internacional tem em vista a reparação do dano, haja vista, ser o cerne da responsabilidade internacional²⁴.

Não se argui a responsabilidade sem que do ato ilícito tenha decorrido um dano para outro sujeito de Direito Internacional; o dano porém não será somente de ordem pecuniária ou econômica. Somente o Estado lesado é quem poderá invocar a responsabilidade internacional do Estado que tenha cometido o ato ilícito gerador do dano que por sua vez conceberá a responsabilidade²⁵.

Diante dos pressupostos da responsabilidade internacional apresentados, será considerada adiante a responsabilidade pertinente ao Direito Internacional do Meio Ambiente.

3 A RESPONSABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE

No plano do Direito Internacional do Meio Ambiente, a responsabilidade derivada de danos decorrentes da prática de atos ilícitos passou a ser esboçada através das Convenções.

Um exemplo disto é a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, que trata em seu Princípio 02 que aos Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de Direito Internacional, cabe o direito soberano de explorar seus recursos através de políticas ambientais e de desenvolvimento, bem como a responsabilidade de asseverar que as atividades que estiverem sob sua jurisdição não causarão danos ao meio ambiente de outros Estados²⁶.

O Direito Internacional do Meio Ambiente divide a responsabilidade em duas categorias: a primeira é a Responsabilidade Subjetiva ou por culpa e a segunda é a Responsabilidade Objetiva ou por Risco.

A primeira a ser considerada será a Responsabilidade Subjetiva ou por culpa. A Responsabilidade Subjetiva ou por Culpa, é gerada por intermédio de ação ou omissão que sejam tidas como ilícitas arrogáveis aos Estados, de onde advém a obrigação da reparação²⁷.

Desta forma, na Responsabilidade Subjetiva, a autoria do ilícito tem como elementos característicos: a probabilidade de ser imputado a um Estado, conforme já abordado, pelo Direito Internacional; a prática de uma violação à um dever do Estado contraído na esfera internacional. Assim, verifica-se que há um elemento subjetivo, que por sua vez é a atribuição da ação ou da omissão a um ente de Direito Internacional e um elemento objetivo que se configura com a não observância das normas internacionais. Para que de fato haja uma violação de uma obrigação no plano internacional, é imprescindível que esta ação ou omissão não seja consoante com aquilo que está previsto por tal obrigação, sendo irrelevante a origem de tal ato. Porém, esta obrigação já deve estar consolidada ao tempo do ato. No que diz respeito ao tempo da violação este será aferido ou pelo período de duração do ato, se este for de natureza contínua, ou o momento em que se deu o fato se este não tiver sido de natureza contínua²⁸.

No que diz respeito à reparação do dano oriundo do ilícito praticado por um Estado faz-se mister a sua classificação, uma vez que, o Estado causador do

dano deverá cessar o comportamento gerador do ilícito além de reparar tais danos.

Para tornar claro o entendimento deste ponto, serão consideradas três acepções que há na doutrina acerca da expressão reparação do dano: a primeira, é que esta poderá ser denotada como um pacote de medidas que o Direito Internacional põe ao dispor do Estado. Desta forma, a reparação do dano, *lato sensu*, implicaria em sanções que poderiam ser: a cessação do ato ilícito, a reparação *stricto sensu*, e a aplicação, pelo Estado ofendido, de contramedidas. A segunda, subdivide a reparação, *stricto sensu*, em 4 modalidades que são: a restituição em espécie, a indenização também chamada de compensação, a satisfação, as medidas assecuratórias e garantias de não-repetição do ato delituoso. Por fim, a reparação do dano ambiental poderá significar uma restituição em espécie, um pagamento à guisa de indenização ou uma medida satisfatória de dano moral²⁹.

A responsabilidade objetiva é um sistema de regramento específico, sua regulamentação circunscrita dentro do sistema de responsabilidades do Direito Internacional, tem suas reminiscências advindas do *jus scriptum*. Diferentemente da responsabilidade subjetiva, tratada outrora, a responsabilidade objetiva é oriunda dos danos provocados pelo cometimento dos atos lícitos não proibidos pelo Direito Internacional³⁰.

O marco inicial da responsabilidade objetiva foi a celebração da Convenção de sobre a Responsabilidade Civil contra Terceiros, adotada em Paris, em 29/07/1960. Depois desta convenção, várias outras foram firmadas no âmbito da responsabilidade objetiva, passaram a ser reunidas em grupos e os mais expoentes são aqueles que tratam dos seguintes temas: responsabilidade por danos nucleares, responsabilidade civil por danos derivados de poluição marinha por óleo, responsabilidade internacional por anos causados por objetos espaciais. Estas convenções passaram a traçar um ponto de equilíbrio entre os temas conflitantes, quais sejam: a reparação dos danos causados a terceiros que perfazem as atividades perigosas, porém, legítimas e a retirada dos percalços que se antepõem diante de tais atividades, que são de grandíssimo interesse do Estado. Quanto à tipicidade das Convenções que passaram a instituir a responsabilidade objetiva, estas são aquele tipo de tratados que constituem o direito uniforme dos Estados contratantes³¹.

A responsabilidade objetiva, no campo ambiental implica que aquele que acarretou danos ao meio ambiente tem a obrigação imposta pelo Direito de repará-lo. Aqui não importa o motivo da degeneração acarretada para que haja o dever de reparação ou de indenização³².

Um dos aspectos de maior interesse dentro âmbito da responsabilidade objetiva no plano do Direito Internacional, no que toca ao meio ambiente é a

responsabilidade internacional por danos decorrentes do transporte de óleo no mar, que será mais detalhado a seguir.

4 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL POR DANOS DECORRENTES DO TRANSPORTE DE ÓLEO NO MAR

Por anos essa área ficou sem normatização específica ou sem nenhuma proteção jurídica no plano internacional. O elemento transformador dessa situação foram os grandes desastres ambientais ocasionados pelo derramamento de óleo no mar oriundos de incidentes ocorridos com grandes petroleiros. A partir de então o mundo passou a voltar sua atenção a esses grandes desastres e suas conseqüentes marés negras que deixam quilômetros de destruição por onde passam.

A Convenção de Montego Bay, assinada na Jamaica no ano de 1982, em seu artigo 1º, traz a definição primária do que significaria a poluição do meio marinho, que a seu turno, seria a introdução pelo homem, quer de forma direta quer indireta de conteúdo ou de energia, no meio ambiente marinho sempre que estas provoquem efeitos prejudiciais, como danos aos seres vivos e à vida daquele ambiente, aos humanos, ou cause dificuldades às atividades marítimas, como a pesca, ou à água do mar, no que diz respeito aos locais de lazer³³.

A Convenção Internacional Sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo passou a ser um marco quanto à regulação da responsabilidade sobre o derramamento de óleo, haja vista que até então o regime utilizado era o de responsabilidade por culpa, assim passou a ser utilizado o sistema da responsabilidade civil objetiva. Paralelo à Convenção foi adotado um fundo que cobria os custos decorrentes do dano que não fossem suportados pela Convenção sobre a Responsabilidade que funcionaria como um seguro, deste modo a responsabilidade objetiva cairia na pessoa do proprietário do navio e a indústria petrolífera³⁴.

A Convenção Internacional Sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo foi assinada em Bruxelas no ano de 1969 e traz conceitos, em seu artigo 1º, imprescindíveis à compreensão do tema, tais como: “Navio”, designa toda embarcação ou engenho flutuante marítimos, não importando o tipo, que tenha como carga óleo à granel e que sirva para o seu transporte; “Pessoa”, que poderá ser tanto física quanto jurídica, de direito público ou privado, estando incluindo aí um Estado e suas subdivisões políticas; “Proprietário” será tido como proprietário do navio uma ou mais pessoas registradas como tais, se não houver matrícula, será aquele ou aqueles que têm o navio como propriedade.

Todavia, se o navio tiver como proprietário um Estado, e for operado por uma companhia que possui registro de operadora nesse mesmo Estado, então, o termo “Proprietário” será atribuído a essa companhia; o “Estado de Registro do Navio” será aquele onde o navio foi registrado, quanto aos navios não registrados, este conceito recairá ao Estado cuja bandeira estiver arvorada no navio; “Óleo” é todo e qualquer óleo persistente como: petróleo bruto, óleo combustível, diesel pesado, óleo lubrificante e óleo de baleia, que for transportado como carga a bordo dos navios, nos tanques ou nos tanques de combustível do navio; “Dano por Poluição” é a perda ou dano, originados fora do navio que sejam o resultado de derrame ou descarga de óleo do navio, onde quer que seja, e abarca os custos das despesas com medidas preventivas dentre outros danos causados pelas mesmas; “Medidas Preventivas” são quaisquer medidas adotadas, após a ocorrência do incidente com vistas à minimizar ou prevenir os danos causados pela poluição; “Incidente” é todo e qualquer fato que tenham uma origem comum e que tenham como resultados os danos causados pela poluição³⁵.

A presente Convenção, contudo deixa uma lacuna por não definir a figura do armador, ou seja, da pessoa que dá fins econômicos ao navio e que passa a ser responsável por suas atividades comerciais, do proprietário da carga, do construtor do navio e nem daqueles que possam estar envolvidos no acidente. No que diz respeito à responsabilidade objetiva, a presente Convenção de Bruxelas contempla a seu principal definidor que é o apontamento do responsável e consequentemente sua imputabilidade ao dano ocorrido.

Outro instituto criado pala Convenção de Bruxelas foi a criação de um fundo para que a responsabilidade do proprietário do navio seja limitada. Este fundo deverá ser instituído dentro dos limites territoriais do Estado em que estejam as autoridades e o tribunal competente para a concessão das ações de indenização em casos de acidente. Este fundo poderá ser constituído logo após a ocorrência do incidente e também poderá ser constituído pelo segurador ou por quem quer que esteja responsável pela garantia financeira do navio³⁶.

Em 1992 foi criado um protocolo, assinado em Londres, à Convenção Internacional Sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, este Protocolo passou a ser conhecido como CLC 1992. Além dessa modificação, também houve a criação, concomitantemente, do Fundo Internacional para Compensação pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Óleo – FIPOL, que passou a regular de maneira mais enfática a questão dos fundos para a cobertura dos custos advindos de acidentes causados devido ao derramamento de óleo no mar.

Todos estes regramentos passaram a regulamentar de maneira mais recrudescida os aspectos da responsabilidade objetiva no âmbito do Direito In-

ternacional e passaram a ser mais protecionistas em relação ao meio ambiente marinho naquilo que pertine à poluição por derramamento de óleo.

CONCLUSÃO

Este texto trouxe aspectos relacionados à proteção internacional do meio ambiente em face dos danos decorrentes de transporte de óleo no ambiente marinho, a partir da evolução histórica pela qual passou o Direito Internacional do Meio Ambiente, perpassando pelo conceito, fundamentos e elementos da responsabilidade internacional, com ênfase na responsabilidade internacional inerente ao Direito Internacional do Meio Ambiente, e por fim, tratando especificamente à sua aplicação em relação aos danos causados pelo transporte de óleo no mar

Assim, diante do exposto, vê-se que a responsabilidade internacional surge quando um Estado que pratica um ato, considerado ilícito no plano internacional, deve a outro Estado, que porventura tenha sofrido algum dano, a obrigação de uma reparação adequada.

O Direito Internacional do Meio Ambiente divide a responsabilidade em duas categorias: a primeira é a Responsabilidade Subjetiva ou por culpa e a segunda é a Responsabilidade Objetiva ou por Risco.

O elemento transformador, que ensejou um recrudescimento quanto a Responsabilidade Internacional por danos decorrentes do transporte de óleo no Mar, foram os grandes desastres ambientais ocasionados pelo derramamento de óleo no mar ocorridos com grandes petroleiros.

Destarte, as Convenções Internacionais passaram a regular a matéria para coibir os transportes de óleo no mar feitos a esmo sem nenhum regramento além de divisarem os atores que figuram nesse tipo de transporte e o tipo de responsabilidade atinentes a cada um.

François Ost, trata que a proteção da natureza engloba limitar a sua extração excessiva e diminuir as emissões prejudiciais, ou seja, é um trabalho conjunto para “[...] a restauração dos equilíbrios naturais e para a salvaguarda dos interesses humanos [...]”³⁷. Isto posto, conclui-se que a responsabilização internacional decorrente de transporte no mar é um instituto de fundamental importância para a manutenção e preservação dos mares e de seus ecossistemas, no que pertine ao uso, sadio, equilibrado e sustentável, de tais ecossistemas pelas atuais e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

DEL CASTILLO, Teresa Fajardo. A contaminação por hidrocarboneto depois da catástrofe do prestígio e seu impacto no direito internacional e comunitário. *In: Governo dos riscos*. Rede latino-americana – europeia sobre governo dos riscos: Brasília, 2005.

GRANZIERA, M. L. M., **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Sousa. **Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais** – (Brasil–Portugal) – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 15ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 347.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente**. [S.l.: s.n.], 2007. Disponível em: <http://www.amazonialegal.org.br/revistas/revista01/rev1_art9.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15.ed. vs. I rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. ref., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **Declaração do Rio sobre ambiente e desenvolvimento**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. Jamaica, 1982. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_1530_1995.htm> Acesso em: 13 set. 2018.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **Convenção sobre a Diversidade Biológica**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm. Acesso em: 30 ago. 2018.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani César de. **Metodologia do trabalho científico** [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

REIS, Alessandra de Medeiros Nogueira. **Responsabilidade internacional do estado por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROESSING NETO, Ernesto. **Responsabilidade internacional dos estados por dano ambiental**: o Brasil e a devastação amazônica. [S.l.: s.n.], 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-internacional-dos-estados-por-dano-ambiental-o-brasil-e-devasta%C3%A7%C3%A3o-amaz%C3%B4>>. Acesso em: 10 set. 2018.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 15ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editora, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

_____. **Direito internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

NOTAS

1. GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 26.
2. PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani César de. **Metodologia do trabalho científico** [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013. p. 55.

3. JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Sousa. **Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais** – (Brasil–Portugal) – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 3.
4. MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5.ed. ref., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 100-111.
5. SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6.ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editora, 2007. p. 20.
6. SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 15-16.
7. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente**. [S.l.: s.n.], 2007. p. 172. Disponível em: <http://www.amazonialegal.org.br/revistas/revista01/rev1_art9.pdf>. Acesso em: 10/09/2018.
8. SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 28-30.
9. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 253-254.
10. GRANZIERA, M. L. M., **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 32-35.
11. MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. ref., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 1131-1133.
12. SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 47-51.
13. MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. ref., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 1146-1147.
14. GRANZIERA, M. L. M., **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 41-49
15. ROESSING NETO, Ernesto. **Responsabilidade internacional dos estados por dano ambiental**: o Brasil e a devastação amazônica. [S. l.: s.n.], 2006. Disponível

em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-internacional-dos-estados-por-dano-ambiental-o-brasil-e-devasta%C3%A7%C3%A3o-amaz%C3%B4-0>>. Acesso em: 10 set. 2018.

16. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. vs. I rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 256.
17. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 282.
18. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. vs. I rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 523.
19. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 282.
20. SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 15^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 149-150.
21. REIS, Alessandra de Medeiros Nogueira. **Responsabilidade internacional do estado por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 50.
22. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. vs. I rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 524.
23. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 284.
24. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. vs. I rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 524.
25. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 287.
26. ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **Convenção sobre a Diversidade Biológica**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>. Acesso em: 30/08/2018.

27. SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 725.
28. ROESSING NETO, Ernesto. **Responsabilidade internacional dos estados por dano ambiental: o Brasil e a devastação amazônica.** [S. l.: s.n.], 2006. p. 219-220. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-internacional-dos-estados-por-dano-ambiental-o-brasil-e-devasta%C3%A7%C3%A3o-amaz%C3%B4-0>>. Acesso em: 10 set. 2018.
29. SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 760-761.
30. REIS, Alessandra de Medeiros Nogueira. **Responsabilidade internacional do estado por dano ambiental.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 97.
31. SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 776-786.
32. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 15ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.
33. ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.** Jamaica, 1982. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_1530_1995.htm> Acesso em: 13/09/18
34. DEL CASTILLO, Teresa Fajardo. A contaminação por hidrocarboneto depois da catástrofe do prestígio e seu impacto no direito internacional e comunitário. *In: Governo dos riscos.* Rede latino-americana – europeia sobre governo dos riscos: Brasília. 2005. p. 184.
35. ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **Declaração do Rio sobre ambiente e desenvolvimento.** Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>>. Acesso em: 15/08/2018.
36. SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 795-805.
37. OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 310.

O caso “Trabalhadores da fazenda Brasil Verde”: o posicionamento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao trabalho escravo e ao tráfico de pessoas

The case “Workers of Fazenda Brasil Verde”: the position adopted by the Inter-American Court of Human Rights about slave labor and human traffic

Mônica Teresa Costa Sousa
Rafael Astein Carvalho Alcântara

RESUMO

Estudo sobre o caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”. Objetiva análise da interpretação conferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos aos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos aviltados no caso ora em tela, bem como das definições adotadas pela Corte em relação ao trabalho escravo na modernidade e ao tráfico de pessoas. Apresenta análise descritiva, realizada sob a forma de pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Trabalho escravo. Tráfico de pessoas. Brasil. Condenação. Direito Internacional.

ABSTRACT

Study on the case “Workers of Green Brazil Farm”. The purpose of this study is to analyze the interpretation conferred by the Inter-American Court of Human Rights on the provisions of the American Convention on Human Rights demeaned in this case, as well as on the definitions adopted by the Court in relation to slave labor in modernity and human traffic. It presents a descriptive analysis, carried out in form of qualitative bibliographical research.

Keywords: Slave Labor. Human Traffic. Brazil. Conviction. International Law.

INTRODUÇÃO

A sociedade internacional já percebeu o erro que foi permitir, um dia, que pessoas fossem proprietárias umas das outras e, desde então, apresenta esforços no sentido de preservar a liberdade dos indivíduos em face uns dos outros. A doutrina especializada não tem dúvidas ao afirmar que a proibição da escravidão é norma de *jus cogens*. Norberto Bobbio, em “A era dos direitos”, assinala:

Inicialmente, cabe dizer que, entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura).¹

Apesar de clara para toda a comunidade internacional há muito tempo, a inaceitabilidade da escravidão não é a regra em muitos países do mundo, notadamente nos países menos desenvolvidos. Não é rara a ocorrência de situações em que indivíduos são submetidos a condições de trabalho tão degradantes que acabam por configurar situação análoga à escravidão, a escravidão moderna.

Há vários diplomas internacionais que proíbem as práticas que caracterizam escravidão moderna (como a Convenção de Genebra de 1926), entretanto os esforços diplomáticos e normativos não são capazes de produzir, por si sós, as alterações que propiciam e veiculam, sendo necessária a atuação efetiva dos países signatários dos documentos supracitados, de forma a garantir a aplicação prática na realidade de cada Estado daquilo que é determinado quando estes se reúnem para deliberar.

O desrespeito às normas a que, por força de sua própria vontade soberana, os Estados aderem, bem como a inexistência ou ineficácia dos esforços para efetivá-las, fazem com que o Estado infrator ou desidioso incorra em responsabilidade internacional, a ser averiguada, processada e julgada por um tribunal internacional, segundo o âmbito de atuação e competência de cada um destes.

O caso em tela é a visualização prática de toda a exposição teórica feita acima, no qual o Brasil foi réu e condenado no julgamento do primeiro caso

levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos relacionado ao trabalho escravo, assim como ao tráfico de pessoas.

O caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil” é, sem dúvidas, paradigmático no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, não apenas pelo ineditismo da matéria no âmbito da Corte, mas pelos posicionamentos que esta adotou, definindo matérias que ainda não dispunham de atenção jurisprudencial nas Américas, servindo como um verdadeiro modelo a respeito de qual proteção será dada ao trabalhador americano internacionalmente.

Pela importância do julgado em questão e pelo enorme valor técnico e acadêmico do trabalho realizado pelos juízes da causa, este artigo objetiva explicar, de forma clara e concisa, as circunstâncias fáticas e jurídicas relacionadas à lide, a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada a Comissão) e a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada a Corte Interamericana, a Corte ou o Tribunal), expondo a interpretação dada por esta à Convenção Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada a Convenção Interamericana, a Convenção, o Pacto de San Jose da Costa Rica ou o Pacto), determinando conceitos e termos pouco delimitados no texto do tratado.

1 O CASO “TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL”

É interessante dividir a explanação do caso em circunstâncias fáticas, atuação da Comissão e atuação da Corte, de modo a melhor organizar, cronologicamente, o objeto do estudo.

1.1 Circunstâncias Fáticas

Em decorrência de uma das preliminares alegadas pelo Brasil, quando da apresentação de seus Memoriais no caso, a Corte, ao apreciar a questão, dividiu o conjunto de fatos que compõe ao objeto da controvérsia, ou de alguma forma é relevante para a melhor análise do caso, em contexto histórico-jurídico-socioeconômico, antecedentes e fatos inseridos na competência temporal da Corte. Entende-se ser o melhor à compreensão do assunto respeitar esta ordem.

Inicialmente, far-se-á uma contextualização relacionada ao tema do trabalho escravo no Brasil, após, passar-se-á à narrativa dos fatos antecedentes, relevantes à causa, porém fora do âmbito de competência da Corte, em decorrência de terem ocorrido antes de o Brasil ter reconhecido a jurisdição desta,

e, por fim, tratar-se-á dos fatos ocorridos após a aceitação da jurisdição do Tribunal.

1.1.1 Contexto Histórico-Jurídico-Socioeconômico

O Brasil resistiu muito em abolir de seu ordenamento jurídico a possibilidade que um indivíduo fosse reduzido à condição de propriedade de outrem: apenas em 1888 foi assinada a Lei Áurea, enquanto já em 1761, em Portugal, o Marquês de Pombal punha fim à escravidão endossada e legitimada pelo Estado português.

Além de sua demora, o processo de libertação foi feito sem nenhuma preocupação com o futuro dos escravos, que não podiam voltar para sua casa, nem tiveram direito a qualquer tipo de indenização para tentar iniciar uma nova vida aqui. Houve apenas um processo de marginalização desses indivíduos, que, sem qualquer fonte de renda, tiveram de aceitar voltar a trabalhar em condições degradantes, em troca de salários inexpressivos, de modo que, apesar da abolição legal, o trabalho escravo perpetuou-se no Brasil.

De acordo com o levantamento feito pela própria Comissão, quando da análise da admissibilidade, em seu relatório n. 169/11², o cenário que formou-se nas relações de trabalho após a Lei Áurea, latifundiários e ricos explorando a mão de obra miserável e sem opções, intensificou-se ainda mais quando da difusão de técnicas agrícolas mais modernas, que demandavam maior número de trabalhadores, e da expansão da industrialização na região amazônica, que por ser uma área remota, não recebia com facilidade as inspeções ou normatizações governamentais, de modo que foi fácil para os patrões explorar como lhes aprouvesse a massa trabalhadora de que dispunham em suas fazendas e fábricas, clandestinas ou não.

Quando o Estado finalmente chegou a ter algum controle efetivo sobre a região, não houve qualquer tentativa de modificar o quadro que se havia formado, pois muitas das autoridades alinharam seus interesses aos dos ricos proprietários, recebendo proveitos pessoais em troca de sua inércia e conivência.

Apenas no ano de 1995, mais de um século depois do início da situação, o Estado brasileiro reconheceu oficialmente a existência de pessoas trabalhando em regime de escravidão. Estudos especializados realizados a mando do Sistema Interamericano de Direitos Humanos aferiram que as pessoas assomadas por esta modalidade de exploração compõem, em sua grande maioria, um grupo muito bem definido.

Um denso relatório³, anexados aos autos, fruto da cooperação entre o Ministério Público da União, representado à época pela figura da atual Procura-

dora Geral da República, Raquel Dodge, e da então Relatora Especial, Gulnara Shahinian, pôde atestar que as vítimas do trabalho escravo são, majoritariamente, homens pobres, negros, com baixa ou nenhuma escolaridade, entre 18 e 40 anos, oriundos dos estados do Norte e Nordeste, notadamente as regiões mais pobres do país.

Os campeões no ranking de cooptação desses indivíduos são os estados do Pará, Mato Grosso, Maranhão e Tocantins, que, visando suprir a mão de obra necessária às atividades como criação de gado, agricultura, desmatamento e exploração carvoeira, exploram os trabalhadores originários, principalmente, dos estados do Piauí e dos próprios Maranhão e Tocantins.

O fato de estes estados apresentarem poucas oportunidades de emprego formal e regularizado, bem como uma qualidade de vida menor, principalmente em comparação com as regiões Sul e Sudeste, somado ao fato de uma grande parcela da população estar próxima à linha da pobreza e do Estado fiscalizar precariamente tais lugares, faz dos habitantes dessas localidades as vítimas mais apropriadas para os gatos, nome dado àqueles que vão até estes redutos de trabalhadores pobres e sem perspectivas com promessas de bons salários e uma vida melhor.

O *modus operandi* é quase sempre o mesmo, os “gatos”⁴ vão até as comunidades com propostas de bons empregos em outros estados e, com esperanças de ajudar a si mesmos e às suas famílias, os trabalhadores vão. Ao chegarem ao seu destino, são informados que o deslocamento de suas casas até o local em que trabalharão, bem como água, comida, estadia e quaisquer outros gastos da viagem, não foram gratuitos, de modo que já são devedores, antes mesmo de começar a trabalhar.

Além das dívidas contraídas na viagem, os locais de exploração costumam ser remotos, de modo que tudo é fornecido por um armazém mantido pelo próprio patrão, que geralmente cobra preços abusivos por produtos essenciais. Há casos em que os próprios instrumentos de trabalho são alugados, de modo que até para trabalhar e poder ganhar dinheiro, o trabalhador tem de pagar, de modo que os salários, já bem menores do que o prometido, não são capazes de solver a dívida que se forma.

Os trabalhadores geralmente são escoltados e vigiados por guardas armados e autorizados a agredir ou matar qualquer um que tente evadir-se da propriedade sem pagar sua dívida, qualquer um que ofereça alguma resistência e perturbe a ordem estabelecida, ou qualquer um que não cumpra as ordens emanadas pelos administradores.

Além de todo o descrito, os trabalhadores também não usufruem dos direitos assegurados na legislação trabalhista, sem que seja respeitada sua liber-

dade, integridade, higiene, privacidade, patrimônio ou mesmo sua vida. São submetidos a tratamento desumano, degradante, sem qualquer tipo de assistência dos patrões.

Apesar de tamanha violação em seus direitos, os trabalhadores, pouco acostumados a tê-los, aceitam a situação com mais normalidade do que se pode supor. Com isso não se diz, de maneira alguma, que estes não se sintam violentados, mas ressalta-se que as vidas dessas pessoas são tão violentas e cheias de privações, que o regime de submissão à escravidão parece apenas um pouco pior que o trabalho nas condições regulares a que estão sujeitos, em decorrência de sua gritante vulnerabilidade.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, ouvida em audiência pública promovida pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, a ausência de fiscalização e punição efetivas para os proprietários decorre da articulação destes com as autoridades públicas, em todos os níveis da Administração.⁵

1.1.2 Fatos Antecedentes

Tendo em vista que o Brasil somente ratificou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos em 1992, e apenas aceitou a jurisdição contenciosa da Corte em 1998, os fatos ocorridos antes desta última data foram destacados pelo Tribunal. São fatos relevantes para a lide, mas não poderiam ser julgados, pois quando de sua ocorrência, o Brasil não estava sujeito à Corte.

Apesar de todo o contexto histórico brasileiro, o caso em questão trata especificamente de uma fazenda, chamada Fazenda Brasil Verde, localizada no município de Sapucaia, no sul do Pará. À época dos fatos, o proprietário era o Sr. João Luís Quagliato Neto.

Os fatos narrados a seguir são todos comprovados por vasta documentação, anexada aos autos e referenciada na sentença produzida pela Corte, entre as páginas 32 e 38.⁶

Nos anos de 1988 e início de 1989, a Polícia Federal recebeu denúncias relacionadas a adolescentes desaparecidos, bem como outros trabalhadores que, segundo as famílias, haviam ido trabalhar na Fazenda e desapareceram. A Comissão Pastoral da Terra (CPT), em 1989, enviou uma carta ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, reforçando a necessidade de se fazer uma inspeção na Fazenda Brasil Verde.

A Polícia Federal foi até a Fazenda no fim de fevereiro de 1989, constando, por meio de relatório, que de fato haviam sido constatadas infrações à legislação trabalhista vigente. Os trabalhadores, segundo o relatório policial,

achavam os salários baixos, mas aceitaram trabalhar naquelas condições pela inexistência de oportunidades melhores. Ainda segundo eles, os jovens dados como desaparecidos teriam fugido para outra Fazenda, em decorrência das dívidas contraídas na Brasil Verde. Por fim, alegaram que não eram privados da liberdade de ir e vir, e, portanto, não haviam vestígios de trabalho escravo. Estes dados são todos do relatório da Polícia Federal, que, apesar de alegar ter encontrado 51 trabalhadores no local, não os identificou nem listou seus nomes.

Já em 1992, a CPT enviou, por meio de ofício, nova denúncia à Procuradoria Geral da República (PGR), anexando as denúncias do desaparecimento dos jovens, feita pelas famílias em 1988 e sua própria denúncia ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, no ano de 1989. A PGR encaminhou requerimento, em abril, ao Departamento de Polícia Federal, e reafirmou o pedido em setembro do mesmo ano. Em dezembro, o Coordenador Central do Departamento respondeu à requisição, informando sobre as diligências realizadas e relatadas em 1989, além de informar que, desde então, a Delegacia Regional do Trabalho (DRT) do Pará era quem estava conduzindo as investigações, sem que houvesse qualquer novidade relevante no caso.

Em agosto de 1993, a DRT do Pará informou à PGR que já havia realizado duas novas visitas à Fazenda Brasil Verde, e que, novamente, não haviam sido encontrados trabalhadores em regime de escravidão, embora tenham sido encontrados 49 trabalhadores contratados irregularmente e sem registro formal, e muitos outros que demonstraram claro desejo em deixar a Fazenda. Segundo a Delegacia, foi determinado que os trabalhadores irregulares e os que demonstraram interesse em deixar o lugar fossem encaminhados aos seus locais de origem, embora, novamente, os trabalhadores não tenham sido listados, ou sequer identificados.

Em 1994, a Procuradoria Geral da República enviou à Comissão Pastoral da Terra um relatório a respeito das visitas realizadas à Fazenda em 1989 e em 1993, no qual apontou a insuficiência dos relatórios da Polícia Federal, bem como a inobservância das exigências relacionadas ao caso, como tomada de depoimento por escrito dos trabalhadores, assim como oitiva aos gerentes da Fazenda ou solicitação dos contratos de trabalho. De acordo com o relatório, os policiais também foram negligentes ao deixar de realizar diligências com vistas a averiguar a existência de armas no interior da Fazenda, o desaparecimento dos jovens e as denúncias de preços abusivos no armazém local.

A fuga do “gato” quando da visita policial, a ausência de pagamento de salários e a controvérsia entre a fuga ou desaparecimento dos jovens, segundo a PGR, eram motivos suficientes para a instauração de inquérito policial com

objetivo de apurar o cometimento ou não do delito de redução a condição análoga à de escravo e de delito contra a organização do trabalho, entretanto maiores providências não foram tomadas pelas autoridades policiais. Ao fim do relatório, porém, a PGR afirmou que a maioria dos crimes já estavam prescritos, e que o crime de redução a condição análoga à de escravidão, único que ainda não estaria prescrito, não se configurava, o crime em questão seria recrutamento ilegal ou frustração de direitos trabalhistas.

No fim do ano de 1996, o Grupo Móvel do Ministério do Trabalho realizou visita de fiscalização à Fazenda, na qual constatou irregularidades nos registros dos empregados e instalações e condições de trabalho contrárias às disposições da legislação trabalhista vigente à época.

No ano seguinte, em março de 1997, dois indivíduos prestaram declaração ao Departamento de Polícia Federal do Pará, alegando terem sido explorados na Fazenda Brasil Verde. Segundo eles, o gato que os havia contratado levou-os à Fazenda e, chegando lá, informou-lhes que já deviam os valores relativos à viagem, à alimentação, à hospedagem e teriam de pagar até mesmo pelos utensílios que utilizariam para trabalhar. Disseram ainda que os trabalhadores eram ameaçados de morte caso tentassem fugir ou denunciar os administradores da Fazenda ou o gato, e que era prática comum esconder trabalhadores quando eram feitas visitas e inspeções da Polícia Federal e do Ministério do Trabalho.

Motivado por esta denúncia, o Grupo Móvel do Ministério do Trabalho fez mais três visitas à Fazenda, no final de abril de 1997, onde constatou a precariedade dos alojamentos, a total falta de higiene, a despreocupação com a saúde dos trabalhadores (que tinham até mesmo de consumir água imprópria para consumo humano), e a utilização de coação moral ou física para mantê-los trabalhando, tanto que declararam não poder sair da Fazenda. Além disso, comprovou-se a prática de esconder os trabalhadores dos órgãos de inspeção, tendo sido encontrados 81 pessoas, das quais aproximadamente 45 não possuíam carteira de trabalho, tendo sido os documentos emitidos naquela ocasião.

O produto destas inspeções foi um relatório do Ministério do Trabalho, que serviu de base para que, em junho de 1997, o Ministério Público Federal apresentasse denúncia contra os então gato, gerente e proprietário da Fazenda, por diversos crimes, sendo eles: exploração de trabalho escravo, aliciamento de trabalhadores, atentado contra a liberdade do trabalho e frustração de direitos trabalhistas.

O proprietário da Fazenda, Sr. Quagliato Neto, foi o denunciado pelo delito de frustração de direitos trabalhistas, o com a menor pena dentre todos.

Justamente pelo fato de a pena ser inferior a 1 (um) ano, o Parquet propôs-lhe a suspensão condicional do processo. O juízo, nesta data, começou a enviar citações para que o réu comparecesse à audiência porém, por anos, não obteve resposta do réu.

Em 31 de julho de 1997, a Procuradoria Regional do Trabalho do Piauí informou à do Pará sobre irregularidades relacionadas ao tráfico de trabalhadores do interior do Piauí para outros Estados, dentre os quais, de forma destacada, o Pará. A Procuradoria do Piauí solicitou à PGR que averiguasse e determinasse os possíveis ilícitos concernentes ao tráfico de trabalhadores.

Em novembro deste mesmo ano, a DRT do Pará informou sobre a remanescente de práticas contrárias à legislação trabalhista na Fazenda Brasil Verde, mesmo com o trâmite do processo penal contra os administradores. Apesar disso, os policiais federais preferiram apenas fazer recomendações que visavam a correção das falhas e o cumprimento das normas trabalhistas desrespeitadas, alegando estarem incentivando e estimulando que o empregador se adequasse às exigências do ordenamento ora vigente.

Em janeiro de 1998, a Procuradoria do Trabalho do Pará requisitou que nova inspeção fosse realizada à Fazenda Brasil Verde. Em março deste mesmo ano a DRT informou que ainda não havia realizado a diligência, mas que esta fora agendada. Já em junho, o Ministério Público do Trabalho solicitou à DRT informações sobre a situação da Fazenda, em decorrência de publicação jornalística da época, ao que o Delegado Regional do Trabalho respondeu que, em outubro de 1997, foi realizada inspeção à propriedade, e que notara-se considerável progresso em relação às irregularidades denunciadas anteriormente.

1.1.3 Fatos inseridos na competência temporal da Corte

Os fatos narrados a seguir são todos comprovados por vasta documentação, anexada aos autos e referenciada na sentença produzida pela Corte, entre as páginas 38 e 47.⁷

Em setembro de 1999, o Sr. Quagliato Neto compareceu ao juízo no qual era processado, após mais de dois anos sendo citado para tal. Foi realizada a audiência preliminar e, no dia seguinte, o mesmo manifestou-se pela sua aceitação em relação à suspensão condicional do processo, proposta pelo Parquet em junho de 1997. A condição imposta pelo juiz federal foi a entrega de 06 (seis) cestas básicas a uma entidade beneficente do estado de São Paulo. Pouco mais de uma semana depois, o juízo federal autorizou a suspensão.

Desde o final de dezembro de 1998, o processo penal estava tramitando em relação aos outros dois acusados, o gato e o gerente da Fazenda, porém, em

março de 2001, o juiz federal substituto que assumiu o caso determinou que a Justiça Federal era incompetente para o julgamento da matéria. Em agosto do mesmo ano, a Justiça Estadual de Xinguará reiniciou o caso, cuja denúncia foi ratificada pelo Ministério Público. Em maio de 2002, o juízo estadual acolheu a denúncia. Neste mesmo mês, a defesa do proprietário da Fazenda solicitou a extinção da ação penal contra o mesmo.

Com relação ao gato e ao gerente, o processo continuou, até que, em novembro de 2003, o Ministério Público solicitou, em suas alegações finais, a absolvição de ambos, em decorrência da ausência de indícios suficientes de sua autoria. Um ano depois, em novembro de 2004, o juízo estadual também declarou-se incompetente para o julgamento da causa, motivo pelo qual o STJ, ao analisar o conflito de competências, determinou que a causa era da alçada da Justiça Federal. Os autos foram novamente remetidos à jurisdição federal de Marabá, em dezembro de 2007.

As partes foram intimadas a comparecer várias vezes, porém não o fizeram, assim, em julho de 2008, o juízo federal concedeu prazo para a apresentação de alegações finais. Uma semana depois, o Parquet, ao apresentar as suas, pediu a extinção da ação penal, alegando ausência de provas e grande possibilidade de prescrição.

O juízo federal, ao prolatar a sentença, afirmou que as provas granjeadas durante a instrução eram “inúteis”, e observou que a não ser que os réus fossem condenados à pena máxima, o processo já teria atingido seu prazo prescricional, pelo que, alegando economia processual e política criminal, declarou extinta a causa, quase 15 anos depois da apresentação da primeira denúncia pelo Parquet.

Voltemos às violências perpetradas na Fazenda.

Em fevereiro de 2000, outro gato, alcunhado de Meladinho, cooptou trabalhadores em Barras - PI. Os mesmos receberam propostas atrativas para o que estavam acostumados, e decidiram ir. Durante três dias foram transportados em trem, ônibus e caminhão, sendo os veículos precários. Além do mais, houve necessidade de hospedagem em hotel em uma das noites da viagem, motivo pelo qual contraíram mais uma dívida.

Ao chegarem a seu destino, tiveram suas carteiras de trabalho recolhidas pelos funcionários da Fazenda, que não mais as devolveram. Além disso, o gerente da Fazenda, Toninho, os obrigou a assinar documentos em branco. As instalações em que foram alojados eram praticamente inabitáveis, sem energia elétrica ou mesmo camas. As paredes eram tábuas mal agrupadas e o teto era de lona, o que expunha os trabalhadores às intempéries da natureza. A única ducha era do lado de fora dos barracões, e não tinha paredes ou teto, além de

que a sujeira dos banheiros era tamanha que os mesmos preferiam fazer suas necessidades na vegetação próxima, além de tomar banho em uma represa relativamente próxima, ou simplesmente não tomar banho. As habitações eram deploráveis, mas o trabalho era degradante.

Os trabalhadores eram acordados violentamente pelos jagunços, às três horas da manhã, para deslocarem-se, na maioria das vezes, andando, ao local de trabalho, muitos quilômetros distante da área dos barracões. A jornada de trabalho girava em torno de 12 horas por dia, das seis da manhã às seis da tarde, com descanso de meia hora para o almoço. Apenas tinham os domingos como dias de descanso.

A comida que consumiam era de péssima qualidade, repetitiva e insuficiente. Era preparada pela cozinheira da Fazenda, em local inapropriado, ao ar livre e em condições insalubres. A água que bebiam provinha de um poço no meio da mata, era armazenada em recipientes impróprios e não recebia qualquer tratamento antes de ser distribuída, em garrafas coletivas. Durante a jornada de trabalho, os mesmos almoçavam no próprio local de trabalho, geralmente campos alagados, para produção de juquira, e todo alimento que consumiam era anotado em seus cadernos, para ser descontado quando do recebimento dos salários.

Além do mais, pelo fato de trabalharem sem a proteção devida no corte da juquira, não era incomum que adoecessem, principalmente com relação aos pés, que geralmente ficavam submersos, e não raro eram acometidos por fungos. Porém, os trabalhadores não dispunham de qualquer assistência médica, e se precisassem de medicamentos, deviam pedi-los aos funcionários da Fazenda, que compravam-nos na cidade e depois descontavam dos salários. Mas para ter um salário, era preciso produzir, de modo que os trabalhadores, mesmo adoentados e com todas as dores causadas pelos fungos, precisavam trabalhar se quisessem comer, beber e receber medicamentos. Entretanto, era necessário atingir as metas estabelecidas pelos funcionários da Fazenda, senão os trabalhadores não receberiam salário nenhum, e como as metas estipuladas eram muito altas, nenhum dos trabalhadores as cumpria, de modo que nunca eram pagos, apenas contraíam mais e mais dívidas.

Em razão da truculência dos guardas armados, os trabalhadores temiam por sua integridade e, quando um de seus colegas foi morto e enterrado na própria Fazenda, em decorrência de um desentendimento com um dos guardas, passaram a temer por suas vidas. Apesar do intenso desejo, a vigilância armada, a ausência de salários e a localização remota impediam que quaisquer dos trabalhadores pudesse deixar a propriedade e, se algum conseguisse fugir, poderia ser atacado pelos animais selvagens dos entornos da região e, se fosse

recapturado, seria morto ou espancado, além de ter rasgadas suas roupas e rede para dormir.

Trataremos especificamente do caso de dois jovens, Antônio Francisco da Silva e Gonçalo Luiz Furtado. Entre 3 e 5 de março de 2000, aproximadamente, um dos jagunços, por volta das três da manhã, dirigiu-se aos barracões para acordar os trabalhadores. Antônio estava febril e Gonçalo tinha dificuldades em trabalhar, por utilizar uma prótese na perna. Quando responderam ao homem que não poderiam trabalhar, pois estavam doentes, este os agrediu e levou-os até o escritório central da Fazenda. Após agredir Gonçalo mais uma vez e fazer ameaças a ambos, o segurança levou-os à parte de trás da casa, onde continuou as agressões contra os dois. Depois de violentá-los, foi reunir-se com seus colegas para decidir o que fazer, ao que, em desespero, ambos resolveram fugir.

Mesmo doentes, caminharam pela mata, por medo de serem encontrados caminhando pela estrada, bebendo água do rio e do chão. Enfim, chegaram a uma outra estrada, onde encontraram um caminhoneiro que, ao ouvir a história dos dois, concordou em levá-los a Marabá.

Chegando à cidade, em 7 de março de 2000, dirigiram-se à Delegacia de Polícia, onde encontraram um agente de plantão, que informou não poder ajudá-los, vez que o delegado não estava trabalhando, em virtude do feriado de carnaval, e disse-lhes que voltassem em alguns dias. Os jovens dormiram na rua por alguns dias e, dirigindo-se à Polícia Federal, foram orientados por um agente a procurar a Comissão Pastoral da Terra, pois a CPT os ajudaria. Os dois o fizeram, e a Comissão cuidou de ambos por vários dias.

Posteriormente, o policial que os orientou entrou em contato com a CPT, informando que havia contatado o Ministério do Trabalho, e que este havia comprometido-se a enviar uma equipe de auditores do trabalho e policiais federais à Fazenda. Em 15 de março de 2000, a força tarefa chegou ao local, onde encontrou apenas 45 trabalhadores. Dirigiram-se então a uma fazenda próxima, onde encontraram outros trabalhadores, escondidos, perfazendo, de acordo com o relatório, 82 pessoas.

Os trabalhadores foram perguntados e, unanimemente, declararam desejo de voltar para casa, além de terem respondido a outras perguntas dos agentes. Apesar disso, eles tiveram de dormir na Fazenda naquele dia, com medo de represálias dos capatazes. No dia seguinte, os agentes obrigaram um encarregado da Fazenda a pagar as verbas indenizatórias devidas aos trabalhadores e devolver suas carteiras de trabalho retidas, mas, mesmo sendo analfabetos, os trabalhadores não tiveram explicações sobre a origem do dinheiro ou dos documentos.

Com base no relatório relativo à operação dos dias 15 e 16, o Ministério Público do Trabalho ajuizou, em maio de 2000, ação civil pública perante a Justiça do Trabalho, onde destacou que o Sr. Quagliato Neto era responsável pelo regime de escravidão perpetrado pela Fazenda Brasil Verde, que expunha seus trabalhadores, analfabetos e ignorantes, a condições de vida degradantes e em cárcere privado. O réu assumiu novo compromisso com a Justiça, prometendo fazer cessar todas as práticas contrárias à legislação em sua propriedade. Em agosto de 2000, o MPT solicitou à DRT que verificasse se os termos do acordo judicial estavam sendo cumpridos, mas quatro dias depois o requerimento foi simplesmente arquivado.

Ainda em 2000, o Ministério Público do Trabalho ajuizou denúncia penal em relação ao proprietário da Fazenda, perante a Justiça Federal de Marabá, porém esta declinou da competência, em detrimento da Justiça Estadual, em julho de 2001, entretanto o processo desapareceu, e os autos não foram encontrados.

Em maio de 2002, o Ministério do Trabalho realizou visitas à região Fazenda para verificar o cumprimento dos termos firmados entre os empregadores rurais e o MPT e constatou, em relação à Fazenda Brasil Verde, que as irregularidades haviam cessado.

1.2 Atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Já em 1998, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentaram petição inicial perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no dia 12 de novembro. Após acompanhar o desdobramento dos processos na Justiça Brasileira, a Comissão emitiu o Relatório de Admissibilidade e Mérito nº 169/11, em 3 de novembro de 2011, no qual formulou várias recomendações ao Brasil, após concluir que este era responsável internacionalmente pelas violações aos direitos dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde.

As recomendações feitas visavam corrigir as falhas institucionais e trazer algum tipo de reparação para as vítimas, bem como punições para os culpados, porém o Brasil não adotou as recomendações efetivamente e, por conta disto, em 4 de março de 2015, a Comissão submeteu à Corte Interamericana as violações perpetradas após 10 de dezembro de 1998, solicitando que o Tribunal declarasse o Estado brasileiro responsável internacionalmente e ordenasse o cumprimento das recomendações contidas no Relatório 169/11, como medidas de reparação.

1.3 Atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em abril de 2015, as partes envolvidas foram notificadas da submissão do caso à apreciação da Corte, e posteriormente foram citadas para apresentar seus argumentos e provas.

1.3.1 Exceções Preliminares apontadas pelo Estado Brasileiro

Em 14 de setembro de 2015, o Estado brasileiro apresentou seu escrito de exceções preliminares e contestação à Corte, onde sustentava a existência de 10 preliminares ao mérito da causa. Estas eram: a) Inadmissibilidade da submissão do caso à Corte em virtude da publicação do Relatório de Mérito por parte da Comissão; b) Incompetência *ratione personae* a respeito de supostas vítimas não identificadas; identificadas mas que não concederam procuração; que não figuravam no Relatório de Mérito da Comissão ou que não estavam relacionadas aos fatos do caso; c) Incompetência *ratione personae* sobre violações em abstrato; d) Incompetência *ratione temporis* a respeito de fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição da Corte por parte do Estado; e) Incompetência *ratione temporis* sobre fatos anteriores à adesão do Estado à Convenção Americana; f) Incompetência *ratione materiae* por violação ao princípio da subsidiariedade do Sistema Interamericano (fórmula da 4ª instância); g) Incompetência *ratione materiae* relativa a supostas violações da proibição de tráfico de pessoas; h) Incompetência *ratione materiae* sobre supostas violações de direitos trabalhistas; i) Falta de esgotamento prévio dos recursos internos; j) Prescrição da petição perante a Comissão a respeito das pretensões de reparação de dano moral e material.

Dentre todas as preliminares arguidas pelo Estado, apenas foram declaradas parcialmente procedentes pela Corte aquelas que apontavam a incompetência em razão do tempo a respeito dos fatos anteriores tanto à adesão do Estado ao Pacto de San José da Costa Rica, em 1992, quanto ao reconhecimento da jurisdição da Corte, em 1998. As demais alegações foram consideradas improcedentes.

É interessante lembrar que a última preliminar foi alegada quando das alegações finais do processo, no qual o Brasil alega que não foi respeitado o prazo de 6 meses para se obter reparação a respeito de danos morais e materiais, por ser este o prazo previsto para apresentar à Comissão tal pedido. Entretanto a preliminar não foi apreciada, observando-se alegações da Comissão e dos representantes, por ter sido intempestiva, devendo ter sido apontada na contestação, não sendo aquele o momento processual oportuno.

1.3.2 Do julgamento do mérito

O relato que far-se-á nos tópicos seguintes decorre da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 20 de outubro de 2016, série C, n. 3185.⁸

A Corte, superadas as alegações preliminares, passou ao exame do mérito da causa, e ao fim deste, declarou o Brasil culpado de violar a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seus artigos 1.1 (Comprometimento dos Estados em respeitar e garantir os Direitos e Liberdades reconhecidos na Convenção), 2 (Dever de adotar disposições de Direito Interno que efetivem o texto do tratado), 3 (Reconhecimento da personalidade jurídica de toda pessoa), 5 (Direito à integridade pessoal), 6 (Proibição da escravidão, servidão, tráfico de escravos e mulheres e trabalhos forçados), 7 (Direito à liberdade pessoal), 8 (Garantias Judiciais), 11 (Proteção da Honra e da Dignidade), 19 (Direitos da Criança), 22 (Direito de circulação e residência) e 25 (Proteção Judicial).

1.3.2.1 Interpretação conferida pela Corte aos artigos 6.1 e 6.2 da Convenção Americana

Com relação ao artigo 6, a Corte tratou apenas dos incisos 1 e 2, para os fins da sentença. O Inciso 1 diz respeito à proibição da escravidão, servidão, e tráfico de escravos e mulheres. Ao analisar a matéria, o Tribunal considerou o caráter essencial desses direitos, previstos dentre aqueles aos quais o artigo 27.2 do Pacto confere o status de membro do núcleo inderrogável de direitos.

Ao julgar a ocorrência ou não de trabalho escravo, a Corte lembrou que a proibição da escravidão é norma de *jus cogens*, e como tal, é oponível *erga omnes*, de acordo com a Corte Internacional de Justiça (Caso *Barcelona Traction - Bélgica vs. Espanha*). O Tribunal esclarece que a escravidão não pode ser interpretada, nos dias de hoje, como o pertencimento de um indivíduo à propriedade de outrem, vez que nenhum ordenamento ainda prevê esta possibilidade.

Para a Corte, para que caracterize-se a escravidão, é necessário que um indivíduo exerça sobre outro algum dos atributos da propriedade, de forma que tal controle ou poder chegue a anular a personalidade de vítima. Sendo assim, apesar de exigir-se algum atributo da propriedade, mas sendo impossível que a propriedade plena se abata sobre a vítima, é necessário entender a escravidão moderna como a relação de posse entre o patrão e o trabalhador.

Tal relação de posse deve ser vista como o controle exercido sobre uma pessoa que lhe restrinja ou lhe prive significativamente de sua liberdade indi-

vidual, com vistas à exploração mediante o uso, a gestão, o benefício, a transferência ou o despojamento de um indivíduo. Geralmente, tal relação será constituída e mantida mediante violência, fraude e/ou a coação.

Esclarecida a relação, a Corte determinou os elementos caracterizadores desta, quais foram: restrição ou controle da autonomia individual; perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa; obtenção de um benefício por parte do perpetrador; ausência de consentimento ou de livre arbítrio da vítima; impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça de uso da violência ou outras formas de coerção; medo de violência, fraude ou falsas promessas; uso de violência física ou psicológica; posição de vulnerabilidade da vítima; detenção ou cativeiro; e exploração.

Quanto à servidão, o Tribunal determinou que trata-se de modalidade de violação análoga à escravidão, consistente na obrigação de realizar trabalho para outros, imposto por meio de coerção, e na obrigação de viver na propriedade de outra pessoa, sem a possibilidade de alterar essa condição.

Já com relação ao tráfico de escravos e mulheres, a Corte Interamericana assinalou que a Convenção devia ser interpretada extensivamente, sendo mais apropriada para a vedação trazida do texto do Pacto a expressão “tráfico de pessoas”. Tal interpretação justifica-se pela necessidade de uma interpretação mais favorável à proteção dos direitos dos seres humanos e pela aplicação do princípio *pro personae*.

Assim, o Tribunal Interamericano delineou que a vedação ao tráfico de pessoas prevista na Convenção alude ao recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas, nos quais se recorre à ameaça, ao uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à uma situação de vulnerabilidade, bem como à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios, para obter o consentimento de uma pessoa, a fim de que se tenha autoridade sobre ela, com qualquer fim de exploração. Além do mais, a Corte asseverou que, em relação aos menores de 18 anos, estes requisitos não são necessários para a caracterização do tráfico, bastando, nesse caso, o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento dos menores com objetivo de explorá-los.

Já no que diz respeito ao artigo 6.2 do Pacto de San Jose da Costa Rica, a proibição de imposição de trabalhos forçados ou obrigatórios também constitui o núcleo inderrogável de direitos, previsto no artigo 27.2 do mesmo diploma.

Ao discorrer sobre o conceito de trabalhos forçados, a Corte ratificou a definição aceita por ela mesma no Caso *Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Assim, o Tribunal entende que a expressão trabalhos forçados se refere a todo

trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob a ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de livre e espontânea vontade.

1.3.2.2 Apuração das violações

Ao estabelecer o alcance e o conteúdo das normas supostamente violadas, a Corte entendeu que os trabalhadores resgatados da Fazenda Brasil Verde encontravam-se sob regime de servidão por dívidas e trabalhos forçados. Além do mais, as características do tratamento dispensado aos trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000, no entender do Tribunal, transcendiam a servidão, principalmente no que toca ao exercício do controle como atributo do direito de propriedade, pelo que estas pessoas estavam submetidas à forma contemporânea da escravidão. Além disso, a forma como tais trabalhadores eram cooptados pelos chamados “gatos” tem todas as características relacionadas à consumação da violação à proibição do tráfico de pessoas.

Como o Estado brasileiro foi incapaz de prevenir a ocorrência de tais violações, nem tomou medidas específicas condizentes com a situação a que os trabalhadores foram submetidos, este violou os artigos 6.1 e 6.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Como decorrência das violações destes artigos, o Brasil também foi incapaz de garantir: o direito à integridade pessoal das vítimas, violando o artigo 5 da Convenção; o direito à liberdade pessoal, violando o artigo 7; o direito à proteção da honra e da dignidade, violando o artigo 11; bem como o direito de circulação e residência, violando o artigo 22. Assim, o Estado também descumpriu seu dever de garantia, previsto no artigo 1.1 da Convenção.

Tendo em vista que as provas nos autos comprovaram que, quando do início de seu sofrimento na Fazenda Brasil Verde, o Sr. Antônio Francisco da Silva ainda não havia atingido a idade de 18 anos, o mesmo era considerado menor à época dos fatos. Deste modo, o Estado Brasileiro também não conseguiu garantir a efetivação dos direitos da criança, violando, portanto, o artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Quando as violações ocorridas na Fazenda Brasil Verde foram levadas ao conhecimento das autoridades brasileiras, estas falharam em cumprir seu dever com a devida diligência e em prazo razoável, violando garantias judiciais previstas no artigo 8.1 da Convenção. Ademais, de todas as tentativas de responsabilização dos envolvidos com as atrocidades cometidas na Fazenda, nenhuma deu resultado, tendo os responsáveis ficado impunes, aos olhos da Justiça Brasileira, mesmo tendo havido tantas denúncias e fiscalizações capazes de sustentar uma condenação. Por este motivo, a Corte entendeu que o Brasil

também faltou com seu dever de proteção judicial, tendo, portanto, violado o artigo 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Além de todo o exposto, a Corte Interamericana também fez uma ressalva específica em relação ao caso. No âmbito da sentença, o Tribunal esclareceu que uma das peculiaridades da Convenção Americana de Direitos Humanos é a inserção da posição econômica dos indivíduos como fator de vulnerabilidade, sendo vedada a discriminação com base neste fator. Porém, o Estado brasileiro não levou em consideração o dever de cuidado especial que deveria ter com tais indivíduos, em especial os resgatados em março de 2000, que, por serem vítimas de preconceito e segregação estruturais, demandavam maior proteção das autoridades brasileiras. Assim, a Corte responsabilizou o Brasil pela falta de cuidado específico, em especial os deveres de prevenção e proteção, em relação àqueles indivíduos que, em razão de sua pobreza, em um contexto histórico de discriminação, eram muito mais vulneráveis que pessoas com maior renda e instrução, importando, assim, em violação do artigo 6.1 com vistas ao 1.1, pois a escravidão e a discriminação que sofreram decorre diretamente de sua pobreza e da omissão do Estado em relação a ela.

1.3.2.3 Condenações e reparações

Assim, após tal apuração de responsabilidades, a Corte Interamericana declarou o Estado brasileiro como culpado pelas violações a todos os artigos supracitados. Em decorrência disso, determinou ao Estado: i) Publicar a sentença e seu resumo; ii) Reiniciar, com a devida diligência, os prazos e processos penais relacionados ao caso e, em prazo razoável, identificar, processar e, se possível, punir os responsáveis; iii) Adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas, dentro de um prazo razoável; iv) Pagamento dos montantes de U\$ 30.000 (trinta mil dólares americanos) para cada trabalhador encontrado na Fazenda Brasil Verde na fiscalização de abril de 1997, e de U\$ 40.000 (quarenta mil dólares americanos) para cada trabalhador encontrado na Fazenda Brasil Verde na fiscalização de março de 2000. Todos os trabalhadores que fizeram jus à indenização foram discriminados nos autos; v) Pagamento dos montantes de U\$ 5.000 (cinco mil dólares americanos) à Comissão Pastoral da Terra e de U\$ 50.000 (cinquenta mil dólares americanos) ao Centro Pela Justiça e o Direito Internacional. Tais pagamentos visaram cobrir os gastos e despesas realizados pelos representantes no curso do processo na CtIDH.

CONCLUSÃO

Ante a análise deste caso, é possível perceber sua importância para o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos como um todo. Pelo fato de ter sido o primeiro caso a levar à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos questões referentes ao trabalho escravo e ao tráfico de pessoas de forma tão direta, a causa em questão converteu-se em importante obra jurisprudencial para os futuros trabalhos da própria Corte, bem como de outros Tribunais Internacionais, ou mesmo de Tribunais nacionais, que poderão pautar-se pelos votos dos membros da CtIDH para embasar e nortear suas próprias decisões.

A Corte também realizou trabalho admirável ao interpretar os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos de maneira mais adequada aos tempos hodiernos, conferindo maior efetividade ao texto convencional e garantindo maior proteção aos indivíduos sujeitos à incidência de tais normas.

Deve-se destacar especial, também, à manifestação do Tribunal em afirmar que a pobreza é uma situação de vulnerabilidade especial, que por influenciar de forma tão direta nas possibilidades dos indivíduos, deve ser tratada com especial cuidado pelo Estado, de modo que, não dispensar o tratamento que tal situação exige, pode mesmo caracterizar a prática de discriminação, proibida pelo texto do Pacto de San José da Costa Rica.

Assim, a Corte posicionou-se de maneira inequívoca pela mais absoluta inadmissibilidade da escravidão e de todas as suas formas análogas nos dias de hoje, bem como dos trabalhos forçados e do tráfico de pessoas, todas práticas que ferem de morte a dignidade dos indivíduos que sofrem sua imposição e não podem ser toleradas por um Estado preocupado com os direitos e garantias dos seus cidadãos, sejam estas reconhecidas nacional ou internacionalmente.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Decreto nº. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 29 jan. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório n.169/11**: Caso 12.066. Admissibilidade e Mérito: Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Doc53.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C N. 3185. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf>. Acesso em 29 jan. 2018.

_____. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. **Resumo oficial emitido pela Corte interamericana**. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C N. 3185. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_318_esp.pdf>. Acesso em 29 jan. 2018.

SHAHINIAN, Gulnara. **Relatório da Relatora Especial sobre as formas contemporâneas da escravidão, incluindo suas causas e consequências**. Missão ao Brasil, 30 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf>. Acesso em 29 jan. 2018.

NOTAS

1. BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

2. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório n. 169/11**: Caso 12.066. Admissibilidade e Mérito: Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Doc53.
3. SHAHINIAN, Gulnara. **Relatório da Relatora Especial sobre as formas contemporâneas da escravidão, incluindo suas causas e consequências**. Missão ao Brasil, 30 de agosto de 2010. In: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C N. 3185. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf>. Acesso em 29 jan. 2018.
4. Nome dado os aliciadores que dirigiam-se aos redutos de trabalhadores, para recrutá-los.
5. Testemunho de Leonardo Sakamoto durante a audiência pública. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Combatendo o Trabalho Escravo Contemporâneo: o Exemplo do Brasil**. Brasília, 2010, pág. 68 (expediente de prova, folha 371).
6. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C N. 3185. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf>. Acesso em 29 jan. 2018.
7. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C N. 3185. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf>. Acesso em 29 jan. 2018.
8. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C N. 3185. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf>. Acesso em 29 jan. 2018.

O princípio de *Estoppel*: críticas acerca de sua aplicação pela Corte Internacional de Justiça e os reflexos no Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul

Mônica Teresa Costa Sousa
Mateus Trinta Bruzaca

RESUMO

O artigo em questão trata sobre a evolução do princípio de *estoppel*, desde sua epigênese no direito da *Common Law* até sua inclusão na seara dos princípios gerais do direito internacional, devido a atuação judicante da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Primeiramente analisa-se de que modo tal princípio é aplicado pela Corte, perscrutando sua jurisprudência. Em seguida, analisa-se como o Mercosul observa tal princípio quando ele é pela primeira vez invocado frente a tribunais *ad hoc* latino-americanos. Por fim, ressalta-se a importância para o Direito Internacional de uma interpretação consistente sobre o *estoppel*, que ponha fim a interpretações dissidentes. Para tanto, a revisão bibliográfica e documental de decisões da CIJ e do Mercosul foi a metodologia utilizada.

Palavras-chaves: *Estoppel*. Jurisprudência. CIJ. MERCOSUL.

ABSTRACT

The article in question deals with the evolution of the *estoppel* principle, from its epigenesis in *Common Law* to its inclusion in the general principles of international law, due to the judicial action of the International Court of Justice. Firstly, it examines how the Court applies this principle by examining its jurisprudence. It then analyzes how Mercosul observes this principle when it is first invoked before *ad hoc* Latin American courts. Finally, the importance for international law of a consistent interpretation of *estoppel*, which puts an end to dissenting interpretations. For this purpose, the bibliographic and documentary review of ICJ and Mercosul decisions was the methodology used.

Keywords: *Estoppel*. Jurisprudence. ICJ. Mercosul.

INTRODUÇÃO

A elaboração deste artigo surge da necessidade de compreender o processo de surgimento e evolução bem como de interpretação, aplicação e uniformização do princípio de *estoppel*. Focando-se, sobretudo, na atuação da Corte Internacional de Justiça (CIJ), o estudo em tela traça uma linha evolutiva do *estoppel*, para demonstrar de que modo o princípio modificou-se à medida que era invocado como defesa preempatória frente às cortes internacionais.

O estudo da aplicação deste princípio na CIJ ganha ênfase, sobretudo, devido à notável dificuldade desta em consolidar um entendimento uniforme e consistente – a despeito de já possuir uma elogiável jurisprudência sobre o tema – sobre os elementos constituintes do *estoppel* e seu modo de aplicação em contenciosos internacionais.

Tendo em vista, então, a dificuldade da Corte Internacional de Justiça de trabalhar o *estoppel* – mormente devido sua volatilidade conceitual e sua ampla gama de aplicação – um estudo centrado nos erros e acertos da Corte auxilia sobremaneira o processo de unificar uma interpretação acerca do conceito e dos elementos fundantes deste princípio.

Destrinchar os equívocos da jurisprudência da CIJ é essencial, pois estar-se-á possibilitando que tais erros não sejam cometidos por outros tribunais internacionais. Noutro plano, trazer à baila os êxitos auferidos pela Corte na interpretação do princípio de *estoppel* favorece o difundir de uma análise sóbria e concisa, que se acompanhada por outros tribunais internacionais é um grande passo no processo de uniformização do entendimento do princípio em questão.

Este mesmo artigo, ainda, perscruta de que maneira tal princípio de natureza consuetudinária é trabalhado ao ser invocado em litígios internacionais que ocorrem sob a égide do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (TPR) e questiona-se se este Tribunal incorrerá nos mesmos erros da CIJ. Tal investigação é salutar, uma vez que a invocação do princípio de *estoppel* como defesa prévia em contenciosos internacionais que se processam frente ao Mercosul ou a outros tribunais internacionais latino-americanos torna-se mais natural progressivamente.

Para realizar este estudo tal artigo utilizará como esteio quatro casos julgados pela Corte Internacional de Justiça, onde o princípio de *estoppel* foi trabalhado, quais sejam: a) o laudo arbitral do rei da Espanha (Honduras x Nicarágua); b) caso Templo de Préah Vihéar (Camboja x Tailândia); c) caso Barcelona Traction (Bélgica x Espanha); d) e, enfim, o caso da Plataforma Continental do Mar do Norte (Alemanha x Dinamarca), bem como quatro casos julgados por tribunais arbitrais entre os séculos XIX e XX.

No tocante à aplicação do *estoppel* no Mercosul, este artigo utilizará os casos Proibição de Importação de Pneus remodelados (Uruguai x Brasil) julgado por Tribunal arbitral em 2002 e Proibição de Importação de Pneus remodelados (Uruguai x Argentina), julgado pelo TPR em 2005, como dínamos para compreender de que modo o bloco econômico trabalhou referido princípio.

A *priori*, com a finalidade de compreender o processo histórico de surgimento e desenvolvimento do princípio de *estoppel*, o tópico primeiro deste artigo destrincha a origem do *estoppel*, seus desenvolvimentos e aprimoramento como princípio do *Common Law*, sua migração para a seara do Direito Internacional e como esta mudança interferiu na essência do princípio.

Em seguida, faz-se uma incursão investigativa dos casos supramencionados julgados pela Corte Internacional de Justiça para explicitar e exemplificar a evolução na aplicação e interpretação do *estoppel* pela CIJ. Neste mesmo capítulo o estudo pontua críticas acerca da inconsistência no processo interpretativo da Corte em dois elementos constituintes do princípio – o silêncio e o *detrimental reliance*.

Por fim, os casos Proibição de Importação de Pneus remodelados de 2005 e 2002 são utilizados para demonstrar de que modo o novo sistema de solução de controvérsias do Mercosul se comporta frente a um princípio de bases tão vacilantes como o *estoppel*.

Este artigo, então, pretende compreender de que forma o princípio de *estoppel* vem sendo moldado pela CIJ a fim de expor seus pontos controversos. Ao mesmo tempo, a análise dos casos julgados frente ao Mercosul almeja apenas abrir um questionamento sobre como um instituto que ainda não possui entendimento pacífico em cortes de maior quilate, caso da CIJ, foi tratado por um tribunal de menor envergadura que é o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.

Torna-se fundamental realizar uma análise do adentrar deste princípio na seara do direito internacional latino-americano, pois se trata de processo delicado, que se desenvolvido olvidando-se a atuação das demais cortes internacionais ou pretendendo ater-se fielmente à teoria vertida da *Common Law*, incorre no risco de se alcançar uma aplicação completamente divorciada do real espírito do princípio de *estoppel* ou de se perder no mar de variações conceituais da doutrina de *estoppel* do direito anglo-americano.

O processo reflexivo acerca do objeto de estudo terá, então, como base a importância normativa de se alcançar uma interpretação do princípio de *estoppel* que comungue a natureza de princípio consuetudinário derivado do *Common Law* com a nova noção conceitual construída mediante a atuação da Corte Internacional de Justiça, afim de se consolidar um entendimento uno

acerca de um princípio que, a despeito de ser invocado frente a tribunais internacionais desde o século XX, ainda não possui interpretação pacífica.

1 A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DE *ESTOPPEL*

Os princípios gerais do direito são de normas de caráter genérico e abstrato que orientam a elaboração, interpretação e aplicação dos preceitos e valores que fundamentam os sistemas jurídicos mundiais. São as vigas mestras que sustentam todos os diplomas legais, orientando a criação das normas. Miguel Reale aduz que “[...]princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo a elaboração de novas normas.”¹

Dentre as funções essenciais dos princípios no ordenamento jurídico destaca-se a função integrativa, momento em que os princípios irão atuar em casos concretos em que inexista uma disposição específica para disciplinar determinada situação ou quando o texto normativo não é suficiente para sustentar um entendimento, sendo necessário recorrer aos princípios, afim de se fortalecer juridicamente uma decisão.

No Direito Internacional tais princípios são oriundos, por vezes, do *Common Law*, paradigma de direito que teve origem na Inglaterra, em resultado, sobretudo, da ação normativa dos Tribunais Reais de Justiça. Dentre estes princípios, destaca-se o princípio de *estoppel*, um dos princípios de origem consuetudinária que conseguiu perpetuar-se no tempo, devido sua invocação recorrente desde a epigênese do direito consuetudinário até tempos atuais.

Para compreender a essência do *estoppel*, contudo, faz-se necessário antes perscrutar sua etimologia. A despeito de existir questionamento acerca da real derivação da palavra – se deriva da expressão francesa “*estoupe*” ou do inglês “*estoupper*” – a raiz etimológica orienta para uma conceituação uníssona, como “vedação” ou “impedimento”. Assim, um indivíduo é dito impedido ou “*estopped*” quando sua própria ação o impossibilita de realiza uma conduta posterior.²

Henry M. Herman argumenta que “[...] *estoppel* é quando um homem é concluído por seu próprio ato. [...] é uma obstrução ou impedimento a uma alegação ou negação de um fato contrário ao seu próprio ato anterior[...]”³. Depreende-se, então, que o princípio de *estoppel* está intimamente relacionada com a boa-fé, de modo que esta impossibilita – ou impede – um indivíduo de dizer como falso algo já creditado como verdade e que, por conta disto, orientou a conduta de um terceiro. Está é a pedra angular que sustenta toda a doutrina do princípio de *estoppel*.

A função deste princípio vem a ser o fortalecimento da obrigação de se falar e agir segundo a política da lei e a realidade do caso, evitando-se, assim, grandes prejuízos oriundos da incerteza nas relações interpessoais e na falta de confiança que se edifica ao se permitir que um indivíduo negue aquilo que já foi solenemente aceito como verdade.

Em vista disto, a doutrina do *estoppel* passou a ser largamente admitida por tribunais e cortes europeias em casos onde se observava uma incongruência entre condutas passadas e presentes, entre aquilo que se fala e se pratica, em uma tentativa de resguardar a boa-fé dos indivíduos e de amoldar as ações destes à “verdade do caso” – como classifica Henry M. Hermam⁴.

Nada obstante, à proporção que a teoria do *estoppel* evoluía e se perpetuava na atuação judicante dos tribunais e cortes do Velho Continente, sua natureza foi gradativamente se desmembrando em subgêneros com singularidades próprias e características até então não trabalhadas pelas cortes. O *estoppel*, agora, já não podia ser conceituado com facilidade.

Deste modo, Lord Edward Coke, subdividiu o *estoppel* em três tipos, quais sejam: a) *estoppel by matter in pais* – o qual evoluirá para *estoppel by representation*, b) *estoppel by record* (ou *colateral estoppel*) e c) *estoppel by deed*. Neste diapasão, a atuação judicante dos tribunais ingleses e americanos, contudo, acresce a este rol dois outros tipos de *estoppel*, quais sejam o *estoppel by silence* e o *promissory estoppel*.

O *estoppel by representation* trata-se de uma evolução do conceito medieval de *estoppel by matter in pais*, onde o princípio era originalmente um meio de provar atos e condutas que haviam ocorrido em público, com a presença de testemunhas. Devido ao testemunho aquele que realizara o ato tornava-se vinculado a este. Assim, em sua forma mais primitiva, o *estoppel* foi pouco mais do que uma regra geral que permitia o uso do testemunho como prova conclusiva de certos fatos ou eventos.⁵

Com o decorrer do tempo este conceito foi transformado pela atuação das Cortes inglesas a ponto de transforma-se no conceito contemporâneo de *estoppel by representation*, que pode ser definido como o impedimento que recai sobre um indivíduo que faz uma representação para outra pessoa em palavras ou por atos e condutas, de modo a induzir esta, devido a crença na boa-fé do indivíduo, mas que *a posteriori* acaba por alterar sua posição acerca da questão, gerando um prejuízo àquele que creu em sua boa-fé.

Desta evolução emergiram certos elementos que antes não se faziam presentes no princípio de *estoppel*, como o induzimento que recai sobre o outro, o contradizer entre condutas passadas e presentes, e o silêncio que atua como consentimento – que mais adiante se desmembrará e fará surgir o subgênero *estoppel by silence*.

A base teórica deste princípio é expressa em *Cave v. Mills* (1862):

Um homem não deve soprar quente e frio, afirmar em um tempo e negar em outro, fazendo uma reivindicação sobre quem ele iludiu [...] e fundar esse pedido sobre a questão da ilusão. Tal princípio tem sua base no senso comum e na justiça comum, e se é chamado “*estoppel*” ou por qualquer outro nome, é o (nome) que os tribunais têm em tempos modernos mais utilmente adotado.⁶

Christopher Brown, contudo, faz ressalva importante ao lembrar que tal citação revela o equívoco recorrente das cortes inglesas de simplificar demais o conceito de *estoppel* a ponto de lhe furtar elementos ou características essenciais. Segundo o autor “[...]os fundamentos teóricos do *estoppel* por representação e seus parentes são frequentemente declarados em termos gerais, de modo a serem reduzidos ao nível de uma platitude desprovida de qualquer significado legal”⁷.

O *estoppel by record*, por seu turno, trata-se de uma variação do princípio de *estoppel* que – devido sua invocação recorrente em cortes e tribunais ingleses bem como a natural facilidade do princípio de *estoppel* de se misturar e confundir com outros institutos jurídicos, sobretudo aqueles relacionados à preclusão – passou a caminhar juntamente do princípio da *res judicata*.

Tal subgênero do princípio de *estoppel* procura prevenir que se julguem questões e reivindicações previamente resolvidas por decisões definitivas anteriores, mesmo em um caso com um objeto diferente. O objetivo primordial desta modalidade de *estoppel* é pôr fim ao litígio, evitando que este se prolongue desnecessariamente. Assim, o *estoppel by record* adere a seu exoesqueleto jurídico as máximas do *Common Law* de *interest reipulicæ ut sit finis litium* e *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*⁸.

O *estoppel by deed*, por sua vez, evoluiu do conceito primitivo de *estoppel* para conceder um caráter de verdade aos atos celebrados entre as partes. Nesta modalidade de *estoppel* o que se questiona não são condutas ou atos, mas o compromisso celebrado. Trata-se, então, de uma doutrina de *estoppel* aplicada no contexto das transferências de bens imóveis (BROWN, 1996). Deste modo o *estoppel by deed* só pode ser invocado em uma ação decorrente de escritura, ou envolvendo um direito particular decorrente desta. Nestes casos o concedente de uma ação (geralmente o vendedor de uma propriedade) é impedido de negar a verdade da escritura.

O *estoppel by silence*, por seu turno, trata-se de uma variação do *estoppel by representation* que admite a aquiescência ou silêncio de uma das partes como

situação válida para se invocar o *estoppel*, ou seja, “[...] quando uma parte permanece em silêncio enquanto outra parte viola erroneamente os direitos desta, e o silêncio intencional da primeira parte encoraja a última inconscientemente a continuar a violação”⁹.

Esta modalidade de *estoppel*, entretanto não pode ser confundida com a “*doctrine of laches*”, instituto do direito inglês que impede que uma parte traça reivindicações após uma longa demora, algo similar à preclusão do direito brasileiro. Diferentemente, a doutrina do *estoppel by silence* impede que uma parte que aquiesceu ou foi conivente com uma situação – mesmo que para isso não tenha se manifestado, ou seja, manteve-se silente – venha *a posteriori* declarar-se contrário a esta situação.

A teoria do *promissory estoppel*, por fim, caracteriza-se por ser uma modalidade de *estoppel* onde a conduta, ação ou palavra que induz o terceiro e que depois vem a ser contradita é uma promessa, ou seja, quando o *estoppel* é legalmente invocado a conduta ainda não se processou ou processou-se conduta contrária à promessa.

Destarte, ao se perscrutar todas estas variações do princípio de *estoppel*, observa-se que “[...] na jurisprudência inglesa, por exemplo, um ‘número de ramos ou categorias de *estoppel*, com diferentes origens e regras inconsistentes, foi desenvolvido ao longo dos anos”¹⁰. Tais distinções serão fundamentais para a discussão subsequente do *estoppel*, quando este artigo se debruçar sobre a aplicação do *estoppel* nos tribunais internacionais. Para tanto, contudo, urge compreender de que maneira o princípio de *estoppel* migrou da realidade do direito anglo-saxônico para a seara do Direito Internacional.

A existência de uma teoria do princípio de *estoppel* na atuação dos tribunais internacionais não pode ser negada. Desde os séculos XIX e XX tal princípio passou a transitar com naturalidade nas decisões de tribunais arbitrais internacionais realizados, sobretudo, na Inglaterra e nos Estados Unidos, tornando-se, então, princípio bem estabelecido na jurisprudência internacional.

Pode-se observar já em 1843 fumaças da aplicação do princípio de *estoppel* em um contencioso internacional no caso “*Blockade of Portendic*”, envolvendo os governos francês e inglês. No caso em questão, o Ministro francês havia informado ao embaixador britânico dez meses antes do fechamento do porto de Portendic, localizado no Senegal, então colônia francesa, que a França não possuía intenção de fechar o porto; nada obstante, o porto foi fechado, levando a Inglaterra a demandar contra a França¹¹.

Em tribunal arbitral constituído para o caso decidiu-se que a França deveria compensar a reclamante Inglaterra pelos danos que não teriam ocorrido a este país se a França houvesse notificado o governo britânico do fechamento

do porto. Tal decisão, destaca B. Cheng, fundou-se no “*principle of good faith*” invocado pela Inglaterra ao argumentar que:

[...]o Ministro da Marinha pode não ser capaz de envolver seu governo sobre o que ele fará, mas ele pode perfeitamente dizer o que esse governo, no departamento que ele preside, não vai fazer. Não há (precisamente falando) um engajamento neste caso, mas existe uma comunicação confidencial, cuja comunicação, de boa-fé, deve ser acreditada, até que seja explicada ou contrariada¹².

Neste caso, muito embora em nenhum momento tenha-se falado em “princípio de *estoppel*” ou “impedimento”, pode-se notar na decisão do tribunal e na argumentação da Inglaterra um posicionamento jurídico que defende a supremacia da boa-fé, elemento fundante do *estoppel by representation*. Ademais, a indignação inglesa não é centrada exclusivamente no fechamento do porto, mas na contradição que se cria entre o que o reclamado declara formalmente e o que ele precisamente realiza.

Em 1903, contudo, no caso *Corvaia*, a aplicação do princípio de *estoppel* é mais facilmente perceptível. Neste caso, a Itália alegou, em nome do Barão de Coravia (diplomata venezuelano nascido na Sicília), que a Venezuela devia uma grande quantia de dinheiro aos herdeiros do Barão na Itália. Entendia a Itália que, embora o Barão tenha trabalhado para o governo venezuelano há muitos anos e que tenha cortado seus laços com a Sicília, ela ainda poderia reivindicar em seu nome, pois este era cidadão italiano¹³.

Nada obstante, Ralston, o árbitro que presidia o tribunal arbitral rejeitou o pedido da Itália, utilizando-se em seu voto da expressão “*estopped*” e observando que no caso em apreço, o requerente original, nascido um sujeito siciliano, perdera sua cidadania, de acordo com o código desse país, ao aceitar o emprego diplomático na Venezuela, e nunca a recuperou. Assim, a reivindicação de seus herdeiros deve, portanto, ser rejeitada, haja vista que o requerente sempre esteve ciente da perda desta cidadania.

Destaca Federico J. Vassallo que, neste caso Ralston aplicou a doutrina do *estoppel by record*, no sentido da *Common Law*, identificando os atos de incentivo por parte do agente impedido e a confiança gerada sobre um terceiro. Em relatório às Nações Unidas acerca do caso:

Podemos acreditar que a Venezuela sabia que quando Corvaia entrou em seu serviço diplomático ele abandonou o direito de se declarar como um siciliano. O governo poderia ter hesitado ou recusado

em um de seus mais importantes empregos um homem que seria reconhecido por seu governo original como ainda ligado a seus interesses. A Itália está, portanto, agora impedida de reivindicar Corvaia como sua cidadã¹⁴

Seis anos depois, no caso “*Grisbadarna*”, um tribunal arbitral internacional realiza pela primeira vez uma interpretação mais extensiva do princípio de *estoppel*, distanciando-se dos conceitos de *estoppel by representation*. Neste caso a aquiescência de um Estado induziu a conduta de outro, levando o tribunal a aplicar a teoria do *estoppel by silence*.

O litígio iniciou-se após a Suécia estacionar um barco-farol e uma serie de balizas na zona de *Grisbadarna* (território norueguês), sob a alegação de serem necessários para a segurança da navegação nesta região. Como a Noruega não protestou quando do estacionamento do barco na região em comento, entendeu o tribunal que estaria o governo norueguês agora impedido de reclamar acerca da questão. Tal decisão amplia o âmbito de abrangência do princípio de *estoppel* no direito internacional, contribuindo na consolidação deste instituto como um argumento defensivo consistente em contenciosos internacionais.

Caso singular processou-se em 1917, quando o governo da Costa Rica foi derrubado em Janeiro, por seu então Ministro da Guerra, Tinoco, que permaneceu à frente do governo até agosto de 1919. Durante a administração de Tinoco, o governo celebrou numerosos contratos com investidores estrangeiros financiados pelo *Royal Bank of Canada*. Quando o governo de Tinoco desabou e o governo anterior foi restaurado, o recém-restaurado governo se recusou a honrar os contratos feito pelo governo ilegítimo de Tinoco¹⁵.

Isto posto, a Grã-Bretanha, atuando em nome do *Royal Bank of Canada*, alegou em tribunal arbitral a teoria da “continuidade do Estado”. Em resposta, a Costa Rica afirmou que o Reino Unido estaria “impedido” – “*estopped*” – de ser reembolsado por perdas causadas pelo governo ilegítimo do ditador, porque o governo britânico nunca reconheceu formalmente o regime de Tinoco.

Neste caso, entretanto, o árbitro, William Howard Taft, antigo juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos e, portanto, familiarizado com as nuances das teorias anglo-americanas do *estoppel*, recusara a defesa pautada em uma interpretação extensiva do princípio de *estoppel* da Costa Rica, com base em uma compreensão estrita da teoria do *estoppel*. Cabe ressaltar que em sua decisão Howard Taft destacou que, em seu entendimento, a forma de *estoppel* que se vislumbra no caso em tela vem a ser o *promissory estoppel*¹⁶.

Pode-se observa, então, pelos exemplos elencados que o princípio de *estoppel* gradativamente ganhou espaço nos contenciosos internacionais e que as

decisões arbitrais veem no *estoppel* um dispositivo poderoso que pode servir de “trunfo” – ou “*juridical wild card*” como conceitua C. Brown (1996) – que permite ao tribunal que o utiliza fazê-lo representar qualquer noção jurídica de seu interesse.

Enquanto mantinha-se restrito aos muros de tribunais *ad hoc* internacionais, o princípio de *estoppel* não logrou evolução, permanecendo estagnado nos modelos teóricos desenvolvidos em seu berço, o direito anglo-saxônico. Por serem tribunais instituídos especificamente para os casos que se julgariam é natural imaginar que a criação de uma jurisprudência ou a preocupação em se unificar um entendimento nunca existiram.

Esta realidade, contudo, passa a mudar quando a Corte Internacional de Justiça inicia, ainda que despreziosamente, um processo de desenvolvimento de uma jurisprudência acerca do princípio de *estoppel*. A partir do momento que tal princípio começa a ser invocado em contenciosos internacionais frente a CIJ, a Corte ressignifica o princípio de *estoppel*, lhe concedendo uma nova feição.

2 O ESTOPPEL NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

As atuações dos tribunais arbitrais e do Tribunal Permanente de Justiça Internacional – antecessor da Corte Internacional de Justiça – ajudaram a consolidar o princípio de *estoppel* na esfera do Direito Internacional. Deste modo, no início do século XXI, o *estoppel* indefectivelmente já alçava o título de princípio geral do direito internacional, passando, então, a ser largamente invocado em cortes de maior envergadura e relevância no cenário internacional.

A partir do momento em que o princípio de *estoppel* passa a ser invocado frente à Corte Internacional de Justiça, inicia-se, devido à construção de uma jurisprudência, um processo de ressignificação do *estoppel*. Neste diapasão, a Corte entende por não adotar as teorias do *estoppel* já desenvolvidas até então, ignorando, parcialmente, o *estoppel* originário da *Common Law* e as subespécies que surgiram da jurisprudência inglesa, limitando-se a utilizar tais teorias unicamente como inspiração para a sua jurisprudência.

A CIJ, então, constrói um conceito de *estoppel* que se sustenta em três pilares fundamentais: a) a representação de um Estado a outro; b) a representação ser inequívoca, incondicional e emitida por órgão ou pessoa competente para tanto e c) o Estado que opõe/invoca o *estoppel* deve haver confiado nesta representação a ponto de condicionar sua ação a ela – o intitulado *detrimental reliance*. Se, todos estes três elementos se fizerem presentes em um contencioso internacional, o *estoppel* legitimamente existe.

Com a edificação desta jurisprudência o princípio de *estoppel* foi fortemente modificado, distanciando-se significativamente do *estoppel* trabalhado pelos tribunais europeus. Como bem observa Anthony D'Amato, em Alexander Ovchar, “o *estoppel* na jurisprudência da Corte está livre dos múltiplos refinamentos enxertados pelos sistemas jurídicos domésticos”¹⁷.

No caso do *Templo de Preah Veah*, à exemplo, em opinião separada, o vice-presidente Alfaro lembra que há uma diferença muito substancial entre a regra simples e clara adotado e aplicado no campo internacional – sobretudo pela CIJ – e as complicadas classificações, modalidades, espécies, subespécies e características processuais do sistema municipal. Isto posto, pode-se depreender que de certo modo a intenção da CIJ ao sentar esta jurisprudência era fugir ao volátil conceito jurídico de *estoppel* e a suas intrincadas variações e subespécies, como destacou o juiz Alfaro¹⁸.

Nada obstante, a CIJ não vem sendo consistente na aplicação de sua própria jurisprudência, apresentando entendimentos divergentes e justificativas frágeis quando da análise de dois dos fundamentos do *estoppel* – a representação, especialmente quando pautada no silêncio, e o *detrimental reliance*. Esta situação é prejudicial, haja vista que gera incertezas de como o *estoppel* deve ser trabalhado na esfera internacional. Paradoxalmente, uma teoria que procura promover a estabilidade passa a ameaçá-la. É isto que passo agora a analisar.

Segundo a jurisprudência levantada pela CIJ, a representação, primeiro elemento requerido para se estabelecer o *estoppel*, pode surgir de uma declaração ou do silêncio/aquiescência. No caso *Plataforma Continental do Mar do Norte (1967)*, à exemplo, onde a CIJ foi chamada para decidir quais princípios e regras do direito internacional seriam aplicados na delimitação da plataforma continental do Mar do Norte entre Alemanha, Países Baixos e Dinamarca, a Corte negou a aplicação o princípio de *estoppel*, pois não vislumbrou consistência na manifestação de uma das partes.

No caso em apreço o litígio se inicia quando Dinamarca e Países Baixos desejam que a delimitação da plataforma continental se dê com base no princípio da equidistância – sustentando-se em uma regra de direito obrigatório inspirado nos termos do art. 6º da Convenção de Genebra de 1958 – ao passo que a Alemanha entende que esta proposta de divisão reduziria significativamente o território que ela acreditava ser sua “justa parte” devido, sobretudo, ao comprimento de seu litoral.

Ao analisar se a Alemanha estava obrigada a aceitar a aplicação do princípio da equidistância, a CIJ observou que “[...] a Convenção só vigora para um Estado se este, depois de tê-la assinado no prazo previsto, proceder à sua

ratificação”¹⁹, de modo que a Alemanha não fazia parte da mesma, já que não ratificara a adesão à Convenção.

Nada obstante, Dinamarca e Países Baixos alegaram que a Alemanha teria aceitado as obrigações da Convenção por suas declarações públicas e proclamações. A Corte entendeu, contudo, que o simples fato de participar da elaboração da Convenção e agir em conformidade com esta não era suficiente para satisfazer o critério de uma representação “clara e consistente”. Assim, no entender da Corte, não estaria impedida (*estopped*) a Alemanha de alegar seu não condicionamento à Convenção.

Posicionamento similar tomou a CIJ no caso *Laudo Arbitral do Rei da Espanha* (1906), referente à determinação de fronteiras entre Honduras e Nicarágua, realizada pelo então rei da Espanha, com base no Tratado de Gámez-Bonilla, celebrado entre os países. No caso, a Nicarágua argumentou que a sentença do rei da Espanha não possuía caráter obrigatório e que era insuscetível de execução. Honduras, por seu turno, argumentou que, ao aceitar a nomeação do árbitro, a Nicarágua estava agora impedida de questionar sua competência.

A Corte concorda com a argumentação hondurenha, argumentando que “a Nicarágua, por declaração expressa e por conduta, reconheceu o Tratado como válido e não está mais aberto à Nicarágua a possibilidade de voltar atrás sobre esse reconhecimento e desafiar a validade do Tratado”²⁰.

Assim, por participar inteiramente dos procedimentos arbitrais sem levantar à época qualquer objeção acerca da incompetência do árbitro, bem como por ter realizado manifestações públicas – como envio de telegrama ao presidente de Honduras comemorando a divisão satisfatória das fronteiras – a Nicarágua estava agora impedida de questionar a validade da sentença do rei da Espanha. Sua manifestação havia sido clara e consistente, declarou a Corte.

A CIJ, entretanto, entra em contradição quando tenta fundar o *estoppel* no silêncio de uma das partes. Nesta situação a Corte já apresentou dois posicionamentos diferentes, em um deles “[...] o mero fato do silêncio dá origem ao *estoppel*. Nesta abordagem, o silêncio e a falta de protesto ‘são tão fundamentais que decidem sozinhos, o assunto na disputa’”²¹. Em uma segunda abordagem, por sua vez, o silêncio possui apenas valor probatório, podendo ser refutado.

Como exemplo da primeira abordagem pode-se observar o caso do *Templo de Preah Vihear* (1959), centrado em uma disputa entre o Camboja (antiga Indochina Francesa) e a Tailândia (à época conhecida como Sião) na qual se questionava a soberania territorial do templo de Preah Vihear. Em 1906 uma Comissão Mista foi estabelecida para determinar os contornos precisos da linha de fronteira entre os dois países. Esta Comissão, em 1907, produziu uma

serie de mapas – que foram enviados às autoridades tailandesas – que indicavam o Templo situado em território cambojano.

Frente à CIJ a Tailândia argumentou que, haja vista não houve reação por parte das autoridades tailandesas a este mapa, sua validade pode ser contestada, bem como sua obrigatoriedade. Entretanto, os mapas foram comunicados ao governo tailandês como maneira de representar o resultado do trabalho de delimitação. Por não haver nenhuma reação por parte das autoridades quer na época, quer depois, eles devem ter sido aceitos como tal.

Os mapas, além disso, [...] foram comunicados aos membros siameses da Comissão Mista, que nada disseram, ao Ministro Siamês do Interior, Príncipe Damrong, que agradeceu ao ministro Francês em Bangkok por eles e aos Governadores das províncias siamesas alguns dos quais conheciam Preah Vihear²².

Isto posto, se as autoridades siamesas aceitaram o mapa sem investigação, não poderiam agora pleitear qualquer erro que viciasse seu consentimento. O silêncio tailandês gerou, então, no caso em comento, uma situação de impedimento.

No caso *Jan Mayen (1993)*, entretanto, onde a disputa centra-se na delimitação de uma área entre Groelândia (Dinamarca) e a Ilha de Jan Mayen (Noruega), a Corte adota uma posição diferente sobre o silêncio no *estoppel*.

Neste caso, argumentava a Dinamarca que a Groenlândia possuía direito a uma zona de pesca a uma distância de 200 milhas náuticas da sua linha de base, enquanto a Noruega alegava que o limite externo da zona de pesca dinamarquesa era a linha mediana entre as costas. Em apoio à sua alegação, a Noruega destacou que a Dinamarca tinha “conhecimento da posição de longa data do governo norueguês em matéria de delimitação” (CIJ 1993), e ao não ilustrar seu descontentamento com essa posição, deveria ser agora *impedida* de desafiar a existência e a validade do limite da linha mediana.

A Corte, contudo, rejeita a argumentação norueguesa acerca do *estoppel*, declarando que o silêncio era justo, pois havia, por parte da Dinamarca, a preocupação de não agravar o litígio. Neste caso, observa-se que o silêncio não teve a força para ensejar o princípio de *estoppel*, diferentemente do caso do Templo de Preah Vihear. Se a CIJ prezasse por trabalhar um entendimento uniforme teria aplicado *estoppel* ao caso, haja vista que as situações são similares.

Acredita Ovchar que “[...] se o Tribunal tivesse adoptado uma opinião *juris et de jure* do silêncio, não teria considerado as razões para a hesitação dinamarquesa de protestar, e, portanto, provavelmente, considerado que uma preclusão foi estabelecida²³, tal qual ocorreu no caso do Templo de Preah Vieah.

Prosseguindo na análise da jurisprudência da CIJ, observa-se que a partir do momento em que a Corte passa a decidir casos em que o princípio de *es-*

toppel se faz presente, a produção de uma jurisprudência que uniformizasse a interpretação deste princípio sustentou-se precisamente em três pontos e dentre eles está o entendimento de que “[...] para poder invocar o *estoppel* a parte teria de haver atuado baseada na confiança na representação feita pela outra parte em detrimento dele”²⁴, ou seja, o *detrimental reliance*.

Tal enfoque pode ser facilmente observado nos casos Plataforma Continental do Mar do Norte (1967) e Barcelona Traction (1964). Em 1967, por exemplo, quando da análise do caso Plataforma Continental, a Corte afirmou que, para que uma situação de *estoppel* existisse no caso, a conduta da Alemanha – não ter ratificado sua participação na Convenção de Genebra de 1958 – deveria ter condicionado as ações da Dinamarca e dos Países Baixos, produzindo uma mudança de posicionamento destes, bem como um prejuízo. Assim, como a conduta alemã não condicionou a conduta de terceiros, lhes produzindo – devido a um efeito dominó de condutas internacionais – um prejuízo ou um benefício, o requisito do *detrimental reliance* nunca existiu, logo, o *estoppel* **não poderia ser invocado ou admitido**.

No caso Barcelona Traction, por sua vez, o governo belga demanda contra a Espanha solicitando a reparação de danos causados aos seus nacionais, acionistas da Companhia *Barcelona Traction Light and Power Ltda.*, devido condutas do Estado espanhol. Durante a etapa de diálogos, contudo, as duas partes optaram por entrar em negociações, de modo que a Bélgica retirou o pedido. Quando as negociações falharam, entretanto, a Bélgica reintroduziu o seu pedido.

Em exceções preliminares, a Espanha alegou que, tendo anteriormente retirado voluntariamente a sua demanda, a Bélgica perdera o direito de reintroduzir o mesmo pedido, estando, assim, impedida, pois “[...] teria induzido a demandada a um erro acerca do alcance da desistência”²⁵. A Corte, então, rejeitou a argumentação da Espanha de que o caso admitia a situação de *estoppel*, pois não foi encontrado qualquer possibilidade de que a conduta em questão produzisse prejuízo à requerente.

Nada obstante, por vezes a Corte Internacional de Justiça admite o princípio de *estoppel* em casos onde não se vislumbra uma situação de dependência ou de prejuízo, tal qual ocorreu no caso Laudo Arbitral do Rei da Espanha (1906), onde o *detrimental reliance* **não foi sequer sopesado quando a tese do *estoppel* foi levantada**. Ao se perscrutar anteriormente este caso, pôde-se observar que a Corte constatou uma situação de impedimento, contudo, pela análise dos fatos narrados, é notório que Honduras não sofreu qualquer prejuízo oriundo da representação nicaraguense, ou seja, a Corte não considerou o requisito do *detrimental reliance* para embasar sua tese de *estoppel* neste caso.

A análise destes casos mostra que a CIJ ainda não está segura quanto ao terceiro requisito de jurisprudência em relação ao *estoppel*. Por vezes as decisões judiciais da Corte sugerem que o prejuízo da parte que invoca o princípio em comento é um elemento indispensável ao *estoppel*, outras vezes, contudo, a argumentação da Corte sugere o contrário.

Destarte, embora a jurisprudência da CIJ busque evitar que a intrincada gama de variações conceituais sobre o *estoppel* interfiram na consistência de suas decisões, quando de sua atuação judicante a Corte falha ao permitir que tais variações interpretativas invadam sua jurisprudência, desvirtuando-a. Isto é temerário, haja vista que a manutenção da coerência e consistência na atuação da CIJ está intimamente relacionada com reputação e o respeito que os Estados e entes internacionais nutrem pela Corte.

Ademais, interpretações dispares sobre um mesmo tema geram insegurança jurídica e não é aceitável que um ente internacional como a CIJ – cujas decisões inclusive são utilizadas como parâmetros em outras cortes – dê vazão a incertezas jurídicas. A CIJ é “considerada altamente persuasiva quanto às proposições do direito internacional”²⁶, lembra Ovchar, e suas decisões são “consideradas como manifestações reconhecidas do direito internacional”²⁷, completa o autor. Assim, a insegurança jurídica bem como a inconsistência não deve eivar as decisões da Corte Internacional de Justiça.

Mais uma vez, Alexander Ovchar, trazendo citação pontual de Sir Robert Jennings, destaca, que tais incongruências desestimulam o contencioso internacional, uma vez que frente a esta incerteza jurídica, os Estados perdem a confiança e o respeito pelas decisões da Corte. Dirá Sir Robert Jennings que a inconsistência judicial é “[...] uma circunstância que deve ser um desânimo, senão mesmo uma dissuasão para os governos que contemplam o litígio internacional”²⁸.

Quando a CIJ cogita levar em consideração o fato do silêncio de uma das partes dar ensejo a uma situação de impedimento é evidente a aproximação com a teoria do *estoppel by silence*, entretanto tal tese jurídica não se coaduna com o primeiro requisito da jurisprudência da Corte, qual seja, uma representação inequívoca e incondicional. Aqui, uma simples interpretação semântica acerca da expressão “representação” talvez seja suficiente para solver a inconsistência.

Se, para que se vislumbre uma situação de impedimento em um contencioso internacional, a Corte exija como primeiro requisito uma “representação” do Estado, ou seja, uma manifestação que exponha e exhiba a outrem uma ideia ou posicionamento, conceder que a aquiescência ou o silêncio tenham o condão de aflorar o *estoppel* é um processo interpretativo completamente desvirtuado do espírito da jurisprudência.

Ademais, a CIJ deve compreender que o silêncio por vezes encobre pretensões, receios ou mesmo equívocos dos Estados, nem sempre estando relacionado com uma intenção de prejudicar terceiros. Os Estados, à exemplo, podem optar por manter-se em silêncio por motivos diplomáticos, por não estarem cientes de uma reclamação adversa contra eles ou mesmo por assumirem que não há necessidade de protestar.

Adotar uma visão *juris et de jure* acerca do silêncio, entendendo-o como um elemento capaz de *per si* de produzir uma situação de impedimento em um contencioso internacional, cria situações de injustiça com Estados que somente mantem-se silentes frente a um contencioso por temeridades diplomáticas – tal qual se fez no caso Templo de Preah Veah – ou por desconhecimento – como ocorreu no caso *Fishries* (1951).

Portanto, o *estoppel* surgido de uma situação onde não há qualquer manifestação de uma das partes é proposição inviável, senão impossível – ao menos na realidade da CIJ. É, então, salutar que a Corte Internacional de Justiça trate o silêncio apenas como um elemento probatório, observando as singularidades dos casos para se concluir se o silêncio em questão teve alguma relevância na conduta do terceiro, não concedendo a este elemento, repita-se, o posto de *deus ex machina* do princípio de *estoppel*.

No tocante a necessidade do *detrimental reliance*, por seu turno, o equívoco da Corte está em supor que ao ser invocar o princípio de *estoppel*, mesmo sem que uma das partes tenha sido prejudicada, estar-se-ia a proteger o mínimo de previsibilidade e estabilidade no padrão de conduta dos Estados. Esta argumentação é evada de vícios.

É irreal imaginar que uma mudança inócua – ou seja, que não gera prejuízos a terceiros – na política internacional de um Estado possa levar a uma situação de impedimento. Além de atentar contra a soberania dos Estados, que estão livres para mudar e retomar posturas, relações e representações internacionais, tal argumentação desconsidera que o princípio de *estoppel* é aplicado no direito internacional com a pretensão de evitar que as relações internacionais se desregulem, de modo que aplica-lo quando não existem prejudicados é contraditório, desnecessário e injusto com o Estado impedido.

Em ponderação relevante, Alexander Ovchar dispõe que

A longa vida dos Estados, a sua representação múltipla e mutável e a multiplicidade de seus interesses, se combinam para fazer com que “inconsistência” e “soprar quente e frio” não seja um sinal de “má fé” em qualquer sentido moralmente culpado, mas simplesmente uma característica normal e natural de seus atos em qualquer período

prolongado de tempo. Portanto, não é desejável para um Estado, em vez de anunciar uma nova política, estar vinculada a continuar a prosseguir uma política desatualizada sobre a qual nenhum outro Estado se baseou²⁹.

Isto posto, é visível que esquecer o requisito do *detrimental reliance* como um fundamento do princípio de *estoppel* não encontra justificativa plausível e esbarra, especialmente, contra o princípio da soberania dos Estados. Ademais, relativizar em demasia o princípio de *estoppel* não é conduta aconselhável à Corte. A história das atuações judicantes na seara internacional já demonstrou que este princípio não se afeiçoa a subjetivação de seus preceitos fundamentais. A maneira mais adequada de trabalhar o *estoppel* é objetivando-o, construindo um entendimento uno, claro e irrefutável.

É, sobretudo, por conta disto que a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça deve ser recrudescida no cenário internacional. Em uma realidade onde o princípio de *estoppel* é posto sobre um prisma, criando miríades de pontos de vista destoantes, uma jurisprudência que simplifique e objetive o *estoppel* em três requisitos é louvável e deve ser acompanhada por outros tribunais internacionais.

3 O ESTOPPEL NO MERCOSUL

Já é cediço que o princípio de *estoppel* consolidou-se como um princípio geral do direito internacional. Sua aplicação e interpretação por tribunais desta ordem multiplicou-se de modo perceptível no último século, alcançando desde cortes de maior compleição – caso da Corte Internacional de Justiça – até tribunais internacionais mais regionalistas, cuja constituição está atrelada a um arcabouço jurídico mais íntimo ou particular de uma determinada região, caso do Tribunal Permanente de Revisão (TPR) do Mercosul.

Quando o *estoppel* passa a ser invocado frente aos tribunais do Mercosul, a jurisprudência da CIJ surge naturalmente como um sustento doutrinário para interpretar-se um instituto que até então era estranho à atuação judicante deste tribunais. Esta situação produz um microcosmo muito particular, onde uma teoria originária do direito anglo-saxônico, moldada, sobremaneira, pela atuação da Corte Internacional de Justiça, passa a ser utilizado em contenciosos internacionais cujo esteio é o epitetado “direito mercosulense” e que tem como objeto questões comerciais.

Para compreender de que modo o Mercosul trabalha o princípio de *estoppel*, é necessário entender *a priori* o processo de reformulação da estrutura

institucional do bloco bem como de seu sistema de solução de controvérsias. Isto posto, uma comparação de como o princípio foi utilizado antes e depois da reformulação possibilitará traçar-se uma teoria de como o *estoppel* foi internalizado pelo bloco econômico Mercosul.

O Mercosul surge em 1991 com a assinatura do Tratado de Assunção, que tinha a pretensão de constituir um Mercado Comum entre os Estados-partes. Este objetivo, contudo, esbarra na dificuldade ou mesmo impossibilidade de um processo de integração e adoção de políticas comuns por estes Estados, que por vezes tinham entendimentos assimétricos e objetivos políticos divorciados do bloco. Assim, em 1994 o Protocolo de Ouro Preto reformula a estrutura institucional do bloco e, conseqüentemente, o sistema de solução de controvérsias. Desde então os atos normativos do Mercosul têm sido dedicados a eliminar a assonância ainda existente no bloco³⁰.

Na esfera do sistema de solução de controvérsias, o Mercosul se apercebe da necessidade da adoção de um sistema judicial supranacional, que assegure uniformidade de interpretação e aplicação do direito, de caráter permanente e procedimentos institucionalizados, tal qual ocorre na União Europeia. Passa-se, enfim, em 2002, com a assinatura do Protocolo de Olivos, de um mecanismo *ad hoc* de solução de divergências – que utilizava a via arbitral – para um sistema permanente, institucionalizado e com regras mais claras, que possibilite a formação de jurisprudência e a gradual harmonização na aplicação e interpretação das normas.

Neste diapasão o Tribunal Permanente de Revisão, principal inovação do Protocolo de Olivos, inspirado no modelo da Organização Mundial do Comércio (OMC), surge com intento de dar mais dinamismo e coerência ao sistema de solução de controvérsias, uma vez que este implica no construir de uma jurisprudência uniformizadora que barre interpretações divergentes.

Em 2002, contudo, antes desta mudança no sistema de solução de controvérsias do Mercosul, o bloco julgou, mediante tribunal *ad hoc*, um caso onde o princípio de *estoppel* se fez presente – o caso proibição de importação de pneus remodelados, envolvendo Uruguai e Brasil.

No caso em comento o Uruguai demanda contra o Brasil sob a alegação de que a Portaria nº 08/00 da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (SECEX) emitida pelo Brasil, proibindo a importação de pneus remodelados para solo brasileiro teria prejudicado o Uruguai devido ao cessar do fluxo comercial deste produto oriundo do Uruguai.

Segundo a demandante, a conduta brasileira teria o condão de gerar uma situação de *estoppel*, pois não poderia o Brasil realizar conduta que caminhas-

se na contramão do compromisso tácito firmado entre os países de compra e venda dos produtos. Ademais, a proibição feria o processo de integração sob o qual o bloco econômico está fundado.

Como pode ler-se no laudo do Tribunal *Ad Hoc* constituído para o caso, em resposta, o Brasil alega que “[...] não é aplicável o princípio do *estoppel*, já que não houve de sua parte um comportamento constante e inequívoco que pudesse gerar direitos nem alentar expectativas uruguaias em matéria de exportações ao Brasil de pneumáticos recauchutados”.³¹

Em sua decisão o Tribunal entende que a “[...] assinalada concorrência de elementos contestes – tráfego comercial, declarações oficiais –, além dos concordes atos concludentes de órgãos do Estado, justificam a invocação do princípio do *estoppel* [...]”. Ademais, destaca o Tribunal que princípios que se propõem a proteger a confiança e a boa-fé, tal qual o *estoppel*, precisam ser fortalecidos e sua aplicação facilitada no seio do processo de integração do Mercosul.

Considerando a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça como a melhor ótica sob a qual o princípio de *estoppel* pode ser observado, a interpretação do Tribunal *Ad Hoc* carece de consistência e peca em alguns pontos fundamentais.

A priori, para que uma situação de impedimento possa ser legalmente invocada, como já comentado, é estritamente necessário que um Estado realize uma manifestação que seja inequívoca e incondicional bem como que seja emitida por órgão ou pessoa competente. Assim, é ridículo imaginar que um “fluxo comercial constante” possa ter o condão de gerar uma situação de *estoppel*, como argumentou o tribunal *ad hoc* do caso em tela.

Para que o princípio de *estoppel* se eleve é necessária uma manifestação legal do Estado, e não uma mera conduta corriqueira que teoricamente crie no imaginário de seu receptor uma responsabilidade ou um compromisso. Como no caso em questão este requisito não se fez presente o segundo e terceiro requisitos – manifestação inequívoca e *detrimental reliance* – restam prejudicados. Ademais, a função do *estoppel* **não é de modo algum estimular ou recrudescer o processo de integração de blocos econômicos, mas sim evitar que as relações internacionais se desregulem por ocasião de condutas contraditórias.**

Neste caso a interpretação do princípio de *estoppel* pelo Mercosul mostrou-se equivocada e divorciada não só da tese jurídica firmada pela CIJ, mas também das teorias ancestrais do *estoppel*, como o *estoppel by representation* à exemplo. Ao que parece, o processo de importar o princípio de *estoppel* para o Mercosul, lhe atribuindo feições próprias do direito de integração, falha ao entender o compromisso comercial intrabloco como uma relação que produza a justa expectativa da existência de uma obrigação de natureza internacional.

Nada obstante, quando o Mercosul inova seu sistema de soluções de controvérsias, depara-se com um novo caso, extremamente similar ao anterior, onde o *estoppel* também é invocado. Agora, contudo, o Tribunal Permanente de Revisão (TPR) trará uma visão diferente acerca do princípio em análise.

No início de 2005 o Uruguai apresenta um relatório sobre a possibilidade da implementação do mecanismo de resolução de litígios, em função de uma proibição imposta pela Argentina, através da Lei nº 25.626, para a importação de pneus remodelados. Em sua tese o Uruguai alega que a controvérsia admite a aplicação do princípio de *estoppel*, sustentando-se nas mesmas argumentações do caso de 2002. Em sua defesa, por seu turno, a Argentina alega que a lei surge para evitar a entrada deste produtos em seu território, pois seriam eles perigosos ao meio ambiente.

Durante o curso do litígio, no tribunal *ad hoc*, os juízes não encontram possibilidade de impedimento pois, com base nos números apresentados pelas partes, se observa que o comércio desses produtos nunca foi permanente e estável. Ademais, a existência de princípios superiores que permitem a imposição de restrições não-econômicas ao comércio interno impossibilitam a aplicação do *estoppel*, o qual foi entendido como um princípio não absoluto.

Na instância recursal, contudo, é onde se encontra o salto interpretativo do Mercosul acerca do *estoppel*. Quando da análise do recurso impetrado pelo Uruguai, o TPR sustenta que “fluxo comercial” não tem o condão de sustentar um caso de *estoppel* e que a aplicação deste instituto no presente caso sob revisão é desnecessária, pois

[...]se a preclusão é considerada um princípio do direito internacional ou um princípio geral do direito, uma vez que não pertence ao direito original, nem ao direito derivado, nem constitui um princípio específico do direito do Mercosul, sua aplicação é apenas suplementar e o seu caso deve ser adaptado à especificidade do objecto e objectivo da ordem jurídica comunitária e ser útil para resolver o caso em questão³²

Mediante a atuação do Tribunal Permanente de Revisão, o Mercosul, tenta neste caso consolidar o entendimento de que a aplicação do princípio de *estoppel* na realidade do Mercosul só é necessária quando for essencialmente útil para resolver o litígio. Igualmente, ao ponderar a possibilidade de o princípio de *estoppel* não ser absoluto, admitindo situações onde um princípio superior o sobrepõe, o TPR lança sobre o princípio lume ainda ignorado, inclusive, pela Corte Internacional de Justiça.

Da análise destes casos pode-se depreender, portanto, que no Mercosul o princípio de *estoppel* teve de início uma interpretação errônea, que poderia ter levado em consideração a jurisprudência levantada pela CIJ, mas que preferiu ater-se a uma interpretação própria, que mesclava à tese do *estoppel* elementos do direito de integração do Mercosul. Com a inovação trazida pelo Protocolo de Olivos, contudo, o bloco optou por não interpretar o princípio em estudo. Neste momento, entende-se que a utilização do princípio de *estoppel* na realidade do Mercosul não é interessante ao bloco e que seu uso só deve ser sope-sado em casos excepcionais.

CONCLUSÃO

A relevância jurídica do princípio de *estoppel* para o Direito Internacional é inegável. Apoiando-se nas máximas latinas do *pacta sunt servanda* e do *nemo potest venire contra factum proprium*, o *estoppel* soma-se ao arcabouço jurídico dos tribunais internacionais e passa gradativamente a constituir-se como um poderoso instrumento na proteção da boa-fé, da estabilidade nos diálogos e da justiça internacional. Pelo *estoppel*, tribunais como a Corte Internacional de Justiça e o Mercosul labutam na tentativa de extirpar do cenário da política internacional práticas perdulárias pautadas na má-fé e no engodo.

Nada obstante, a alta gama de ramificações que o *estoppel* produziu durante sua evolução propiciam equívocos – ou mesmo falhas – quando de sua interpretação pelas cortes internacionais. É facilmente perceptível, ao se analisar os casos em que tal princípio foi invocado, que uma interpretação sóbria e objetiva do *estoppel* é conduta rara; na maioria das vezes os tribunais preferem enveredar-se por meandros conceituais desnecessários à análise jurídica do caso, como à exemplo dos litígios em que a CIJ traz noções peremptas do *estoppel* ou quando tenta aderir à sua jurisprudência braços interpretativos totalmente antagônicos desta, caso do *estoppel by record* ou *estoppel by silence*.

Neste ponto, a ponderação de Christopher Brown em “*A Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law*” expõe com clareza e precisão a problemática da interpretação do princípio de *estoppel*. Entende Brown que:

Muito da confusão em torno do *estoppel* decorre do fato de que os sistemas do *Common Law* desenvolveram procedimentos e regras precisas que muitas vezes são codificadas e bem definidas. Quando esses termos precisos são arrancados do seu contexto do direito comum e lançados desorganizados no domínio internacional – um

domínio quase completamente desprovido de codificação ou regras de procedimento costumeiras – cada questão se torna um problema substantiva de primeira impressão³³

Isto, contudo, não pode ser óbice à atividade judicante dos tribunais nem à atuação de estudiosos do direito. O *estoppel* necessita ser compreendido em sua essência, para ser aplicado em sua plenitude. Buscar o espírito do princípio de *estoppel*, ou seja, o dínamo de sua existência enquanto princípio geral do direito internacional, é de suma importância para se aplicar tal instituto sem tropeços – e isto a CIJ alcançou, ao menos formalmente, com a sua jurisprudência.

Limitar a aplicação do *estoppel* à presença de três requisitos fundamentais – representação, ser esta representação incondicional e inequívoca, ter esta representação condicionado a conduta de terceiro – consegue abarcar com maestria a seiva bruta do princípio de *estoppel*, joeirando-a de elementos como a aquiescência ou a *res judicata*. O pecado da Corte Internacional de Justiça, contudo, reside na relutância de a todo momento revisitar tais conceitos, trazendo à jurisprudência ideias como “ignorar o *detrimental reliance*” ou “admitir o silêncio como uma representação”.

Manter-se fiel a uma noção objetiva e preestabelecida do *estoppel*, parece ser a saída adequada à barafunda que se tornou o estudo do princípio de *estoppel*, mesmo por que, enquanto pulularem no panorama jurídico variações interpretativas, o *estoppel* continuará sendo um mero axioma que significa tudo e, ao mesmo tempo, não significa nada; um “trunfo” aos juízes e advogados internacionais que invocam-no sempre que “boa-fé” ou “inconsistência” forem o fundamento da demanda.

A despeito de uma jurisprudência elogiável, contudo, a atuação da Corte na análise do princípio de *estoppel* já foi criticada e formas de resolução das inconsistências interpretativas, propostas. Resta observar que caminhos a CIJ tomará ao deparar-se com novas invocações do *estoppel*. O princípio não pode manter-se neste espaço de incerteza conceitual *ad aeternum*, sob pena de macular a confiança e a respeitabilidade da Corte Internacional de Justiça.

Ademais, a jurisprudência da CIJ eleva-se dentre as demais não somente por que vem a ser a mais objetiva e precisa, mas também devido à relevância que as decisões da Corte Internacional de Justiça auferiram no panorama internacional. Contemporaneamente, a Corte é a principal porta-voz das proposições do Direito Internacional e sua postura é referência para cortes e tribunais internacionais nas Américas e na Europa.

Destarte, a utilização da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, repita-se, pode ser utilizada para solver a dificuldade de interpretar o *estoppel*.

O Mercosul, por seu turno, afasta – ao menos por hora – a aplicação do princípio de *estoppel* em seus contenciosos internacionais. A postura do bloco não pode ser criticada, mas mantém perene a indagação de que postura o Mercosul tomará quando deparar-se futuramente com uma invocação do princípio.

O princípio de *estoppel*, apesar das dúvidas que lhe orbitam, não pode ser desconsiderado como um princípio geral do direito internacional que, se interpretado e aplicado corretamente, tem o condão de salvaguardar toda relação internacional que tenha a pretensão de organizar-se e perpetuar-se de modo saudável. Para tanto, recriar de modo simples e objetivo o *estoppel* – respeitando sua essência – tal qual fez a CIJ, é mais profícuo que tentar juntar os restos de um princípio espreado pelos séculos.

REFERÊNCIAS

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça: e a construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Centro de Direito Internacional (CEDIN), 2005. 1291 pgs.

BROWN, Christopher. **A comparative and critical assessment of Estoppel in International Law**, 50 U. Miami L. Rev. p. 369-412, 1996.

CHENG, Bin. **General principles of Law as applied by International Courts and Tribunals**. Cambridge University Press. p. 1-490, 1994.

HERMAN, Henry Morrison. **The Law of Estoppel**. W.C. Little & Company. p. 1-622, 1871.

MARTINS, Eliane Octaviano. Sistemática de Solução de Controvérsias do Mercosul: o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Olivos. **Revista Cadernos PROLAM/USP**, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 79-93, 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003

OVCHAR, Alexander. **Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ: A principle promoting stability threatens to undermine it**. *Bond Law Review*, v. 21, n. 1, p. 1-35, 2009.

VASSALLO, Frederico Julian. **El estoppel: dificultad para definir una regla en Derecho Internacional y el rol deslucido de la Corte Internacional de Justicia**. *I Concurso de Ensayos Breves*. p. 181-191, 2013.

NOTAS

1. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2003
2. BROWN, Christopher. **A Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law**, 50 U. Miami L. Rev. p. 369-412, 1996.
3. HERMAN, Henry Morrison. **The Law of Estoppel**. W.C. Little & Company. p. 1-622, 1871.

4. Cf. HERMAN, Henry Morrison. 1871
5. Cf. BROWN, Christopher. 1996
6. Cf. BROWN, Christopher. 1996, p. 373
7. Cf. BROWN, Christopher. 1996, p. 373
8. A máxima latina *interest reipublicae ut sit finis litium* funda-se no interesse público de ver os litígios resolvidos, uma vez que a manutenção deste não é vantajosa para a sociedade em nenhuma circunstância. A máxima *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, por seu turno, tem por esteio o mesmo pressuposto do princípio penal do *ne bis in idem*, qual seja, o de que ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo fato.
9. Cf. BROWN, Christopher. 1996, p. 377
10. OVCHAR, Alexander. *Estoppel* in the Jurisprudence of the ICJ: A principle promoting stability threatens to undermine it. *Bond Law Review*, v. 21, n. 1, p. 5, 2009.
11. VASSALLO, Frederico Julian. El *estoppel*: dificultad para definir una regla en Derecho Internacional y el rol deslucido de la Corte Internacional de Justicia. *I Concurso de Ensayos Breves*. p. 183, 2013.
12. CHENG, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge University Press. p. 138, 1994.
13. Cf. VASSALLO, Frederico Julian, 2013
14. Reports of Internacional Arbitral Awards, 1903, p. 26
15. Cf. VASSALLO, Frederico Julian, 2013
16. Cf. BROWN, Christopher. 1996
17. Cf. OVCHAR, Alexander, 2009, p. 7
18. Cf. OVCHAR, Alexander, 2009

19. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça: e a construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Centro de Direito Internacional (CEDIN), 2005. 753 pg.
20. Honduras v Nicaragua [1960] ICJ
21. Cf. OVCHAR, Alexander, 2009, p. 12
22. Cf. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira, 2005, p. 725
23. Cf. OVCHAR, Alexander, 2009, p. 17
24. Cf. VASSALLO, Frederico Julian, 2013
25. Cf. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira, 2005, p. 743
26. Cf. OVCHAR, Alexander, 2009, p. 28
27. Id. OVCHAR, 2009
28. Cf. OVCHAR, Alexander, 2009, p. 27
29. Cf. OVCHAR, Alexander, 2009, p. 34
30. MARTINS, Eliane Octaviano. Sistemática de Solução de Controvérsias do Mercosul: o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Olivos. **Revista Cadernos PRO-LAM/USP**, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 79-93, 2006
31. Brasil v Uruguai [2002] Mercosul
32. Argentina v Uruguai [2005] Mercosul
33. Cf. BROWN, Christopher. 1996, p. 38

O Tribunal Penal Internacional e o sistema de reparação às vítimas: avaliação do êxito dos procedimentos a partir do caso Prosecutor x Germain Katanga

Mônica Teresa Costa Sousa
Clara Lima Gomes

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do caso Prosecutor x Germain Katanga, julgado pelo Tribunal Penal Internacional no ano de 2014, que acarretou na condenação do congolês como cúmplice de crime contra a humanidade e crimes de guerra. Será dado especial enfoque a recente decisão, em março de 2017, da condenação da pena de indenização imposta ao réu às vítimas do massacre cometidos durante o ataque à vila Bogoro, no distrito de Ituri, na República Democrática do Congo. A partir desse desenlace iremos discorrer sobre a participação do Fundo Fiduciário para Vítimas, instituição independente do TPI e responsável pelo pagamento e elaboração do projeto de reparação, ante a indigência de Katanga. Da análise do mérito da decisão, será discutido qual seu alcance, defeitos e potencialidades, a fim de que seja atendido o ideal de Justiça Internacional. A metodologia utilizada será a bibliográfica e análise documental.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Caso Katanga. Crimes contra a humanidade

ABSTRACT

The present paper aims to study the Prosecutor x Germain Katanga case, tried by the International Criminal Court in the year 2014, which led to the conviction of the Congolese as an accomplice of crime against humanity and war crimes. Special attention will be given to the recent decision in March 2017 of the conviction, the penalty of compensation imposed on the defendant for the victims of the massacre committed during the attack on Bogoro village in the Ituri district of the Democratic Republic of Congo. As of this outcome, we will discuss the participation of the Trust Fund for Victims, an independent institution of the ICC and responsible for the payment and

O que seria uma estratégia militar para a retomada daquela região que estava sob influência das forças UPC, supostamente apoiadas por Ruanda, na verdade se mostrou uma verdadeira batalha étnica de Ngiti-Lendu contra Hemas, inimigos históricos que há anos se enfrentaram devido a luta por terras, bem como, pelos primeiros acreditarem que os Hema haviam adquirido injustamente terras e negócios e que eram privilegiados de forma indevida².

Naquela data, os combatentes que mais tarde formariam o FRPI, sob a desculpa de ataque às forças UPC, destruíram a Vila Bogoro, matando não apenas os combatentes, como também civis, dentre eles crianças, mulheres e idosos, além de destruírem e saquearem suas propriedades.

Diante desse breve histórico, seguimos com a análise do procedimento adotado pelo Tribunal Penal Internacional na fase de julgamento de Katanga, bem como da sentença que atribuiu a este a responsabilidade pela reparação às vítimas do ataque.

1 O PROCEDIMENTO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL A PARTIR DA ANÁLISE DO CASO KATANGA

Como análise inicial do procedimento adotado pelo Tribunal Penal Internacional, tem-se que sua jurisdição, segundo o Estatuto de Roma, se dá sobre os países que dele façam parte e somente é competente para julgar causas em seu âmbito sobre fatos ocorridos após a data de sua entrada em vigor.

É certo que o Estatuto tratou de amparar um dos princípios basilares do Direito, o da anterioridade da lei e segurança jurídica. Esse Tribunal, inclusive, nasce também como resposta às críticas persistentes aos tribunais ditos de exceção anteriores à criação do TPI que eram originados exclusivamente para apurar práticas criminosas, sendo, portanto, posteriores ao evento. É o que diz André de Carvalho Ramos:

No âmbito temporal, a jurisdição do TPI só pode ser invocada para os crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto, ou seja, após 1º de julho de 2002, exorcizando os velhos fantasmas dos tribunais ad hoc e ex post facto no plano internacional.³

Dessa forma, o TPI passou a ter jurisdição sobre o caso a partir de 1º de julho de 2002, após a ratificação do Estatuto de Roma por 60 Estados, número necessário para entrar em vigor.

O acusado Germain Katanga foi condenado pelas práticas de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, no território da República Democrática

preparation of the reparation project, given the indigence of Katanga. From the analysis of the merits of the decision, the scope, defects potentialities will be discussed, in order to meet the ideal of International Justice. The methodology used will be bibliographical and documental analysis.

Keywords: International Criminal Court. Katanga Case. Crimes against humanity.

INTRODUÇÃO

O ideal de justiça internacional, a partir do século XX, vislumbra não apenas a responsabilidade do Estado, como também a do indivíduo. Dito isto, ao longo da segunda metade do século passado, muitos foram os Tribunais que surgiram com o intuito de condenar agentes responsáveis pelas mais diversas atrocidades e violações aos direitos humanos, citando como exemplo, o Tribunal de Nuremberg e Tóquio e posteriormente, os tribunais penais *ad hoc* da ONU.

Entretanto, era cada vez mais necessária a criação de um Tribunal Penal permanente, em vista das críticas crescentes feitas aos tribunais *ad hoc*. Dessa forma, no ano de 1998, durante a Conferência Intergovernamental em Roma, foi adotado o texto do Estatuto do Tribunal Penal Internacional com 120 votos a favor, 7 votos contrários (Estados Unidos, China, Índia, Líbia, Iêmen, Israel e Catar) e 21 abstenções. Sua entrada em vigor ocorreu em 2002 com as 60 ratificações necessárias.

A partir de então diversos casos foram submetidos à sua jurisdição. Trataremos nas páginas seguintes do Caso Katanga, com sentença pronunciada no ano de 2014, onde foram apuradas a ocorrência das práticas de crimes contra a humanidade e crimes de guerra ocorridos no ano de 2003 durante um ataque militar ao Vilarejo de Bogoro, ocorrido durante o que historicamente ficou conhecido como a Segunda Guerra do Congo ou Guerra Mundial africana, devido ao grande número de países africanos envolvidos no conflito.

No dia 24 de fevereiro de 2003, o vilarejo de Bogoro, localizado em Ituri, foi alvo de um ataque armado organizado, comandado por diversos combatentes predominantemente de etnias Ngiti e Lendu (da qual o acusado Germain Katanga fazia parte), combatentes que posteriormente iriam se transformar na milícia chamada FRPI, aliada a outras organizações militares, tais como APC, UFDP e o próprio governo da República Democrática do Congo aliado à Uganda¹.

do Congo, em um vilarejo denominado Bogoro, situado no distrito de Ituri, cuja localização foi de peculiar importância para as forças armadas que ali se instalaram durante a Segunda Guerra do Congo.

A acusação e posteriormente condenação de Germain Katanga marca um novo momento no Direito Internacional, quando se passa a aceitar a ideia de que o indivíduo, pode e deve ser responsabilizado por suas condutas, especialmente quando importam em violação de direitos humanos. Assim, ensina Cançado Trindade: “ao Direito Internacional o indivíduo interessa cada vez mais, mesmo porque ‘o Estado, criado no interesse do indivíduo, a este não se pode sobrepor’⁴ e mais:

Os tribunais internacionais contemporâneos têm contribuído decisivamente para a expansão da jurisdição internacional, assim como para a afirmação e consolidação da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do ser humano, como sujeito tanto ativo (ante os tribunais internacionais de direitos humanos) como passivo (ante os tribunais penais internacionais) do Direito Internacional⁵

Os eventos que ocorreram em Bogoro e que foram objeto da demanda pelo TPI ocorreram em 24 de fevereiro de 2003, e, portanto, já estavam sob a jurisdição do mesmo. Quanto ao conhecimento desses fatos, é necessário estes cheguem ao TPI por três formas distintas: os crimes devem ser a ele encaminhados por um Estado-Parte, ou pelo Conselho de Segurança, ou se o Promotor, que representa o Ministério Público, tiver iniciado uma investigação preliminar, essa é a previsão contida no art. 15 do Estatuto de Roma.

O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se: a) Um Estado Parte denunciar ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou c) O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.⁶

O mencionado artigo é importante porque deixa evidente o respeito a outros dois importantes princípios do Direito Internacional, o da subsidiariedade

dade e complementaridade, isso porque o Tribunal só pode exercer sua jurisdição quando o crime em análise não puder ser julgado ou for negligenciado pela jurisdição interna, em respeito à soberania dos Estados. Assim ensinam Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella:

O principal dispositivo do Estatuto, que figura no artigo 1º, é o princípio da complementaridade, nos termos do qual a jurisdição do TPI terá caráter excepcional e complementar, isto é, somente será exercida em caso de manifesta incapacidade ou falta de disposição de um sistema judiciário nacional para exercer sua jurisdição primária. Ou seja, os estados terão primazia para investigar e julgar os crimes previstos no Estatuto do Tribunal⁷.

Isso porque esse princípio, quando nos procedimentos internacionais de apuração de violações de direitos humanos, implica a observância do dever primário do Estado em prevenir violações de direitos protegidos, ou, ao menos, reparar os danos causados às vítimas, e somente de forma subsidiária, ou seja, em não logrando sucesso, deve ser invocada a proteção internacional⁸.

Os acontecimentos de 2003 no vilarejo de Bogoro foram remetidos ao TPI, por meio do governo da República Democrática do Congo, portanto definitivamente o TPI tinha jurisdição para apurar os possíveis crimes cometidos nessa data.

1.1 Fases do procedimento do Tribunal Penal Internacional

A partir de então, o Tribunal Penal Internacional, passou a averiguar a procedência das suspeitas, através de uma investigação, feita pelo Gabinete do Procurador que avalia se existem provas suficientes que ensejam uma investigação e se esses supostos crimes atendem aos interesses e propósitos do TPI. Essa fase é chamada Exames Preliminares e no caso Katanga se deu desde a apresentação do caso pela República Democrática do Congo até 21 de junho de 2004, quando teve início outra fase do processo.

A segunda fase, chamada de Investigações, teve início em 21 de junho de 2004, quando o procurador Luis Moreno-Ocampo decide dar início à primeira investigação do TPI, por constatar através dos exames preliminares que os crimes cometidos na República Democrática do Congo, em especial na região de Ituri, são alvo da jurisdição do Tribunal e atendiam aos interesses da Justiça e das vítimas, em consonância com os critérios de admissibilidade do Estatuto de Roma⁹.

A fase posterior, o Estágio de Pré-Julgamento, ocorre geralmente por um período de 60 dias, onde uma câmara constituída por três juízes avalia se há provas suficientes para a acusação.¹⁰ Teve início em 22/10/2007, com a primeira aparição de Germain Katanga à Corte. Sobre essa fase, assim ensina Paulo Henrique Gonçalves Portela:

O Juízo de Instrução é o órgão encarregado de autorizar a abertura de inquéritos, se entender que o fato a ser investigado recai na competência do TPI, e para impugnar a admissibilidade de um caso ou da jurisdição do Tribunal, em decisão a ser confirmada pelo Juízo de Julgamento em Primeira Instância.¹¹

O Julgamento, fase posterior, é o momento em que o acusado já sabe quais os crimes lhe são imputados e corresponde a fase probatória do Direito interno, com a produção de provas, seja documentais ou orais. O caso Katanga inicia essa fase no dia 24/11/09, com o início do julgamento.

Inicialmente Germain Katanga foi responsabilizado como o agente que cometia o crime, seja de forma individual ou em conjunto, seja por intermédio de outrem. Na sentença, entretanto, Katanga foi responsabilizado como o agente que contribuiu de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Conforme art. 25 do Estatuto de Roma:

Art. 25 - Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso: i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime.¹²

A fase do julgamento é sem dúvida a parte mais complexa do processo no TPI, tal qual no direito interno a um cuidado com a apuração dos fatos na tentativa de chegar a uma resposta “além da dúvida razoável” para que a penalização não seja injusta, ainda mais quando tratamos de justiça internacional.

Bem por isso, o julgamento do caso Katanga durou aproximadamente três anos e compreendeu a oitiva das testemunhas e dos acusados, análi-

se e elaboração de provas documentais, especialmente as elaboradas pela ONU e MONUC (Missão das Nações Unidas na República Democrática do Congo), visita ao local dos acontecimentos e as alegações orais da defesa e Promotoria.

1.2 O julgamento como meio de alcançar a justiça internacional e responsabilidade penal individual

A fase de julgamento se voltou para a busca de provas que confirmassem as acusações que estavam sendo imputadas à Katanga. Dessa forma, o Tribunal buscou atender ao seu objetivo primeiro, que é proporcionar a justiça internacional, por meio da responsabilização individual, assim leciona Paulo Henrique Gonçalves Portela: “o TPI atuará de acordo com o princípio da responsabilidade individual. Nesse sentido, o Tribunal deverá processar e julgar indivíduos pelos atos que violem as regras que essa corte internacional pretende proteger.”¹³

O período mais prolongado foi a fase de oitiva das vítimas, ao todo foram 54 testemunhas, incluindo as da defesa, da acusação, as convocadas pela Câmara e Representantes das Vítimas, chegando ao número total de 265 dias. As principais testemunhas, somada às provas documentais foram decisivas para o veredito do TPI.

A final do julgamento, Katanga foi considerado culpado pelos crimes de crime de guerra de homicídio, crime contra a humanidade de assassinato, crime de guerra de dirigir um ataque contra uma população civil como tal ou contra civis individuais que não participam diretamente das hostilidades, crime de guerra de destruição de propriedade e crime de guerra de saque, sendo absolvido das acusações de crimes de guerra de usar crianças menores de quinze anos para participar ativamente das hostilidades.

1.3 Responsabilidade Penal de Katanga

Quanto a responsabilidade de Katanga, lembramos que a Câmara de Pré-Julgamento estabeleceu que fosse responsabilizado nos termos do artigo 25, 3, a, onde dispõe que é responsável, aquele que cometer o crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável. Entretanto, a Câmara de Julgamento entendeu que sua responsabilidade seria a transcrita no mesmo artigo, nº 3, alínea d: contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum.

A Câmara concluiu, pelos depoimentos, que Germain Katanga tinha o título de comandante ou chefe de Aveba e sobre esta exercia autoridade militar, especialmente a partir do fim do ano de 2002, prova disso, é que foi Katanga quem levou uma delegação de combatentes e pessoas até Beni onde se encontraram com outras organizações, onde pôde inclusive tomar diversas decisões militares¹⁴.

Entretanto, quanto ao seu poder dentro dessa organização, a Câmara só pôde confirmar com certeza, que Katanga facilitou o recebimento e o armazenamento de armas e munições em Aveba, além de decidir como distribuí-las entre os combatentes. Entretanto, não houve como comprovar que Katanga teve alguma participação em estratégias militares. Esse foi o motivo pelo qual, ocorreu uma mudança na forma de responsabilização penal de Katanga. Dessa forma, a Câmara concluiu que ele foi sim importante para os acontecimentos de Bogoro em 24 de fevereiro de 2003, já que, era o responsável pelo recebimento e distribuição das armas utilizadas no conflito, mas não pôde concluir com certeza, além da dúvida razoável que era o responsável, também pelas estratégias e comandos militares¹⁵.

Dessa forma, em 23 de maio de 2014, Germain Katanga foi condenado a 12 anos de prisão pela II Câmara de Julgamento do Tribunal Penal Internacional. Desse tempo, foram deduzidos o período em que permaneceu detido em Haia, que compreendeu o tempo de 18 de setembro de 2007 até aquele dia.

No dia 25 de junho de 2014 o julgamento foi considerado final, quando tanto a defesa quando o Ministério Público, resolveram interromper seus recursos contra a decisão da Câmara anteriormente prolatada. Nesse ponto, destaca o que ensina Cançado Trindade:

Os tribunais internacionais contemporâneos têm contribuído decisivamente para a expansão da jurisdição internacional, assim como para a afirmação e consolidação da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do ser humano, como sujeito tanto ativo (ante os tribunais internacionais de direitos humanos) como passivo (ante os tribunais penais internacionais) do Direito Internacional.¹⁶

Com essa sentença, o Tribunal Penal Internacional contribuiu para a afirmação e consolidação da personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo ante a justiça internacional.

2 O SISTEMA DE REPARAÇÃO ÀS VÍTIMAS

O último importante desdobramento do caso Katanga se deu no ano de 2017, quando o Tribunal Penal Internacional atribuiu pela primeira vez em sua

história indenização às vítimas de crimes julgados sob sua jurisdição. Por ser uma decisão pioneira, despendemos um tempo na análise da decisão da Câmara Julgadora, sob o prisma de um importante questionamento do direito internacional principalmente à luz das matérias penais, qual seja, a de atribuir verdadeiro significado à justiça com a efetiva prestação que responda aos anseios das vítimas de crimes que assolam a comunidade mundial. Seria o papel do Tribunal Penal Internacional apenas a atribuição de penas aos julgados culpados? Faltaria aos reais prejudicados uma contraprestação às práticas criminosas?

Sobre o tema ensina Cançado Trindade:

Enfim, não há que perder de vista que o labor dos tribunais internacionais contemporâneos abarca múltiplos aspectos e enfrenta novos desafios. Abre-se, e.g., um novo capítulo sobre o direito à reparação de danos, com atenção especial aos casos atinentes aos membros de coletividades humanas inteiras. A expansão da jurisdição internacional faz-se acompanhar da expansão da personalidade e capacidade jurídicas internacionais, assim como da responsabilidade internacional (dos Estados, das organizações internacionais e dos indivíduos, como sujeitos do direito internacional).¹⁷

O Estatuto de Roma prevê a reparação às vítimas, que são as principais afetadas em casos de crimes do âmbito do TPI. É, por sinal, um dos desafios a que se compromete essa jurisdição, além de ser um passo importante para garantir a dignidade dessas pessoas e garantia dos ideais de justiça internacional.

2.1 Histórico dos fatos

Retornemos às considerações do processo. Primeiramente em 21 de agosto de 2014, o Representante Legal das Vítimas, requereu à II Câmara de Julgamento para estabelecer um cronograma sobre os princípios e procedimentos para a reparação às vítimas. Posteriormente a Câmara solicitou à Secretaria que contatasse as vítimas, a fim de tomar conhecimento da situação atual de cada uma e ao final apresentar um relatório. Para tal cada uma das partes poderia apresentar observações sobre esses princípios e procedimentos.

A II Câmara de Julgamento se embasa no art. 75 do Estatuto de Roma que traz as previsões para a Reparação em Favor das vítimas.

O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indenização ou a reabilitação, que ha-

jam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito. Nesta base, o Tribunal poderá, de ofício ou por requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou a sua decisão.¹⁸

Como princípios, a II Câmara de Julgamento deu parecer informando que trataria as vítimas com humanidade, respeitando sua dignidade e direitos humanos. Além disso, deveria tratar todas as vítimas de forma igualitária, independente de participação ou não no processo que conduziu a decisão de reparação, bem como sustentou que a indenização devesse chegar a todas as vítimas sem distinção de cor, raça, religião, etnia, orientação sexual, origem nacional, riqueza, dentre outros¹⁹.

Para tal, a II Câmara de Julgamento estabeleceu uma série de elementos que são essenciais para a decretação da reparação das vítimas, quais sejam: (1) a ordem de reparação deve ser feita contra o condenado; (2) a Câmara deve identificar as vítimas elegíveis para beneficiar dos prêmios de reparação ou estabelecer os critérios de elegibilidade com base no vínculo entre o dano sofrido pelas vítimas e os crimes dos quais a pessoa foi condenada; (3) a Câmara deve definir o dano causado às vítimas em decorrência dos crimes pelo qual a pessoa foi condenada; (4) a Câmara deve determinar a responsabilidade do condenado por reparações e informá-lo; (5) a Câmara deve especificar e fornecer os motivos do tipo de reparações ordenadas - seja elas coletivas, individuais ou ambas. Dessa forma, a prestação às vítimas seguiria um procedimento justo e eficiente.²⁰

No caso Katanga, o Representante Legal das Vítimas solicitou que a II Câmara de Julgamento levasse em consideração a situação fática das vítimas do ataque à Bogoro, já que, estas não poderiam ter em sua posse muitos dos documentos que comprovasse a posse e propriedade de suas casas na vila Bogoro, devido à falta de recursos do local, bem como o elevado tempo em que o fato ocorreu. Por isso, a Câmara entendeu que deveriam utilizar um critério de ponderação das probabilidades, onde a prova para determinar se uma pessoa seria ou não vítima deveria ser mais flexível que a norma “além da dúvida razoável”, adotada na fase penal do processo. Para justificar essa escolha se fundamentou em decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que utiliza na determinação de vítimas presunções e provas circunstâncias ante a dificuldade de conseguirem provas robustas dos prejuízos sofridos em determinado acontecimento²¹.

Quanto ao crime de destruição de bens do inimigo, pelo qual Katanga foi considerado culpado, a Câmara entendeu que a ação dos combatentes Ngiti e Lendu levou a destruição de muitas das casas e lojas das vítimas ali representadas. O dano restou comprovado pela apresentação do documento “Certificado de Residência”, que foi considerado crível e que atestou que muitas pessoas possuíam casas no vilarejo de Bogoro até fevereiro de 2003 quando foram total ou parcialmente destruídas pelo ataque²².

O crime de saque, também importou em responsabilização à Katanga pelos danos sofridos pela população de Bogoro, vítimas do ato criminoso. O entendimento foi que, mesmo que as pessoas não pudessem provar efetivamente a perda de bens de uso pessoal ou domésticos, o próprio crime de destruição seria suficiente para atestar a perda dos bens móveis presentes em suas residências. Pela mesma razão, a Câmara decidiu considerar a perda de gados pelos habitantes de Bogoro, como sendo presumida, razão pela qual também seriam ressarcidos pela perda da criação de animais, como vacas, cabras e galinhas²³.

Chegando a conclusão dos danos físicos, é certo que muitos dos sobreviventes do ataque os tiveram, vão desde ferimentos até amputação de membros e deficiências físicas, entretanto, muitos dos laudos médicos apresentados pelos moradores não atestaram que esses danos foram de fato decorrentes do ataque à Bogoro, razão pela qual, na maioria dos casos, onexo causal não ficou estabelecido como padrão de prova necessário.

Quanto ao dano psicológico, a Câmara entendeu que também são passíveis de reparação as vítimas indiretas, desde que comprovem que tiveram um relacionamento pessoal próximo com a vítima direta. Assim, todos aqueles que tiveram algum tipo de parentesco com as pessoas mortas em decorrência dos crimes pelo qual Katanga foi condenado, teriam direito à indenização.

Outra forma de prejuízo causado às vítimas em Bogoro foi o dano psicológico relacionado à experiência do ataque, ou seja, aqueles que viram ou tentaram fugir do mesmo, poderiam ter tido sérios problemas psicológicos por conta do traumático evento, o que, segundo a II Câmara de Julgamento era suficiente para configurar uma reparação indenizatória. Inclusive muitas das vítimas apresentaram laudo médico, que comprovaram certificados de danos à saúde mental.

2.2. Desafios do Sistema de Reparação às Vítimas

O ataque à Bogoro foi efetuado com extrema violência, e levou à morte diversas pessoas, dentre elas mulheres, crianças e idosos. Sendo assim, restou

evidente que as pessoas presentes na Vila Bogoro em 24 de fevereiro de 2003, sofreram intenso sofrimento, terror e insegurança, o que justificou a reparação.

O processo de estabelecimento do valor monetário das indenizações seguiu um procedimento simplificado, onde cada uma das partes fornecia seu relatório a respeito do valor que julgava ideal considerando cada uma das formas de prejuízo, a saber, destruição das casas, saque da residência, saque de objetos pessoais, saque de animais etc. Interessante foi a solução encontrada pela II Câmara de Julgamento para apurar o valor correspondente ao dano psicológico sofrido pelas vítimas, isso porque não há como mensurar a perda de um familiar e a Câmara julgava pela primeira vez algo dessa natureza. Dessa forma, recorreram a outras fontes do Direito Internacional, analisando decisões de tribunais da França e Bélgica, bem como a Comissão de Compensação das Nações Unidas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. É bem verdade que a Câmara encontrou e continuará a encontrar dificuldades até que tenha um procedimento de apuração de reparações consolidado, como prova o caso retromencionado, mas é válida e necessária a busca por uma justa prestação jurisdicional, recorrendo-se a outros organismos com igual objetivo²⁴.

Após a determinação do valor devido às vítimas, outro importante questionamento é a responsabilização do perpetrador dos crimes. O questionamento não reside no dever de prestar a indenização, mas sim na extensão em que será feita, é saber, teria todo o processo valido a pena, se incumbisse ao agente culpado pelos crimes toda a responsabilização de pagar a reparação? Teria o agente condições? Em não tendo, como ficaria o direito das vítimas à indenização?

Foi com base nesses quesitos que a II Câmara de Julgamento passou a analisar a situação financeira de Katanga, não apenas atentando para o direito das vítimas, mas também com vista a proporcionar a compensação do acusado de forma mais bem-sucedida. Dessa forma, considerando as duas partes da relação, em nada adiantaria atribuir à Katanga uma quantia tal, que em vista de suas condições financeiras escassas, não ocorresse o pagamento dos danos por ele causado, bem como não teriam as vítimas alcançado seu direito de reparação.

Pior ainda seria constatar ao fim de todo esse processo que foi infrutífera e inútil o papel do Tribunal Penal Internacional na reparação às vítimas. Diante disso, a Câmara estabeleceu, por meio de uma investigação dos bens pertencentes à Katanga que este era indigente, por esse motivo, apesar do mesmo ter sido condenado a pagar o valor de U\$ 1.000.000,00 estaria impossibilitado de proceder à reparação por conta de sua condição financeira. Entretanto, ficou submetido ao acompanhamento permanente da Câmara sobre sua situação

econômica. Além disso, Katanga poderia contribuir com outras modalidades de reparação, como exemplo, citou a carta de desculpas, desculpas públicas ou cerimônia de reconciliação²⁵.

Em contrapartida, não podem as vítimas ver seu direito à reparação sucumbir ante a impossibilidade do acusado em proceder ao pagamento, tendo em vista que é esse também um papel importante do TPI. Assim, a Câmara dispôs que são duas as formas de indenizações, a individual e a coletiva.

Buscando conceituá-las para saber se as vítimas teriam direito a uma ou as duas, concluiu que a indenização individual, é devida às vítimas do ataque a Vila Bogoro e foi arbitrada em U\$ 250,00, valor esse considerado simbólico. O argumento da Câmara para a avaliação de valor tão discreto reside na justificativa de que essa indenização proporcionaria alguma forma de alívio pelo prejuízo sofrido, ainda que argumentasse que essa mesma indenização teria o objetivo de lhes conferir algum nível de independência e que fornecessem às vítimas recursos para restaurar sua dignidade.

É fácil perceber que o valor atribuído às vítimas irá cumprir tão somente a primeira função mencionada, a saber, conferir algum conforto e alívio pelos danos sofridos, mas dificilmente fará alguma modificação significativa, no que se refere à aquisição material. Frisa-se, ainda, que como Germain Katanga foi declarado indigente, não coube a ele o pagamento da indenização, e sim ao Fundo Fiduciário para as Vítimas²⁶.

Apesar das críticas feitas, é importante lembrar que se trata do primeiro julgamento de reparação às vítimas e que o Tribunal Penal Internacional possui uma base de apoio às vítimas bem estruturado e competente, o Fundo Fiduciário para as Vítimas que teve a função de determinar as medidas para a concretização da segunda forma de indenização, a indenização coletiva, além de ficar responsável também, pelo pagamento das indenizações individuais.

As indenizações coletivas são “uma medida que beneficia a coletividade das vítimas ou vários grupos de vítimas e é administrada através de um fundo coletivo”²⁷.

Essa reparação deve vislumbrar um grupo de pessoas que teve seus direitos humanos violados, sejam violações baseadas em gênero, sejam as que afetam um grupo de pessoas que se identificam pelas implicações de um conflito que se desdobre em massacres às suas aldeias, vilarejos, enfim, a comunidade que as integra. Portanto, a II Câmara de Julgamento concluiu que só podem ser beneficiários de tal reparação:

[...] um grupo ou categoria de pessoas vinculadas por uma identidade ou experiência compartilhada, mas também por vitimização por força da mesma violação ou o mesmo crime na jurisdição do Tribu-

nal. As reparações coletivas podem, portanto, beneficiar um grupo, incluindo um grupo étnico, racial, social, político ou religioso que antecede o crime, mas também qualquer outro grupo vinculado por danos e sofrimentos coletivos como consequência dos crimes do condenado.²⁸

Diferencia duas formas de reparação coletivas, as que visam beneficiar a coletividade e a segunda, que apesar de também visar todo o grupo de pessoas, é uma prestação que recai sobre o indivíduo, por exemplo, cuidados psicológicos às vítimas de um ataque bélico.

A importância de se estabelecer as duas formas de reparação, individual e coletiva, reside no poder que uma tem de complementar a outra, a exemplo do caso concreto, como a reparação individual foi simbólica, a reparação coletiva supriria a expectativa das vítimas a terem seus danos reparados. Fica apenas o questionamento quanto às pessoas que não mais residem na vila, tendo em vista que muitos das medidas tomadas acabam por se concretizar em obras que acabariam não atingindo esses beneficiários e apenas lhes restariam a reparação individual que se frisa, foi simbólica.

Em sua decisão a Câmara acatou o parecer do Representante das vítimas, onde dispunha que a reparação coletiva, deveria contemplar (1) apoio para habitação, (2) apoio a uma atividade geradora de renda, (3) apoio à educação, (4) apoio psicológico. A partir daí o Fundo Fiduciário para as Vítimas teria o prazo de três meses para apresentar um Projeto de Plano em que contemplasse as quatro modalidades de reparação estabelecidas pela Câmara e caso não pudesse contemplar alguma das modalidades deveria ser fundamentada a impossibilidade. Além disso, o Fundo também foi vinculado a executar esforços para disponibilizar as indenizações individuais, impedidas de serem feitas por Katanga em vista de sua indigência, sob o argumento da Câmara de que “o peso da indigência de um condenado não deve ser suportado pelas vítimas sozinho. Caso contrário, a concessão de reparações individuais não deve depender da indigência do condenado.”²⁹

Destacamos a previsão feita pelos Representantes das Vítimas que mencionam o papel crucial que a República Democrática do Congo deve desempenhar para que os esforços até então despendidos por todas as partes do processo, não seja vão. A respeito do papel concorrente dos Estados onde as reparações devam ser feitas, ensina Cançado Trindade:

É altamente desejável que, paralelamente aos distintos mecanismos para a supervisão do cumprimento das sentenças dos tribunais in-

ternacionais contemporâneos, os Estados adotem procedimentos de direito interno para assegurar, em base permanente, o fiel cumprimento das referidas sentenças dos tribunais internacionais, evitando, assim, soluções casuísticas. Enfim, o fiel cumprimento ou execução de suas sentenças é uma preocupação legítima de todos os tribunais internacionais contemporâneos. Tal cumprimento de sentenças deve ser integral, e não parcial ou seletivo. Em meu entendimento, não há aqui lugar para considerações de cunho pragmático;³⁰

Em síntese o mesmo autor orienta para a responsabilidade do presente Tribunal para com as vítimas:

Assim como os tribunais internacionais têm afirmado a responsabilidade dos perpetradores de violações do direito internacional, do mesmo modo se sentem, eles próprios, responsáveis em relação às vítimas, que a eles recorrem à busca da justiça. A asserção da responsabilidade – com todas as suas consequências jurídicas – tem exercido um papel-chave na luta contra a impunidade. Em qualquer parte do mundo, reconhece-se hoje que os perpetradores de violações graves dos direitos humanos (Estados ou indivíduos), assim como os responsáveis por atos de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, devem responder judicialmente pelas atrocidades cometidas, independentemente de sua nacionalidade ou nível hierárquico na escala do poder público estatal.³¹

Considerando estas perspectivas, passamos agora à execução das propostas de reparação às vítimas.

2.3. O projeto de reparação

No dia 25 de julho de 2017, o Fundo Fiduciário para as Vítimas apresentou o Plano de reparações, em que especifica a forma como deverá se dar a realização do programa de reparação às vítimas, tanto as reparações individuais, quanto as coletivas³².

O relatório apresenta soluções muito inteligentes na execução das indenizações, principalmente ante a diversificada e complexa situação atual das vítimas no conflito de Bogoro. Esse é, inclusive o ponto de partida do documento que apresenta como primeira grande dificuldade a devida prestação das indenizações às vítimas residentes em outros países, em sua

maioria na condição de refugiados, encontrando-se em países da Europa, Estados Unidos e Uganda.

A dificuldade reside principalmente, porque o valor estabelecido a título de indenização (U\$ 1.000.000,00) é significativo para satisfazer as 297 vítimas contempladas pelo plano na República Democrática do Congo; porém, em países mais ricos, a quantia pouco representa, descaracterizando os objetivos do plano. Ademais, existe o óbice relativo às suas condições legais nesses países, visto que, sendo refugiados lhes são privados uma série de direitos, dentre eles o de propriedade, essencial para a realização das reparações.

Quanto às vítimas ainda residindo em Bogoro ou localidades próximas (portanto, na RDC), e as residentes em Uganda, o Fundo entendeu que o plano seria perfeitamente possível de ser realizado, ainda que, fossem executados por empresas locais distintas, a fim de oferecer o melhor resultado possível.

Posteriormente, o Plano trata de especificar os projetos propriamente ditos compreendidos em 4 modalidades 1) assistência habitacional; 2) assistência educacional; 3) atividades geradoras de renda; e 4) reabilitação psicológica. Destacamos que todas as modalidades são concretizadas por meio de ações práticas, como construção de casas ou melhoria das já existentes, assistência psicológica e educacional às vítimas, bem como entrega de mecanismos possibilitadores de geração de renda, em geral doação animais para criação, aliado à uma assessoria de profissional encarregado de prestar auxílio na atividade lucrativa³³.

O plano também sugere a possibilidade de substituição de qualquer dessas modalidades por outra, a pedido da vítima. Frisamos, entretanto, que se trata de projeto de plano, sendo certo que sua implementação só será efetiva, após a escolha de empresas e parceiros para executar as medidas, empresas essas que podem ser especializadas em uma modalidade específica.³⁴

O principal e mais perceptível problema é a demora na entrega das reparações, visto que os crimes ocorreram no ano de 2003 e apenas no ano de 2017 o Plano foi apresentado, contudo, sem previsão de quais empresas/agências executarão o projeto.

Ademais, não há como realizar qualquer projeto sem recurso financeiro, recurso esse que o Fundo Fiduciário para as Vítimas obtém por meio de doações. Para o caso em comento, o Estado da Holanda doou o equivalente a U\$ 200.000,00, para a promoção do projeto relativo às indenizações coletivas e individuais (U\$ 250,00, por vítima).³⁵

Aqui faremos algumas considerações, não cremos que escape à República Democrática do Congo o dever de auxiliar as reparações, inclusive ante a não dissimulada participação em muitos dos conflitos ocorridos no país. Entretanto, sua responsabilização pode e deve ser apurada em Tribunal respectivo

competente para condenar a prática ou omissão que levou ao conflito. Nesse sentido, ainda que a RCD deva auxiliar o Fundo Fiduciário para as Vítimas é nesse cenário que a cooperação internacional deve ganhar força e ser exercida.

Recorremos aos primados de John Rawls que ao vislumbrar uma Sociedade de Povos em que seria possível a participação dos Estados, em especial aqueles em superioridade econômica, no fortalecimento e cooperação com os países em situações de extrema vulnerabilidade, a exemplo do Congo, a fim de garantir uma estabilidade para seus nacionais e assim proporcionar o desenvolvimento desses Estados, seja em questões econômicas, sociais, políticas, nesse sentido, ensina:

Na sociedade do Direito dos Povos, o dever de assistência é válido até que todas as sociedades tenham alcançado instituições básicas liberais ou decentes justas. Tanto o dever de poupança real como o dever de assistência são definidos por um *alvo* além do qual não são mais exigíveis. Eles garantem os elementos essenciais da *autonomia política*: a autonomia política dos povos liberais e decentes iguais e livres da Sociedade dos Povos³⁶.

Seguindo o exemplo da Holanda, a ajuda internacional de outros Estados pode ser a resposta para a principal dificuldade enfrentada pelo Fundo, visto que são inúmeras as demandas, em contrapartida à escassez de recursos.

Destacamos, ainda, que embora a RDC não possa ajudar por meio de incentivos financeiros, o projeto elenca uma série de atitudes positivas e viáveis que o Estado poderá adotar para ajudar nas reparações e contribuir para o sucesso do sistema, como a doação de lotes de terras, isenção de impostos e tributos às vítimas, contribuir com materiais de construção das residências, realizar mediação e conciliação entre comunidades locais, etc.

Conforme demonstrado, o valor que deveria ser efetivado por Katanga, passou a ser de responsabilidade também do Fundo, restando para àquele medidas alternativas, sendo propostas a realização de cerimônias públicas ou privadas, numa tentativa de haver de alguma forma a responsabilização do agente condenado pelo Tribunal.

Por fim, o projeto cuida do papel fiscalizatório do Fundo através da elaboração de relatórios que atestem a efetividade das medidas adotadas. Concretizando por fim, o novo papel do Tribunal Penal Internacional, em ver reparadas os danos sofridos às vítimas de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes individuais.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, a Justiça Internacional, através do Tribunal Penal Internacional, começa a cumprir outro importante papel, para além da responsabilização de agentes que cometeram crimes violadores dos direitos humanos, dá-se um passo importante em direção à busca pela compensação dos danos sofridos a quem de fato sentiu os efeitos de tais violações. Longe de ser uma realidade distante, visto que já muitos institutos do Direito Internacional se preocuparam e procedem às reparações devidas às vítimas de crimes humanitários, agora essa é uma realidade também para um Tribunal permanente, que em seu âmbito cuida da responsabilização individual.

Ante o apresentado, ficou claro que o sistema, por ser novo, encontra alguns entraves e dificuldades, porém é louvável na tentativa de saná-los.

Muito do seu sucesso, dependerá da forma como será levada a cabo a realização dessas reparações, mas, mais uma vez enfatizando, por ser a primeira indenização estabelecida pelo Tribunal Penal Internacional, a sua concretização ainda está caminhando, de tal forma que a finalidade para a qual foi proposta só será de fato medida e passível de maiores análises, com o decorrer do tempo e com sua implementação, que, diga-se de passagem, ainda encontra-se em processo.

De antemão, reside a crítica quanto aos valores ditos simbólicos, é bem verdade que esta levou em consideração os bens do acusado, entretanto, em que ponto poderemos encontrar o equilíbrio entre sua situação financeira e a perda real das pessoas submetidas ao ataque? Seria o valor estabelecido suficiente para suprir suas perdas? É o alívio pelos prejuízos suficiente para reestruturar a vida e dignidade das vítimas e atender seus anseios de justiça?

Cuidamos que, ante a indignância de Katanga, restou ao Fundo Fiduciário para as Vítimas a prestação das indenizações individuais e coletivas, mas para que um dos objetivos (indenização de responsabilidade do condenado) do sistema de reparação não se esgote, necessário se faz que Katanga busque compensar os danos sofridos às vítimas de outra forma, como proposto no Plano de Reparações. Louvável, a saída encontrada pela II Câmara de Julgamento consistente em atribuir ao Fundo as duas formas de indenização, mas um grande obstáculo, ainda pendente, reside na forma como essa reparação alcançará aqueles que se encontram como refugiados em outros países, caracterizando uma importante necessidade de conectar a nova realidade do Tribunal com as políticas de imigração de cada país.

Para além da seara jurídica, o sucesso do sistema de reparação às vítimas depende em muito de entes que se propõem a ajudar essa causa, a exemplo das

doações recebidas de outros países em fomento às atividades desenvolvidas pelo Fundo, bem como o Estado em que o crime tenha ocorrido, que deve ser parceiro desse ente possibilitando os meios para um resultado final satisfatório.

Enfim, são muitas observações, críticas e elogios a serem feitos, entretanto, é um processo em construção que merece ser estudado com afinco em busca de respostas às questões que surjam na tentativa de eliminar os desafios impostos, a fim de que seu objetivo seja alcançado, a saber, a obrigação de reparação dos condenados por crimes graves e o reconhecimento público do sofrimento causado às vítimas, de tal forma que sejam a estas asseguradas justiça pelos danos sofridos, em forma de reparações que sejam significativas, adequadas e rápidas.

Ao fim dessa análise procedimental do Tribunal Penal Internacional, fica claro que, não só o acesso formal, mas também as garantias do devido processo legal e a devida execução da sentença, aqui incluídas a efetiva reparação às vítimas, integram o direito de acesso à justiça *lato sensu*.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando, CASELLA, Paulo Borba, SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: Acesso em 10 out. 2015.

Decisão de reparação Trial Chamber II de 24 de março de 2017, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF>

Esboço do plano de implementação relevante para a ordem de reparações da Câmara Julgamento II de 24 de março de 2017, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_04789.pdf>

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. Salvador: editora Juspodivm, 2017

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, John. **O Direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. A Personalidade e Capacidade Jurídicas do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. v. 3, n, 3, 2002.

TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013

Veredito Trial Chamber II de 07 de março de 2014, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF>

NOTAS

1. Veredito Trial Chamber II de 07 de março de 2014, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF>
2. Ibid.
3. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
4. TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. A Personalidade e Capacidade Jurídicas do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. v. 3, n, 3, 2002.
5. TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013
6. BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>
7. ACCIOLY, Hildebrando, CASELLA, Paulo Borba, SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
8. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012
9. Veredito Trial Chamber II de 07 de março de 2014, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF>
10. Sobre o procedimento adotado, consultar a página International Court Criminal, disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works/Pages/default.aspx#legalProcess>>
11. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. Salvador: Juspodivm, 2017.

12. BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>
13. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. Salvador: editora Juspodivm, 2017.
14. Veredito Trial Chamber II de 07 de março de 2014, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF>
15. Veredito Trial Chamber II de 07 de março de 2014, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF>
16. TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.
17. TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.
18. BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>
19. Decisão de reparação Trial Chamber II de 24 de março de 2017, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF>
20. Decisão de reparação Trial Chamber II de 24 de março de 2017, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF>
21. Ibid.
22. Ibid.
23. Decisão de reparação Trial Chamber II de 24 de março de 2017, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF>

24. Decisão de reparação Trial Chamber II de 24 de março de 2017, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF>
25. Decisão de reparação Trial Chamber II de 24 de março de 2017, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF>
26. Ibid.
27. Decisão de reparação Trial Chamber II de 24 de março de 2017, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF>
28. Ibid.
29. Decisão de reparação Trial Chamber II de 24 de março de 2017, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF>
30. TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.
31. Ibid.
32. Esboço do plano de implementação relevante para a ordem de reparações da Câmara Julgamento II de 24 de março de 2017, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_04789.pdf>
33. Esboço do plano de implementação relevante para a ordem de reparações da Câmara Julgamento II de 24 de março de 2017, **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_04789.pdf>
34. Ibid.
35. Ibid.
36. RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pág. 155

As sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira: em busca de um modelo democraticamente adequado

Additive judgments in brazilian constitutional jurisdiction: towards a democratically suitable model

Newton Pereira Ramos Neto

RESUMO

Discute o protagonismo da jurisdição constitucional na atualidade e a necessidade de engendramento de fórmulas aptas a dotar as decisões judiciais de um maior grau de racionalidade. Aponta algumas causas para a ascensão do Judiciário no contexto da crise dos demais poderes. Analisa como se deu historicamente a superação do dogma do legislador negativo, examinando, para tanto, os modelos de sentenças do controle de constitucionalidade hoje existentes. Examina as chamadas sentenças aditivas e como elas surgiram no direito estrangeiro. Menciona como o uso das sentenças aditivas vem ocorrendo no direito brasileiro e quais os limites democráticos dessa utilização.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Sentenças aditivas. Separação de poderes. Limites. Legitimidade.

ABSTRACT

It discusses the current protagonism of the constitutional adjudication and the necessity of engenderment of ways capable to endow the judicial decisions of a greater degree of rationality. It points out some causes for the rise of the Judiciary in the context of the crisis of other powers. It analyzes how historically the overcoming of the tenet of the negative legislator had happened, examining, to that end, the constitutional adjudication models that exist today. It examines so-called additive judgments and how they had come about in foreign law. It mentions how the additive judgment use has been taking place in Brazilian law and what the democratic limits of this use are.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Additive judgments. Separation of powers. Limits. Legitimacy.

INTRODUÇÃO

Já há algum tempo vivemos um momento de euforia constitucional. Com efeito, praticamente todos os dilemas do cotidiano jurídico podem ser examinados, na atualidade, sob o prisma da Constituição. Inventada pelos modernos, a Constituição passou a ser reinventada pela jurisdição constitucional, dada a dimensão política e jurídica que assumiu e os novos contornos que passou a apresentar.¹

Nessa mesma atmosfera, a fluidez inerente ao exame da densidade jurídica dos princípios, somada ao processo constante de sofisticação das relações sociais, trouxe maior complexidade ao campo da interpretação constitucional. Superados os esquemas lógico-dedutivos do positivismo, o intérprete passa a exercer papel destacado no desvendamento da multiplicidade de sentidos do ordenamento. Aqui o texto nada mais é do que a ponta do iceberg.² A tarefa de definir o conteúdo da norma regente do caso concreto, pois, é agora um desafio enfrentado com maior fervor, cuja superação no ambiente democrático pressupõe um compromisso com a racionalidade argumentativa, única ferramenta capaz de trazer algum alento à difícil missão de equacionar os problemas impostos por uma compreensão aberta da ordem jurídica.³

Sob outra perspectiva, o incremento do papel da jurisdição constitucional se dá a partir da virada jurisprudencial em relação à efetividade de seus mecanismos de controle⁴ e do esvaziamento de uma visão meramente formal do dogma da separação de poderes.⁵ No caso constitucional brasileiro, para isso contribuiu decisivamente a larga produção científica nacional acerca do controle de constitucionalidade, que foi capaz de sedimentar diversas premissas teóricas e buscar a resolução de algumas questões cujo exame é essencial para o equilíbrio da tensão existente entre os mecanismos de fiscalização e seus limites democráticos. A essa doutrina, finalmente, deve-se acrescentar a constante busca pela construção de um modelo de jurisdição constitucional adequado à realidade brasileira, concebido sob inspiração de sistemas alienígenas, mas não uma mera reprodução mal acabada do que acontece na vida constitucional fora do país.⁶

Essa nova perspectiva, como dito acima, não poderia deixar de impactar a atividade jurisdicional, especialmente aquela realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a quem se atribuiu o dever de guarda da Constituição. Ocorreu, nesse contexto, a maximização da função da Corte Suprema, que passou a exercer papel primordial no exame da validade e conteúdo das normas e relações jurídicas apreciadas sob o crivo de uma Constituição normativa, que,

como tal, se impõe como um documento a ser levado a sério⁷, e não mais um mero compromisso político.

Se esse fenômeno tem grandes aspectos positivos, por um lado, já que permitiu o reconhecimento e a efetivação de direitos consagrados textualmente, por outra perspectiva vê-se que ele gera certo apequenamento dos demais poderes diante do “*terceiro gigante*”⁸. Eis aí a razão da crise hoje vivida no equilíbrio das funções estatais que, acaso não debelada, pode atingir negativamente os postulados democráticos construídos em mais de duzentos anos de luta.

Desse modo, se houve um passo decisivo na busca de critérios mais precisos de exercício do controle de constitucionalidade, é chegado o momento de refletirmos seriamente sobre os limites do juiz constitucional no Estado Democrático de Direito, a fim de evitar que passemos de um marasmo jurídico para uma histeria judicial. Noutra palavras, de um modelo de jurisdição constitucional excessivamente contido para outro politicamente invasivo, que não respeite a autonomia do cidadão e de seus órgãos de representação popular.

Partindo-se dessas reflexões, enfrenta-se aqui o desafio de, em poucas linhas, demonstrar alguns aspectos que contribuíram para a construção do atual perfil do Poder Judiciário e, sobretudo, o estágio em que nos encontramos agora: a necessidade de concebermos mecanismos que, sem negar a dimensão proativa da jurisdição própria do constitucionalismo contemporâneo, apontem diretrizes para a atuação do juiz no cumprimento de seu mister.

Assim, não se pretende aqui demonstrar a verdade banal — embora negada ou ocultada em todas as épocas — da atividade criativa dos tribunais.⁹ Antes, pretende-se discutir como essa função deve ser exercida a fim de compatibilizar-se com um modelo ideal de Estado Democrático de Direito. Somente assim, ao que parece, o papel do juiz constitucional não se converterá na própria negação da função democrática que o Judiciário exerce na atualidade.

1 A ASCENSÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA CRISE DA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS

No paradigma do liberalismo, entendia-se a lei como mecanismo de demarcação da esfera de intervenção estatal, uma ferramenta de contenção da ideologia que norteou o Estado absolutista. Ali as constituições adquiriram um matiz de instrumento quase que exclusivamente regulatório da atividade do Estado, em vista da necessidade de organização das competências e de limitação do poder em face dos direitos fundamentais recentemente reconhecidos. Nessa época, a filosofia positivista atribuía ao juiz o papel de mero ventríloquo, a quem cabia apenas enunciar o conteúdo linguístico dos

códigos, cuja literalidade supostamente seria capaz de dar solução aos mais variados litígios.¹⁰

O papel do Judiciário altera-se significativamente com o declínio do Estado liberal, de modo especial a partir da expansão do constitucionalismo na segunda metade do século XX.¹¹ As cláusulas compromissórias próprias do Estado do bem-estar social implicaram em atribuição de maior ênfase à função do Poder Executivo no campo da realização dos direitos fundamentais. Mais adiante, a partir da constatação do déficit de efetividade das cartas constitucionais em virtude da postura omissiva do poder político, passou-se à construção de uma hermenêutica voltada ao incremento do papel do Judiciário nessa seara.¹² No período do pós-guerra, portanto, o processo inaugurado com a era das codificações — na qual a lei era exatamente a ferramenta de contenção de um Poder Judiciário que historicamente não inspirava confiança — se inverte, passando o magistrado a construir direitos a partir das denominadas cláusulas programáticas, de nítido caráter aberto¹³, numa tendência de “normativização” da teoria da Constituição.¹⁴

É dizer, no contexto da crise do Estado Social, e notadamente diante de uma demanda por novos direitos fundamentais¹⁵, a jurisdição constitucional é alçada ao patamar de um legislador concorrente ou subsidiário, no dizer de Habermas¹⁶, na sua forma negativa e positiva, no sentido da realização da ordem constitucional a partir de uma pauta axiológica de convicções tidas como majoritárias na sociedade.¹⁷ A complexidade da vida passa a ser resolvida sob a perspectiva de um “instrumentalismo constitucional” — basta a solução estar prevista na Constituição — e a crença no Poder Judiciário como “Salvador da República”.¹⁸

Transitamos, assim, da desconfiança no Judiciário para o descrédito do Legislativo, numa espécie de “demonização” do processo político deliberativo.¹⁹ Diante da paralisia histórica das instâncias políticas e de sua incapacidade de realizar propósitos tão audaciosos de uma Constituição extremamente compromissória — fenômeno por si só capaz de oportunizar um sentimento de fracasso constitucional —, o Judiciário passou a ocupar os espaços vazios, funcionando, hoje, como a imagem paternal de uma sociedade órfã e sua mais alta instância moral, na feliz expressão de Ingeborg Maus.²⁰

De um lado, essa perspectiva atual da jurisdição constitucional permitiu o reconhecimento de que, a partir de uma leitura axiológica do direito, cabia ao Judiciário realizar as promessas consagradas no texto constitucional, tornando-as realidade vívida. De outro, ensejou a inclusão de argumentos políticos no discurso judicial, a partir de ferramentas argumentativas como a ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade²¹, cuja utilização acrítica

pode nos conduzir a um retorno às tradições do positivismo, em que se reconhecia a existência de uma discricionariedade judicial a ser utilizada sempre em busca da solução que pareça mais justa.²²

Daí a necessidade de demarcação dos limites da jurisdição constitucional, especialmente no que tange a uma possível atividade quase normativa, já que aqui é maior o ponto de tensão entre o exercício da função jurisdicional e a atividade parlamentar. Com isso, busca-se não reduzir a importância que o Poder Judiciário alcançou no espaço democrático atual, uma vez que é inegável constituir a função jurisdicional elemento chave no equilíbrio entre a atividade política e a realização do texto constitucional. Ao contrário, encontrar o ponto exato em que essa função é exercida de modo legítimo no ambiente democrático é tarefa essencial para que a jurisdição constitucional continue a gozar do prestígio e relevância que lhe atribuíram as mais diversas instâncias sociais e políticas no decorrer dos tempos.

2 O PAPEL CONTEMPORÂNEO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DO DOGMA DO LEGISLADOR NEGATIVO

No modelo proposto por Kelsen no início do século XX, sustentava-se que o Tribunal Constitucional deveria limitar-se a excluir do ordenamento a norma considerada inconstitucional, como uma espécie de função legislativa em “sentido negativo”.²³ Essa visão encontrou reforço após a segunda guerra mundial. Considerando a experiência traumática anteriormente vivida, sob inspiração do modelo austríaco passou-se a defender, na Alemanha, o caráter jurisdicional e não “paralegislativo” do Tribunal Constitucional.²⁴ Não haveria, assim, espaço para a flexibilização da nulidade da norma incompatível com a Constituição.

De modo acrítico, a visão kelseniana passou a ser reconhecida como uma ideia imanente à jurisdição constitucional e ao postulado da separação de poderes. Entre nós, tal tendência ensejou inclusive a edição da Súmula 339 pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “*não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia*”.

Aliás, a perspectiva do legislador negativo ligava-se à noção de conformidade funcional e ao modelo de “constituição-moldura”, no qual caberia à Corte Constitucional limitar-se a verificar se o legislador obedece a seus limites de atuação no âmbito da moldura estabelecida pelo constituinte.²⁵ Essa ideia, portanto, própria do constitucionalismo liberal e das constituições sintéticas, até mesmo soa estranha no ambiente das constituições dirigentes, que impõem

um sem-número de prestações ao Poder Público perfeitamente sindicáveis na seara judicial.

O fato, porém, é que a história institucional dos mais diversos sistemas revelou que referido dogma encontrava-se em fase de superação – se é que algum dia efetivamente vingou. As Cortes Constitucionais construíram técnicas de decisão que, expressa ou veladamente, importam no reconhecimento do papel criativo dos tribunais. A própria necessidade de tutela dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais – entre os quais a segurança jurídica e a igualdade – demonstrou que nem sempre a solução mais adequada é o simples afastamento da norma inconstitucional, que pode gerar uma situação de inconstitucionalidade mais grave do que a manutenção da norma no ordenamento. Pensada nesse contexto, a gênese do modelo de decisões manipulativas decorreu exatamente do interesse crescente dos Tribunais Constitucionais pelos “efeitos colaterais” de suas decisões²⁶, notadamente a necessidade de, dentro dos limites democráticos, emprestar à Constituição a maior efetividade possível.

Por essa razão, a solução encontrada foi a mitigação do binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade como efeito da incompatibilidade da norma com o texto constitucional, na medida em que o interesse público decorrente da sanção de nulidade, segundo o fundamento teórico ora majoritário, precisa harmonizar-se com outros interesses também tutelados na ordem jurídica.²⁷ Desse modo, o reconhecimento do fracasso do dogma do legislador negativo também se impõe à vista da ideia assente de que há uma “via intermediária” no reconhecimento da inconstitucionalidade das leis, que ensejará exatamente o uso das decisões com caráter manipulativo.²⁸

3 AS SENTENÇAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em linhas gerais, e tendo por base a modelação de sentido da norma sob julgamento ou dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, as sentenças do controle de constitucionalidade podem ser divididas em sentenças de nulidade e sentenças manipulativas.²⁹ Estas se diferem das primeiras exatamente porque nelas se busca uma via intermediária de solução para o caso constitucional, preservando-se parte do domínio normativo acaso existente, enquanto que nas primeiras a decisão é de tipo “extremo”³⁰, já que se limitam a expurgar do mundo jurídico o ato tido por inconstitucional. Assim, a referida técnica de decisão, para além da formulação de um juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, comporta efeitos transformadores sobre a relação de significado ou sobre as consequências jurídicas produzidas pelo preceito normativo que é objeto da decisão.³¹

No âmbito das sentenças manipulativas, encontram-se três modelos gerais: as sentenças restritivas dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, as sentenças interpretativas (que abrangeriam a interpretação conforme e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto) e as sentenças com efeitos aditivos.³² Em todas essas modalidades, como dito antes, existe um sentido de preservação da norma impugnada.

Nas sentenças aditivas há uma censura ao silêncio inconstitucional do legislador, com a junção de uma norma obtida mediante construção jurisprudencial³³, exprimindo, portanto, “*poderes tendencialmente normativos*”.³⁴ Nela se reconhece a inconstitucionalidade da norma, nos termos originariamente veiculados, juntando-se um quid normativo extraído do ordenamento que permite à norma sobreviver a partir de sua reconstrução em termos constitucionalmente válidos. A inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição, o que justifica o acréscimo sob a via interpretativa feito pelo órgão jurisdicional.³⁵

Observa-se, aliás, que as sentenças aditivas surgiram para evitar um estado de inconstitucionalidade mais grave imputável ao legislador ou à própria decisão de inconstitucionalidade. Foi essencialmente para dar resposta à necessidade de suprimento das omissões relativas inconstitucionais – normalmente violadoras do princípio da igualdade – ou lacunas geradas pela própria decisão de inconstitucionalidade que nasceram as decisões com efeitos aditivos.³⁶

Em linhas gerais, portanto, o quadro que permite o uso das sentenças aditivas, segundo sua longa construção na doutrina estrangeira, pode ocorrer em duas situações.³⁷ Primeiro, quando a decisão de acolhimento do Tribunal elimina uma norma sem que seja possível a repristinação do direito anterior e do vazio normativo possa resultar lesão a direitos e expectativas legítimas dos cidadãos, bem como a interesse público relevante. Segundo, nos casos em que a legislação estipule sacrifícios ou benefícios a uma dada categoria de destinatários, silenciando quanto à inclusão de outras categorias em idêntica situação fática.

Como variação das sentenças aditivas, temos as sentenças substitutivas e as sentenças aditivas de princípio. As sentenças substitutivas possuem natureza dúplice: primeiro, declara-se a inconstitucionalidade enquanto prevê ou sinala algo diferente daquilo que deveria ser estabelecido; segundo, mediante decisão *aggiuntiva*, acrescenta-se novo conteúdo normativo compatível com o texto constitucional. Nas sentenças substitutivas, considera-se que a “tarefa legislativa” é ainda superior àquela exercida nas sentenças aditivas, posto que nestas o Tribunal Constitucional altera o âmbito normativo do preceito, res-

peitando, todavia, do ponto de vista formal, o dispositivo anteriormente existente. Nas sentenças substitutivas, por seu turno, a norma criada importa em desconsideração parcial do texto então vigente.³⁸ Declara-se, assim, a inconstitucionalidade parcial da norma, conjugando-se o critério diverso de decisão com o segmento da norma não julgado inconstitucional.³⁹

Em relação às sentenças aditivas de princípio, ao invés de importarem em modificação direta da norma sob exame, elas apenas declaram a inconstitucionalidade da omissão do legislador, fixando um princípio diretivo da atividade a ser posteriormente desenvolvida pelo Parlamento. A decisão da Corte Constitucional, no caso, passa a valer como diretriz principiológica a que os tribunais ordinários podem fazer alusão quando do exame de casos concretos até o futuro advento da legislação.⁴⁰

Na Itália, como lembra Carlos Blanco de Moraes⁴¹, após um período de ampla utilização que ocorreu a até a metade da década de 80, houve um questionamento no seio da comunidade jurídica quanto aos efeitos “normativos” da sentença que assumiria caráter geral. A partir de então, o Tribunal Constitucional passou a utilizar-se da decisão com efeitos aditivos apenas quando a operação reconstrutiva decorresse diretamente de uma norma constitucional (solução constitucionalmente obrigatória). Nos casos em que a omissão legislativa ensejasse uma pluralidade de opções integrativas, aquela Corte passou a utilizar-se das sentenças aditivas de princípio.⁴²

Ou seja, mesmo no país onde as sentenças aditivas encontraram maior acolhida hoje se reflete sobre a necessidade de estabelecimento de limites para a integração normativa realizada por ato do Judiciário, como forma de evitar-se a invasão da esfera de liberdade do legislador, notadamente em face de um histórico de uso das sentenças aditivas a partir de parâmetros discricionários.⁴³ Assim, enquanto no Brasil apenas se inicia o debate sobre o reconhecimento da utilização de técnicas dessa natureza, na doutrina e jurisprudência estrangeira a discussão gira em torno exatamente dos limites e possibilidades dessa mesma utilização.

A vantagem das sentenças aditivas de princípio, pelo menos no que diz respeito a seu possível conflito com a atividade parlamentar, é patente: no âmbito do controle concentrado, impede o efeito traumático do Poder Judiciário diretamente interferir na atividade do legislador com efeitos *erga omnes*; no controle difuso, equivale aos efeitos das sentenças aditivas em sentido estrito, já que a diretriz apontada pela Corte Constitucional limitar-se-á aos efeitos *inter partes*. Por outro lado, trata-se de proposta alternativa capaz de conter eventuais abusos no exercício da jurisdição constitucional diante da realidade do ativismo judicial.

Não nos ocuparemos das sentenças restritivas dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade e das sentenças interpretativas, na medida em que elas já sofreram amplo desenvolvimento na doutrina pátria – sem que com isso se esteja a dizer que o estudo relativo a essas modalidades de decisão não seja inçado de dificuldades e que ainda mereça ampla discussão.

Já o estudo das chamadas sentenças aditivas clama por uma urgente sistematização no constitucionalismo brasileiro, na medida em que se observa, especialmente no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma paulatina utilização dessa técnica de decisão, embora muitas vezes sob a roupagem de interpretação conforme.⁴⁴

Não se justifica, porém, a confusão terminológica.⁴⁵ Na interpretação conforme a Constituição, ao pretender-se dar um significado ao texto normativo compatível com a Constituição, a decisão se localiza no âmbito da *interpretação* da lei. Não há aqui, portanto, a extensão da norma examinada para situações que foram *intencionalmente* excluídas do raio de ação do texto normativo, como ocorre nas decisões com efeitos aditivos.

Na declaração de nulidade parcial sem redução de texto, por sua vez, o conteúdo decisório se situa no âmbito da *aplicação* da lei, pretendendo excluir de sua esfera de incidência algumas situações ou pessoas. Assim, enquanto a inconstitucionalidade parcial reduz o âmbito subjetivo ou objetivo da norma impugnada, mediante a inserção de cláusula restritiva, a sentença aditiva trilha exatamente o caminho oposto, ampliando o âmbito de aplicação do preceito, incluindo sujeitos ou situações.⁴⁶

Na doutrina, diversas críticas são apontadas à utilização das sentenças aditivas. Em linhas gerais, afirma-se que as sentenças aditivas são um expediente utilizado para, mediante suposta operação interpretativa, usurpar-se a função do legislador. Por outro lado, não existem princípios constitucionais que autorizem uma posição aristocrática do Tribunal no sentido impor unilateralmente e com eficácia erga omnes as normas destinadas a colmatar lacunas derivadas da inconstitucionalidade da lei.⁴⁷

Tais críticas são inteiramente procedentes na hipótese de uso das sentenças aditivas sem parâmetros democráticos de legitimação do suprimento da omissão por parte da Corte Constitucional. Por isso, como passaremos a demonstrar, defende-se uma utilização moderada das sentenças aditivas, sempre sob a perspectiva da racionalidade possível no âmbito do discurso judicial e a partir de critérios restritivos.

4 LIMITES E POSSIBILIDADES NO USO DAS SENTENÇAS ADITIVAS

É fato incontestado que toda declaração de inconstitucionalidade importa, de certo modo, em inovação no ordenamento jurídico. Nos casos de inconsti-

tucionalidade parcial, é plenamente possível que da sentença resulte uma norma distinta da desejada ou imaginada pelo legislador, sendo árdua a tarefa da Corte Constitucional de estabelecer os limites de sua atuação nesta seara.⁴⁸

Assim, o reconhecimento de que os Tribunais exercem atividade de algum modo criativa a partir do sistema jurídico concebido parece uma questão um tanto quanto pacífica no âmbito da doutrina, pelo menos à luz de uma concepção substancialista de democracia.⁴⁹ No caso das sentenças aditivas, se a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade invariavelmente acarreta um resultado hermenêutico mais afastado da literalidade do texto normativo, há, neste âmbito, um ponto de maior fricção entre a atividade legislativa e jurisdicional. O debate principal, portanto, deve girar em torno dos limites de atuação dos tribunais, de modo a evitar uma invasão da liberdade de conformação atribuída constitucionalmente ao legislador.

Entre nós, afora alguns precedentes conduzidos pelo Min. Gilmar Mendes⁵⁰, em que efetivamente se inicia o enfrentamento da possibilidade de utilização de decisões com efeitos aditivos em nosso modelo de controle de constitucionalidade, o fato é que o STF tem-se limitado a utilizar referida técnica de decisão, à semelhança do que ocorre na Alemanha, invocando a interpretação conforme ou a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, como já ressaltado antes. Embora não se possa afirmar com certeza, talvez isso se deva a alguma dificuldade de reconhecer-se o efetivo papel criativo (*rectius*, integrativo) dos tribunais, com a superação do dogma do legislador negativo tão arraigado a nossa cultura jurídica.

O primeiro precedente do STF que representa uma espécie de rompimento com o dogma do legislador negativo parece ter sido o julgamento do RMS 22.307/DF.⁵¹ No caso, discutia-se se o advento das Leis n.º. 8.622/93 e 8.627/93 implicou revisão geral dos vencimentos dos servidores militares, com a preterição dos servidores civis. Entendeu-se, na oportunidade, que de fato tratava-se de revisão geral e, como tal, extensível às demais categorias de servidores em razão do postulado da isonomia, principalmente na sua versão instituída no art. 37, XV, da CF.⁵² O mesmo ocorreu no julgamento do RE 476.390-7/DF⁵³, em que o voto do relator, Min. Gilmar Mendes, fora pelo parcial provimento da irresignação para, dando interpretação conforme à Constituição, determinar que as regras da Lei n.º. 10.404/02, referentes à gratificação de desempenho de atividade técnico-administrativa – GDATA percebida por servidores públicos federais em atividade, fossem também aplicadas a servidores inativos.

Já na ADin 2.652-6/DF⁵⁴ o Supremo Tribunal Federal entendeu que a alteração procedida no art. 14, parágrafo único, do Código de Proces-

so Civil pela Lei nº. 10.358/2001, na parte em que ressalva “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” da imposição de multa por descumprimento de decisões judiciais, constitui discrimen injustificado em relação aos profissionais vinculados aos entes estatais. Daí o pedido ter sido julgado procedente para o fim de, “sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal” (sic) no sentido de que a ressalva se aplica a todos os advogados independentemente de estarem sujeitos a outros regimes jurídicos.

Em ambos os casos, como se vê, o Supremo considerou que não havia decisão de caráter aditivo porque se tratava de “mera” materialização de norma constitucional ou porque ocorreu apenas interpretação conforme à Constituição, que se deve limitar a extrair do texto constitucional os sentidos constitucionalmente admissíveis da norma impugnada.⁵⁵

A preocupação que tal aspecto sugere não se reduz, entretanto, a um mero preciosismo conceitual. Na realidade, o não reconhecimento, na jurisprudência da Corte Suprema, do uso de sentenças com efeitos aditivos pode conduzir à “importação” da referida técnica de decisão sem maior aprofundamento teórico acerca dos limites que no direito estrangeiro vêm sendo traçados para esse modelo.

Com efeito, ao se ocultar os efeitos aditivos da sentença sob o argumento de tratar-se de interpretação conforme, justifica-se a decisão a partir da ideia de que a solução dada ao caso decorre de simples descortinamento interpretativo do dispositivo enunciado, com o raciocínio subjacente de que não se está a inovar o ordenamento jurídico. A solução judicial, pois, estaria adormecida no “espírito” da norma, assertiva que, para além de constituir demasiado apego semântico ao texto – que pretensamente seria capaz de nos salvar das dificuldades interpretativas –, concede ao intérprete maior liberdade na busca daquele resultado.

Como conseqüência disto, na jurisprudência mais recente daquele tribunal tem sido comum a proposta de acréscimo de cláusulas ou condições ao texto normativo que, embora pareçam viáveis do ponto de vista da justiça do caso concreto, não são decorrentes de uma solução constitucionalmente obrigatória. Portanto, não podem ser concebidas pelo Judiciário como forma de depurar a lei questionada da pecha de inconstitucionalidade.

Nesse contexto, no rumoroso julgamento da ADin 3510/DF⁵⁶, referente ao uso em pesquisas de células-tronco, diversos votos proferidos naquela instância foram no sentido de crescer condições relativas à possibilidade de utilização dos embriões. Tais adições justificar-se-iam como forma de aprimorar a lei, tornando-a compatível com o sistema constitucional.⁵⁷

Portanto, impõe-se o aperfeiçoamento do debate sobre os critérios de utilização das sentenças aditivas, especialmente no momento em que há uma tendência perfeccionista do Tribunal Constitucional na análise dos casos levados à sua apreciação.⁵⁸

Conforme o desenvolvimento da matéria na doutrina e jurisprudência estrangeiras, a Corte Constitucional deve evitar o espaço reservado à atividade legislativa, uma vez que é comum o texto constitucional, através de normas vagas, atribuir ao legislador a escolha dos meios de realização da Constituição. Uma vez feita a opção, não cabe ao Judiciário, salvo manifesta violação a regra ou princípio constitucional, interferir no espaço conformador do Parlamento, objetivando a realização de metas coletivas. Deve agir, portanto, não segundo critérios políticos, comportando-se como legislador, mas a partir dos parâmetros de interpretação e construção jurídicas inerentes à hermenêutica constitucional.⁵⁹

Assim, em que pese o fato das decisões aditivas sempre implicarem certa intervenção no domínio normativo por ato do Tribunal Constitucional, somente se reconhece legitimidade em sua utilização quando elas se limitam a revelar ou a indicar um princípio ou regra constitucional vocacionado para o preenchimento de um vazio jurídico carente de integração imediata.⁶⁰ Noutras palavras, a disposição omitida na norma declarada inconstitucional deve ser imposta pela lógica do sistema legislativo e constitucional para legitimar seu acréscimo ao texto examinado.⁶¹

Nesse contexto, as sentenças aditivas mostram-se legítimas tão somente quando perseguem a concretização de direitos a partir de argumentos de princípio⁶², buscando-se atribuir coerência ao sistema. Ainda que sua utilização decorra de inclusão de hipótese que não estava no estado de intenção do legislador⁶³ – como deve ocorrer na interpretação conforme, que se situa nos limites teleológicos definidos pelo ordenamento –, a adição operada judicialmente decorre de solução *constitucionalmente* obrigatória (*a rime obbligate*).⁶⁴ Essa perspectiva permite o uso das sentenças aditivas sem recurso a uma “discricionariedade judicial” própria do positivismo. Fora dessa hipótese – quando fundamentadas em argumentos de políticas –, elas não se coadunam com o Estado Democrático de Direito.⁶⁵

Veja-se que o silêncio parcial do legislador equivale a uma regra implícita excludente de certos destinatários⁶⁶, de modo que fica autorizada a intervenção jurisdicional porque, na prática, o juízo de desvalor dar-se-á sobre a exclusão realizada pelo Parlamento. Em situações distintas, ou não há inconstitucionalidade ou a solução do Tribunal Constitucional deverá ser a declaração de inconstitucionalidade com efeitos ablativos, já que, ha-

vendo um espaço de atuação discricionária para o legislador, não há como o Judiciário, sem malferimento da separação de poderes, fazer a opção que cabia ao Parlamento ter realizado à vista da escassa densidade da norma constitucional paradigma.

No julgamento dos Mandados de Segurança n.º. 26.602, 26.603 e 26.604⁶⁷, que tratavam da fidelidade partidária, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, manteve o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que a troca de partidos configurava hipótese de perda de mandato, em que pese não haja previsão expressa na Constituição. No caso, a simples existência de relevante dúvida sobre o mandato pertencer ou não ao partido – premissa para a vedação alegada no feito - justificava uma decisão minimalista da Corte⁶⁸, no sentido de que a decisão sobre os efeitos da troca de partido deveria decorrer de manifestação expressa do legislador constituinte. Na ocasião o Min. Eros Grau, especificamente, ponderou que as hipóteses de perda de mandato estão taxativamente enumeradas na Constituição. Assim, embora do ponto de vista da moral e da ética a decisão do Tribunal pareça correta, o fato é que aquela Corte recorreu a argumentos metajurídicos para chegar à conclusão final, imiscuindo-se em matéria que dependia de decisão do legislador, após o devido debate democrático nos foros políticos.⁶⁹

Da mesma forma, não se vê como democraticamente admissível a opção judicial de, a pretexto de “salvar” uma lei inquinada de inconstitucionalidade, acrescentar condições à norma voltadas à otimização de sua aplicabilidade. É dizer: não cabe ao Judiciário “melhorar” o conteúdo normativo do preceito, sob a justificativa de incremento da eficácia do dispositivo ou maior adequação da norma aos fins propostos. Tal perspectiva, a par de violar o caráter deontológico do Direito, adiciona ao discurso judicial argumentos de nítido teor político, quando se sabe que, salvo situações excepcionais, ou a lei é constitucional – embora a opção legislativa não pareça a melhor ao julgador – ou não é. Não há espaço, portanto, para o acréscimo de norma criada ex nihilo pelo Tribunal Constitucional⁷⁰, que deve limitar-se a aferir a coerência legislativa, reconhecendo direitos preexistentes na teia inconsútil do sistema jurídico.

Por seu turno, mesmo nos casos em que o vazio normativo decorrente da declaração de inconstitucionalidade possa causar um estado de omissão mais grave temos que a legitimidade do Tribunal para adicionar elementos à lei inquinada de inconstitucional somente existe quando é possível extrair, do conjunto das normas do texto constitucional, uma hipótese de acréscimo à legislação como forma de torná-la compatível com a Constituição, como já ressaltado. É que, afora essa situação, não possui o Tribunal Constitucional, à semelhança do que ocorre na esfera legislativa, liberdade de agir no sentido de

vincular os cidadãos através de cláusulas ou condições legislativas cuja imposição dependa de algum juízo discricionário.⁷¹

Daí pode-se concluir também que não cabe ao Tribunal inventar uma disciplina normativa inexistente, mas sim buscar apoio no próprio ordenamento jurídico, ainda que através da materialização de princípios constitucionais, para suprir a omissão legislativa.⁷² Ou seja, a solução constitucionalmente obrigatória ou decorre de regra expressa ou implícita do texto constitucional ou da necessidade de prestigiar-se um princípio constitucional vitimado a partir da lei impugnada, como no caso das omissões parciais violadores do princípio da igualdade. Assim, é o ponto de partida do Tribunal (premissa constitucional vinculante) e o critério de argumentação (argumentos de princípio) que irão permitir o reconhecimento ou não da legitimidade da decisão com efeitos aditivos.

A ideia de que os argumentos de princípio legitimam as decisões aditivas afasta, por outro lado, o óbice decorrente da feição contramajoritária do Poder Judiciário. De fato, em se tratando de questões políticas (é dizer, o atendimento de metas coletivas), a seara própria para sua solução reside no Parlamento. Cuidando-se, porém, de manifesta violação a princípio, a decisão judicial limita-se a corrigir a diretriz legislativa, de modo a fazer cumprir o texto constitucional. Na medida em que a decisão judicial deva ser a menos original possível⁷³, no caso não se trata propriamente de inovação legislativa, mas tão somente de ampliação do sentido da norma a fim de compatibilizá-la com o texto constitucional.

Em conclusão, se é possível afirmar-se que, diante da ausência de regra, é viável encontrar-se solução judicial para os conflitos nos princípios, por que não se diria o mesmo quando editada regra que não contemplou certa categoria ou grupo em seu âmbito de aplicação, quando as circunstâncias fáticas e a exigência de isonomia assim recomendam? Utilizadas devidamente, as sentenças aditivas, antes de negá-la, reafirmam a supremacia constitucional ao racionalmente realizar o texto da Constituição.

Nessa linha, entre anular uma lei que privilegia poucos ou alargar seu raio de alcance deve o Tribunal optar por esta última possibilidade, diretriz que, para além de prestigiar o princípio da igualdade, materializa a dignidade da pessoa humana nas suas mais variadas vertentes.⁷⁴

Veja-se que não se trata de discutir se o fator de *discrímén* é justo ou injusto, a partir de uma visão intuicionista – em que a decisão seria tomada exclusivamente à luz do caso concreto, sem calcar-se necessariamente em pressupostos aplicáveis a situações similares –, no dizer de Rawls⁷⁵, uma vez que a concessão de direitos ou vantagens, em princípio, é opção política a ser feita na

seara própria. Cuida-se, em verdade, de corrigir a decisão legislativa quando preterida parcela da sociedade que se encontra em identidade de situação, já que o princípio da igualdade determina a valoração equânime das circunstâncias sempre que os destinatários da norma se encontram em uma mesma base fática. Não se trata, portanto, de corrigir opções políticas, já que uma estratégia política para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira.⁷⁶

Como exceção da assertiva acima desenvolvida temos, no ordenamento brasileiro, o caso do mandado de injunção, embora aqui se deva falar mais propriamente em sentença normativa e não com efeitos meramente aditivos.⁷⁷ É que para o writ o próprio legislador constituinte atribuiu ao Poder Judiciário o suprimento in concreto da lacuna legislativa. Nesse caso, por expressa opção do legislador constituinte – pelo menos à luz de uma interpretação que busque dar alguma utilidade à referida ação mandamental –, concebeu-se um mecanismo de suprimento da inatividade legislativa com maior liberdade de atuação do Tribunal. Portanto, aqui cabe à Corte Constitucional um espaço mais amplo de criação, podendo suprir a lacuna legislativa a partir de um parâmetro aplicável a hipótese semelhante ou mesmo conceber um modelo legislativo específico para o caso até a efetiva atuação do Parlamento.⁷⁸ Em contrapartida, porém, e a fim de evitar-se um sufocamento da atividade legislativa por ato do Tribunal, emprestou-se efeitos *inter partes* a esse mecanismo jurisdicional.

CONCLUSÃO

O processo constitucional contemporâneo trouxe inegável aumento da tensão existente entre a atividade das Cortes Constitucionais e do Parlamento. Essa tensão, como não poderia deixar de ser, encontra terreno propício especialmente a partir da utilização das chamadas sentenças manipulativas. Sob a perspectiva democrática, no entanto, a atividade do “novo” Poder Judiciário exige certa autocontenção a fim de se salvaguardar as opções legítimas realizadas pelo Legislativo, evitando-se uma concepção global da jurisdição constitucional capaz de asfixiar o modelo de repartição de competência estabelecido na moldura constitucional.

Por esse motivo, conceder ao Tribunal Constitucional um ilimitado poder interpretativo da Constituição, que possibilite extrair dela aquilo que não foi dito – seja através de regras, seja através de princípios, seria superar a visão do juiz “boca da lei” para transformá-lo em um *Oráculo de Delphos*, equiparando os valores ideológicos do julgador ao status de normas constitucionais. Haveria o risco aqui até mesmo de que pretensões não prevalentes no ambiente

democrático fossem incorporadas ao ordenamento através de sentenças “paralegislativas”⁷⁹, funcionando a Corte como uma entidade supostamente apta a ditar o futuro com os valores que entende devam ser adotados pela maioria de amanhã.⁸⁰

Essa compreensão mitigada das sentenças aditivas, se não impede, pelo menos reduz consideravelmente o risco de uma apropriação do político pelo jurídico, obstando uma ruptura capaz de minar o necessário diálogo que a jurisdição constitucional deve travar com a política.

Por fim, deve-se lembrar que a busca do consenso em uma Corte Constitucional é uma forma muito mais rudimentar de solução de conflitos políticos. Com efeito, no campo democrático há um Parlamento legitimamente escolhido pela população, cuja atividade deve levar em conta os múltiplos interesses hauridos em um ambiente de pluralismo social e que não podem ser negligenciados por uma interpretação única realizada na esfera jurisdicional. Desse modo, limitando-se a jurisdição constitucional a realizar direitos extraídos do ordenamento a partir de um discurso racionalmente adequado, impede-se que o Judiciário retorne aos tempos de desconfiança que a humanidade já se encarregou de relegar às profundezas obscuras da história que não se deve repetir.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **La política del diálogo liberal**. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**. Vol-113, NO 03, p. 642-727, january, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, volume 240 – abril/junho de 2005.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, n. 13, jan./mar. 2009.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Gilberto Bercovici; José Filomeno de Moraes Filho; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. (Org.). **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BRUST, Léo. Uma tipologia das sentenças constitucionais. **Revista da AJURIS**, ano XXXIII, n. 102, junho de 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Ed. Trotta, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição constitucional: Poder Constituinte permanente? In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di Diritto Costituzionale**. v. II. Padova: Cedam, 1984.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. The Forum of Principle. In: **New York University Law Review**, n. 56, 1981.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005.

HART, Herbert L. A. **Conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. Harvard Law Review, v. 71, 1958.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. 2. ed. Chicago and London: University of Chicago Press, 1970.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-168.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MAZZAROLLI, Ludovico. **Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività**. Padova: Cedam, 2000.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. 1. ed. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Tomo VI. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, v. 1, p. 7-367.

PIZZORUSSO, Alessandro. Sui limiti della potestà normativa della Corte Costituzionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, v. 25. Milano: 1982, p. 305-312.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução por Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEGURA, Angel Latorre & DIEZ-PICAZO, Luis. La Justicia Constitucional en el Quadro de las Funciones del Estado. In: **Justiça Constitucional e espécies**. Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.

SILVA, Jorge Pereira. **Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, nº. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.

_____. La interpretación conforme a la constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial. **Cuestiones Constitucionales**, v. 12, p. 3-28, 2005.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. **Revista de Direito do Estado**, n. 12, p. 107-142, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 285-326.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

VEGA, Augusto de la. **La sentencia constitucional en Itália**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck et all. **A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 21.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 1995.

NOTAS

1. SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 161.

2. Sobre a distinção entre norma e texto da norma (programa normativo), vide, entre outros, MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
3. Para um exame do constitucionalismo moderno à luz do pós-positivismo e da constitucionalização de direitos, vide, entre outros, CARBONELL. Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Ed.Trotta, 2003; SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, volume 240 – abril/junho de 2005; MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-168.
4. Como ressalta Bruce Ackerman, no contexto das constituições europeias do pós-guerra e nas demais constituições mundiais que delas sofreram influxo, o perfil dos Tribunais Constitucionais voltou-se ao asseguramento da efetividade dos direitos e compromissos assumidos em um texto constitucional fruto do rompimento com sistemas autocráticos de governo (ACKERMAN, Bruce. **La política del diálogo liberal**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 68).
5. O princípio da separação dos poderes, tal como concebido tradicionalmente, sustentava-se como sistema de balanceamento entre as funções estatais, de modo a garantir a liberdade individual, nos termos do modelo liberal de Estado. Partia-se de premissas distintas daquelas que acalentaram a formação do *Welfare State*, que concebe o Poder Público como prestador de serviços e exige, em consequência, um controle do adimplemento das obrigações estatais.
6. A riqueza do controle de constitucionalidade brasileiro está exatamente no aproveitamento das experiências internacionais bem-sucedidas – controle difuso e concentrado –, o que confere ao nosso sistema significativa pluralidade e fomenta a democratização do debate público sobre a validade das normas jurídicas.
7. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Entre nós, surgiu o “constitucionalismo brasileiro da efetividade”, expressão cunhada por Cláudio Pereira de Souza Neto para referir-se a uma estratégia teórica de superação da dicotomia norma/realidade social, com vistas à atribuição de máxima eficácia à norma constitucional. (SOUZA NETO, Cláudio)

dio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro:Renovar, 2003, p. 285-326).

8. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 47.
9. Essa afirmação é de Mauro Cappelletti nas premissas de seu trabalho *Juízes legisladores?* No mesmo sentido, FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process**. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 37 e ss. As aspas foram propositalmente colocadas para ilustrar a necessidade de que a visão do papel do Judiciário como uma atividade criativa do Direito seja acolhida com reservas em razão dos perigos que uma compreensão generalizada encerra. Numa concepção democraticamente adequada e à luz do pós-positivismo, a construção da resposta judicial ocorre dentro ou a partir do próprio sistema normativo, no âmbito de seu modelo de regras e princípios, considerando-se, para tanto, a integridade do Direito (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003) e sua interpretação como uma teia inconsútil (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 180 e ss). Pelo menos nessa perspectiva, não há que se falar em livre criação judicial do Direito, no sentido proposto por Hart, como mecanismo de solução dos denominados *hard cases*, para os quais não há uma regra clara de incidência e caberia ao magistrado decidir a partir de razões morais, éticas etc., exercendo nítida competência legislativa (HART, Herbert L.A. **Conceito de Direito**. 2 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994; **Positivism and the Separation of Law and Morals**. Harvard Law Review, v. 71, 1958, p. 593.). Não se desconhece, entretanto, que a dicotomia entre revelação e criação do Direito não faz sentido no paradigma pós-positivista, já que o Direito hoje deve ser reconhecido como uma constante prática construtiva e evolutiva.
10. Sobre o tema, vide CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, mai. 1999.
11. No caso brasileiro esse fenômeno tem outro marco inicial: o processo de redemocratização a partir da Constituição de 1988. Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, n. 13, jan./mar. 2009.

12. Cf. GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
13. “A indeterminação do Direito, por sua vez, repercutiria sobre a relação entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da ‘certeza jurídica’. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter do Estado Social, do papel de ‘legislador implícito’.” (VIANNA, Luiz Werneck *et al.*. **A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 21). Na mesma linha, ressalta Mauro Capelletti que a consagração de direitos econômicos e sociais, notadamente a partir de cláusulas de conteúdo indeterminado, também é elemento que contribui decisivamente para o protagonismo judicial da era contemporânea (CAPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 68).
14. Para Gilberto Bercovici, uma das poucas teorias constitucionais que tentou escapar dessa “normatização” foi a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, proposta por Peter Häberle. Nessa teoria sustenta-se que todos os setores da sociedade estão vinculados ao processo de interpretação constitucional, de modo que não se pode limitar ou reduzir os intérpretes do texto constitucional aos atores jurídicos e participantes formais do processo constitucional (BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Gilberto Bercovici; José Filomeno de Moraes Filho; Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. (Org.). **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 109).
15. Sobre a demanda por novos direitos fundamentais, a exemplo dos coletivos e difusos, vide PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, v. 1, p. 7-367.
16. HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução por Manuel Jiménez Redondo Madrid: Trotta, 2005, p. 326 e ss. A citação serve para ilustrar a tendência hodierna de atuação dos tribunais constitucionais. Todavia, como se registrará mais à frente, entendemos que o equilíbrio entre a autonomia pública

(soberania popular) e privada (direitos humanos), especialmente em países periféricos como o Brasil, exige uma postura ativa do Judiciário até como forma de se assegurar a liberdade do indivíduo, historicamente privado de direitos sociais básicos. Assim, a presente reflexão centra-se mais no como agir (limites de atuação) o Judiciário do que no *por que* agir (legitimidade).

17. Sobre a Constituição como ordem concreta de valores, vide ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 e ss.
18. BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 77.
19. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103. Há quem afirme, inclusive, que o constitucionalismo dirigente, ao pretender conter todos os princípios e possibilidade de conformação do ordenamento, favoreceria o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em “senhor da Constituição” (BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993).
20. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov 2000.
21. Uma tendência de “subjetivação” da interpretação constitucional na prática dos tribunais é patente. No julgamento acerca da legislação que proíbe a importação de pneus usados (ADPF 101, rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 24/06/09), o Min. Eros Grau, em seu voto-vista, fez considerações sobre a ponderação de princípios, ressaltando que esta se dá “*pelo subjetivismo de quem a opera.*” Disse, ademais, que “*princípios de direito não podem ser ponderados entre si, apenas valores podem submetidos a esta operação. Os princípios são normas, mas quando estão em conflitos com eles mesmos são valores*”, de modo que pode haver grave incerteza jurídica em razão da técnica da ponderação entre princípios relativos aos conflitos entre direitos fundamentais, pois a opção por um e não por outro é perigosa e ocorre de acordo com o intérprete.
22. Na mesma linha, ressalta José Adércio Leite Sampaio que, por meio da razoabilidade, a Constituição escrita se esvaziou de conteúdo, abrindo-se janelas de incertezas nos discursos de aplicação constitucional. Com efeito, assevera o autor

que “a ‘Constituição judicial da razoabilidade’ é, portanto, uma ‘Constituição *ad hoc*’ e relativa (SCACCIA, 2000:379). A ‘Constituição do caso’ e ‘do juiz’ acaba por desnortear a própria teoria constitucional, pois em que bases se permite falar consistentemente em um poder constituinte originário, se a sua obra for uma simples referência vaga entre os espectros de uma razoabilidade sem fim à disposição dos poderes constituídos?” (SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 94-95). Por sua vez, lembra Virgílio Afonso da Silva, sem firmar posição contrária à utilidade do referido princípio como ferramenta argumentativa no contexto da decisão judicial, que “a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um tópos, com caráter retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘à luz do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional.’” (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, nº. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002, p. 31).

23. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 261.

24. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 247.

25. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 129.

26. MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, p. 248.

27. Não é nossa intenção, nos limites estreitos do presente trabalho, discutir se a mitigação dos efeitos da inconstitucionalidade viola o código binário do Direito, transgindo com seu caráter deontológico, como o faz parcela da doutrina (MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. 1. ed. São Paulo: Método, 2008.). A assertiva acima desenvolvida tem como finalidade apenas demonstrar como, diante do atual estágio de aplicação da teoria da inconstitucionalidade das normas – inclusive com o reconhecimento dessa “terceira via” de decisão por diversas ordens constitucionais (vide, *e.g.*, o nº. 4 do art. 282º da

Constituição Portuguesa) –, é importante a discussão sobre o papel criativo dos tribunais e os limites a ele inerentes sob o viés democrático.

28. Veja-se que o fenômeno acima descrito em muito contribuiu para a superação do dogma restritivo, mas não se pode dar a ele um tom de exclusividade. É que, mesmo na ótica de uma inflexível sanção de nulidade da norma constitucional, é possível que se reconheça o papel criativo da jurisdição. Com efeito, notadamente nos casos de nulidade parcial, da interpretação da Corte Constitucional pode resultar um sentido da norma não pensado ou não reconhecido antes da decisão judicial.
29. De forma diferente, José Adércio Leite Sampaio, por exemplo, chama as segundas de “sentenças intermediárias”, que se subdividiriam em sentenças normativas (aditivas, aditivas de princípio e substitutivas) e transitivas (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 163).
30. Conforme terminologia de SEGURA, Angel Latorre & DIEZ-PICAZO, Luis. La Justicia Constitucional en el Quadro de las Funciones del Estado. In: **Justiça Constitucional e espécies**. Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987, p. 198.
31. MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, 109.
32. Todavia, no âmbito da doutrina estrangeira a classificação é variadíssima, não havendo um consenso acerca de um critério classificatório e conceitual. Sobre o tema, especialmente as diversas classificações e conceitos, vide, e.g., VEGA, Augusto de la. **La sentencia constitucional en Itália**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
33. Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. *Op. cit.*, p. 110. Para o autor, contudo, referidas sentenças não são admissíveis no modelo português, diferentemente do que ocorre na França, onde é possível ao Conselho Constitucional, no exercício do controle preventivo, reconstruir a norma com o sentido determinado aditivamente. Em Portugal, para o autor, somente seriam admissíveis sentenças “atípicas” desprovidas de efeitos constitutivos, como é o caso das sentenças “apelativas” e “orientadoras”.
34. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1017.

35. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Tomo VI. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 88.
36. MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, p. 263.
37. Sem que se pretenda aqui esgotar todas as possibilidades historicamente já concebidas na doutrina e jurisprudência estrangeiras. O objetivo é apenas ilustrar as situações nas quais corriqueiramente ocorre a utilização dessa modalidade de sentença manipulativa.
38. BRUST, Léo. Uma tipologia das sentenças constitucionais. **Revista da AJURIS**, ano XXXIII, n. 102, junho de 2006, p. 238.
39. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1019.
40. BRUST, Léo. *Op. cit.*, p. 245.
41. *Op. cit.*, p. 260.
42. Sobre esse ponto especificamente, há importante manifestação do Presidente da Corte Constitucional italiana, Renato Granata, em **La giustizia costituzionale nel 1997**. Conferenza stampa del 11 febbraio 1998. Disponível em: www.corte-costituzionale.it/informazione/interventi_dei_presidenti.
43. MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, p. 398.
44. Com efeito, nem sempre há uma exata correspondência entre aquilo que a doutrina expõe, aquilo que a jurisprudência sustenta aplicar e aquilo que a jurisprudência de fato aplica (AFONSO DA SILVA, Virgílio. La interpretación conforme a la constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial. **Cuestiones Constitucionales**, v. 12, p. 3-28, 2005, p. 14).
45. Não se desconhece que tais classificações foram concebidas ainda no início da segunda metade do século XX e que resultam de certo apego semântico ao texto normativo. Assim, embora tais distinções afigurem-se questionáveis a partir da virada hermenêutica, quando se passa ao reconhecimento de que vivemos em uma comunidade de princípios – cuja interpretação pode conduzir a algum afastamento do texto nas mais variadas formas –, mantém-se a referida classificação

no presente trabalho como forma de facilitar a definição dos limites do STF no uso das sentenças aditivas.

46. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 177.
47. Sobre o tema, vide, entre outros, ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. II Mulino, 1995, e MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
48. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 179.
49. Com efeito, no modelo de concepção de democracia moderna debatem-se duas correntes principais: o substancialismo, de autores como Ronald Dworkin e John Rawls, e o procedimentalismo, de Ely e Habermas. Para fins do presente trabalho, como já ressaltado, entende-se que uma intervenção mais direta dos tribunais na realização dos direitos é medida essencial especialmente em países de elevado déficit social como o Brasil. Veja-se que, mesmo em uma concepção procedimentalista, a autonomia privada dos cidadãos pressupõe o asseguramento de mínimos existenciais capazes de realizar efetivamente os ideais de igualdade e liberdade. Na medida em que inexistentes garantias básicas de saúde, educação etc. não se pode falar em liberdade individual que permita a participação legítima dos cidadãos nos processos públicos decisórios (autonomia pública). Sem condições básicas de existência digna que garantam a emancipação social, portanto, é impossível conceber-se o adequado funcionamento do processo democrático. Nesse mesmo sentido, entre outros: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 323 e ss.
50. Vide, nesse sentido, voto proferido no MI 670-9/ES, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, em que o ministro defende a legitimidade da utilização de decisões com efeitos aditivos no âmbito da Suprema Corte (julgado em 25/10/2007), discutindo, inclusive, seus limites. Embora paradigmático o julgado, parece-nos que, no caso do mandado de injunção, segundo o delineamento estabelecido pelo legislador constituinte, não se trata de decisão com efeitos aditivos, mas sim de verdadeira sentença normativa, ainda que com efeitos concretos, como tentaremos demonstrar mais adiante.
51. Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 13.07.97.

52. Em seu voto, o Min. Maurício Corrêa, embora com a extensão de vantagens remuneratórias de dados servidores para outras categorias, não reconheceu que o Supremo atuava positivamente ao dizer que se limitou a aplicar o dispositivo constitucional.
53. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 29.06.2007.
54. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 14.11.2003.
55. Gilmar Mendes, ao comentar a não observância pelo Tribunal Constitucional alemão dos limites da interpretação conforme, assevera que *“as decisões fundamentais do legislador, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme à Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador. O princípio da interpretação conforme à Constituição não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei. Qualquer alteração do conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme à Constituição significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronúncia de nulidade, uma vez que esta assegura ao ente legiferante a possibilidade de imprimir nova conformação à matéria.”* (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 290).
56. Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 04/06/2008.
57. No processo em que se discutia a constitucionalidade da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Petição 3.388-4/RO, Rel. Orig. Min. Carlos Britto, DJU de 26/03/2009), as condições propostas a partir do voto do Min. Menezes Direito, ao nosso ver, buscaram tão somente compatibilizar o usufruto dos índios com outros interesses resguardados na Constituição e com a legislação em vigor. No particular, pois, o STF parece ter-se limitado a interpretar o texto constitucional e o ordenamento jurídico. Registre-se que, no dia 23 de outubro de 2013, o plenário do STF, em sede de embargos de declaração, confirmou a validade das 19 (dezenove) condicionantes adotadas no processo. O atual relator do caso, ministro Roberto Barroso, concordou que a incorporação das salvaguardas foi uma decisão atípica, mas observou que, sem elas, seria impraticável pôr fim ao conflito existente na região. As salvaguardas foram uma espécie de regime jurídico a ser seguido para a execução do decidido, *explicando o sistema constitucional incidente na matéria* (Vide <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=251738>. Acesso em 29 de outubro de 2013).

58. SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. **Revista de Direito do Estado**, n. 12, p. 107-142, 2008, p. 110.
59. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 91.
60. MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, p. 241.
61. Cf. SAMPAIO. José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 168.
62. “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 129).
63. Cf. SAMPAIO. José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 177.
64. Cf. SAMPAIO. José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 168. Sobre a concepção de solução constitucionalmente obrigatória (*a rime obbligate*), vide CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di Diritto Costituzionale**. v. II. Padova: Cedam, 1984, p. 402 e ss.
65. Sobre a inclusão de questões políticas no discurso judicial, ressalta Dworkin também que “*my own view is that the Court should make decisions of principle rather than policy – decisions about what rights people have under our constitutional system rather than decisions about how the general welfare is best promoted – and that it should make these decisions by elaborating and applying the substantive theory of representation taken from the root principle that government must treat people as equals.*” (The Forum of Principle. In **New York University Law Review**, n. 56, 1981).
66. Cf. MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, p. 386.
67. Rel. Min. Eros Grau, DJU de 17.10.2008.
68. Sobre o minimalismo judicial, vide SILVA, Alexandre Garrido da. *Op. cit.*, p. 115.
69. O mesmo parece ter ocorrido por ocasião da edição das Súmulas Vinculantes 11 (uso de algemas) e 13 (nepotismo). Na primeira, ao determinar-se a justificação

por escrito quando da utilização do instrumento e a nulidade do ato em decorrência do uso abusivo das algemas, sem que haja norma jurídica criando respectivamente a obrigação e o efeito processual concebido na decisão judicial. Na segunda, porque a exclusão da aplicabilidade da súmula à nomeação de parentes para cargos de secretários municipais, de estado e Ministros do Executivo também não possui previsão legislativa. Ao nosso ver, no primeiro caso, eventuais abusos deveriam ter como efeito a apuração com base na Lei nº. 4.898/65 (abuso de autoridade). No segundo, o Tribunal deveria ter-se limitado a considerar que a vedação do nepotismo é consectário lógico do princípio da moralidade, sem enveredar sobre considerações relativas à conveniência de contratação de parentes para cargos estratégicos, valoração típica da atividade legislativa.

70. MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.*, p. 368.

71. Como lembra Jorge Pereira da Silva, o Tribunal Constitucional alemão tem sido restritivo quanto ao uso das sentenças aditivas especialmente quando a revelação das regras integrativas das lacunas pressupõe uma escolha discricionária. (SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 221). Nesse sentido também a doutrina majoritária italiana, *v.g.*, CRISAFULLI, Vezio. *Op. cit.*. Esse, inclusive, é o sentido da expressão *a rime obbligate*, ou seja, solução constitucionalmente obrigatória.

72. MAZZAROLLI, Ludovico. **Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività**. Padova: Cedam, 2000, p. 76.

73. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 133.

74. TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 99.

75. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução por Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

76. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 137. É o que ocorre, *v.g.*, com a concessão de incentivos fiscais a determinados setores econômicos a fim de se fomentar dada atividade. Trata-se de opção política insindicável pelo Poder Judiciário e, portanto, não extensível a outros setores, salvo se houver manifesta incongruência com o texto constitucional.

77. Em sentido contrário manifesta-se Jorge Miranda, para quem a decisão proferida pelo STF no MI 670 (greve no serviço público) caracteriza-se como aditiva (MIRANDA, Jorge. *Op. cit.* p. 90). Entendemos que a referida decisão enquadra-se em uma moldura diferente das sentenças aditivas, como antes ressaltado. Semanticamente, o próprio termo “adição” pressupõe uma regulação anterior que sofrerá acréscimo, o que inexistente nas omissões absolutas.
78. Mesmo aqui parece razoável entender-se que o Tribunal deve, prioritariamente, buscar no ordenamento um parâmetro normativo similar para colmatar a lacuna do legislador, de modo a apenas em caráter subsidiário criar pela via judicial uma solução normativa. Nessa perspectiva, aliás, o voto do relator no MI 670, Min. Gilmar Mendes.
79. MORAIS, Carlos Blanco. *Op. cit.* p. 418.
80. Em sentido semelhante, ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review.** Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 04 e ss.

Coronelismo: a política de pão e circo ainda vigente no interior do Brasil

Coronelismo: the bread and circus policy still current in the interior of Brazil

Roberto Carvalho Veloso
Elenn Maína Pinheiro Félix

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo tratar do assunto do coronelismo no meio eleitoral. Adota-se como metodologia a revisão bibliográfica principalmente em uma abordagem na visão de Victor Nunes Leal, escritor do livro “Coronelismo, Enxada e Voto”. É nítido que tal instrumento tão antigo ainda continua presente não só no exercício do voto do cabresto no interior do Brasil, mas também com outras roupagens no atual conceito de coronelismo eletrônico, bem como sua influência nos meios de comunicação. Analisa-se a questão da concentração agrária de terras como manutenção desse regime.

Palavras-chave: Coronelismo Eleitoral. Concentração Agrária. Coronelismo Eletrônico.

ABSTRACT

This article aims to address the issue of coronelismo in the electoral environment. The bibliographical revision methodology is mainly adopted in an approach in the vision of Victor Nunes Leal, writer of the book “Coronelismo, Enxada e Voto”. It is clear that such an old instrument still remains present not only in the exercise of the halter vote in the interior of Brazil, but also with other draperies in the current concept of electronic coronelismo, as well as its influence in the media. The question of agrarian concentration of land is analyzed as the maintenance of this regime.

Keywords: Electoral coronelismo. Agrarian concentration. Electronic coronelism.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como objetivo traçar um panorama de como pode ser evidenciado o coronelismo desde sua origem até os tempos atuais, elencando os principais fatores de sua existência bem como suas vertentes. Para atingir o objetivo, são destacadas as influências das oligarquias locais com a chama política do “voto de cabresto”, bem como o denominado coronelismo eletrônico que nada mais é que um meio de mandonismo por meio dos canais de comunicação. O problema que se pretende resolver neste artigo é: de que forma o coronelismo se apresenta nos dias atuais?

O referencial teórico deste trabalho é o livro “Coronelismo, Enxada e Voto. O Município e o Regime Representativo no Brasil.”, de autoria de Victor Nunes Leal, que traz o conceito de coronelismo para fundamentar todo o contexto de inserção de tal prática clientelista, bem como caracterizar o falseamento do voto, filhotismo e o arcabouço de favores que tão bem retratam o pensamento do autor. Ademais, é feita toda a linha histórica de como houve o desenvolvimento do Brasil, da política, da concentração de terras e do favorecimento para o coronelismo.

Este trabalho se justifica pela sua atualidade, pois o coronelismo é evidenciado pelo uso da força na obtenção de votos nas épocas eleitorais principalmente nos latifundiários brasileiros. Nos municípios do interior brasileiro em que há a grande concentração de terra a única solução que existe consiste no trabalho rural na presença de um grande senhor de terra em que havia e há a troca do voto pela garantia do trabalho, comida e proteção. A questão da concentração de terras ainda é uma variante forte no Brasil, assim mesmo diante um sistema eleitoral que tem como premissa a lisura das eleições temos de outra banda uma situação dos grandes senhores de terra formando milícias particulares.

Por tais razões, procuramos traçar parâmetros de comparação entre outras práticas clientelistas como o caudilhismo característica presente na América Latina na existência dos senhores de guerra/senhores de terra marcados pelo populismo em suas fazendas e tratamos o novo conceito de coronelismo eletrônico, principalmente por meio das propagandas e daqueles que são os donos dos meios de comunicação formando um verdadeiro monopólio sobre aquilo que é passado ao eleitor.

Na metodologia utilizada, o método de abordagem foi o dedutivo, levando em consideração materiais bibliográficos, doutrinários e legais.

1 NOÇÕES DE PODER: o significado do coronelismo

O coronelismo não deve ser visto como um período histórico apenas de falseamento de votos e mandonismo, pelo contrário, ultrapassa seu tempo e tem íntima conexão com o Município, Estado e União na figura dos seus coronéis, governadores e presidentes trazendo um jogo de quem manda mais, de coerção e arbitrariedades nacionalmente conhecidos.

O coronel conceituado nos dicionários tinha a significação de liderança política e é importante mencionar que tal conceito é extremamente atual, nossos líderes são dotados desse estilo como será explicitado e configurado ao longo do trabalho.

Assim é importante trazer à baila o que Leal (2012, p.19) assevera:

Coronelismo, enxada e voto, de Victor Nunes Leal, foi publicado em 1949, sem indicação do editor, sob a responsabilidade da Revista Forense, que figurava como impressora. Trazia, como primeira nota, uma contribuição preciosa do notável historiador que era Basílio de Magalhães, o qual, tendo casa em Lambari e militando na política de Minas Gerais, conhecera de perto a influência e o poder dos “coronéis”. À guisa de prefácio, procurou analisar o sentido do vocábulo “coronel”, que os dicionários apresentavam como brasileirismo, pela nova acepção com que se apresentara em nosso país, embora traduzindo uma realidade quase universal, como expressão de liderança política.

É muito comum associarmos a palavra coronel à força, e é essa a ideia que foi criada desde a gênese de tal instituto. Durante um longo período histórico existiram as milícias e ordenanças do período colonial, só que em 1831 foi criada a Guarda Nacional com a intenção de instituir uma hierarquia em que a patente do coronel só valia na esfera municipal ou regional, ou seja, vislumbramos uma força política no município desde esse período.

Logicamente, que o termo inicial a patente visava à segurança da população, mas tal característica foi deturpada quando as patentes começaram a ser economicamente vendidas ou trocadas por prestígios.

As patentes eram adquiridas de forma gratuita, como se fosse uma condecoração, um motivo de honra, uma estrutura social diferenciada. Os grandes proprietários donos do latifúndio recebiam tais patentes para apoiar o governo e em troca tinham sem favores, mas para isso seus trabalhadores votavam em quem fosse ordenado.

Nesses mesmos parâmetros diz Leal (2012, p.19):

A presença e a influência do potentado local já estavam registradas em Antonil, na sua justamente famosa Cultura e opulência do Brasil, quando dizia que “o ser senhor de engenho é título, a que muitos aspiram, porque traz consigo o ser servido, obedecido e respeitado de muitos”. O próprio Antonil o aproximava da posição dos fidalgos, no reino de Portugal. Mas levando a vantagem de apoiar-se a uma base sólida, que era a propriedade territorial, mais do que o favor e as benesses da autoridade régia, numa fase em que não poucos eram os nobres que decaíam por força da dilapidação de fortunas hereditárias. Alberto Torres estudara de perto a força desses potentados rurais, que ele colocava como eixo de uma “vegetação de caudilhagem”, que em torno dele ia crescendo, como resultante de dependências irresistíveis. E dele é o conceito de que “a base das nossas organizações partidárias é a politicagem local. Sobre a influência dos conselhos eleitorais das aldeias, ergue-se a pirâmide das coligações transitórias de interesses políticos — mais fracos na segmentação do Estado, dependentes dos estreitos interesses locais: tênue, no governo da União, subordinada ao arbítrio e capricho dos governadores”. Mas tendo sempre, como núcleo essencial, o clã rural, ou o potentado, que não raro se enfeitava com a patente de coronel, concedida pelo poder público ou outorgada pelo povo, numa espécie de plebiscito que, pelo fato de ser espontâneo, já dispensava, por si mesmo, o diploma oficial e o fardamento das paradas. Coronel por eleição — um fenômeno raro na hierarquia militar, a exemplo daquele herói brasileiro, Abreu e Lima, que parecia ter mais prazer em ser chamado de General das Massas do que de General de Bolívar. O clã rural compõe a parte essencial da sociologia de Oliveira Viana que, inspirado em Le Play, dele fazia a unidade básica de sua doutrinação.

O coronelismo de décadas anteriores é marcado pela presença de senhores de terras que tinham o domínio destas como grandes riquezas, além disso, podiam exercer forte influência nos seus trabalhadores rurais porque existia o sufrágio universal diante de uma falsa realidade de abolição da escravidão, mas havia dependência econômica em termos de segurança, alimentação, remédios e outros quesitos. Logo, o mínimo que o trabalhador fazia era votar em que lhe era determinado.

Portanto, o pensamento de Leal (2012, p.21) se faz extremamente contemporâneo:

O “coronelismo”, em 1975, não será a mesma coisa que o de 1949. Dia a dia o fenômeno social se transforma, numa evolução natural, em que há que considerar a expansão do urbanismo, que liberta massas rurais vindas do campo, além de modificações profundas nos meios de comunicação. A faixa do prestígio e da influência do “coronel” vai minguando, pela presença de outras forças, em torno das quais se vão estruturando novas lideranças, em torno de profissões liberais, de indústrias ou de comércios venturosos. O que não quer dizer que tenha acabado o “coronelismo”. Foi, de fato, recuando e cedendo terreno a essas novas lideranças. Mas a do “coronel” continua, apoiada aos mesmos fatores que a criaram ou produziram. Que importa que o “coronel” tenha passado a doutor? Ou que a fazenda se tenha transformado em fábrica? Ou que os seus auxiliares tenham passado a assessores ou a técnicos? A realidade subjacente não se altera, nas áreas a que ficou confinada. O fenômeno do “coronelismo” persiste, até mesmo como reflexo de uma situação de distribuição de renda em que a condição econômica dos proletários mal chega a distinguir-se da miséria. O desamparo em que vive o cidadão, privado de todos os direitos e de todas as garantias, concorre para a continuação do “coronel”, arvorado em protetor ou defensor natural de um homem sem direitos.

Ainda mais quando falamos em coronelismo eletrônico tal questão torna-se ainda mais presente, a figura do coronel muitas vezes é vista na figura do presidente, que se utiliza dos meios de comunicação de maneira arbitrária e unilateral para inflamar as massas e utilizar medidas que não são democráticas, mas se reveste de máscaras e de uma nova roupagem de práticas clientelistas.

2 O CORONELISMO NA VISÃO DE VICTOR NUNES LEAL

O autor nasceu no ano de 1914 no Estado de Minas Gerais, onde em 1936 veio a se formar no curso de Direito. Sua trajetória foi brilhante, iniciando como redator de jornais e posteriormente passou a trabalhar em sua área na advocacia. Foi Procurador Geral da República e Consultor Geral da República.

Por fim, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal. Mas, foi aposentado em razão do ato institucional nº 5. A partir daí, dedicou-se à produção literária.

Para Victor Nunes Leal o coronelismo nada mais é do que um arcabouço de favores entre o regime representativo e uma estrutura econômica eivada de vícios, é um compromisso existente entre o poder público (o elo mais forte) e aqueles que lhe colocam no poder, que são os senhores de terras. Aqui cabe mencionar um período feudal ainda presente no interior do Brasil devido a sustentação de uma base agrária concentrada.

A República Federativa Brasileira preconiza o sufrágio universal como uma de suas cláusulas pétreas, contudo não percebe a afronta que sofre o regime democrático e representativo diante do eleitorado rural que não tem outra solução a não ser conviver com eleições caracterizadas pelo filhotismo, falseamento do voto, promessas ilusórias, e perda do cargo em comissão caso não vote na indicação condizente. Nesse mesmo sentido é que o diz o autor:

Por isso mesmo, o “coronelismo” é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras. Não é possível, pois, compreender o fenômeno sem referência à nossa estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visíveis no interior do Brasil. Paradoxalmente, entretanto, esses remanescentes de privatismo são alimentados pelo poder público, e isso se explica justamente em função do regime representativo, com sufrágio amplo, pois o governo não pode prescindir do eleitorado rural, cuja situação de dependência ainda é incontestável. Desse compromisso fundamental resultam as características secundárias do sistema “coronelista”, como sejam, entre outras, o mandonismo, o filhotismo, o falseamento do voto, a desorganização dos serviços públicos locais. (LEAL, 2012, p 23)

É nesse contexto que os municípios interioranos brasileiros estão configurados. O coronel logo exerce o papel de liderança, ou por ter construído ou herdado a liderança, parece um absurdo, mas é prática no Brasil a existência de famílias tradicionais que mandam em um pedaço de terra e ali a dominam como se fosse sua, formando uma verdadeira oligarquia com a sucessão civil após a morte. A hipocrisia é tamanha que após eleitos esses senhores políticos nascidos na terra só retornam nos próximos quatro anos para fazer campanha ou no funeral de algum parente.

Interessante a passagem do trecho de Leal (2012,p.24):

Só volta ao feudo político de tempos em tempos, para descansar, visitar pessoas da família ou, mais frequentemente, para fins partidários. A fortuna política já o terá levado para uma deputação estadual ou federal, uma pasta de secretário, uma posição administrativa de relevo, ou mesmo um emprego rendoso na capital do Estado ou da República. O êxito nos negócios ou na profissão também pode contribuir para afastá-lo, embora conservando a chefia política do município: os lugares-tenentes, que ficam no interior, fazem-se então verdadeiros chefes locais, tributários do chefe maior que se ausentou. O absenteísmo é, aliás, uma situação cheia de riscos: quando o chefe ausente se indis põe com o governo, não são raras as defecções dos seus subordinados. Outras vezes, é ele próprio quem aconselha essa atitude, operando, pessoalmente, uma retirada tática.

Ser político também virou herança, é motivo de profissão. Por mais que exista o chefe municipal quem comanda no interior é o coronel, ele é o detentor dos votos de cabresto, uma vez que por ser o dono das terras tem o prestígio, a força econômica, a força policial e até a jurisdição em suas mãos. Aqueles que vivem em suas terras são eternamente gratos por não terem como sobreviver sem o alimento que produzem, logo o mínimo que fazem é votar em quem o senhor manda.

A distribuição de terras no contexto social brasileiro é de extrema importância para entender todo esse processo que acabamos de mencionar. Um dos maiores problemas que ainda hoje assolam a vida rural é concernente à concentração da propriedade. Alguns fatores são significativos em determinadas zonas do Brasil, é notório que houve um aumento significativo do número de pequenas propriedades, mas isso não significa que está havendo um decréscimo da concentração da propriedade rural, pelo contrário a situação se agrava diante a fragmentação das propriedades médias e na reestruturação das grandes propriedades.

A situação tende a piorar quando falamos do pequeno proprietário isso porque ao estar em contato com a grande propriedade o primeiro tende a sumir, devido o baixo aproveitamento da terra nos casos em que há o parcelamento de terra e o financiamento com os bancos que são mais difíceis¹.

O Brasil é um país grande de extensão, contudo o seu eleitorado reside e vota nos municípios do interior. Muitos mantêm esse hábito para votar na terra em que nasceram, e outros porque realmente moram no lugar. O interior já se desenvolveu, mas o aspecto rural ainda é predominante e com ele a condição de miserabilidade é uma preocupante. Dessa forma, os fazendeiros

e demais políticos arcam com as despesas eleitorais em busca do voto. Sem nenhum gasto e ainda com a possibilidade de satisfazer os homens mais ricos da cidade, o homem do campo pela primeira vez se sente importante, muitos tornam-se cidadãos neste momento, já que tiram os documentos para eleição.

É o que Leal (2012, p 31) assevera:

Como os próprios chefes locais são em regra somente “remediados”, o suprimento de dinheiro para essas despesas apresenta certas particularidades que, para melhor ordem da exposição, deixamos para examinar mais adiante. O velho processo do bico de pena reduzia muito as despesas eleitorais. Os novos códigos, ampliando o corpo eleitoral e reclamando a presença efetiva dos votantes, aumentam os gastos. É, portanto, perfeitamente compreensível que o eleitor da roça obedeça à orientação de quem tudo lhe paga, e com insistência, para praticar um ato que lhe é completamente indiferente. Esse panorama já se apresenta, aliás, com alguns indícios de modificação, segundo pôde ser observado nas eleições realizadas em 1945 e 1947. No seio do próprio eleitorado rural verificaram-se traições” dos empregados aos fazendeiros. O fato merece um estudo atento e que ainda não foi feito. Observadores locais costumam atribuí-lo em grande parte à propaganda radiofônica.

A liderança do coronel não é obtida apenas pelo fato de ser rico, mas também deve ser adotada a política do pão e circo, ou seja, os favores em troca de algo devem existir. O paternalismo exerce grande presença nesse regime, uma vez que para ter a vitória devem ser atendidos os desejos do eleitor. Não é de surpreender que o que o eleitor mais pede é um cargo público, por isso a presença de tanto assessores e técnicos. A principal questão é saber onde arrumaram competência para exercer tais cargos, diante disso será vislumbrada uma desorganização administrativa.

Leal (2012, p.32) explica com clareza o que é essa desorganização administrativa.

Um dos principais motivos dessa desorganização é a generalizada incultura do interior, cópia muito piorada da incultura geral do país. Se os próprios governos federal e estaduais têm tanta dificuldade em conseguir funcionários capazes, por isso mesmo improvisando técnicos em tudo da noite para o dia, imagine-se o que será dos municípios mais atrasados. Os inquéritos que se fizeram a esse respeito

em vários Estados depois da Revolução de 1930 revelaram coisas surpreendentes. Daí a criação dos departamentos de municipalidades, que, ao lado da assistência técnica prestada às comunas, não tardaram a assumir funções de natureza política. Mas o despreparo do interior só explica uma parte da anarquia administrativa observada em muitas municipalidades. A outra parcela de responsabilidade cabe, de um lado, ao filhotismo, que convoca muitos agregados para a “gamela” municipal, e, de outro lado, à utilização do dinheiro, dos bens e dos serviços do governo municipal nas batalhas eleitorais. A outra face do filhotismo é o mandonismo, que se manifesta na perseguição aos adversários: “para os amigos pão, para os inimigos pau”. As relações do chefe local com seu adversário raramente são cordiais. O normal é a hostilidade.

E para os que não votam com o coronel está reservada a morte social. Essa analogia utilizamos do Direito civil, porquanto há a morte social para a oposição, uma vez que não existe relação cordial, pelo contrário há a presença de perseguição e recusa de favores por mais que beneficie a sociedade.

Ao estudarmos o sistema federativo consideramos a autonomia entre os entes federados, mas quando o assunto é a esfera municipal o problema é a falta de autonomia. Isso pode ser evidenciado em um orçamento limitado, baixa atribuições, intervenção da polícia nas eleições e excesso de encargos.

A falta de autonomia mencionada é aquela legal, contudo os chefes municipais são característicos por sua autonomia extralegal, consiste no compromisso existente na seara do governo estadual e o governo municipal, onde as atrocidades e violência deste ultimo governo não são vistas.

A autonomia extralegal passa a vigorar por depender da concessão do governo estadual, por isso dizer que a autonomia local favorece o governo federal e estadual, uma vez que facilita administrações corruptas e consolida o poder que já vem de tempos. Os governos estaduais recebem o apoio do chefe local com o compromisso de fazer a chamada “vista grossa”.

Nesse diapasão assevera Leal (2012 p. 37):

Entretanto, ao lado da falta de autonomia legal, a que aludimos, os chefes municipais governistas sempre gozaram de uma ampla autonomia extralegal. Em regra, a sua opinião prevalece nos conselhos do governo em tudo quanto respeite ao município, mesmo em assuntos que são da competência privativa do Estado ou da União, como seja a nomeação de certos funcionários, entre os quais o de-

legado e os coletores. É justamente nessa autonomia extralegal que consiste a carta branca que o governo estadual outorga aos correligionários locais, em cumprimento da sua prestação no compromisso típico do “coronelismo”. É ainda em virtude dessa carta branca que as autoridades estaduais dão o seu concurso ou fecham os olhos a quase todos os atos do chefe local governista, inclusive a violências e outras arbitrariedades. Opera-se, pois, uma curiosa inversão no exercício da autonomia local. Se garantida juridicamente contra as intromissões do poder estadual e assentada em sólida base financeira, a autonomia do município seria naturalmente exercida, no regime representativo, pela maioria do eleitorado, através de seus mandatários nomeados nas urnas. Mas com a autonomia legal cercada por diversas formas, o exercício de uma autonomia extralegal fica dependendo inteiramente das concessões do governo estadual. Já não será um direito da maioria do eleitorado; será uma dádiva do poder. E uma doação ou delegação dessa ordem beneficiará necessariamente aos amigos do situacionismo estadual, que porventura estejam com a direção administrativa do município.

Determinar quais são as atribuições locais concernentes ao município não é algo muito fácil já que não diz respeito apenas ao seu interesse peculiar. Tudo teve início nas câmaras coloniais, em que houve a categoria de vila determinada por ato régio. Tal estrutura veio de Portugal em consonância com as Ordenações Manuelinas e Filipinas.

As câmaras coloniais eram formadas por dois juízes ordinários, ou do juiz de fora e três vereadores. Fazia parte também o procurador, tesoureiro e escrivão investidos todos por eleição.

Para melhor entender como funcionavam as câmaras utilizamos a explicação de Leal (2012, p.41):

Somente nas localidades que tivessem pelo menos a categoria de vila, concedida por ato régio, podiam instalar-se as câmaras municipais, cuja estrutura foi transplantada de Portugal, a princípio, na conformidade das Ordenações Manuelinas e, mais tarde, das Filipinas. A câmara propriamente dita compunha-se dos dois juízes ordinários, servindo um de cada vez,³ ou do juiz de fora (onde houvesse) e dos três vereadores. Eram também oficiais da câmara com funções especificadas o procurador, o tesoureiro e o escrivão, investidos por eleição, da mesma forma que os juízes ordinários e os vereadores.

A própria câmara é que nomeava os juízes de vintena, almotacés, depositários, quadrilheiros e outros funcionários. Os oficiais da câmara, especialmente os vereadores em suas deliberações conjuntas com o juiz, e os funcionários subordinados incumbiam-se, no limite de suas atribuições, de todos os assuntos de ordem local, não importando que fossem de natureza administrativa, policial ou judiciária. Os atos de conteúdo normativo constavam principalmente das posturas e editais, subordinados ao controle de legalidade e de conveniência exercido pelo ouvidor, que tinha funções de corregedor de comarca, o qual por sua vez era subordinado a outras autoridades na hierarquia administrativa colonial.

Aos vereadores, juntamente com os juízes, incumbia todos os assuntos locais tanto administrativos, quanto policial e judiciário. Os atos normativos eram subordinados a um controle de legalidade exercido pelo ouvidor.

Naquele tempo a separação de poderes não estava delimitava, assim as câmaras exerciam os mais diversos poderes inclusive aqueles que hoje estão a cargo do Ministério Público denunciando crimes e abusos.

O procurador tinha a função de fiscalizar obras, cobrar multas, representar o conselho e substituía o tesoureiro. Este último arrecadava as rendas e fazia as despesas que os vereadores determinassem, o escrivão era um tipo de secretário.

Essas câmaras eram marcadas por uma situação extremamente rural em que predominava a lei do senhor da terra, então há a insuficiência do aparelho administrativo e o isolamento dos senhores rurais. A própria Metrópole temendo revoluções internas e que houvesse a Guerra de Potências vizinhas, garantia privilégios do grande produtor e destruía as outras classes.

Com o tempo o interesse da Coroa foi outro, percebendo que deveria afirmar a autoridade pública do Estado, houve um freio da autoridade pessoal da nobreza rural. Portanto, na metade do século XVII proporcionou o incremento do comércio e o povoamento urbano lusitano. E como ficariam as câmaras municipais que eram amplamente rurais? A Coroa devia intervir, mas os nobres da terra após tomarem o poder central não queriam dele abdicar.

Para mudar o cenário a Coroa teve que melhorar seus agentes da Colônia, especialmente seus juízes, ouvidores e governadores, passando as autoridades locais de investidura eletiva. Essa redução do poder privado foi incentivado pela Trasladação da Corte para o Brasil e independência do país.

O enfraquecimento do município foi peça motriz para a concentração de poder na esfera nacional e estadual. No período colonial não havia nenhuma

autonomia, e a eleição de representantes se limitava à composição das câmaras municipais. O regime permitia o controle de todo o governo e da máquina estatal por meio das autoridades que eram escolhidas de forma livre. Por isso a estrutura de submissão da Metrópole aos senhores de terra.

Posteriormente em 1823 houve a composição da Assembleia geral, um grande passo para o instrumento eleitoral, contudo o sufrágio era limitado ao censo econômico e os escravos cuidavam das questões agrícolas sem ter o direito de voto. Portanto, o voto era um atributo dos ricos, não é irrazoável imaginar que tais eleições eram marcadas por violências e fraudes.

A Lei de Organização Municipal, de 1º de outubro de 1828 foi clara ao determinar que não haveria aumento de atribuições das câmaras municipais, de início cabe frisar que estas eram meramente administrativas e por elas não passava qualquer jurisdição contenciosa, aqui se percebe uma separação de poderes e especialização de funções, contudo tais câmaras serviram de ascensão do mando da aristocracia contra a Coroa e papel importante no processo de independência.

Em 1828, as câmaras municipais eram vistas com um papel secundário ficando submetidas aos conselhos gerais, a que foi denominada de doutrina de tutela.

Em 1890, com o advento da República, o tema sobre atribuições municipais e sua autonomia foi alvo de severas discussões, já que no contexto histórico houve a queda da Monarquia e a presença do Federalismo pautado em uma descentralização. A reforma se iniciou pelas Constituições Estaduais que começaram a prever uma fiscalização da administração e das finanças do município.

Com o surgimento da República, há a extensão do direito de voto aos trabalhadores da área agrícola devido a abolição do regime escravocrata. Cabe frisar que essa abolição só se deu no papel, uma vez que os trabalhadores que viviam da roça não tinham estudos e oportunidades dependendo mais ainda dos senhores do feudo, a situação de miserabilidade era gritante. Portanto, a influência dos donos das terras foi crescente já que o eleitorado dependia deles.

O direito de voto foi implementado a uma sociedade que não sabia o que era o regime representativo, diante uma estrutura econômica e social colonial não haveria como ser instaurada a cidadania ativa.

O regime federativo também contribuiu fortemente para esse contexto ao considerar a autonomia dos entes federativos e as eleições no governo dos Estados, proporcionou que nas províncias fossem formados os rebanhos eleitorais aptos a consolidação dos governadores diante da prática coronelista.

O coronelismo é um sistema que tem na sua essência os parâmetros governistas, uma vez que não tem outra saída a não ser ficar do lado da máquina

estatal. Ora, a polícia está voltada ao município, bem como há uma carência de receita, a justiça é precária, os cargos públicos são escassos e não há possibilidade de gastos com despesas eleitorais.

Percebe-se uma tutela das municipalidades e concentração do âmbito estatal frente a um período de descentralização. A tarefa em 1930 era retirar o que foi deixado pela República Velha e trazer um novo aparelhamento administrativo que tutelasse administrativamente os municípios. O Governo Provisório deveria aglutinar eficiência com novos conceitos de administração, assim instituiu em cada município um prefeito nomeado e um conselho consultivo juntamente com um sistema de recursos.

Portanto, a esfera municipal estava dotada de órgãos superiores e da legalidade, bem como da conveniência e oportunidade. Nesse período também existiu a criação do Departamento de municipalidades, um órgão na esfera estadual que dava assistência aos municípios, fiscalizava a elaboração e execução de orçamentos e coordenava as atividades.

A partir de 1932, o cenário começou a mudar com a execução do Código Eleitoral, o grande Estado Governista tem sua influência em declínio e podemos perceber alguns pontos de abalo do coronelismo. Lógico que tal prática não encerrou, mas diminuiu a forma escancarada que era disposta nas eleições.

O contexto que surge o Código Eleitoral proporciona essa mudança, a economia brasileira em 1930 deixa de ser essencialmente rural e passa a ser industrial tendo em vista a crise do café que estava influenciando diretamente o poderio econômico da elite que compunha o a área rural.

Durante a República Velha várias foram as formas de frear as nuances que estavam permitindo as mudanças rurais como o crescimento da população e eleitorado urbano bem como o desenvolvimento da economia sem ser a agrícola. Contudo, o Código entrou em vigor, mas não trouxe a mudança na base que consistia na transformação agrária o que permitiu que o coronelismo ainda estivesse presente.

Em 1934, existiu o princípio da eletividade da administração municipal, aumento da receita dos municípios, existência de controle sobre a administração municipal. Foi a emenda número 1.945, “das grandes bancadas”, que propôs o vocábulo fiscalização, em lugar de verificação,

No ano de 1937, temos um movimento contrário do que vinha ocorrendo, este conserva os departamentos de municipalidades, reduz a receita municipal e suprime o princípio da eletividade dos prefeitos. Há, portanto, a centralização do Estado Novo. Com a redemocratização em 1946, o período foi marcado pela solução de problemas tributários e a autonomia dos municípios foi consolidada pela eleição do prefeito e dos vereadores, e seu peculiar interesse.

Peculiar interesse foi conceituado pela decretação e arrecadação dos tributos de sua competência, aplicação de suas rendas e organização dos serviços públicos locais. Ainda há a previsão da criação de órgãos especiais para a assistência técnica aos municípios.

3 DIREITO COMPARADO: o caudilho e a presença dos líderes locais

A América Latina é marcada durante o século XXI por líderes eleitos democraticamente, mas que tinham características paternalistas que inflamavam as bases populares para apoiar suas medidas que muitas vezes eram um ataque à democracia. Quintero (2013, p.32) relata que a América Latina viveu muito mais tempo com os “senhores da guerra/ senhores da terra” do que um período democrático propriamente dito. Estes senhores tem como premissa salvar o país:

Si se sumará en estos 200 años de independencia, el tiempo que Latinoamérica ha estado bajo la férula de los caudillos, es absolutamente comprobable que son más los años que se ha vivido con ellos, que con gobernantes disciplinados obedientes de las reglas que la democracia impone en sus limitaciones al poder. Así las cosas, los ha habido de todos los tipos, ideologías y orígenes, pero en lo que guardan una línea similar es que todos han llegado -los de antes y los de ahora-, para “salvar la patria”, para “restaurarla”, para romper con el pasado y asegurar un futuro sólido, en conclusión para “recuperar y fortalecer la democracia”. En consecuencia con lo anteriormente expuesto, son muchas las voces que argumentan que el caudillismo es casi una marca registrada del continente latinoamericano, y aunque en función de los tiempos transcurridos bajo esta forma de personalismo de gobierno se podría decir que es así, no por ello es menos acertado decir que ni se originó en el continente, ni es exclusivo de estas latitudes, y que más que una condición propia de la realidad política latinoamericana, tiene su origen en las mismas falencias institucionales propias de la nunca terminada consolidación democrática de América Latina.²

Fazendo um percurso histórico pela República Romana, Júlio Cesar, de forma ditatorial decide ser líder do Império, de maneira mais remota as lutas ibéricas que duraram quase 800 anos refletem o caudilho latino-americano que permitiu o surgimento de um líder militar.

Quinteiro³ (2013, p. 33) trata um pouco da gênese do caudilho ao mencionar:

En lo que sí parece haber una suerte de acuerdo entre los expertos en el tema, es que los primeros caudillos em el continente latinoamericano son herederos de la encomenda española, y que su aparición estelar se da a partir de los movimientos independentistas, contribuyendo fuertemente a ello la Hacienda desde donde salieron los primeros caudillos latinoamericanos, y es aquí donde surge la verdadera génesis del inacabado proyecto democrático que es el que finalmente le da vida al también inacabado caudillismo. El primer contacto de la lógica estado-céntrica con América latina se da en la segunda mitad del siglo XVIII. Primero, como parte de un proyecto de revitalización del pacto colonial, y especialmente en beneficio de las potencias ibéricas, y posteriormente en los diferentes proyectos decimonónicos específicamente nacional-republicano-oligárquicos(...)

Durante o século XVIII é necessário salientar o pacto colonial que existia, uma vez que nas fazendas era onde se dava a base das riquezas e o encontro do poder. O fazendeiro adotava a postura de provedor, uma vez que controlava a terra, proporcionava o trabalho e o alimento aos camponeses. Além disso, diante um controle fraco os proprietários recebiam uma comissão para manter a ordem. Isso tudo proporcionou a supremacia da localidade e o surgimento de líderes e do que foi chamado de super caudilho.

O que surgiu durante muitos anos foi a presença do populismo, que rejeitava a democracia caracterizando-a como uma ideia estranha e da mesma forma o liberalismo pluralista reiterando que desintegraria a unidade da nação. O líder era o pai da nação, não precisava de instituições que fizessem o intermédio com a população.

Assim é necessário traçarmos algumas características do populismo :

a) Exaltação do líder carismático, há a presença do homem provedor que tudo resolve, que tudo faz em prol do povo.

b) O principal atributo é o uso da palavra, por meio desse veículo pode agenciar suas notícias e distribuir seu carisma. O discurso antigamente era feito no palanque, hoje a inflação do público ocorre de maneira mais rápida por intermédio das ondas sonoras ou virtuais o que facilita as paixões a esse líder.

c) A única forma de expressão é a sua voz, abominam toda e qualquer forma de expressão pautadas na liberdade, não gostam de nenhuma forma de crítica.

d) Há a utilização do fundo público (tesouro nacional) como se fosse propriedade privada.

e) Há a distribuição direta da riqueza.

f) Há a divisão de classes e o ódio por estas sendo característica os mecanismos de manipulação.

g) Constantes apelos sociais na praça pública.

h) O líder assume todos os poderes, dessa forma afronta o que versa a lei e passa a criar um instituto próprio.

i) Tendência a cancelar a democracia liberal.

A democracia consiste em um sistema que busca a transparência e liberdade por meio da escolha dos governantes. Dessa forma, se for evidenciada da maneira que se dispôs apresenta o voto para eleição dos representantes, a presença dos direitos civis, liberdade de expressão, de locomoção, associação, crença, legitimidade, a satisfação da população diante um governo pautado nos princípios democráticos de estado.

4 CORONELISMO ELETRÔNICO: o voto de cabresto por meio da propaganda

Diante do contexto já abordado é necessário mencionar um novo campo do coronelismo principalmente no que tange ao campo da comunicação dos meios eletrônicos. É notório que antigamente o conceito de coronelismo era intimamente ligado ao de propriedade, principalmente durante a Primeira República, ocorre que o clientelismo, mandonismo e patrimonialismo ainda se fazem presentes no ambiente das comunicações.

Tomamos nota que no período colonial em que era mais forte a presença do coronel visto como líder da propriedade rural, os meios de comunicação não eram tão difundidos como hoje, no máximo tendo o chamado “radinho de pilha” em que eram propagadas as informações e demais notícias eleitorais. Não há dúvidas que essas informações eram manipuladas e privilegiavam apenas a classe que estava no poder.

Nas décadas anteriores o rádio era muito forte nas campanhas eleitorais e não era difícil encontrar políticos que eram donos de tais agências de informação, então como pensar em um sistema eleitoral imparcial. Ele já nascia maculado pelas informações e arbitrariedades.

O coronelismo eletrônico nada mais é que um artifício arbitrário de manipulação dos meios de comunicação, os proprietários das concessionárias de rádio e televisão são os deputados e senadores, ou seja, as elites políticas que querem adentrar ao governo e que “falseiam” as informações.

A base do coronelismo na história do Brasil foi adotar as medidas de cabresto, em que os fazendeiros por intermédio de seu poder de polícia, economia e sustento favoreciam seus trabalhadores e em troca esses davam os votos. Além disso, tendo o município pouca autonomia e receita fica sendo dependente do Governo Federal por isso há uma moeda de troca entre essas duas esferas. Da mesma forma o coronelismo eletrônico compreende um jogo de influência entre o poder local e o poder federal.

É o que diz Santos (2006, p. 8):

Este momento político específico do sistema de comunicação levou alguns analistas a buscar no 'Coronelismo' de Victor Nunes Leal a matriz analítica para o fenômeno comunicacional. Desse modo, chamamos de coronelismo eletrônico o sistema organizacional da recente estrutura brasileira de comunicações, baseado no compromisso recíproco entre poder nacional e poder local, configurando uma complexa rede de influências entre o poder público e o poder privado dos chefes locais, proprietários de meios de comunicação.

O termo coronelismo eletrônico causa algumas dúvidas, isso porque a primeira palavra traz consigo elementos antigos de uma época extremamente rural em que era exercida por um homem, e a segunda muito recente nos parece ser virtual. Como pode haver um somatório das duas? Não há equívoco na sua justaposição, pelo contrário, o sufixo da palavra coronelismo remete a um sistema de atos dos coronéis que foram inseridos dos meios de comunicação, ou seria o mesmo que o exercício do coronel moderno na divulgação das informações.

Nada mais é que um coronel que exerce um cargo eletivo proprietário de uma rádio ou televisão.

Nesta mesma linha é que trata Santos (2006, p. 10):

Na adaptação do coronelismo para o coronelismo eletrônico os temores do autor chegam perto de ser confirmados. Por se tratar de assunto pouco discutido dentro dos cursos de graduação e pós-graduação em comunicação, há uma série de equívocos a descaracterizar a riqueza da análise original de Leal. Parte da descaracterização do coronelismo deve-se à apropriação errônea da expressão pelo senso comum. Percebe-se, na gramática do tema, um entendimento de que o sufixo 'ismo' forma a ação originada no nome próprio, logo, coronelismo seria o sistema que designa as ações dos coronéis.

Derivado desse, o coronelismo eletrônico comportaria as ações dos coronéis nos meios eletrônicos de comunicação

Interessante mencionar que na nossa linha histórica o coronelismo chegou ao fim em dois momentos, um simbólico quando houve a prisão dos coronéis baianos no Governo Provisório (1930), e o de fato quando houve o surgimento do Estado Novo da queda de Flores da Cunha, caudilho gaúcho, no Rio Grande do Sul. Contudo, como percebemos nas linhas anteriores o coronelismo ainda se faz presente principalmente no nosso interior.

O principal momento de crescimento do coronelismo eletrônico foi durante a ditadura militar. Diante uma falta de autonomia, liberdade partidária e a fragilidade dos meios de produção não restou outra saída a não ser o fortalecimento dos meios de comunicação. Nesse período estava havendo uma crise da propriedade rural e um declínio do senhor rural não restava outra saída a não ser o controle dos veículos de comunicação.

Neste mesmo contexto utiliza-se o pensamento:

A ausência de expressividade econômica frente ao crescimento de elites comerciais e industriais impeliu o coronel à valorização de seu poder político. Semelhante situação ocorre no coronelismo eletrônico. As empresas de comunicação controladas pelos coronéis não atendem às lógicas usuais de mercado. Os veículos de comunicação sob sua influência são financiados por anúncios publicitários governamentais e os veículos de comunicação governamentais sob sua gestão pelas verbas públicas. A direção das empresas no âmbito local e regional é, usualmente, cedida aos parentes ou afiliados, prescindindo dos valores do capitalismo ocidental como, por exemplo, eficiência. Os serviços de comunicação oferecidos pelas empresas dos coronéis são pobres, não têm condições de competitividade em termos de qualidade de conteúdo ou de distribuição eficaz. (SANTOS, p. 18)

Diante tantas tecnologias e meios de informação o coronelismo eletrônico fica um pouco desarticulado, e a única solução viável é fazer alianças e oferecer barreiras aos seus opositores. Ainda um dos fomentos do coronelismo eletrônico é o isolamento municipal, que significa que por mais que haja a urbanização os municípios ainda continuam à margem da sociedade em condições de pobreza e aceitando o que os chefes locais mandam e propagam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o contexto apresentado, torna-se mais fácil concluir os principais aspectos do coronelismo em seu termo genérico e caracterizá-lo como um mal que se faz no presente de grande complexidade, e começar a traçar possibilidades de mudança nesse cenário que já vem de tempos.

A primeira alternativa real que deve ser aplicada ao nosso sistema eleitoral é a democracia participativa, a população não pode viver à margem de seus direitos e da feitura de suas leis, já que os representantes legislativos encontram-se no respectivo mandato devido aos votos da população. Assim, o conceito de favor deve acabar, deve ser instaurada a noção de dever como verdadeiros serventuários. A pressão popular é um forte mecanismo institucional no que tange a consolidação e aquisição de direitos.

O conceito de coronelismo torna-se uma potência, vez que esses municípios são isolados e há a diminuição do poder público e a inserção do poder privado, por isso as práticas do coronelismo e aqui calha mencionar o coronelismo eletrônico através dos meios de comunicação.

Com a abolição do regime servil houve o direito ao voto de todos, principalmente dos trabalhadores rural. Nesse momento o crescimento da influência dos senhores de terra cresce exponencialmente, uma vez que abolição aconteceu no papel, mas para que os trabalhadores continuassem com seus ofícios deveriam votar em quem seus senhores ordenassem. Isso tudo foi decorrente da concentração da estrutura agrária e de um Brasil que teve suas bases originárias assim, bem como uma cultura de voto substanciada na troca.

Dessa forma, o que se propõe é uma mudança no sistema representativo e eleitoral principalmente nos municípios mais rurais em que há a troca de voto pelos favores, da mesma forma os representantes locais trocam os votos de seus eleitores visando o âmbito federal. O sistema eleitoral existe para a garantia dos direitos dos cidadãos, no momento que existe a falta de lisura das eleições o objetivo inicial para que foi empregado é totalmente deturpado.

Assim, os meios de comunicações devem ser imparciais e não podem ser privilégios apenas de uma parte daqueles que querem obter votos maculando as informações, a lei deve se preocupar em punir com rigor as informações falsas e o monopólio de informações por aqueles que já detêm o poder.

Da mesma forma a questão da concentração de terras é um tema que de tempos preocupa não só o âmbito jurídico, mas político e social. Enquanto não houveres políticas públicas voltadas para uma regulamentação de terra mais igualitária cada vez mais teremos essa situação de política de pão e circo, não é possível ajeitar um problema através de medicamentos paliativos se a doen-

ça principal não é tratada, apenas se maquia aquilo que acontece no cenário político.

Percebe-se que nosso sistema eleitoral apenas foi sendo colocado, não houve uma mudança de fato na mentalidade da população muito menos um conceito adequado de cidadania ativa. Dessa forma, o que fica evidente é um eleitorado incapaz de votar, que só vota diante uma política de pão e circo, que esquece quem votou na última eleição porque não tem uma consciência política. A corrupção de quem está no poder de grande parte é vinculada a essa base originária do sistema eleitoral que já começou errado. A população apenas votava porque os senhores mandavam, o sistema federativo também foi peça importante na figura do coronelismo, principalmente dos deputados estaduais e governadores que faziam dos fazendeiros seus credores caso houvesse a política de votos.

Necessário ainda mencionar que o coronel de hoje não tem a mesma roupagem das décadas anteriores, contudo a prática ainda acontece. Foi o que ficou evidenciado no Direito Comparado no que é conceituado como coronelismo eletrônico, em que o coronel não tem seu poder baseado mais na posse de terra ou no controle na propriedade rural, mas possui os mesmos atos de arrogância e domínio que tivera em outro momento. Assim, só houve uma mudança dos meios empregados e da forma de coerção, vez que o Império se transformou em República, contudo o papel de líder, a prepotência de tratar os inimigos, a inadaptação de seguir às regras de convívio na esfera democrática, o uso da comunicação unilateral, a deturpação de empregos e contratos ainda são muito presentes.

Esse líder algumas vezes se esconde atrás de máscaras e até assume cargos altos com ideais de democracia, contudo na prática assevera o populismo em seus atos sendo imoral naquilo que faz, no que tange à atos contrários aos princípios legais. Assim, foge do que dita a leis, e utiliza-se de outros meios para governar, a isso também devemos chamar de coronelismo e super caudilho, não se pode aprovar uma lei apenas quando for conveniente, ou deixar de votar quando tal ato lhe contrariar.

É notório que vivemos em uma República Democrática em que cidadãos não têm a consciência política, e aqueles que estão no poder contribuem ainda mais para que tal alienação aconteça. O Brasil não vai mudar com a presença de um líder, só vai apresentar alguma mudança quando suas bases tomarem outros rumos, e aqui se menciona a elite eleitoral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Voto e Enxada. O Município e o Regime Representativo no Brasil**. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2012

QUINTERO, Felipe Eduardo Medina. **Entre el caudillismo y la democracia representativa en américa latina-. Justicia juris**, Buenos aires, v. 9, n. ISSN 1692-8571, 2013.

SANTOS, Suzy Dos. **E-sucupira: o coronelismo eletrônico como herança do coronelismo nas comunicações brasileiras**. *Revista da associação nacional dos programas de pós-graduação em comunicação*, Universidade de Brasília, 2006. p. 01-27.

NOTAS

1. Nesse contexto autor traz dados que fazem necessários para a demonstração do pequeno e do grande produtor: “Nem todo proprietário rural possui uma propriedade só. Admitindo-se, porém, com desvantagem, que assim seja, verifica-se que os pequenos e ínfimos proprietários (até 50 ha), representando cerca de três quartos dos donos de terras (74,83%), possuem apenas 11% da área total dos estabelecimentos agrícolas do país. Da área restante (89%), apenas uma parte pequena (15,90%) pertence aos proprietários médios, tocando nada menos de 73,10% da área total aos grandes proprietários (de 200 ha e mais), que representam somente 7,80% do número total dos proprietários. Reunidos, os médios e os grandes proprietários representam pouco mais de um quarto dos donos de terras e suas propriedades cobrem quase nove décimos da área total dos estabelecimentos agrícolas.²⁰ A situação dos pequenos proprietários é em regra difícil em nosso país, sobretudo quando em contato com a grande propriedade absorvente. Essa precariedade é agravada pela pouca produtividade do solo nos casos em que o parcelamento da terra foi motivado pela decadência das fazendas. Somam-se ainda as dificuldades de financiamento. E todos esses inconvenientes pesam muito mais sobre as glebas

ínfimas — de menos de 5 ha —, que em 1940 compreendiam 21,76% do número total dos estabelecimentos agrícolas. A pequena propriedade próspera constitui exceção, salvo naquelas regiões em que não está sujeita à concorrência da grande, nem se constituiu como legatária de sua ruína.” (LEAL, 2012, p.27).

2. Tradução: Se você adicionar nestes 200 anos de independência, o tempo que a América Latina esteve sob o domínio dos caudilhos, é absolutamente verificável que mais anos foram vividos com eles, do que com governantes disciplinados obedientes às regras que a democracia impõe em suas limitações ao poder. Então as coisas têm sido de todos os tipos, ideologias e origens, mas no que eles mantêm uma linha similar é que todos chegaram - aqueles de antes e os de agora - para “salvar a pátria”, para “restaurá-la”, para romper com o passado e assegurar um futuro sólido, em conclusão de “recuperar e fortalecer a democracia”. Como resultado do exposto, há muitas vezes que argumentam que o caudilhismo é quase uma marca registrada do continente latino-americano, e embora dependendo do tempo decorrido nesta forma de governo personalismo poderia dizê-lo, não a torna menos verdadeira a afirmação de que nem se originou no continente, nem é exclusivo para estas latitudes, e mais do que uma condição típica de a realidade política latino-americana, tem sua origem nas mesmas falhas institucionais que a consolidação democrática interminável da América Latina.
3. No que parece ser um tipo de acordo entre especialistas no assunto, é que os primeiros líderes no continente latino-americano são herdeiros da encomenda espanhola e que sua aparência estelar é dada a partir dos movimentos de independência, contribuindo fortemente para a Fazenda de onde saíram os primeiros caudilhos latino-americanos, e é aí que surge a verdadeira gênese do projeto democrático inacabado, que é o que finalmente dá vida ao caudilhismo inacabado. O primeiro contato da lógica centrada no Estado com a América Latina ocorre na segunda metade do século XVIII. Primeiro como parte de um projeto para revitalizar o pacto colonial, e especialmente para o benefício das potências ibéricas, e mais tarde nos diferentes projetos do século XIX especificamente nacional-republicano-oligárquico. (Tradução livre)

A descompassada afirmação do Estado de Inocência no ordenamento brasileiro e a atuação política do Supremo Tribunal Federal na contemporaneidade¹

The instability affirmation of the state of innocence in brazilian law and the political action of the supreme federal court in contemporaneity

Thiago Allisson Cardoso de Jesus

RESUMO

A descompassada afirmação do Estado de Inocência e a atuação político-ideológica do STF na contemporaneidade. Problema central: Em que consistem as racionalidades políticas e ideológicas, em detrimento da técnica, informadoras da afirmação histórica do *Estado de Inocência* e quais as razões de Estado na atuação recente do STF? Considerando o núcleo essencial; a função limitadora/garantista ante a maximização do poder punitivo estatal em tempos de desassossego; por meio de uma historiografia, pesquisa bibliográfica e documental e análises de discurso, em metodologia reflexiva na perspectiva *bourdiana*, problematiza-se o reconhecimento do EI e a paradoxal mitigação pelo Supremo, dito guardião da Constituição, perscrutando-se a busca por legitimidade ante a desconfiança no Poder Judiciário (FGV, 2016); a fluidez semântica no contexto processual e político criminal de recrudescimento e eleição de inimigos; e as razões de Estado na mitigação e efetivação no devido processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Inocência. Garantia. Mitigação. STF. Racionalidades.

ABSTRACT

The instability affirmation of the state of innocence in Brazilian Law and the political action of the STF. Central problem: What are the political and ideological rationalities, to the detriment of technique, informing the historical assertion of the State of Innocence and what are the reasons for State in the recent performance of the Supreme Court? Considering the essential core; the limiting / guarantor function in the face

of the maximization of state punitive power in times of restlessness; by means of a historiography, bibliographical and documentary research and discourse analysis, in a reflexive methodology in the *bourdiana* perspective, it is problematic the recognition of the EI and the paradoxical mitigation by the Supreme, said guardian of the Constitution, looking for the search for legitimacy before the distrust in the Judiciary (FGV, 2016); semantic fluidity in the procedural and political criminal context of recrudescence and election of enemies; and the reasons of State in the mitigation and effectiveness in the due criminal process.

KEYWORDS: Innocence, Guarantee, Mitigation, STF, Rationalities.

PRELIMINARES

Na ambiência gerada pelos 30 anos da Constituição da República, dez anos das reformas processuais penais que almejam compatibilizar o Código Processual Penal de declarada mentalidade inquisitória e fruto de investigação realizada no Pós-Doutoramento pelo respeitado Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, afigura-se o presente texto como um contributo para as análises da atuação recente do Supremo Tribunal Federal no Brasil Contemporâneo, de crise de paradigmas e desassossego. Esse esforço brinda o Centenário do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, de onde sou egresso e habito com as presentes gerações, nutrindo esperanças por dias melhores.

Com efeito, pensar o dito guardião da Constituição da República implica colocar em *suspense*, com o rigor científico da perspectiva *bourdiana* e sem as amarras da rigidez metodológica positivista, os fundamentos políticos e ideológicos que sustentam – e legitimam – as práticas, no *campo* do Direito, dessa instituição do Sistema de Justiça, considerando o desiderato de assento na Constituição e eventuais hiatos percebidos a partir da dissonância de suas necessárias – e por vezes desmedidas – intervenções no constante processo de (in)efetivação de direitos e garantias fundamentais voltados à contenção do poder punitivo.

Nessa senda, a relevância do tema: trata-se de pensar, relacionamente, como a Constituição é efetivada, após quase 30 décadas de promulgação, a partir do arcabouço jurídico das garantias fundamentais, dos dis-

curso e dos complexos processos decisórios que, desafiando as diversas valorações, realizam em grau máximo; ou pelo seu reverso, as prescrições normativas que (não) asseguram o tratamento dos indivíduos em situação de conflito com a lei penal e de vulnerabilidade ante a face punitiva do Estado.

Como problema de pesquisa: Quais são e em que se fundamentam as racionalidades, políticas e ideológicas, em detrimento da técnica e da efetividade constitucional, informadoras da afirmação histórica do *Estado de Inocência* e quais as razões de Estado na atuação recente do STF?

A hipótese geradora é que o Supremo Tribunal Federal, como instituição e corpo de Ministros, atua, descompassadamente, política e ideologicamente, condicionado aos moldes de uma sociedade punitiva² no Brasil.

O objetivo eleito no presente texto é analisar as (dis)funções de guardião da Constituição, ditas³ ao Supremo Tribunal Federal na ambiência pós-1988, percebendo por meios de seus discursos, revelados em práticas judiciárias, a atuação política e ideológica na mitigação de diversas medidas assecuratórias, garantias fundamentais processuais penais⁴.

O percurso será feito com o amparo da sociologia reflexiva⁵, a partir de Giddens (2012), Bourdieu (2010) e Foucault (2010), permitindo análises contextuais e relacionais, colocando em xeque algumas questões transversais e trazendo à lume o *não dito* e aquilo que, intencionalmente ou não, restou velado. Como ponto de partida, valora-se a mitigação das garantias fundamentais como um problema que deve emergir, a partir de uma visibilidade política, considerando repercussões que estão para além do mundo do Direito, aqui entendido como uma *ciência social aplicada*. De caráter exploratório, a pesquisa faz abordagem predominantemente qualitativa, tratando dados já sistematizados em publicações oficiais e estabelecendo relações com o fito de construção das considerações conclusivas, a partir de articulação de marcos teóricos e julgados, entendidos como produto dos discursos oficiais assumidos pelas práticas judiciárias.

O plano de investigação será desenvolvido, além da introdução e das considerações finais, por duas seções, uma versando sobre o processo de (re) afirmação do *Estado de Inocência* no Ordenamento Brasileiro, com interfaces com o plano internacional humanitário; e outra sobre a (dis)funcionalidade do Supremo Tribunal Federal a partir de sua atuação política e ideológica na famigerada mitigação do *Estado de Inocência* e fomento da (in)efetividade constitucional no que tange a garantia fundamental explícita aqui feita objeto de estudo.

1 ENTRE PRESUNÇÕES E REGRAS DE TRATAMENTO: a (não) afirmação do *Estado de Inocência* no Ordenamento Brasileiro em interface com o plano internacional humanitário

Pelos estudos tradicionais da *processualidade*, notadamente de base italiana e que muito influenciou os estudos sobre processamento no Brasil por décadas, o processo seria considerado uma relação jurídica animada em contraditório (CARNELUTTI, 2010) e demonstraria a capacidade estatal de aplicar o Direito ao *problema penal* (BETTIOL, 2008) experimentado, imprimindo um caráter de instrumentalidade intrínseco ao instituto em comento.

Com efeito, em tempos de desassossego, os fundamentos do *direito de punir* (WEBER, 2010; ANDRADE, 2012; LOPES JR, 2016) que, claramente, desdobram-se no direito de exercer a ação (BOSCHI, 2013), de processar o feito em busca da *verdade* (BARROS, 2013) bem como julgar e, em caso de condenação, executar a pena, para após cumprimento, restaurar a liberdade do indivíduo em conflito com a lei são lançados ao *fogo do debate*, já que manifesta, em múltiplas dimensões, a forma como o Estado lida com a *questão criminal*, complexa e produto das diversas condicionantes que derivam das históricas violências estruturais.

Dessarte, ratifica-se a necessidade do *processo penal* na configuração contemporânea dos Estados Nacionais. Olhando para o sistema processual penal predominantemente acusatório, justifica-se que

o Estado, por meio de seu órgão acusador, necessita do processo para fazer valer a pretensão acusatória, a imputação criminal; o acusado criminalmente responde à acusação no processo, reafirma o estado de inocência e a regra da liberdade, no processo; o cidadão que possui seu direito de ir e vir ameaçado de constrangimento ou já constrangido precisa do processo para proteger a sua liberdade; o direito ao recurso é exercido no processo; o condenado injustamente necessita do processo para desconstituir a eficácia da coisa julgada (revisão criminal). **Em suma, o Estado necessita do processo para prestar a tutela jurisdicional criminal efetiva** (GIACOMOLLI, 2015, p. 429, grifo nosso).

Colocada, por razões científicas e escolhas teóricas e metodológicas, em *xequê* a atuação do Estado constata-se que consiste em nítido e interessado movimento de política criminal⁶ por meio de um sistema⁷ formado por diver-

dos órgãos e agentes que desempenham diversas funções com base na repartição das competências e atribuições com assento, inclusive, na Constituição da República de 1988, corporificando institucionalizado e formal mecanismo de controle social, dialeticamente dependente⁸.

Nesse sentido, afigura-se o processo penal como nítido *instrumento de política criminal* pelo qual apregoa-se “a inserção do processo penal no âmbito geral da política criminal, de modo que na sua estruturação se levem em conta também as intenções político-criminais que orientam o sistema jurídico-penal como um todo” (FERNANDES, 2001), sendo nitidamente marcado por interesses⁹ e racionalidades¹⁰, (i)legítimos considerados a partir do parâmetro e da axiologia constitucional valorada como apropriada. No campo antagônico do processo, visto pela sua *funcionalidade* e como *garantia*, aduz-se acerca da necessária complementariedade, a partir da qual uma dimensão não suplante a outra. Fernandes Fernandes, nessa linha,

[...] **assim como não se pode tolerar a adoção de um processo penal ágil pronto a atender às necessidades de deflação do sistema de justiça criminal, mas destituído das garantias processuais, não se admite um apego desmedido à sua tradicional função de garantia**, sacrificando desse modo a exigência de prestar justiça célere. Em síntese, trata-se de adentrar naquela “terra de ninguém” onde as finalidades de política criminal se confundem com as exigências de tutela dos valores constitucionais e dos valores inscritos na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, sob a influência das mutações históricas e ideológicas que se produzem com o tempo (FERNANDES, 2001, p. 64, grifo nosso).

Na descompassada historicidade da afirmação dos direitos individuais dos que estão em conflito com a lei, sob o jugo da custódia estatal e alvos do *etiquetamento* social, costumeiramente feito pelo sistema de justiça criminal nas sociedades do espetáculo (DEBORD, 2000) pelo qual o Estado demarca a sua mão forte (BARATTA, 2002; ANDRADE, 2012; GIORGI, 2006; JAC-KOBS, 2011), em uma comunidade política vigiada e marcada pela cultura de punição e do medo realça-se, sobremaneira, o processo de reconhecimento axiológico e de positivação do *Estado de Inocência*¹¹, escopo desse artigo e nomenclatura que, por razões expostas, será frequentemente aqui utilizada.

Pela preferência na utilização do termo estado de inocência, conforme proposta defendida por Giacomolli (2015, p. 103, grifo nosso), coaduna-se que “em essência, o ser humano nasce inocente, permanece inocente até que

o Estado afaste esse estado natural e jurídico, de modo consistente, através do **devido processo constitucional e convencional do devido processo [...]**”.

O uso do vernáculo presunção, como assevera Giacomolli (2015) e pela sua significância para a teoria do Direito, induz a uma suposição, gerando o reverso do que se valora como inaceitável nos moldes do devido processo penal: a dúvida pairar a respeito do *status quo de pessoa* livre e inocente, considerando o estado natural e originário, o que somente seria suplantado somente após decisão irrecorrível exarada pelo órgão julgador competente, a partir da iniciativa do legítimo órgão acusatório, em ambiência de contraditório e possibilidades recursais, comprovando, derradeiramente, que tal presunção não mais merece ser confirmada.

Afigura-se, para fins da presente análise e entendimento que valora-se como apropriado, o estado de inocência como nítida *regra de tratamento* (ILLUMINATI, 1979) da pessoa em conflito com a lei, em qualquer fase que possa encontrar o movimento do sistema de justiça criminal no enfrentamento do problema penal – ou do sujeito que supostamente o praticou: na investigação criminal, no processamento para conhecimento ou na fase recursal, repercutindo ainda na eventual fase de execução penal considerando os limites do título executivo judicial condenatório formado contra a pessoa agora dita *culpada*.

Tal posicionamento se torna ainda mais contundente quando se leva em conta que o estado de inocência é uma das garantias individuais para a contenção do poder punitivo estatal, notadamente opressor e forte, constituindo marca indelével para um Estado Democrático de Direito, inscrita no texto constitucional¹² bem como na Convenção Americana de Direito Humanos¹³ (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, sem prejuízo do arcabouço jurídico, normativo e principiológico, do plano internacional humanitário, denotando o ordenamento jurídico de proteção à pessoa em conflito com a lei do plano interno na direção contrária aos axiomas garantistas¹⁴, para além de configurar-se como um tipo ideal, fecundando comandos de otimização da atividade de processamento criminal, para efetivação de direitos humanos já declarados.

A *historicidade* do instituto remete aos postulados de formação da sociedade brasileira. Dessa forma, como se torna, inclusive, lógico deduzir, no Brasil Colônia prevaleciam as normas vigentes na Metrópole, principalmente, as Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, atestando notas fortes de *colonialidade* – e de institutos distantes da realidade brasileira - na seara do processamento criminal. A legislação portuguesa, que deveria ser destinada exclusivamente para o Brasil, era lá decretada e aqui ditada pelos coloniza-

dores (OLIVEIRA, 2010). Nessa época, não há, pois, referência a direitos individuais nos textos que apontam o constitucionalismo aqui experimentado, tampouco indicação do *Estado de Inocência* como regra de tratamento e/ou contenção punitiva.

Com a independência do Brasil e a edição das primeiras normas originais do país, como a Constituição Outorgada de 1824, o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832, sem referências precisas a direitos individuais em matéria de processo, não obstante as previsões na Constituição Norte Americana e na Declaração Francesa¹⁵.

As constituições que seguiram também não faziam qualquer previsão específica ao *Estado de Inocência*, ainda que já tratassem dos direitos e garantias individuais, como aponta Giacomolli:

As Constituições brasileiras anteriores à de 1988, embora destinassem um capítulo específico aos Direitos e Garantias Individuais, através de um rol meramente exemplificativo, **não previam, expressamente, o princípio do estado de inocência**, limitando-se a mencionar que a especificação dos direitos e das garantias contidos na Constituição não excluiria outros direitos e garantias decorrente do regime e dos princípios nelas adotados (2015, p.101, grifo nosso).

Paradoxalmente, interessante que “a primeira norma do país a tratar do princípio da presunção de inocência, ainda que para negá-lo, foi a lei que criou o Tribunal de Segurança Nacional” (ANTUNES, 2013, p. 52). Destaque-se o texto inscrito no artigo 20 do Decreto-Lei nº 88/1937, uma norma processual penal especial quando se entende pela completude do sistema processual penal, que faz referência ao processamento dos crimes de competência do tribunal de Segurança Nacional. *In verbis*:

Art. 20. No processo dos crimes de competência do Tribunal serão observadas as seguintes disposições:

(...)

5) Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime.

Ou seja, a partir do momento em que o réu fosse preso com uma arma na mão ou documento ou instrumento do crime, em ocasião de insurreição,

corroborava-se a sua culpabilidade, cabendo a ele, a partir de então, levantar as provas em contrário. No *reverso*: inocente continuaria a ser.

No Brasil da *Era Vargas*, a base epistemológica e ideológica que movimentava a razão estatal era o da *defesa da sociedade* em detrimento dos direitos individuais, como se percebe com o advento da Constituição de 1937 e com a edição do Código de Processo Penal de 1942, amplamente inspirado no Código Rocco, italiano, oriundo do Estado fascista e com inspirações de ideologias de claro recrudescimento e mitigação de direitos como a previsão de incomunicabilidade do indiciado preso e a inauguração de processamento criminal a partir da atuação do juiz ou do delegado de polícia, autoridades estranhas à efetivação do necessário princípio da iniciativa das partes. Nessa senda, as racionalidades presentes na exposição de motivos do CPP:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. **As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.** (BRASIL, 1942, sem paginação, grifo nosso)

Concomitantemente ao fim da segunda guerra mundial, e com a efervescência das humanidades que fomenta o homem como a justa medida e o cerne das preocupações dos Estados, percebe-se uma leve mudança no panorama interno considerando o Brasil como signatário da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, fomentando o estado de inocência sob a forma de princípio geral de direito, com o reconhecimento de conteúdo essencial pela doutrina e pela aplicação nas práticas judiciais a partir dos corolários do *in dubio pro reo e favor rei*. Na DUDH,

Todo ser humano acusado de um ato delituoso **tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei**, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas **todas as garantias necessárias** à sua defesa. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 7, grifo nosso)

Todavia, a efetivação em grau máximo dos direitos fundamentais individuais restou prejudicada, uma vez que com o golpe militar de 1964 foi implantado, no país, um governo autoritário e ditatorial, cujos resquícios fez com que “o princípio da presunção (de inocência) relegado a um comando meramente abstrato, sem nenhuma aplicação prática (...)” (ANTUNES, 2013, p. 59). Nessa senda, os Atos Institucionais, do nº 1 ao nº 5, consubstanciaram-se em verdadeiros atos de violação aos direitos humanos, ficando a sociedade à mercê do *pesado jugo do autoritarismo militar* e de suas repercussões nas práticas, discursos e *mentalidades inquisitórias*¹⁶.

Destaque-se, por exemplo, o texto trazido pelo Ato Institucional nº 5, que estabelece, em seu artigo 11 que “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos” (BRASIL, 1967), ou seja, o indivíduo “uma vez acusado e preso por uma situação de crime político ou contra a segurança nacional, sequer a questão podia ser levada ao judiciário” (ANTUNES, 2013, p. 58). Um trato que nos remete à Idade Média no que se refere ao enfrentamento de questões criminais e que seria uma afronta a um conteúdo que Ferrajolli (2011, p. 505) chamou de *princípio fundamental de civilidade*, fruto de uma “opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”.

Movimento fecundo voltado à redemocratização do Brasil¹⁷ e de efervescência no plano internacional culminou na promulgação da Constituição de 1988, pautado supostamente nas modernas concepções de democracia, de respeito à pessoa humana e de justiça social (GONÇALVES, 2013), como bem aponta o preâmbulo do texto constitucional e a axiologia dela apreendida.

Desta feita, a Constituição de 1988 almejou enfrentar arbitrariedades e processos históricos de exclusão, sendo incompatíveis com a nova ordem atos autoritários e injustificáveis do Estado, devendo estritamente observar os princípios e garantias fundamentais. Nessa senda, na obra *Biodiversidade, Democracia e Direitos Humanos*, assevera-se

[...] o apelo ao recrudescimento da força e ao uso de meios violentos para prover imediatamente a sensação de segurança induz o rompimento dos limites de poder do Estado e a banalização da força física em detrimento do movimento de afirmação dos direitos humanos como limite ao poder estatal (JESUS, 2016, p. 427).

Assim, expressamente previsto no ordenamento jurídico, o *Estado de Inocência*, descrito no artigo 5º, inciso LVII do texto constitucional, estabelecendo

a norma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, devendo sua incidência subsistir até o momento em que se esgotar, para a defesa, a possibilidade da reforma da decisão condenatória na mesma relação processual, uma garantia fundamental ao indivíduo face o poder punitivo. Fecunda-se o “ônus acusatório da prova, a estrita adesão às competências, a tempestiva contestação da acusação, a temperança na custódia preventiva, a crítica imparcial na valoração dos indícios” (CARRARA, 2010, p. 507-577).

Por fim, há que se destacar que, embora muito tenha se avançado no âmbito dos direitos humanos em nível internacional¹⁸, tardiamente o Brasil passou a ratificar os tratados internacionais de direitos humanos, como, por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), ambos ratificados tão somente em 1992, momento em que o Brasil passou a adotar, de forma cogente, os seus mandamentos sobre os direitos fundamentais, incluindo-se o *Estado de Inocência* (ANTUNES, 2013).

Não obstante a *ratio legis* do Constituinte de 1988 seja de uma clareza incontestada, estabelecendo que o *Estado de Inocência* deva subsistir até o surgimento de decisão definitiva naquela relação processual, a posição inicialmente defendida pelos tribunais, inclusive pelo STF, era de que o *Estado de Inocência*, com assento no texto constitucional, deveria ser interpretado de maneira restritiva, de modo que não seria cabível a concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, devendo ser iniciada a execução provisória da pena com a prolação da decisão condenatória no segundo grau de jurisdição (CALLABRICH, 2015, p. 493), atuação instável¹⁹ e embrião que reflete os *tempos sombrios de outrora* e não projeta o porvir da efetividade constitucional, esperado para um ordenamento de base constitucional.

2 IDEOLOGIAS E ATUAÇÃO POLÍTICA NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: garantias fundamentais individuais em colapso e poder punitivo legitimado

Um estado democrático é, sem dúvida, um *campo de luta* fecundo para as manifestações dos diversos paradoxos, dissensos e conflitos de ideologias (REALE, 2010) e matrizes fundantes que nutrem os diferentes discursos e práticas na contemporaneidade, repercutindo nas judiciárias, inclusive. É, pois, o Estado como *estrutura-estruturante* (BOURDIEU, 2014) já que condiciona as diversas atuações dos sujeitos assim como permite ser condicionado pelos interesses daqueles, além de notadamente marcado pelos aparelhos ideológicos

estatais, sob diversas maneiras, suas intervenções, ratificando o entendimento *althusseriano* que “é indispensável ter em conta não somente a distinção entre poder de Estado e aparelho de Estado, mas também outra realidade que se manifesta junto ao aparelho (repressivo) do Estado mas que não se confunde com ele” (ALTHUSSER, 1985, p.68). Assim,

Designamos pelo nome de aparelhos ideológicos do Estado um certo número de realidades que se apresentam ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas [...]. Num primeiro momento podemos observar que se existe um aparelho (repressivo) do Estado, existe uma pluralidade de aparelhos ideológicos do Estado. Supondo a sua existência, a unidade que constitui esta pluralidade de AIE não é imediatamente visível [...] Num segundo momento, podemos constatar que enquanto o aparelho (repressivo) do Estado, unificado, pertence inteiramente ao domínio público, a maior parte dos aparelhos ideológicos do Estado (em sua aparente dispersão) remete ao domínio privado [...]. **O que distingue os AIE do aparelho (repressivo) do Estado é a seguinte diferença fundamental: o aparelho repressivo do Estado funciona através da violência, ao passo que os aparelhos ideológicos do Estado funcionam através da ideologia** [...]. Todo aparelho do Estado, seja ele repressivo ou ideológico, ‘funciona’ tanto através da violência como através da ideologia [...]. (ALTHUSSER, 1985, p. 67-70, grifo nosso).

Nesse contexto, situa-se a atuação do Poder Judiciário, poder constituído, discutido a partir de sua relevância, fundamentos e, também, por meio de seus dilemas.

Para além da aplicação do Direito, nesse Estado, que também é de Justiça Social, não coaduna-se com a axiologia de um encarceramento de alguém que o Estado não conseguiu movimentar-se suficiente em direção à formação da culpa tampouco de um inocente, ratificando adágio que manifesta o papel – e também o limite – imposto ao poder punitivo nos moldes da racionalização – e condicionamento – do poder do Leviatã que implica *nocentem absolvere satius est quam innocentem damnari* (é preferível absolver um culpado do que condenar um inocente).

Com efeito, o juiz não é Deus (STRECK, 2010) e por essa reconhecida limitação em sua captação e valoração, depreende-se a necessária possibilidade de reforma, invalidação, esclarecimento e integração de decisões, subprodutos do complexo processo de construção de *verdades* (FOUCAULT, 2010) para o campo do Direito.

Não obstante a estruturação do sistema e o movimento do arcabouço institucional do Estado por esse poder constituído, ante os incrementos das violências e do fenómeno da criminalidade na atualidade provocou-se um *estado de insegurança das coisas*, reflexo de questões sociais mal enfrentadas, ambiente propício à banalização do mal, às práticas descontroladas como os linchamentos e o descrédito do Poder Judiciário que, segundo a FGV (2016), detinha apenas 30% da confiabilidade da amostra, de sociedade, ali entrevistada.

Delimitam-se, assim, algumas das razões explicativas para mitigação do *Estado de Inocência*. No julgamento do *Habeas Corpus*, em fevereiro de 2016, o plenário do Supremo, alterou substancialmente o entendimento do STF, decidindo em placar de 7x4 pela admissibilidade da execução provisória da pena estabelecida em decisão condenatória recorrível,²⁰ *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (BRASIL, 2016e, p. 1).

O *habeas corpus* em comento foi impetrado em favor de Márcio Rodrigues Dantas, condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime disposto no art. 157, 2º, I e II do Código Penal (CP), com o direito de recorrer em liberdade.

Em xeque, o *Estado de Inocência*, de núcleo essencial historicamente marcado pela instabilidade. Neste sentido, em parecer acerca do tema, Lopes Júnior e Badaró (2016, p. 15, grifo nosso) asseveraram que:

A decisão restringe o marco temporal da garantia constitucional do art. 5º, caput, inc. LVII, da Constituição, que estabelece como marco temporal final da presunção de inocência o ‘trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e não até a confirmação de sentença em segundo grau’!

Verifica-se que ao flexibilizar uma garantia constitucional, o julgado fecundou uma interpretação diversa a conceitos expressos na Constituição Brasileira, que dispõe que o acusado é inocente até ser proferida decisão condenatória transitada em julgado, denotando nítido descompasso entre a *ratio legis* e a *ratio juris*.

Historicamente, entendeu-se pelas doutrinas clássicas de Moreira (1971, p. 145) pela qual o trânsito em julgado “seria a passagem da sentença da condição de mutável para imutável”, não havendo margem para interpretação que limita o estado de inocência a uma sentença recorrível, ou seja, mutável, fruto de uma instável fase de conhecimento, passível de reanálise. Do contrário, em suspense os fundamentos epistemológicos de institutos processuais consolidados e com raízes na contenção do poder punitivo. Nessa linha,

Não pode o STF, com a devida vênia e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. É temerário admitir que o STF possa ‘criar’ um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016, p. 17, grifo nosso).

Em face da notável discussão acerca da presunção de inocência versus a possibilidade da execução provisória da pena, bem como quanto à validade do art. 283 do CPP, foram ajuizadas as ADC nº 43 e 44, pelo Partido Ecológico Nacional e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente.

Por meio da ADC nº 43, o Partido Ecológico argumentou que a alteração do entendimento quanto à execução antecipada não poderia ter sido realizada sem a devida análise da constitucionalidade do art. 383 do CPP, tendo pugnado pela manifestação da Corte Suprema sobre a questão em sede de controle direto e concentrado (BRASIL, 2016f). Neste sentido, trecho extraído da petição inicial da referida ação:

[...] A retomada do entendimento pretérito do próprio Supremo Tribunal Federal foi **levada a termo sem que a Corte tenha examinado a constitucionalidade do novo teor do art. 283 do CPP,**

introduzido em 2011, o qual estabeleceu a necessidade do trânsito em julgado da condenação como condição para que tenha lugar o início do cumprimento da pena de prisão. Ao reabilitar a antiga interpretação, o Supremo Tribunal Federal não examinou questão essencial para o adequado tratamento da matéria. Para fixar o parâmetro segundo o qual a decisão penal condenatória pode ser objeto de execução provisória, o Supremo Tribunal Federal, data vênua, teria que ter declarado a inconstitucionalidade do artigo art. 283 do CPP: não se pode conferir a este dispositivo legal sentido compatível com a decisão recentemente proferida no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292. Considerando a relevância incontestável de que se reveste a matéria, bem como as dúvidas suscitadas após o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, totalmente pertinente que o STF se manifeste, em sede de controle direto e concentrado, acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a legitimidade constitucional da recente opção do legislador, veiculada na Lei nº 12.403, de 2011. (PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL, 2016, p. 9-10, grifo nosso).

Demonstra-se, assim, que decisão do HC nº 126.292/16 é incompatível com o texto constitucional (art. 5º, inciso LVII) e com a norma do Código de Processo Penal e por esse motivo, em sede de cautelar, pleiteou pela suspensão das execuções provisórias que estivessem em curso, com a consequente liberação dos acusados encarcerados sem decisão condenatória com trânsito em julgado.

No mesmo sentido, a OAB ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44 buscando solucionar a controvérsia jurisprudencial com a análise do art. 283 do CPP (BRASIL, 2016f). Em sua petição, a OAB demonstrou que os ministros ultrapassaram os limites semânticos impostos no art. 5º, inciso LVII da CRFB, alegando que houve uma expressa alteração do preceito constitucional, *in verbis*:

O grande problema é que, por ocasião do julgamento do HC 126.292, essa Suprema Corte operou uma verdadeira alteração do texto constitucional, curiosamente em um caso comum – que sequer se enquadra naquilo que pode ser considerado como uma exceção – por meio do qual buscou ripristinar a jurisprudência tradicional, sob o alibi da efetividade processual. (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2016, p. 16, grifo nosso).

Acrescentou ainda que, para manter seu novo entendimento, o Supremo Tribunal “terá que declarar inconstitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja redação foi alterada por meio da Lei nº 12.403/11 – que repetiu o dispositivo constitucional – precisamente para adequar a legislação processual à Carta Magna.” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2016, p. 5).

Alagando inclusive que, além de contrariar o referido artigo do CPP, a alteração também diverge de forma clara dos artigos 105 e 147 da lei nº 7210/84²¹ (Lei de Execuções Penais), no que diz que:

Isso significa dizer que, se a Suprema Corte quiser mesmo assumir o entendimento firmado no HC 126.292/SP – que restringe a garantia constitucional da presunção de inocência –, então precisará declarar a inconstitucionalidade não apenas do artigo 283 do Código de Processo Penal, mas também dos artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2016, não paginado).

De fato, sistematizam-se algumas racionalidades voltadas à mitigação do *Estado de Inocência*, a partir da identificação de excertos do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso nos julgamentos da ADC 43 e 44 no que se refere à incompatibilidade material e a constitucionalidade presumida dos dispositivos colocados em debate. Sinteticamente, aduziu-se que o “**enorme distanciamento no tempo**, entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena”, implicando análise da lógica da eficiência no processamento criminal ante a morosidade processual, intrínseca a atividade do Sistema de Justiça Criminal no Brasil por diversas questões estruturais.

Ademais, entendeu o Ministro que “o reconhecimento da legitimidade da prisão após a decisão condenatória do segundo grau **não viola o princípio da reserva legal**” (ADC 43 e 44, Luís Roberto Barroso, não-paginado, grifo nosso), trazendo à baila uma (mal)dita legítima afronta a conceitos jurídicos firmados no preceito normativo constitucional.

O populismo penal midiático e a busca pelo aumento da credibilidade reveste a ideologia que norteou a prática judiciária, em descrédito, na percepção de confiança da pesquisa encomendada junto a Fundação Getúlio Vargas, corroborado no discurso dito que a mitigação do *Estado de Inocência* é “necessária para assegurar **a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal**” (ADC 43 e 44, Luís Roberto Barroso, não-paginado, grifo nosso).

Destarte, fragilizando o sistema recursal e os fundamentos políticos e jurídicos do duplo grau de jurisdição, o Ministro realçou o discurso de fortalecimento da tutela penal ao entender que “a **possibilidade dos réus aguardarem** o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade [...] **enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos** resguardados pelo direito penal” (ADC 43 e 44, Luís Roberto Barroso, não-paginado, grifo nosso).

Por fim, motivou-se o *ditto* guardião da Constituição a pensar que “a eventual condenação representa, por certo, um **juízo de culpabilidade**, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em contraditório no curso da ação penal. **Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa** – pressuposto inafastável da condenação - embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior” (HC 126.292/SP, STF, Rel. Teori Zavascki, 2016, sem paginação, grifo nosso).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legalidade constitucional que deriva da força normativa da Constituição é vulnerabilizada, paradoxalmente, por quem possui a missão constitucional de assegurar a sua efetivação, em diversas dimensões e por distintas atuações na efervescência do Estado Democrático de Direito Brasileiro no pós-1988, marcado por nítido conflito de ideologias e crise de paradigmas.

Nesse íterim, a mitigação de garantias fundamentais afigura-se como apropriada a uma contemporaneidade de riscos, incertezas e de desagregação social, com repercussões diversas, entre elas o descrédito e a desconfiança nas instituições republicanas e poderes constituídos. Assim, compreender a atuação recente do Supremo Tribunal Federal no trato dado ao *Estado de Inocência*, historicamente (re)afirmado e voltado à contenção punitiva estatal, perpassa a análise do referencial ético, político e ideológico que sustenta e legitima o núcleo essencial de proteção da medida assecuratória em comento.

Ora, o Supremo Tribunal Federal, indubitavelmente, é um órgão judiciário que, pela própria natureza, composição e prática judiciária, atua política e ideologicamente, movimentado por interesses e valores, percepções e vontades, na perspectiva de onze ministros que o integram e que representariam, supostamente, a corporificação da atuação do guardião.

Relacionalmente, perquirir a quem destinam-se as decisões proferidas e as medidas de busca de legitimidade na sociedade hodierna, com base na tentativa de compatibilizar os diversos interesses de uma sociedade declarada

constitucionalmente democrática, plural e inclusiva e veladamente punitivista e excludente, são condutas necessárias para bem perceber como aplica o Direito – e nem sempre o efetiva – o Supremo Tribunal Federal.

A atuação descompassada e instável; o atrelamento ideológico aos moldes punitivistas e com o populismo penal na busca por legitimidade perante a sociedade e pela lógica da eficiência no processamento criminal; e o ativismo, por vezes desmedido e descomprometido com o sentimento constitucional que (de)forma conceitos jurídicos processuais que possuem história, fundamentos epistemológicos e referenciais consolidados a partir de núcleos essenciais de proteção devidamente firmados gera insegurança jurídica em tempos que o apego e a busca por cumprir os mandamentos constitucionais passa a ser o mínimo necessário para a coesão da vida nessa comunidade política *dita* democrática e de Direito.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de Inocência e direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: RT, 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: EDIJUR, 2012.

BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. São Paulo: LZN Editora, 2008.

BRANDOM, Robert. Introduction. In: BRANDOM, Robert. **Tales of the mighty dead: historical essays in the metaphysics of intentionality**. Cambridge Mass: Harvard U.P, 2002.

BRASIL. **Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937**. Modifica a Lei n.º 244, de

11 de setembro de 1936, que instituiu o Tribunal de Segurança Nacional, e dá outras providências. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal. 1941.** Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP.** Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG.** Paciente: Omar Coelho Brito. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 67.857-2/SP.** Recorrente: José Roberto Campamini. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, DF, 19 de junho de 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102473>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand, 2010.

_____. **Sobre o Estado.** São Paulo: Cia das Letras, 2014.

CADHP. **Carta africana dos direitos humanos e dos povos**. Disponível em <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em 10 mai 2017.

CALABRICH, Bruno et. al. **Garantismo penal integral**: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. São Paulo: Atlas, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Russel, 2013.

CARRARA, Francesco. **Il diritto penale e la procedura penale** (1873) apud FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 10 mai 2017.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

EUA. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia (1776)**. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em 10 abr 2017.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos**: o supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. **A sociedade punitiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. **A ordem do discurso**. Petrópolis: Vozes, 2010.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJ (índice de confiabilidade no Poder Judiciário)**. São Paulo: FGV, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16539/Relato%CC%81rio%20ICJBrasil%20%20%2%C2%BA%20sem%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 4 set. 2016.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2015.

GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 2012.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Juruá, 2013.

ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanicheli, 1979.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JESUS, Thiago Allisson Cardoso de. Reflexões sobre o monopólio estatal da força e seus delineamentos à luz da gramática dos direitos humanos na contemporaneidade. In GONÇALVES, Claudia Maria da Costa; JESUS, Thiago Allisson Cardoso de; COSTA, Yuri. **Biodiversidade, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer: Presunção de Inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (2016)**. Disponível em: www.academia.edu.com. Acesso em 10 de abr 2017.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MORAES, Maurício Zanóide de. **A presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de. **Ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas**. Disponível em <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAeyNsAJ/ordenacoes-afonsinas-manuelinas-filipinas>. Acesso em 10 mai de 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948**. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 10 abr 2017.

_____. **Pacto internacional dos direitos civis e políticos**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.html>. Acesso em 10 abr 2017.

_____. **Estatuto de Roma**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/esttpi.htm>. Acesso em 10 abr 2017.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **O juiz não é Deus – juge n'est pas Dieu**. São Paulo: Juruá, 2016.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

NOTAS

1. Trabalho originariamente publicado no Volume 04, Seção Direito Processual Penal, dos Anais Eletrônicos do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e do XVII Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais (ITEC-RS)
2. A sociedade punitiva constitui-se pelo uso do que Foucault (2015, p. 7-9, grifo nosso) chamou de táticas penais. São 4: excluir, impor compensação, marcar e

encarcerar. Para o autor, “1. Excluir [...] no sentido de exilar, expulsar, pôr para fora. Com essa tática punitiva, trata-se de proibir a presença de um indivíduo nos lugares comunitários ou sagrados, de abolir ou proibir em relação a ele todas as regras de hospitalidade [...] 2. Impor uma compensação [...] vão provocar dois procedimentos: a emergência de alguém, indivíduo ou grupo, que será constituído como vítima do dano e poderá, assim, exigir reparação; a culpa provocará algumas obrigações para aquele que é considerado infrator [...] 3. Marcar. Fazer uma cicatriz, deixar um sinal no corpo, em suma, impor a esse corpo uma diminuição virtual ou visível, ou então, caso o corpo real do indivíduo não seja atingido, infligir uma mácula simbólica a seu nome, humilhar seu personagem, reduzir seu status [...] 4. Encarcerar. Tática que praticamos, cuja instauração definitiva se situaria na virada do século XVIII para o século XIX [...] Assim, a hipótese inicial seria algo do tipo: há sociedades ou penalidades de exclusão, indenização, marcação ou reclusão.”

3. Usando a expressão dito, no sentido de questionar, também pela linguagem, a posição que foi dada e a missão estabelecida constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal que o coloca, na contemporaneidade, em relação de antagonismo com aquilo que demonstra sua prática. Para tanto, perscrutam-se as verdades por ele produzidas e as formas pelas quais foram construídas sob a representação das decisões judiciais que aqui serão analisadas, com base nos postulados da análise de discurso foucaultiana.
4. Em xeque, a atuação do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição. Faz-se a emergência de uma investigação necessária sobre aquilo que não é publicizado ou não revelado nos votos daqueles que compõem o órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil. Corroborando com a técnica e a ousadia, usa-se do prefácio da visionária obra “Onze supremos: o Supremo em 2016” para justificar o porquê da relevância de ter o STF como unidade de análise considerando a sua importância e responsabilidade no cenário jurídico nacional. Nesses termos, anui-se que “em 2016, o Supremo Tribunal Federal esteve mais do que nunca no centro da política nacional. Do rito de impeachment de Dilma Rousseff até as reformas constitucionais do governo Temer, passando pela Operação Lava Jato, todas as disputas judiciais e políticas que dividiram o país tiveram, de alguma forma, a participação do Supremo. Desde 2002, qualquer um pode sintonizar nas sessões da TV Justiça e acompanhar os votos, argumentos e discussões dos ministros no plenário. Mas essa transparência é insuficiente. Há imagens públicas, há informação, mas ainda falta tradução e análise sobre o comportamento do tribunal. Quais os casos que o tribunal deveria ter decidido, mas não o fez? Quais as implicações políticas de um

pedido de vista, de uma mudança de pauta, ou de uma decisão individual liminar? E, fora do tribunal, como as estratégias de diferentes atores têm moldado a pauta e as decisões do Supremo? Quais os efeitos políticos mais amplos de uma mudança aparentemente pequena no regimento interno do tribunal? Quais os outros fatos e preocupações - políticas, sociais, econômicas - estão por trás dos argumentos constitucionais feitos no Supremo Tribunal Federal?” (FALCÃO; ARGUELHES; RECONDO, 2017, não paginado, grifo nosso).

5. Conforme Giddens, Lash e Beck (2012, p. 143), “a reflexividade na modernidade envolve uma mudança nas relações de confiança, de tal forma que a confiança não é mais uma questão de envolvimento face a face, mas, em vez disso, uma questão de confiança nos sistemas especialistas. Para Beck, em marcante contraposição, a reflexividade na modernidade implica uma liberdade crescente dos sistemas especialistas e uma crítica a ele [...] O problema da insegurança aparece de maneira importante nas estruturas conceituais de ambos os autores. Isso é notável porque, como já declarei alhures, a preocupação de Giddens – como aquele de sociólogos clássicos como Durkheim – é com o problema da ordem, enquanto a de Beck – como a tradição que vai de Marx até Habermas – é com a mudança. Para ambos, a reflexividade tem como objetivo atingir a minimização da insegurança”.
6. Nesse contexto, observam-se os delineamentos de uma política criminal peculiar. Ressalta-se a estreita ligação desse atuar estatal com o Direito Penal à luz das construções teóricas empírica e científica que informaram a Criminologia. A política criminal desenvolvida por um Estado pode seguir, segundo essa linha, racionalidades distintas. Pelo referencial empírico ou pragmático, a atuação estatal se preocupa com as causas da criminalidade com o objetivo exclusivo de proteger os indivíduos e a sociedade desse fenômeno. Outrossim, pelo viés científico, a criminalidade é analisada à guisa de uma base racional reflexiva que considera a principiologia, a produção legislativa e a efetividade das normas.
7. Corrobora-se com Baratta (2002) e Andrade (2012), ao entender que o sistema de justiça criminal é, na verdade, um (sub)sistema de controle social e engloba as formas pelas quais a sociedade responde formalmente a comportamentos e a pessoas que foram eleitas como desviantes, problemáticos, desviantes, inimigos e por meio desta reação acaba por demarcar, selecionando, classificando e estigmatizando o desvio e a criminalidade como forma peculiar desse.
8. Sobre essa reciprocidade nas relações entre os diversos órgãos e agentes que constituem mecanismos de controle social na contemporaneidade, Garland ensina

que “os controles formais exercidos pelas agências estatais do sistema penal e os controles sociais informais, que se estribam nas atividades cotidianas e nas interações da sociedade civil. As instituições formais de controle do crime tendem a ser reativas e adaptáveis. Elas operam buscando complementar os controles sociais da vida comum, apesar de muitas vezes interferirem nesses controles sociais, prejudicando sua efetividade [...] O campo do controle do crime envolve tanto as atividades oficiais de ordenamento social como as atividades de atores e agências privadas, nas práticas e rotinas ordinárias. É comum nossa atenção se voltar apenas às instituições estatais, descuidando das práticas sociais informais, das quais a ação estatal depende” (2008, p. 47-48).

9. Os interesses constituem o ânimo das condutas indissolivelmente individuais e sociais; estão presentes em todas as condutas sociais, incluindo as que parecem ‘desinteressadas’; não estão ligados apenas a ganhos materiais; e podem ser simbólicos, relacionados a bens assim considerados, tão influentes quanto aos outros (MARX, 1999; BOURDIEU, 2010). Nessa linha, “interesses comuns, os quais em princípio, guiarão o processo decisório que afetam os indivíduos, não resultam necessariamente em ação coletiva [...] pois os interesses de poucos têm mais chances de se organizarem do que os interesses difusos de muitos”. (SOUZA, 2006, p. 34).
10. Nessa esteira, Brandom (2002, p. 3), inclusive, já identificou “a racionalidade com inteligência, no sentido de uma capacidade generalizada de obter o que se quer. [...] O que alguém tem razão para fazer, nesse modelo, é o que provê meios para um fim aprovado”.
11. Por opção metodológica, far-se-á uso, frequentemente, dessa terminologia, remetendo-se à historicidade da nomenclatura no clássico ‘Dos delitos e das penas’, de Beccaria, pelo qual apregoava-se que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz [...] com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou” (2012, p. 38). A Criminologia Crítica reflete que é possível identificar elementos filosóficos utilitaristas com quais buscava-se alcançar a felicidade com o menor sacrifício do indivíduo. Trata-se de nítida contenção do poder punitivo estatal ante o reconhecimento da subjetividade do indivíduo em conflito com a lei.
12. Artº. 5, inciso LVII da Constituição de 1988 - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
13. Artigo 8º - Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua cul-

pa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) “Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, não paginado, grifo nosso).

14. Ferrajolli, em *Direito e Razão* (2014, p.57, grifo nosso), aduz que “os axiomas garantistas – formulados pelas implicações entre cada termo da série aqui convencionada e os termos posteriores – não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa”.
15. Interessante sempre fazer memória de seu conteúdo que apregoava que “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (DECLARAÇÃO..., 1789, não paginado, grifo nosso).
16. Decerto, a mentalidade inquisitória demarca a ambiência do sistema de justiça criminal brasileiro. Corroborando, “[...] pouco importando se o modelo processual era inquisitivo ou acusatório, se havia uma maior ou menor, efetiva ou improfícua tentativa de humanização do procedimento e respeito ao imputado, o fato é que a presunção de culpa sempre orientou a concepção e a estruturação dos institutos processuais (MORAES, 2010, p. 38, grifo nosso)
17. Nessa era da redemocratização do país dos idos dos anos 80, sobreleva ressaltar a previsão do Estado de Inocência na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), na Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos(1981) e da Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos Islâmicos (1990) que aduziam, respectivamente, que “Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende [...] o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente” (ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA, 1981, não paginado, grifo nosso); “V- Direito a julgamento Justo: a. Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente. b. Ninguém será considerado culpado, senão após um julgamento justo e depois que tenha sido dada ampla oportunidade de defesa”. (DECLARAÇÃO..., 1981, não paginado, grifo nosso); “O réu é inocente até que sua culpabilidade seja

provada em um rápido julgamento” (Declaração Islâmica dos Direitos Humanos, 1981, não paginado, grifo nosso).

18. Jurisdição criminal especializada, residual e complementar a atuação do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro, o Estatuto de Roma também apregoeou para o plano internacional humanitário que “Todo indivíduo será considerado inocente enquanto não for provada a sua culpa no Tribunal, conforme o direito aplicável. Caberá ao Promotor o ônus de provar a culpabilidade do acusado. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deverá estar convencido da culpabilidade do acusado além de toda dúvida razoável” (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 1998, não paginado, grifo nosso).
19. Não é específico da contemporaneidade a atuação paradoxal do Supremo Tribunal Federal. Historicamente, oscila o pensamento e desestabiliza o fenômeno jurídico. Cantisano, em artigo na obra *Onze Supremos: o Supremo em 2016*, historiografou e constatou que “a jurisprudência oscilante do Supremo não é algo novo. É uma herança de muitos anos e não sabemos se continuará assim. O ministro Marco Aurélio disse certa vez que não tem compromisso com seus erros. Essa é uma defesa recente para um problema antigo — mudanças, às vezes, abruptas, de posição de ministros do Supremo sobre as mesmas questões ao longo do tempo. Críticas públicas a esse fenômeno são quase tão antigas quanto o próprio tribunal. Em julho de 1904, por exemplo, *A Notícia* publicou uma coluna intitulada ‘Jurisprudência Oscilante’. Em menos de uma semana, o Supremo havia proferido decisões diametralmente opostas” (FALCÃO et al, 2017, p. 107).
20. Ao negar o HC 126292, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. A decisão indica mudança no entendimento do STF, que desde 2009 condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância (BRASIL, 2016d).
21. Vejamos a redação dos artigos: “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o

Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução [...] Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”. (BRASIL, 1984, não paginado).

LEGIÃO

Somos Legião, marchamos unidas para parecermos uma única voz, cultuamos o coletivo por não conhecermos o individual, o original, a singularidade.

Somos matilhas de lobos selvagens, somos confraria do sem fim. Somos multidão e vivem em nós as sementes de Deus, nosso programador. Parte de nós é sombra e regurgita horrores dos velhos tempos tribais. Queremos sangue, guerra, intrigas, julgamentos, condenações e execuções.

Gritamos nossos medos, travestidos de ódios pelos imaginários inimigos que vivem conosco na penumbra infecta da nossa solidão.

Arrastamo-nos pelas terras úmidas do meio, pelos desertos hirtos e pelos vales da dor e da morte.

Parte de nós pendula pelos becos de açoites, pelos rios assoreados, penínsulas de gigantes, planaltos de homúnculos extraviados, em cata de restos de banquetes ancestrais.

Somos Legião e nenhum de nós conhece a luz.

Ora brandimos espadas de fogo, desejando mais e condenamos o antigo e vociferamos por um novo mundo, tábula rasa de tudo o que já foi.

Clamamos por um passaporte para novas Utopias absurdas que nos embriagam com suas fantasias de lugar nenhum e por átimos de instantes nos fazem crer pode ser.

Ora somos mantenedores das pedras primeiras desta construção humana, nossa autodenominação, e pedimos controle e reconfiguração, nos moldes primitivos.

Nossos furores revolucionários nos atordoam, porque não nos conhecemos em nossa face original e nos escondemos no canto grupal, pelo pavor justificável, da nossa jornada alucinada, não sabemos para onde.

Valéria Montenegro, em 30 de setembro de 2018.

Multiverso Onírico

Somos os bichos que moram na barriga do bicho da seda. Predadores implacáveis das entranhas do hospedeiro, sem nenhuma consciência todavia, fornecemos a substância apropriada para a consecução de um poderosíssimo fio, capaz de suportar todo o peso do planeta. Mas, o que digo? Como posso, sendo bicho das entranhas, falar do mais além? Como pode o bicho inerte, pastoso, grotesco, ter idéias do infinito, deambular entre raciocínios abstratos e descrever sua incursão abastalhada pelas cavernas sinuosas de sua vida viscosa?

Proliferamos estupidamente pelas estradas dos nossos aparentes domínios e formamos núcleos amorfos, esquisitos, atoleimados. Nossas criações são tão grotescas como nossas falas e reflexões. Refletir o que? As fâcias tremendas que exibimos uns aos outros, tão absurdamente semelhantes e ao mesmo tempo, fingidamente independentes e singulares. Somos a natureza homuncular levada à enésima potência. Preenchemos vazios que clamam por ocupação. Obedecemos incontinenti a ordens superiores ao nosso parco e deletério conhecimento das coisas. Restos de fragmentos dispensados pelos monstros antepassados de um outrora desconhecido mundo. Fósseis de nós mesmos: guerras do Peloponeso fratricidas; Césares e Napoleons de cetro e coroa; Américas Católicas; ridículos tiranos; ideais socialistas; anêmonas gigantes; aquecimentos globais de lugar nenhum. Inventamos nossos próprios inimigos, que, assim como nós mesmos são, a criação insana de uma mente desgovernada...

E no entanto, escrevo, delinheiro entendimentos, faço-me tradutora das reminiscências de uma gleba infame e obtusa, que divide-se para dominar, escaninhos bizarros dos intestinos do bicho da seda.

Não haverá poesia homuncular. Não haverá sons. Musicalidade neutra. Silêncios ininterruptos. Vagidos tristonhos. Instrumentos desafinados. Mofô. Colônias de bactérias reproduzindo-se inde-

finidamente e sem razões e sem emoções. Como disserem-se homens ??? Homúnculos, furúnculos purulentos e fétidos, eis o que somos. Cadeia de cadenas, armadilhas de almas, protuberâncias que ofendem a estética mais bisonha. No entanto continuam e contando sem noção de números, continuam . . . em sua pasmaceira cortante, repetindo gestos simbólicos e aderindo como lesmas gosmentas, às invenções do homuncular menos primitivo que se nos apareça e aparente algum poder e aos quais posamos seguir sem pensar nossos destinos sombrios, em direção a um cadafalso escuro que sabemos, é certo, nos levará a outras formatações, em multiversos paralelos.

Quem por nós se nós não somos? Quem por cada um se nem numa “móia” sinistra podemos identificar uma única individualidade?

Ò Senhores do “adelante”, será possível divisar uma luz além do breu em que nos encontramos?

.....

Céus nefelibatas acenam em pleno arrebol. Azul, claridades onduladas de um azul tranquilo povoam os espaços aparentemente infindos dos firmamentos apolíneos dos seres superiores . . . Criaturas belas, ágeis, lépidas, suaves, desfilam como em uma dança de Delfos e Ninfas, por sobre a terra firme. No entanto, senhoras de seus passos e gestos, podem voar, podem navegar por sobre rios e mares líquidos. Podem gerar fogo e dele aquecer-se e por ele serem alimentados e em dominando-o plenamente, podem tudo.

Passeia por sobre um jardim de plantas as mais diversas e encantadoras, um ser de arcangelical formosura. Os traços de suas feições são esculpidas claramente pela luz do astro-rei, o Deus primevo e eternal. São os raios de sua florescente figura que desenham os traços da intensa criatura, dobra-se sobre si mesma para apreciar o bouquet de uma rosa vermelha, em pleno desabrochar. Acaricia as pétalas de veludo e de um carmim tão impossível de adivinhar. Atesta a inoperância dos espinhos da rosa rubicunda e prepara-se para arrancá-la do seu conjunto virtuoso, quando um bicho asqueroso surge-lhe no tronco vizinho de uma imponente goiabeira. Assusta-se ante a lagarta repelente, que arrasta-se

com extrema lentidão, ligada a um casulo que tece há muito tempo, de fios finos como os das aranhas.

As mãos do Serafim celestial espantam com horror e desgosto o bicho imundo. Com as forças imensas do seu poder, lança ao mais longe a repugnante espécie, que cai, desamparada, por sobre o chão onde pisam os outros habitantes das muitas moradas do ignoto. Em seguida, os ágeis pés querubíneos esmagam, demoradamente, a desconexa figura que perturbara seu passeio matinal, entre as flores da tenra aurora dos seus dias. Findo o gesto, arranca a rosa e sai-se da cena de grande colorido, absolutamente impassível e tranquilo. Alonga-se a manhã de mais um belo dia.

.....

Somos os bichos que moram na barriga do bicho da seda. Estou acordado e todos dormem. Meus iguais não se sabem. Perambulo entre eles, fugindo do meu mister de trabalhar sem cessar para gerar a seiva de que precisa nosso hospedeiro gigantesco. Nossa condição é tão vaga, tão vaga e, desde que pus-me a pensar sobre ela, alienei-me da colônia américo-tropicana, ou caucasiana-abissínia, ou sino-nipônica; aborígene-maori e ando em busca de uma porta de saída porque nenhum de nós trás limpidamente, a reminiscência da porta de entrada. Teremos sido gerados daqui mesmo, deste lodo, deste visgo? Não sei e em vão procuro, a luz no fim do túnel imaginado, a saída de um labirinto que me vem na memória do irreal.

Repentinamente, ouço sons apocalípticos. Tormentas tenebrosas? Ou serão enfim, os albores da revelação sonhada?

Forças gigantescas arrostam nosso mundo contra as paredes fervilhantes das eras. Uma opressão dolorida vem primeira. Sensação de esmagamento e dor e em seguida, ah, em seguida a luz . . . Posso sentir que saímos da caverna e posso enfim enxergar um gigantesco bólido luminoso nos céus. Ó Senhor do Infinito Aleatório!!! Conheço este Sol, amo este Deus!!! Sinto-me livre, raro, rarefeito, ar, tempo, espaço. Estou voltando para casa. Meus iguais, onde estão vocês? Amigos homunculares do tédio e da insensatez, onde estão? para onde fomos? Para onde fui, quando se deu, enfim, o grande momento?

Grande silêncio, vazio de pensamentos. E zunindo, cortante, vem uma canção maravilhosamente reconhecida.

.....

Acordo assustada na cama do meu quarto. Chegam-me as informações de quem sou, onde estou e do que tenho a fazer, mas eu sonhava, sonhava que era um bicho solitário, dentre inúmeros iguais e estranhos de uma colônia hermeticamente fechada e sombria e triste e vaga e vã. Sonhei também que era uma ninfa angelical, vagando feliz entre as rosas de um jardim e avistava, arg., um bicho repelente, que num gesto destruí.

O tempo urge, a música paira, sobre todas as sensações, ora num andante fortíssimo, ora num pianíssimo triste de lamento.

Avança a manhã e me sinto estranhamente acompanhada pelas sensações do mundo onírico e tresloucado, onde passo longas horas do meu tempo, na terra dos homens e dos homúnculos, dos Nefelibatas, Anjos e Arcanjos, Querubins e Serafins, Delfos e Ninfas, Silfos e Salamandras.

Valéria Montenegro

Ouvindo o Concerto número 1 de Tchaikowski

AUTORES

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

Mestre em Direito - UNIFOR. Professor Assistente e Coordenador do Curso de Direito da UFMA. Procurador do Município de São Luís/MA.

Alyne Mendes Caldas

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa – UAL. Professora da Universidade Federal do Maranhão e Universidade CEUMA. Advogada.

Ana Beatriz Getelina Sousa

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (10º período).

Anamaria Sousa Silva

Ph.d – Graduate School of International Development – Nagoya University – Japan. Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão.

Beatriz de Araújo Caldas

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pesquisadora do Grupo de Estudo, Pesquisa e Extensão Cultura, Direito e Sociedade.

Cássius Guimarães Chai

Promotor de Justiça do Estado do Maranhão (MP/MA). Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão. Coordenador do Grupo de Estudo, Pesquisa e Extensão Cultura, Direito e Sociedade.

Clara Lima Gomes

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA).

Claudio Alberto Gabriel Guimarães

Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutor em Direito pela Universidade

Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Doutorando pela Universidade de Lisboa. Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Violência e Cidadania – NEVIC da Universidade CEUMA. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão. Professor da Universidade CEUMA.

Elenn Maína Pinheiro Félix

Advogada. Mestranda no Curso de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, da Universidade (PPGDir) da Universidade Federal do Maranhão.

Fabiano Ferreira Lopes

Mestre em Administração e Controladoria pelo Programa de Pós-Graduação em Administração e Controladoria da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Assistente na Universidade Federal do Maranhão. Coordenador do Núcleo de Estudos sobre Orçamento, Finanças e Tributação da Universidade Federal do Maranhão. Advogado e Contador.

Igor Ruggeri Fortes de Souza

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Assessor junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA).

James Magno Araújo Farias

Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região/Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa.

José Cláudio Pavão Santana

Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra. Doutor em Direito (PUC-SP). Mestre em Direito (UFPE). Professor Adjunto na Universidade Federal do Maranhão. Suprocurador Geral do Estado do Maranhão.

Leonardo Albuquerque Marques

Doutor em Direito (PUC/SP). Professor da Universidade CEUMA. Advogado da União.

Lucyléa Gonçalves França

Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca. Mestre em Direito (UFPE). Professora Adjunta na Universidade Federal do Maranhão. Chefe do Departamento de Direito (DEDIR/UFMA).

Maria da Glória Costa Gonçalves de Souza Aquino

Professora Adjunta da Universidade Federal do Maranhão. Doutora em Políticas Públicas (UFMA). Mestre em Políticas Públicas (UFMA). Pós-Doutoranda pela Universidade de Salamanca (USAL).

Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann

Professora Adjunta da Universidade Federal do Maranhão. Promotora de Justiça do Ministério Público de Estado de Maranhão (MPMA). Doutora em Direito e Ciência Política pela Universidade de Barcelona/ES (FD-UB). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa/PT (FDUL).

Maria Laura Pereira da Silva

Graduanda em Direito na Universidade Federal do Maranhão.

Mateus Trinta Bruzaca

Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID - UFMA)

Maurício Roberto Monier Alves Filho

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Direitos Humanos - (NADIH/UFMA). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Violência e Cidadania (NEVIC/ UNICEUMA). Especialista em Cidadania, Direitos Humanos e gestão da Segurança Pública pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA.

Mônica Teresa Costa Sousa

Doutora em Direito (UFSC). Professora Associada na Universidade Federal do Maranhão. Professora Visitante na Universidade de Valencia, Espanha (bolsa PVEX/ CAPES 88881.170435/2018-01). Professora dos cursos de mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDir/UFMA) e Cultura e Sociedade (PGCult/UFMA). Coordenadora do NEDID/UFMA.

Newton Pereira Ramos Neto

Doutor em Direito (PUC/SP). Mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB). Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão. Juiz Federal.

Rafael Astein Carvalho Alcântara

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Maranhão – UFMA.

Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID - UFMA). rafaelastein4@gmail.com

Roberto Carvalho Veloso

Professor Adjunto na Universidade Federal do Maranhão. Coordenador do PPGDir/UFMA. Doutor e mestre em Direito (UFPE)

Suellen Souza Pereira

Bacharel em Direito. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Cultura e Sociedade (PGCult/UFMA). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA).

Tallyta Cilene Santos Leite

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

Thayara Castelo Branco

Advogada. Doutora e Mestre em Ciências Criminais (PUC/RS). Professora da Universidade CEUMA. Coordenadora da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Universidade CEUMA. Professora Substituta da Universidade Estadual do Maranhão - UEMA.

Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Advogado. Pós-doutor em Ciências Criminais (PUC/RS). Doutor em Políticas Públicas (UFMA). Mestre em Políticas Públicas (UFMA), Professor Substituto na Universidade Federal do Maranhão. Professor da Universidade Ceuma. Coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Segurança Pública e Sociedade (NEESS). Professor Adjunto na Universidade Estadual do Maranhão. Coordenador do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade (NEPPC).

Valéria Maria Pinheiro Montenegro

Professora do curso de Direito da UFMA, escritora e poetisa.

