

REVISTA INTERDISCIPLINAR DE DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DE VALENÇA

v. 14, n. 1, 2017

ISSN: 1518-8167
e-ISSN: 2447-4290

Autores

Adinan Rodrigues da Silveira
Ana Flávia Costa Eccard
André R. C. Fontes
Andréia Fernandes de Almeida
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Christiano Fragozo
Danielle Reis
Diogo Oliveira Muniz Caldas
Edna Raquel Hogemann
Elpídio Paiva Luz Segundo
Flávia Sanna Leal de Meirelles
Flávio Humberto Pascarelli Lopes
Gabriel Borges da Silva
Ivan da Costa Alemão Ferreira
João Eduardo de Alves Pereira
Juliana Portella de Aguiar Vieira
Leandro dos Santos Pacheco
Leonardo Rabelo de Matos Silva
Leslie Arthou
Pedro Diaz Peralta
Raquel de Lima Mendes
Reis Friede
Rogério Borba
Rômulo Bulgarelli Labronici
Sérgio Felipe Coelho Francisco
Thiago Jordace
Valéria Julião Silva Medina





Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença

v. 14, n. 1, 2017

Autores

Adinan Rodrigues da Silveira	João Eduardo de Alves Pereira
Ana Flávia Costa Eccard	Juliana Portella de Aguiar Vieira
André R. C. Fontes	Leandro dos Santos Pacheco
Andréia Fernandes de Almeida	Leonardo Rabelo de Matos Silva
Carlos Eduardo Adriano Japiassú	Leslie Arthou
Christiano Fragoso	Pedro Diaz Peralta
Danielle Reis	Raquel de Lima Mendes
Diogo Oliveira Muniz Caldas	Reis Friede
Edna Raquel Hogemann	Rogério Borba
Elpídio Paiva Luz Segundo	Rômulo Bulgarelli Labronici
Flávia Sanna Leal de Meirelles	Sérgio Felipe Coelho Francisco
Flávio Humberto Pascarelli Lopes	Thiago Jordace
Gabriel Borges da Silva	Valéria Julião Silva Medina
Ivan da Costa Alemão Ferreira	

Editar
Juiz de Fora-MG
2017

Presidente da Fundação Dom André Arcoverde

Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho

Vice-presidente da Fundação Dom André Arcoverde

Antônio Carlos Dahbar Arbex

Presidente do Conselho de Curadores da Fundação Dom André Arcoverde

Prof. Miguel Augusto Pellegrini

Diretor Geral do Centro de Ensino Superior de Valença

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Diretor Acadêmico do Centro de Ensino Superior de Valença

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

Fundador da Revista

Prof. Dr. João Marcelo de Araújo Júnior

Diretor da Faculdade de Direito de Valença

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Diretor da Revista

Prof. Ms. Ailton Leôncio Costa

Conselho Editorial

Prof. Dr. Aniello Angelo Avella (Membro Externo – Univ. di Roma Tor Vergata – Roma – Itália)

Prof. Dr. Antonio D’Elia Jr. (Membro Externo – UFF – Volta Redonda/RJ)

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior (Membro Externo – UNIPAC – Juiz de Fora/)

Prof. Dr. Augusto Zimmermann (Membro Externo – Murdoch University – Murdoch – Austrália)

Prof. Dr. Carlos Frederico Mares de Souza Filho (Membro Externo – PUC-PA – Curitiba/PA)

Profa. Dra. Claudia Ribeiro Pereira Nunes (Membro Externo Instituto de Ensino Superior de Rondônia)

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

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto (CESVA – Valença/RJ)

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota (Membro Externo – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega (Membro Externo – UFG – Goiânia/GO)

Profa. Dra. Maria Goretti dal Bosco (Membro Externo – UFF – Niterói/RJ)

Profa. Dra. Martha Asunción Enriquez Prado (Membro Externo – UEL – Londrina/PR)

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

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

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho (Membro Externo – UNESA – Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Sebastião Marcelice Gomes (Membro Externo – UFAM – Manaus/AM)

Prof. Dr. Silvano Peloso (Membro Externo – Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma – Itália)

Prof. Dr. Sonia Netto Salomão (Membro Externo – Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma – Itália)

Prof. Dr. Tomás Prieto Alvarez (Membro Externo – Univ. Burgos – Buenos Aires – Argentina)

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho (Membro Externo – UFPB – Campus I – João Pessoa/PB)

Profa. Dra. Vânia Siciliano Aieta (Membro Externo – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

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

Publicação anual

Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Valença.

ISSN: 1518-8167

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

CDU: 34(81)(05)

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

Título	Revista Interdisciplinar de Direito
Título anterior	Revista da Faculdade de Direito de Valença
ISSN versão impressa	1518-8167
ISSN versão eletrônica	2447-4290
Linha editorial	A Revista FDV é generalista. Publica artigos sobre a dogmática das diversas áreas do direito nacional e internacional, além de trabalhos de pesquisa que possuam a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como temas centrais de desenvolvimento.
Tipos de trabalhos publicados	Artigos científicos, ensaios e jurisprudências nacionais e internacionais
Periodicidade	Semestral
Instituição	Centro de Ensino Superior de Valença
Endereço	Rua Sargento Vitor, 161 – Fátima
Cidade	Valença
Estado	Rio de Janeiro
Website	http://faa.edu.br/revistas/fdv
Ano de criação	1998 (impressa) 2009 (on line)
Classificação	Qualis B5 Direito; B4 Ciência Política e B4 Artigos interdisciplinares
Instituição financiadora	Não recebe financiamento
Bases de dados nacionais	Diadorim, Sumários
Bases de dados internacionais	
Editor Chefe	Rogério Tabet de Almeida
E-mail principal	revista.fdv@faa.edu.br
E-mail alternativo	cesva@faa.edu.br
Telefone	24-2453-1888

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

Autores

Adinan Rodrigues da Silveira

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá – UNESA. Coordenador do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – Campus João Uchoa. E-mail: adinan.rodrigues@estacio.br

Ana Flávia Costa Eccard

Doutoranda em Direito pelo PPGD/UVA. Membro do Grupo de Pesquisa “As relações de trabalho e as garantias individuais e coletivas sob os efeitos da globalização”. E-mail: anaeccard@gmail.com

André R. C. Fontes

Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Doutor em Ciências, em História das Ciências e das Técnicas e Epistemologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ); Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio). E-mail: gabaf@trf2.jus.br

Andréia Fernandes de Almeida

Doutora em Direito e Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa e História (PPGJA) da Universidade Federal Fluminense – UFF. Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Professora de Direito Civil em Curso de Graduação e Pós-Graduação. Bolsista do Programa de Pesquisa e Produtividade 2017-2018 (UNESA). Professora do PIBIC 2016-2017 (UNESA). E-mail: andreiafalcone@yahoo.com.br

Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Doutor, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Fez estágio pós-doutoral na University of Warwick. Professor Associado da UERJ; Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade Estácio de Sá; Secretário-Geral da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). E-mail: ceajapiassu@uol.com.br

Christiano Fragoso

Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da UERJ. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogado Criminal. E-mail: christiano.fragoso@gmail.com

Danielle Reis

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). E-mail: daniellesr46@gmail.com

Diogo Oliveira Muniz Caldas

Doutor em Direito - Universidade Veiga de Almeida (UVA). Email: diocaldas@hotmail.com

Edna Raquel Hogemann

Pós-Doutora em Direito (UNESA/RJ), doutora e mestre em Direito (UGF/RJ). Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, professora Adjunta e Coordenadora Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Coordenadora do Grupo Interinstitucional de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social. E-mail: edna.hogemann@estacio.br

Elpídio Paiva Luz Segundo

Doutorando em Direito pela UNESA/RJ. Professor do Curso de Direito da Faculdade Guanambi (FG-BA). Advogado. E-mail: elpidioluz@gmail.com

Flávia Sanna Leal de Meirelles

Doutoranda e Mestre na linha de Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professora das disciplinas penais no Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA/FAA), no Centro Universitário Carioca (UniCarioca) e na Universidade Cândido Mendes (UCAM). E-mail: flaviasanna@hotmail.com

Flávio Humberto Pascarelli Lopes

Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e doutorando pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: fpascarellilopes@icloud.com

Gabriel Borges da Silva

Doutorando em Sociologia e Direito PPGSD/UFF/FAA. E-mail: gabrielborgesadv@yahoo.com.br

Ivan da Costa Alemão Ferreira

Professor Doutor do PPGSD-UFF. Desembargador do TRT 1ª Região.
E-mail: ivanalemao.trt@gmail.com

João Eduardo de Alves Pereira

Doutor em Engenharia de Produção pela COPPE/UFRJ. Mestre em Geografia pelo Instituto de Geociências da UFRJ. Professor Associado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: je.alvespereira@gmail.com

Juliana Portella de Aguiar Vieira

Mestranda em Administração Pública pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EBAPE) do Rio de Janeiro. Economista. Graduada em Economia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). E-mail: portella.juliana.com

Leandro dos Santos Pacheco

Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Guanambi (FG-BA).
E-mail: leandro.gbi@hotmail.com

Leonardo Rabelo de Matos Silva

Doutor em Direito Econômico (UGF); Professor permanente e Coordenador do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Universidade Veiga de Almeida – PPGD/UVA. E-mail: leonardorabelo@uva.br

Leslie Arthou

Acadêmica de Direito pela FESO. E-mail: les.arthou@gmail.com

Pedro Diaz Peralta

Professor Doutor da Universidade Complutense de Madri. E-mail: paraley@telefonica.net

Raquel de Lima Mendes

Doutoranda do PPGSD-UFF. Professora na Universidade Veiga de Almeida. Advogada. E-mail: raquelmendesadv@yahoo.com.br

Reis Friede

Desembargador Federal e ex-membro do Ministério Público. Mestre e Doutor em Direito pela UFRJ. Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta.

Autor de várias obras jurídicas, dentre as quais se destaca *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*, Editora Manole Universitária, 9ª edição, 2015. E-mail: reisfriede@hotmail.com

Rogério Borba

Doutor em Sociologia (UCAM). Bacharel e Especialista em Direito (UCAM), Mestre em Direito (FDC). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da LIMAA. Professor do Ibmec, da UniCarioca, da Universidade UNESA e da EMERJ. Advogado. E-mail: rogeriorborba@gmail.com

Rômulo Bulgarelli Labronici

Doutor em Antropologia PPGA/UFF. E-mail: romulolabronici@gmail.com

Sérgio Felipe Coelho Francisco

Pós-graduando em Direito dos Contratos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RJ. Aluno PIBIC 2016-2017. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. E-mail: sergio-coelho@outlook.com.br.

Thiago Jordace

Doutor e Mestre em Direito pela UERJ, Graduado em Direito pela UFRJ, professor da UFRRJ, FESO, FEMPERJ, IBMEC e advogado. E-mail: thiagojordace@hotmail.com

Valéria Julião Silva Medina

Doutora e Mestre em Direito Processual pela UNESA/RJ. Especialista em direito de Família e Sucessões pela EPD/SP. Professora de graduação, pós-graduação e extensão em direito processual civil. Advogada. E-mail: vjsmedina@yahoo.com.br

Sumário

Apresentação José Rogério Moura de Almeida Filho	13
Contribuciones, desde una perspectiva europea, al artículo “As relações da Biologia com o Direito e seus dois maiores desdobramentos: o Biodireito e a Biopirateria” Pedro Diaz Peralta	15
Entre direitos sociais e jabuticabas: as centrais sindicais no mundo e no Brasil Leonardo Rabelo de Matos Silva e Ana Flávia Costa Eccard	29
As críticas de Fink e Frege à filosofia de Husserl André R. C. Fontes	45
Ensaio sobre a estabilização da tutela antecipada nas ações de família Valéria Julião Silva Medina	51
A contraposição da teoria dos custos de direitos e do mínimo existencial no campo da judicialização dos direitos fundamentais Diogo Oliveira Muniz Caldas	67
Lava Jato: o problema do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica Raquel de Lima Mendes e Ivan da Costa Alemão Ferreira	81
Política nacional de resíduos sólidos (Lei nº 12.305/2010) e educação ambiental Danielle Reis, Reis Friede e Flávio Humberto Pascarelli Lopes	99
Reconfiguração regional e disputa oligárquica no Sudeste brasileiro no final do Império: imigração, ensino agrícola e o projeto de criação da Província do Rio Sapucaí João Eduardo de Alves Pereira	113

A Lei dos 15 minutos e a sua (in)efetividade Jurídico-Social em Guanambi/Bahia Edna Raquel Hogemann, Elpídio Paiva Luz Segundo e Leandro dos Santos Pacheco	125
A proteção da Mulher com vista a promover a Igualdade Substancial no âmbito doméstico Andréia Fernandes de Almeida, Adinan Rodrigues da Silveira e Sérgio Felipe Coelho Francisco	143
Notas históricas e conceituais sobre o direito social à educação Rogério Borba e Juliana Portella de Aguiar Vieira	159
Insanidade e Direito Penal: a duração máxima das medidas de segurança Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Flávia Sanna Leal de Meirelles	187
Uma contravenção controvertida: reflexões acerca da tutela penal do jogo do bicho Rômulo Bulgarelli Labronici e Gabriel Borges da Silva	201
Tratados e convenções internacionais recepcionados pelo Brasil para a preservação do meio ambiente Thiago Jordace e Leslie Arthou	215
Prejulgamento induz suspeição de juiz criminal Christiano Fragoso	235

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira mais uma edição da Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes dos corpos docente e discente de nossas faculdades. A edição do presente número expressa a preocupação da Faculdade de Direito de Valença no sentido de oferecer um espaço para a discussão e o diálogo interdisciplinares, fato que permite ao leitor o contato com diferentes saberes e diferentes posições doutrinárias

Convidamos todos à leitura.

Valença, 30 de junho de 2017.

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

Contribuciones, desde una perspectiva europea, al articulo “As relaoes da Biologia com o Direito e seus dois maiores desdobramentos: o Biodireito e a Biopirateria”

Pedro Diaz Peralta¹

Resumen

Este articulo aborda las cuestiones sobre Bioética, Derechos humanos y Proteccion de la biodiversidad dentro de los términos académicos del debate sobre *o Biodireito e a Biopirateria*, ampliamente desarrollados por el Profesor Dr. Andre Fontes, introduciendo una rápida vision desde la perspectiva europea de las opciones regulatorias adoptadas.

Palabras Clae: Human trafficking; trasplantes donaciones de organos; biotecnologia; derecho de patentes; patentes biotecnologicas; ley farmaceutica; conocimiento tradicional; biodiversidad.

Bioetica Y Derecho

Esta contribuci3n a la lectura y desarrollo del texto del Profesor Doctor Andre Fontes “As relaçoes da Biologia com o Direito e seus dois maiores desdobramentos: o Biodireito e a Biopirateria”, viene a reconocer el ‘profundo y apasionante analisis que introduce el profesor Fontes en su artículo sobre el papel de la tica para dar respuesta a los dilemas que surgen del desarrollo del Derecho de las nuevas tecnologías relacionadas con las ciencias de la salud y de la vida que tienen como denominador com3n el aprovechamiento del material gen3tico y de sus recursos asociados. Estos dilemas se manifiestan envarias de sus vertientes:

– La utilizaci3n a gran escala, con fines experimentales y terap3uticos, de la informaci3n gen3tica que contiene el genoma humano abre paso a un formidable debate que aboca en definitiva a la definici3n de los limites que el respeto a la dignidad humana, a supropia integridad y a los principios de autonomade la voluntad deben imponer a la utilizaci3n del material gen3tico y celular humano por la ciencia y por la medicina.

¹ Prof. Dr. da Universidade Complutense de Madri. E-mail: paraley@telefonica.net

– Por otro lado, el mejor acceso que ofrece hoy la ciencia a la información genética general de las especies vivas plantea a su vez otros dilemas adicionales, que surgen de la manipulación y transferencia a gran escala de material genético entre especies, (lo que permite a su vez la supervivencia de organismos modificados genéticamente), como son: la protección de la diversidad y de la integridad genética propia de cada especie, la utilización de principios activos aislados de los seres vivos, el aprovechamiento con fines de lucro de esa información y la cuestión general de la patentabilidad de los seres vivos.

Como la tecnología que permite esta amplia incorporación del potencial genético es accesible y aplicable- en el estado actual de la ciencia- tanto a la especie humana como al conjunto de las especies vivas a través de los procesos de innovación y desarrollo, surgen nuevos desafíos para el legislador a la hora de dar forma legal a la regulación en estos ámbitos, acertadamente descritos por el Profesor Fontes como “campos frontera entre el derecho y ciencia”.

La introducción de límites éticos que puedan ser positivados en normas vinculantes es por tanto, una prioridad esencial en este proceso y tiene como elemento común la incorporación en el derecho positivo de normas éticas que traen causa en planteamientos éticos-científicos.

Al analizarla aportación del derecho en estos casos, aprecia el Profesor Fontes la concurrencia de diversos intereses y bienes jurídicos en juego: el juramento hipocrático, las normas deontológicas, los principios de orden público y política sanitaria, la defensa constitucional de la integridad de la persona o de los derechos humanos.

No se trata aquí de construir un régimen hipotético desde la base de la filosofía del derecho o del derecho natural, sino de sentar unos mínimos elementos vertebradores que orienten el proceso legislativo en el seno de cada sistema legislativo. Por ejemplo, la preferencia del donante fallecido sobre el vivo en el campo de la donación de órganos está inserta en los Convenios de Consejo de Europa que más adelante se analizan y han pasado a formar parte del derecho interno de los estados que conforman la Unión Europea a través del proceso legislativo común. La dimensión ética en el campo de la biomedicina está armonizada pues en el marco del Consejo de Europa (Institución que engloba a todos los países del continente europeo más allá de instituciones supranacionales, incluyendo a Rusia) junto con otros principios éticos positivados, se da en el campo de la investigación con células madre o en la experimentación con seres humanos. Es necesaria no obstante una mayor definición en áreas tales como la maternidad subrogada o la prevención del llamado ensañamiento o encarnizamiento terapéutico, por poner dos ejemplos relevantes.

El objeto de este artículo es, por tanto, el análisis de supuestos de normas éticas positivadas en Derecho Público en Europa, en especial, en los campos del derecho sanitario, de la salud y biotecnología, cuyo debate y razón de ser han saltado a la calle.

Derechos Humanos y bioética

De acuerdo con el artículo 2 de la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos de 1997²:

“a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.

b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad.”

El artículo 13 establece que: *“Las consecuencias éticas y sociales de las investigaciones sobre el genoma humano imponen a los investigadores responsabilidades especiales de rigor, prudencia, probidad intelectual e integridad, tanto en la realización de sus investigaciones como en la presentación y explotación de los resultados de éstas. Los responsables de la formulación de políticas científicas públicas y privadas tienen también responsabilidades especiales al respecto.”*

En este campo el Consejo de Europa³, há adoptado variass iniciativas importantes, dos de las cuales están ligadas a España por adopcion: El Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina y el Convenio de Santiago de Compostela. El protocolo adicional sobre Investigacion Biomédica del Convenio de Oviedo, (*Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research*)⁴, introduce cuestiones éticas y regulatórias sobre las actividades de investigación biomédica que implican intervenciones en seres humanos. El principio fundamental de la investigación con seres humanos es el consentimiento libre, informado, expreso, específico y documentado de la persona o personas que participan.

Los recientes avances en biomedicina y biotecnología han llevado a la amplia utilización de tejidos humanos y las partes corporales humanas pueden ser utilizados, modificados, donados o vendidos, animando así un debate público sobre cuestiones cruciales en la interacción bioética con el Derecho de la biotecnología. Como bien apunta el Profesor Andre Fontes, em esta encrucijada subsisten dos debates: la mercantilizacion del cuerpo humano frente al altruísmo

² Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Adoptada por la Conferencia General de la UNESCO, 11 de Noviembre de 1997 aprobada el 11 de noviembre de 1997 por la Conferencia General en su 29ª reunión por unanimidad con el objetivo de constituir un referente universal para armonizar el respeto de los derechos y las libertades fundamentales en el equilibrio con la libertad de investigación en el campo de la biología y la biotecnología

³ Para mas informacion sobre las iniciativas del Consejo de Europa em el campo de bioética y biomedina, ver <http://www.coe.int/en/web/bioethics/home>

⁴ <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/195> *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research* (Treaty No.195). En total, el Convenio de Oviedo cuenta con 4 protocolos adicionales relativos a la Clonacion de Seres Humanos,

y gratuidad de la adopción y el principio de autonomía de la voluntad frente a la protección del respeto y la dignidad humana.

Cuestiones Éticas Y Jurídicas Relativas A La Investigación Sobre Los Tejidos Humanos, Donación Y Trasplante De Órganos Y Maternidad Subrogada

En los últimos tiempos la regulación de los aspectos éticos en relación al uso de técnicas biomédicas, ha ido pareja con el avance de la investigación científica respecto a la investigación y desarrollo de técnicas sobre empleo de tejidos embrionarios y embriones humanos, el uso de células madre en investigación y terapia y la regulación de sistemas de donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células humanas.

En particular, el actual debate bioético abarca las tecnologías reproductivas (investigación científica sobre embriones humanos y tejidos embrionarios, uso de células madre para investigación y terapia), donación y trasplante (de órganos, tejidos, células y otros materiales biológicos) y la maternidad sustitutiva. Un aspecto importante del presente debate se refiere al establecimiento de normas normativas y normativas compartidas a nivel europeo para regular el tráfico ilícito de personas y material biológico con fines de investigación, terapéuticos o reproductivos.

En todos estos nuevos campos de desarrollo de las ciencias médicas, los principios éticos consagran sin excepción los principios de respeto de la integridad e identidad humana y de la dignidad del hombre como fines irrenunciables a los que debe subordinarse la Ciencia en su avance.

En sus aspectos prácticos, las iniciativas adoptadas en los Foros internacionales han tenido como resultado la adopción de Instrumentos que regulan los aspectos éticos en relación a los siguientes aspectos sensibles sobre la identidad e integridad humana:

- investigación biomédica.
- embrión humano y células madre.
- Maternidad subrogada
- tráfico de órganos.
- tráfico de personas (potenciales donantes)

Las dimensión ética de los tres primeros está armonizada en el marco del Consejo de Europa (Institución que engloba a todos los países del continente europeo más allá de instituciones supranacionales, incluyendo a Rusia) a través de dos instrumentos específicos, el Convenio de Oviedo de 1997 y el Convenio de Prevención de Tráfico Ilícito de Órganos (Convenio de Santiago

de Compostela de 2015), desarrollado en el ámbito del Consejo de Europa, pero abierto a signatarios no miembros (al resto de países).

Adicionalmente, la autorregulación de la biomedicina y biociencias han sido objeto de la Declaración de Helsinki al que puede sumarse la Declaración de Gijón sobre Bioética de 2000.

Por último, el tráfico ilícito de personas con fines de donación ha sido objeto de desarrollo en el seno de las Naciones Unidas (*Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, y del Consejo de Europa (Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Varsovia, 2005). Estos Convenios están abiertos a cualquier estado signatario sea o no del continente europeo.

Un ejemplo de las actuales controversias sobre las opiniones divergentes teóricas y normativas relativas a los derechos individuales del cuerpo está representado por el debate en curso sobre el estatus ético y legislativo de la maternidad de sustitución. En este sentido, los fundamentos teóricos y normativos clave bajo las posiciones favorables y opuestas que estructuran el debate actual entre los Estados miembros de la UE, trazando las distintas posiciones⁵.

En todos estos nuevos campos de desarrollo de las ciencias médicas, los principios éticos consagran sin excepción los principios de respeto de la integridad e identidad humana y de la dignidad del hombre como fines irrenunciables a los que debe subordinarse la Ciencia en su avance. En sus aspectos prácticos, las iniciativas adoptadas en los Foros internacionales han tenido como resultado la adopción de Instrumentos que regulan los aspectos éticos en relación a los siguientes aspectos sensibles sobre la identidad e integridad humana:

- Investigación biomédica.
- Embrión humano y células madre.
- Tráfico de órganos.
- Tráfico de personas (potenciales donantes).

Las dimensión ética de los tres primeros está armonizada en el marco del Consejo de Europa a través de dos instrumentos específicos, el Convenio de Oviedo de 1997 o el Convenio de Prevención de Tráfico Ilícito de Órganos (Convenio de Santiago de Compostela de 2015), desarrollado en el ámbito del Consejo de Europa, pero abierto a signatarios no miembros (al resto de países), al que puede sumarse las iniciativa privada sobre autorregulación de

⁵ Entre ellos (i) el principio de la propiedad sobre el propio cuerpo; (ii) la situación de los derechos reproductivos en diferentes países y contextos culturales; (iii) los derechos y la protección de los intereses del recién nacido; (iv) la protección de los derechos legales y el bienestar psicobiológico de la madre sustituta; (v) el probable impacto en la relación familiar en relación con el bienestar futuro del niño

la biomedicina y biociencias (Declaración de Helsinki la Declaración de Gijón sobre Bioética de 2000. No debe dejar de subrayarse el hecho de que dos de los instrumentos de referencia que regulan a nivel internacional los aspectos éticos ligados a la biomedicina tengan de referencia a lugares que históricamente han estado adscritos al Camino de Santiago, en los antiguos reinos hispanos. (Asturias y Santiago de Compostela).

Convenios y Declaraciones internacionales

1) Convenio de Oviedo, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.⁶

En lo esencial, los principios de prohibición de lucro, la regulación del consentimiento y la preferencia por el trasplante de órganos de donantes fallecidos, ya figuran anticipadamente en este convenio:

- Artículo 2 (Primacía del ser humano): *El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia.*

- Artículo 4 (Obligaciones profesionales y normas de conducta).

Toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la experimentación, deberá efectuarse dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables a cada caso.

Artículo 19. Regla general: para extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos con fines de trasplantes;

1. La extracción de órganos o tejidos con fines de trasplantes no puede llevarse a cabo en un donante vivo si no es en interés terapéutico del receptor y si no se dispone de un órgano o tejido adecuado de una persona fallecida ni de método terapéutico alternativo de eficacia comparable.

2. El consentimiento ha de ser expreso y específico, sea por escrito o ante una instancia oficial.

Artículo 21. Prohibición de lucro establece imperativamente que el cuerpo humano y sus partes no deben ser, como tales, fuente de lucro.

El Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre investigación biomédica aborda cuestiones como los riesgos y beneficios de la investigación, el consentimiento, la protección de las personas que no pueden consentir en la investigación, la calidad científica, el examen independiente de la investigación por un comité de ética, la confidencialidad y el derecho a la información, la seguridad y el deber de cuidado.

⁶ Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (biomedicina) Hecho en Oviedo el 19 de noviembre de 1996

2) Convenio del Consejo de Europa contra el Tráfico de 6rganos (Convenio de Santiago de Compostela de 2005) (CM(2013) 79 final) Abierto a la firma el 25 de marzo de 2015

El tráfico de 6rganos humanos es un problema de dimensiones planetarias, tal como se seal6 en el estudio conjunto del Consejo de Europa y las Naciones Unidas, que impuls6 la preparaci6n y la redacci6n del Convenio. Consagra los principios rectores de prohibici6n de lucro, la regulaci6n del consentimiento y la preferencia por el trasplante de 6rganos de donantes fallecidos.

Parte de las conclusiones de Conclusiones de la Conferencia Internacional de Alto Nivel sobre la lucha contra el Tráfico de 6rganos Humanos Santiago de Compostela (España) Marzo 2015: *El tráfico de 6rganos humanos vulnera la dignidad de los seres humanos y la integridad del cuerpo humano, y socava la confianza en la eficiencia y la justicia del sistema de salud p6blica. El Convenio prohíbe la extracci6n de 6rganos humanos cuando 6sta se lleva a cabo sin el consentimiento libre, informado y específcico del donante vivo o fallecido, o cuando se haya ofrecido al donante o a un tercero un beneficio financiero, o 6stos hayan recibido dicho beneficio.*

Se establece tambi6n que el tráfico de 6rganos humanos es un delito penal, permitiendo a los Estados luchar contra este tipo de comportamiento ilícito

3)- Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Varsovia, 16 de mayo de 2005) Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings.

Artículo 4 – Definiciones Para los fines del presente Convenio:

La expresi6n «trata de seres humanos» designa la contrataci6n, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligaci6n, mediante rapto, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situaci6n de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptaci6n de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotaci6n.(...) La explotaci6n incluirá, la extracci6n de 6rganos;

4)-United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime. Protocol to CHARTER OF THE UNITED NATIONS AND STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. (New York, 15 noviembre 2000).

Declaraciones internacionales de autorregulación

Declaración de Helsinki

El principio fundamental es el respeto a la persona (artículo 8), su derecho a la libre determinación y el derecho a tomar decisiones informadas (artículos 20, 21 y 22) en relación con la participación en la investigación, tanto inicialmente como durante la investigación. El deber del investigador es únicamente para el paciente (artículos 2, 3 y 10) o como voluntario (artículos 16, 18), y siempre que haya necesidad de investigación (artículo 6), el bienestar del sujeto debe prevalecer siempre sobre los intereses de la ciencia y la sociedad (artículo 5), y las consideraciones éticas deben prevalecer siempre sobre las leyes y reglamentos (artículo 9).

El reconocimiento de la mayor vulnerabilidad de individuos y grupos exige una vigilancia especial (artículo 8). Se reconoce que cuando el participante investigador es incapaz, físicamente o mentalmente incapaz de dar su consentimiento, o es menor de edad (artículos 23, 24), entonces la asignación debe ser considerada para el consentimiento sustituto por un individuo que actúa en el mejor interés del sujeto, El consentimiento debe obtenerse siempre que sea posible (artículo 25).

Declaración de Gijón sobre Bioética

(Adoptada a la clausura del Congreso Mundial de Bioética el Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI) establece que la ciencia y la tecnología deben tomar en consideración el interés general de acuerdo con lo establecido en los convenios, entre ellos, el Convenio de Oviedo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa del 4 de abril de 1997).

Recomendaciones y aclaraciones: Corresponde a la Bioética aclarar la opinión sobre las consecuencias de todo tipo de los avances científicos y técnicos:

Punto 1. Las biociencias y sus tecnologías deben servir al bienestar de la Humanidad, al desarrollo sostenible de todos los países, a la paz mundial y a la protección y conservación de la naturaleza. Ello implica que los países desarrollados deben compartir los beneficios de las biociencias y de sus tecnologías con los habitantes de las zonas menos favorecidas del planeta y servir al bienestar de cada ser humano.

Punto 2. Una importante tarea de la Bioética, que constituye una actividad pluridisciplinar, es armonizar el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los derechos humanos, en relación con los valores y principios éticos proclamados en las Declaraciones y la Convención antes mencionadas, en cuanto que constituyen un importante primer paso para la protección del ser humano.

Punto 3. La enseñanza de la Bioética debería incorporarse al sistema educativo y ser objeto de textos comprensibles y rigurosos.

Las biotecnologías deben inspirarse en el principio de precaución.

Bioética x Biodiversidad -

Las células madre embrionarias (Embrionic stem) o pluripotenciales: derivan de la masa celular interna del embrión en estadio de blastocisto (7-14 días), y son capaces de generar todos los diferentes tipos celulares del cuerpo, por ello se llaman células madre órgano-específicas o multipotenciales y derivan tras multitud de divisiones celulares, de las embrionarias. Estas células son capaces de originar las células de un órgano concreto en el embrión, y también, en el adulto. En el neonato aparecen en el cordón umbilical. En el adulto existe un tejido fuente de estas células madre, la médula ósea.

Entre las células madre órgano-específicas, se encuentran las células de la médula ósea, que son capaces de generar todas las estirpes celulares de la sangre y del sistema inmune. Están resultando esenciales para la recuperación del sistema inmunológico y hematopoyético, tanto en pacientes tratados con radioterapia o quimioterapia como en aquellos que muestran una disminución de las defensas secundarias al tratamiento, como en neoplasias hematológicas (leucemia).

En Estados Unidos, durante el mandato del presidente Bush se promovió varias iniciativas parlamentarias orientadas a la prohibición por ley de la clonación humana con cualquier fin, incluyendo la clonación de embriones destinados a investigación o fines terapéuticos. Sin embargo, el cambio de Administración tras la llegada de Obama ha propiciado un cambio de aptitud radical en lo que a la investigación con células madre embrionarias se refiere. Según acaba de anunciar la Administración americana, se abrirán nuevas posibilidades de investigación al permitir el uso de embriones desechados por las clínicas de fertilidad para crear nuevas líneas celulares.

Encrucijada moral en la investigación biomédica

La “neutralidad moral” no existe en las nuevas legislaciones sobre biotecnología animal. Independientemente de la organización de la Administración encargadas de controlar el desarrollo de la biotecnología, el marco regulatorio refleja por fuerza el dilema moral y la doble ética sobre clonación. Como un vínculo entre la pluralidad de puntos de vista posibles y la multiplicidad de opciones éticas, el trabajo de los Comités Científicos es esencial. sumen que la gente valora por separado la posibilidad y probabilidad de todas las alternativas e integran esta información a través de las estimaciones para llegar a una decisión. Por consiguiente se propone una alternativa teórica, el riesgo como sentimiento, que subraya el papel de la experiencia y de los afectos en el momento de la toma de decisiones⁷. Aplicada a la investigación clínica, fisiológica o psicológica muestra que las reacciones emocionales ante situaciones de peligro a menudo divergen en

⁷ Loewenstein GF, Weber EU, Hsee CK, Welch N. *Risk as feelings*. (2001) 1: Psychol Bull. 2001 Mar;127(2):267-86.

la valoración subjetiva del riesgo. Cuando tales divergencias aparecen, la emoción guía el comportamiento. Esta teoría de la sensación de riesgo, proporciona una explicación científica a fenómenos basados en la gestión del riesgo que no podían ser interpretados como expresión de una secuencia lógica.

Biopirateria, Bioprospección Y Recursos Del Conocimiento Tradicional

En los últimos tiempos, la creciente atención al papel global de los recursos basados en los usos tradicionales se ha ido extendido sobre los motivos de su creciente aceptación en las sociedades desarrolladas, y como una faceta más de la protección del Conocimiento Tradicional tanto en el marco de los mecanismos del Convenio de Biodiversidad, como la protección legal a través del derecho de patentes y otros derechos legales equivalentes, mejorando en paralelo la visibilidad pública del *Conocimiento Tradicional* tal como se define en el artículo 8- *Conservación in situ*, del convenio de Diversidad Biológica⁸.

En el ámbito del CBD, la bioprospección está regulada a través de Acuerdos de Acceso y Distribución de Beneficios, surgidos de la aplicación Protocolo de Nagoya⁹, cuyo objetivo es la participación justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, contribuyendo así a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica, y que en la práctica se lleva a cabo través de acuerdos contractuales bilaterales entre estados ecológicamente ricos o de las comunidades y las empresas privadas y se basan en los principios de “consentimiento previo informado” y “distribución equitativa de los beneficios”. Su aplicación global se han visto reforzados en la Unión Europea por la adopción de medidas legales de protección para garantizar un uso equitativo. Estas medidas establecen obligaciones específicas para los operadores que importen, elaboren o comercialicen principios activos en el marco del Protocolo de Nagoya de 2010 sobre Acceso a los Recursos Genéticos naturales, anexo al CBD (Reglamento (UE) 511/2014, de 16 de abril de 2014¹⁰). Debe tenerse

⁸ Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro de 1992. El Convenio incluye entre sus objetivos (art.1): “la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada”.

⁹ Protocolo de Nagoya sobre acceso a Recursos Genéticos y para el reparto equitativo de beneficios derivados de su utilización. Anexo I al Documento UNEP/CBD/COP/DEC/X/1, de 29 de octubre de 2010.

¹⁰ Reglamento (UE) 511/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativo a las medidas de cumplimiento de los usuarios del Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización en la Unión. Los artículos 5 y 7 establecen obligaciones para los usuarios

en cuenta tambi3n lo que prev3 la Convenci3n sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres- CITES, cuya aplicaci3n en la UE se regula mediante Reglamento (CE) 338/97, del Consejo.¹¹

Patentabilidad de los seres vivos

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, m3s conocido por sus siglas en ingl3s, TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) establece las directrices m3nimas que debe contener la legislaci3n interna de cada Estado sobre Propiedad Intelectual junto con las que regulan los procedimientos nacionales para su aplicaci3n, litigios sobre patentes y resoluci3n de disputas as3 como la aplicaci3n de sistemas especiales (*sui generis*) recomendados para la protecci3n de las variedades vegetales aut3ctonas en el marco de derechos an3logos de propiedad intelectual. El Acuerdo TRIPS permite a los pa3ses excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotaci3n comercial sea contraria al orden p3blico o a las buenas costumbres. Los pa3ses pueden excluir de la patentabilidad “los m3todos de diagn3stico, terap3uticos y quir3rgicos para el tratamiento de seres humanos o animales”.

Las secuencias modificadas del genoma obtenidas por la manipulaci3n humana sobre el genoma (concepto m3s amplio que el ADN y que incluye pl3smidos) pueden considerarse “productos” de la inventiva humana, y por lo tanto patentables, frente a las secuencias naturalmente presentes en la naturaleza. As3 lo estableci3 por primera vez la conocida sentencia de la Corte Suprema de EE.UU., en el asunto *Diamond vs Chakrabarty*, de 1980, sobre la patentabilidad de una bacteria que hab3a sido modificada gen3ticamente por el reivindicante y cuyo nuevo material inserto fue equiparado por la Corte Suprema de EE.UU. “con una manufactura”. La oficina USPTO de EE.UU., encargadas del registro de Patentes y Marcas comerciales, ha establecido que la identificaci3n de una secuencia de un gen en s3 no es patentable pero que el gen aislado de su estado natural podr3a ser patentable si los solicitantes pueden demostrar su especialidad, sustancialidad y utilidad cre3ble. Por similar motivo los descubrimientos no pueden ser patentados porque no son fruto del conocimiento humano y no suponen una aportaci3n t3cnica¹².

a fin de garantizar un uso equitativo de estos productos, como la de obtener certificados de conformidad internacionalmente reconocidos u otros medios de prueba fehaciente que avalen el consentimiento informado de las partes.

¹¹ Como ejemplos en Sudam3rica: Quinoa; Stevia; Maca, (*Lepidium meyenii*), uno de los alimentos esenciales para pueblos ind3genas de Peru; Camu-camu (*Myrci3ria dubia*); Inca Inchi. (*Plukenetia volubilis* linneo); Ayahuasca (*Banisteriopsis caapi*) Sangre de drago (*Croton churutensis*). Rupunina derivado de *Chlorocardium rodiei* (palo verde).

¹² GUILL3N CARRAU, J.: *La protecci3n jur3dica de las invenciones biotecnol3gicas*, 2001, p3g. 232.

El Derecho de la Unión Europea recoge la exclusión de patentabilidad por razones de orden público o moralidad en los términos que establece la Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas y que en la actualidad comprende entre otros a los procedimientos de clonación de seres humanos y los procesos orgánicos esenciales.¹³ Destacar en esta línea la posición jurisprudencial establecida, entre otras, por la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Oliver Brüstle v Greenpeace e.V.*, acerca de la patentabilidad de células madre embrionarias humanas¹⁴. El uso de embriones humanos para usos terapéuticos o diagnósticos aplicables en el embrión humano, es patentable pero no su uso en investigación científica pura.

Finalmente, otros mecanismos indirectos para proteger los recursos naturales de su utilización inadecuada han sido arbitrados a través de la WTO (resoluciones de los Organos de Resolución de Disputas del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio). Un ejemplo es el denominado *Shrimp-Turtle Case*¹⁵. Este litigio enfrentó a India, Pakistán, Tailandia y Malasia, por un lado contra los Estados Unidos, por la decisión de este último país de que las embarcaciones dedicadas a la captura de crustáceos (gambas y camarones) utilizaran dispositivos eficaces para prevenir la captura de especies amenazadas de tortugas. La decisión del Órgano de Apelación (1998) reconocía el derecho de los Estados Unidos a adoptar medidas comerciales para proteger el medio ambiente, siempre que no tuvieran efectos discriminatorios para algunos exportadores frente a otros.

Referências bibliográficas

- ARTUSO, A.: *Bioprospecting, Benefit Sharing and Biotechnological Capacity Building*. World Development, 30, 8. págs. 1355- 2002.
- BARDI, M., GUTIERREZ-OPPE, E., POLITANO, R.: Traditional knowledge products in Latin America and their misappropriation. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2011.
- CARRIER, M. A.: *Innovation for the 21st century: harnessing the power of intellectual property and antitrust law*.
- DEDEURWAERDERE, T.: *From bioprospecting to reflexive governance*. Ecological Economics 53 (2005) 473– 491.
- DEWITT DICKINSON, E. *The equality of States in international law*. Joyner, C. International Law in the 21st Century (2005),
- ELLIOT, P.: Confronting Biopiracy. *Journal of Biological Education*, 45:3, 170. 2011.
- FINETTI, C.: *Traditional Knowledge and the patent System: Two worlds apart?*. World Patent Information 33 (2011), págs. 58-66.

¹³ Prohibiciones “1. Las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a las buenas costumbres, sin poderse considerar como tal a la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria”.

¹⁴ Asunto C-34/10: *Oliver Brüstle v Greenpeace e.V. Brüstle. Extraction of precursor cells from human embryonic stem cells*.

¹⁵ https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis08_e.htm

- GERTSCH, J.: *Cross-Cultural comparison of medicinal florals*. What are the implications for bioprospecting? *Journal of Ethnopharmacology*, 139 (2012) p.685.
- GUILLÉN CARRAU, J.: *La protección jurídica de las invenciones biotecnológicas*, 2001, pág. 232.
- LOEWENSTEIN GF, WEBER EU, HSEE CK, WELCH N. *Risk as feelings*. (2001) 1: *Psychol Bull.* 2001 Mar;127(2):267-86.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A.: La protección dual de la propiedad industrial de las plantas transgénicas: como invenciones y como variedades vegetales, *Revista para el Análisis del Derecho* - InDret 1/2011, págs. 2-29.
- PILA, J. *Some Reflections on Method and Policy in the Crowded House of European Patent Law and their implications for India*. (2012) 24 *National Law School of India Review*. 54. 2011.
- SPANGGAARDT, T, *The marketing of GMOs* A supra-national battle over Science and precaution op. cit.
- SUNSTEIN, CASS R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. (2005)
- SUKWANI, A.: *Recursos Genéticos, propiedad intelectual, reparto de beneficios*. Documentación Administrativa, Mayo- Diciembre 2007.

Entre direitos sociais e jabuticabas: as centrais sindicais no mundo e no Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva¹
Ana Flávia Costa Eccard²

Resumo

O artigo busca analisar a existência das centrais sindicais no mundo e no Brasil, utilizando o direito comparado como método. O título decorre da chamada “Teoria da jabuticaba”, tratada na ciência política, na qual as coisas que apenas têm sucesso no Brasil, ou parecem ter, são como a fruta, que não existiria em qualquer outro lugar do mundo. Os países escolhidos para a amostragem foram Alemanha, Áustria, Espanha, Itália, França e Portugal. O motivo é constarem como casos de sucesso no continente europeu, que é o mais progressista entre os demais. A comparação com a estrutura brasileira, que se apresenta contrária ao próprio texto constitucional (Art. 8º, II) é objeto desta pesquisa e de sua conclusão: a confirmação da Teoria da jabuticaba. Se algo só dá certo no Brasil e não é jabuticaba, necessita ser investigado e entendido.

Palavras-chave: Direitos sociais; centrais sindicais; teoria da jabuticaba.

Abstract

The article analyzes the existence of the Trade Union the world and in Brazil, using Comparative Law as a method. The title stems from the so-called “Theory of Jabuticaba,” dealt with in Political Science, in which things that only succeed in Brazil, or appear to have had, are like fruit that would not exist elsewhere in the world. The countries selected for sampling were Germany, Austria, Spain, Italy, France and Portugal. The reason is that they appear as success stories on the Europe ancontinent, in turn, the most progressive among the others. The compar is on with the Brazilian structure, which is contrary to the constitutional text it self (Article 8, II) is the object of this research and its conclusion: the confirmation of Jabuticaba Theory. If something only works in Brazil and is not jabuticaba, it needs to be investigated and understood.

Keywords: Social rights; central trade unions; theory of the jabuticaba.

¹ Doutor em Direito Econômico (UGF); Professor permanente e Coordenador do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Universidade Veiga de Almeida – PPGD/UVA. E-mail: leonardorabelo@uva.br

² Doutoranda em Direito pelo PPGD/UVA. Membro do grupo de pesquisa “As relações de trabalho e as garantias individuais e coletivas sob os efeitos da globalização”. E-mail: anaeccard@gmail.com

Introdução

Inicialmente, cabe ressaltar que este artigo, visto sob a ótica do direito comparado, requereu um cuidado especial para que não incorresse em um equívoco infelizmente corriqueiro na doutrina, qual seja: a interpretação de que direito comparado é sinônimo de comparação de leis.

Sobre o tema, cabe anotar o esclarecimento de Leontin-Jean Constantinesco de que o direito não é uma criação espontânea e abstrata. Como produto de um progresso sócio-histórico, está sujeito à influência, direta ou indireta, de fatores e de elementos que se cruzam para determinar substância e forma. O mesmo vale para o direito comparado. A sua evolução, incerta, mas progressiva, em direção a uma existência reconhecida, se explica por um conjunto de fatores sobre os quais resulta útil deter-se brevemente. Por este caminho se compreendem melhor os fundamentos ainda problemáticos e as razões da existência do direito comparado (CONSTANTINESCO, Leontin-Jean, 2002, p. 4). Colocadas essas ressalvas, o estudo comparado é um instrumento de renovação do direito. Pastore aponta, em artigo recente, as “jabuticabas” do sindicalismo brasileiro, práticas desconhecidas em outros países, tais como cobranças compulsórias dos não filiados e ausência de prestação de contas dos recursos arrecadados.

As centrais sindicais têm origem ainda no século XIX e podem ser citadas como exemplo: na Inglaterra, *Trade Unions (TUC)* – Congresso dos Sindicatos (1868); Suíça, *SGB SchweizerischerGewerkschaftsbund* – União dos Sindicatos Suíços (1880); Alemanha, *Generalkommission der FreienGewerkschaftenDeutschlands* – Central de Sindicatos Livres (1890) - e *DeutscherGewerkschaftsbund (DGB)* – União de Sindicatos Alemães (1949); Áustria, *BundFreierGewerkschaften* – União de Sindicatos Livres (1892) - e *OsterreichischeGewerkschaftsbund* – União de Sindicatos Austriacos (1945); França, *ConfédérationGénéralduTravail (CGT)* – Confederação Geral do Trabalho (1895); Suécia, *Landsorganisationen i Sverige (LO)* – Confederação Sueca de Sindicatos (1898); Itália, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CDDL)* – Confederação Geral do Trabalho (1906) - e *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL)* – Confederação Italiana do Trabalho (1944) - (SCHUTTE, Giorgio Romano; *et al. apud* Pastore, 2003, p. 34).

Alemanha

No período que sucedeu a 2ª Guerra Mundial, dezesseis sindicatos de trabalhadores estabeleceram a Federação Sindical Alemã (*DGB*)³. Entre os representantes do lado patronal, há três tipos de organizações: as câmaras de indústria e comércio, as associações setoriais e as associações de empregadores.

Em geral, as câmaras representam interesses da categoria econômica e realizam treinamento dos quadros de pessoal. Na esfera nacional, estão

³ Há outras duas confederações de empregados: a *DAG* - Confederação dos Empregados Assalariados (*white collar*) - e a *DBB* - Confederação dos Funcionários Públicos.

agrupadas na Associação Alemã das Câmaras de Comércio (*DIHT*). As associações setoriais seguem os ramos de atividade e têm como funções defender os interesses econômicos das empresas e atuar nas decisões que afetam a tecnologia e a produtividade das empresas, dentre outras. Estão agrupadas na *BDI* - Federação das Indústrias Alemãs -, que, por sua vez, abriga trinta e cinco associações setoriais nacionais, cento e cinquenta regionais e trezentos e cinquenta subunidades locais.

As associações de empregadores são responsáveis pelos assuntos de relações do trabalho, em especial, das negociações coletivas que ocorrem em nível regional e setorial. Essas associações agrupam-se na *BDA* - Confederação Alemã das Associações dos Empregadores.

Do lado dos empregados a *DGB*, e a *BDA*, do lado dos empregadores, são assemelhadas a “associações de associações”. Não realizam negociações coletivas de modo direto, mas representam as partes junto ao governo, aos organismos internacionais e à sociedade em geral no campo das políticas sociais e de relações do trabalho.

A Lei do Contrato Coletivo (*TVG*) é de 1949, reformulada em 1969. Por força dessa lei, os sindicatos representam os interesses de todos os empregados e não apenas dos associados. As associações empresariais têm a mesma abrangência, mas por praxe, não por imposição legal.

As negociações são realizadas regionalmente e por setores. A lei estabelece uma distinção clara entre conflitos de direito sobre a interpretação dos contratos em vigor e conflitos de interesse dos contratos em fase de negociação.

Os conflitos de interesse devem ser resolvidos por mediação e, nos casos de insucesso, pela greve ou “*lock-out*” (permitido na Alemanha, ao contrário do Brasil).

Além das negociações regionais-setoriais, as empresas podem realizar negociações em separado, desde que não contrariem as negociações maiores. Dentro de cada empresa, os conselhos de empresas podem negociar com os administradores tudo o que não foi negociado automaticamente.

Alguns doutrinadores sustentam que o modelo alemão estaria em fase de decadência. Pode-se notar quantitativamente que o número de contratos centralizados tem diminuído e o dos contratos empresariais tem aumentado. Contudo, as pesquisas mais detalhadas indicam que o papel norteador dos contratos guarda-chuva (setoriais e centralizados) continua intacto. Mas a cobertura dos guarda-chuvas tornou-se menor na década de 90, dentro da tendência geral europeia de uma “descentralização centralizada” (SCHROEDER, Wolfgang; WEINERT, Rainer *apud* PASTORE, 2003, p. 36).

Áustria

É de senso comum que a Áustria é o país mais corporativista da Europa, onde a estrutura sindical é uma das mais centralizadas do Ocidente. O país tem

praticado por décadas o exercício da concertação social⁴ em busca de soluções por meio de autocomposição. O costume foi descontinuado em 2003, quando a principal central sindical austríaca - a *OsterreichischerGewerkschaftsbund (OGB)* - realizou uma grande greve, parando os transportes públicos, as escolas e as maiores empresas para protestar contra o projeto de reforma da Previdência Social.

Na Áustria, os direitos são garantidos em quatro níveis: leis, contrato coletivo, contrato de empresa e contrato de emprego. A tendência recente tem sido de, em todos os níveis (exceto o da lei), negociarem-se cláusulas flexíveis (BLASHCKE, Sabine *apud* Pastore, 2003, p. 31).

A Áustria possui uma grande variedade de leis específicas, contudo, há também leis que regulam as atividades das comissões de empresas e da negociação coletiva. A principal é a Lei Constitucional do Trabalho (*ArbVG - Arbeitsverfassungsgesetz*), que regula as relações de trabalho na iniciativa privada. A *ArbVG* estabelece regras e estruturas rigorosas para a negociação e contratação do trabalho e distingue contratos empresariais de multi-empresariais e setoriais.

Os contratos coletivos são negociados entre os sindicatos de trabalhadores e as organizações de empregadores, seguindo os setores, principalmente, os industriais. Os contratos setoriais apresentam mais força do que os contratos multiempresariais, e estes, por sua vez, mais força do que os empresariais. As desavenças relativas ao conteúdo do contrato devem ser dirimidas principalmente por autocomposição e, em não havendo, por mediação ou arbitragem.

Muito embora seu caráter corporativista, a lei austríaca contém uma série de dispositivos que podem ser revogados por negociação se os empregadores e empregados julgarem que são prejudiciais.

Com relação especificamente às centrais, do lado dos trabalhadores, há duas centrais sindicais - a *OGB* e a Câmara Central do Trabalho da Áustria (*OAKT*). Na prática, as duas se unem no trabalho de negociação, que é liderado pela *OGB*.

Pastore lembra que a *OGB* foi criada em 1945 e é formada por treze sindicatos. Os trabalhadores da produção (*blue collar*) negociam separadamente dos da administração (*white collar*). Há oito sindicatos setoriais para os “*blue collars*”; um para os “*white collars*”, outro para funcionários da administração e outro para os que trabalham nas artes e comunicações. Além desses, há um sindicato de funcionários públicos. A experiência austríaca tem demonstrado que separar negociações de “*blue collar*” e de “*white collar*” tem mais vantagens do que desvantagens. As negociações ficam mais homogêneas dentro de cada segmento e, com isso, reduz-se a possibilidade de impasses. Outros países seguem esse mesmo esquema, como, por exemplo, a Alemanha e a Itália (BLASHCKE, Sabine *apud* PASTORE, 2003, p. 31).

⁴ Desenvolveu-se na Europa, nos últimos anos, uma forma de participação de representantes de trabalhadores e dos empresários, que passou a ser chamada genericamente e de forma ambígua, de “Concertação Social”. Dizem que a expressão pode representar situações heterogêneas, todavia é certa a existência de algo em comum: o intercâmbio político entre os agentes sociais e o Estado. (BELTRAN, Ari Possidônio. *Os impactos da integração econômica no Direito do Trabalho - Globalização e Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 1998. p. 249.)

Como tudo é supervisionado pela *OGB*, pode-se dizer que essa central sindical detém o monopólio da negociação coletiva. Com isso, a central mantém um alto grau de associativismo - cerca de 57% (cinquenta e sete por cento) dos trabalhadores são sindicalizados. Mas, os contratos assinados sob a supervisão da *OGB* cobrem 90% (noventa por cento) da força de trabalho.

A *OGB* formula e negocia com o governo políticas de longo prazo. A associação sempre manteve uma linha de cooperação com o capital e com o poder público. Seu lema básico é garantir o crescimento, aumentar a produtividade e expandir o emprego. Tudo o que pode ajudar a concretização dessas três metas é fortemente apoiado pela *OGB*, que, por sua vez, repassa esse comportamento aos seus treze sindicatos. Esses sindicatos não são inteiramente independentes, eles operam como seções da *OGB* e assinam contratos coletivos em seu nome. Os contratos podem ser estendidos a todas as empresas do setor pelas autoridades públicas, mas, na prática, todas elas já se consideram cobertas por eles.

Do lado dos empresários, há também duas organizações: a Câmara Federal do Comércio (*BWK - Bundeswirtschaftskammer*) e a Associação Nacional das Câmaras da Agricultura. Na prática, a *BWK* lidera as negociações. Nesse sentido, pode-se dizer que essa organização detém o monopólio das negociações do lado patronal. A filiação à *BWK* é compulsória para todas as empresas dos setores público e privado.⁵

A força da *BWK* é muito grande, e a lei estabelece que a associação deve ser ouvida em questões econômico-sociais. É um privilégio que lhe dá muito poder. Esse poder vem ainda da estruturação das associações locais, que segue aproximadamente a seguinte organização: a Áustria é um país onde a grande maioria das empresas é de pequeno porte. Teoricamente isso deveria levar a uma fragmentação do poder, mas não é assim. A *BWK* é uma das mais fortes associações empresariais da Europa. É uma associação de negócios e uma organização trabalhista. Cerca de 95% (noventa e cinco por cento) dos contratos coletivos do país são firmados em nome da *BWK*. Para os 5% (cinco por cento) que ficam de fora, a *BWK* atua apenas como uma associação de negócios.

Espanha

A origem romana estabelece a legislação como grande base do sistema de relações de trabalho na Espanha, sendo os dois diplomas mais importantes: o *Estatuto de los Trabajadores*, de 1980, e a *Ley Orgánica de Libertad Sindical*, de 1985⁶. A lei espanhola oferece base legal para as unidades sindicais junto aos locais de trabalho - *secciones sindicales* - e para os delegados sindicais junto às empresas. Além disso, estabelece um critério para a representatividade sindical com uma dimensão quantitativa e outra qualitativa. Na primeira, são considerados mais

⁵ A maior parte dos órgãos públicos, porém, não está na *BWK*, assim como ficam de fora as organizações não lucrativas do setor privado. Estas podem se associar a um organismo voluntário que é a *VOI* - Federação das Indústrias da Áustria.

⁶ O primeiro estabelece os direitos básicos e o segundo regula as atividades dos sindicatos.

representativos os sindicatos que, em termos nacionais, acumulam pelo menos 10% (dez por cento) dos postos nas *secciones sindicales*. Os sindicatos mais representativos herdaram o direito de ratear entre si o enorme patrimônio das velhas organizações sindicais do regime franquista.

Com relação às organizações negociadoras, a *COEE - Confederación de las Organizaciones Empresariales de España* - tem o monopólio de representação desde a sua fundação em 1977. Ela representa pequenas e grandes empresas, tanto do setor público quanto do setor privado⁷. A entidade congrega cem associações territoriais e cinquenta organismos setoriais e desempenha um duplo papel: representante setorial e representante negociador (nas convenções coletivas).

Do lado dos trabalhadores, há duas centrais de âmbito nacional, a *UGT - Unión General de los Trabajadores* - e a *CCOO - Central de las Comisiones Obreras*. A *CCOO* apareceu de modo clandestino em 1960, em pleno regime franquista. A *UGT* tem uma longa história, pois foi fundada como órgão de ação do Partido Socialista (PASTORE, p. 37)⁸.

Sob a ótica qualitativa, os sindicatos mais representativos são os que têm assento em inúmeros organismos tripartites, como, por exemplo, no Instituto Nacional de Empleo (*INEM*), que, dentre outras coisas, administra o seguro-desemprego, e no Instituto Nacional de Seguridade Social, que administra as aposentadorias e pensões. O *status* “representativo” assegura aos sindicatos o direito de negociar os contratos coletivos.

As negociações anuais são realizadas pelos diretores das organizações empresariais e das centrais sindicais. Os contratos coletivos tendem a ser impostos às demais empresas ou, caso contrário, delimitam o nível de negociação que pode ser praticado diretamente entre sindicatos e empresas.

O dualismo é uma característica das negociações, que tanto podem ser feitas de forma setorial quanto territorial. As organizações setoriais realizam a negociação dentro de uma base regional ou provincial. As “unidades de negociação” são divisões, setoriais e/ou territoriais, previamente estabelecidas e que constituem os ambientes legítimos para as negociações anuais. As unidades de negociação foram fixadas há muitos anos, por via negocial, acompanhando a prévia divisão de setores e a base territorial existente, podendo as partes subdividir ou fundir unidades de negociação.

Os contratos são extensivos a todos os empregados e empresas do setor e território abrangidos. Há também os contratos que são negociados em nível das empresas. Aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) dos contratos são negociados por empresa, mas eles cobrem apenas 15% (quinze por cento) da força de trabalho, quadro que se modifica em favor da maior cobertura dos contratos por empresa, que começam a avançar nas que tem maiores quadros (PASTORE, 2003, p. 38).

⁷ As pequenas empresas, em 1980, criaram uma organização rival - a *Confederación de las Empresas Pequeñas e Medianas de España*, mas tem pouca expressão..

⁸ Note-se que há uma recente proliferação dos sindicatos independentes, assemelhados aos sindicatos de categoria profissional diferenciada, entre os profissionais de maior qualificação.

A *UGT* e a *CCOO* contam com uma crônica inadimplência por parte de seus associados, apesar de cobrarem uma contribuição considerada baixa: 0,4% (zero virgula quatro por cento) dos salários. Esse problema, porém, é compensado pelos repasses governamentais de recursos obtidos em troca da participação dos sindicatos mais representativos nos órgãos tripartites. Além disso, elas sobrevivem do rendimento de alugueis de prédios que pertenciam às organizações sindicais franquistas e do rendimento das aplicações de recursos provenientes de alienação deste patrimônio.

França

A pluralidade na existência de organizações sindicais com as mais diversas e definidas orientações ideológicas, marcadas por forte intervenção estatal, é a característica do sistema de relações do trabalho da França. Demonstra-se, claramente, esta intervenção pelo fato de, por força de lei, o Ministro do Trabalho poder intervir nas negociações feitas pelos sindicatos e associações empresariais. Normalmente, a intervenção é no sentido de aprimorar cláusulas, e, em outros casos, para estender contrato a todas as empresas do setor considerado, mesmo as que não estão filiadas às associações que negociaram o contrato. Além disso, o Código do Trabalho contém inúmeros benefícios garantidos, reduzindo a possibilidade de se assegurar o negociado sobre o legislado.

A taxa de sindicalização reduziu-se assustadoramente nos últimos vinte anos e hoje é uma das mais baixas da Europa: aproximadamente 20% (vinte por cento), sendo 15% (quinze por cento) no setor público e apenas 5% (cinco por cento) no setor privado. É de senso comum que a Áustria é o país mais corporativista da Europa, onde a estrutura sindical é uma das mais centralizadas do Ocidente (LANDIER, Hubert; LABBÉ, Daniel *apud* PASTORE, 2003, p. 41). A pluralidade acarreta a fragmentação dos sindicatos e tem promovido o enfraquecimento dos mesmos, pois as disputas de jurisdição se tornaram frequentes e desastrosas para a representatividade e para as finanças sindicais. As disputas prenunciam a adoção espontânea da unidade sindical.

A força das centrais sindicais é testada periodicamente nas eleições dos representantes dos trabalhadores nos órgãos de gestão, a saber: os *Conseils de Preud'Hommes*, que cuidam da resolução de conflitos; os comitês de empresas; os delegados de pessoal; os membros dos conselhos de administração das empresas públicas; as inúmeras comissões administrativas de caráter paritário e em nível nacional.

Para a representação patronal, há três tipos obrigatórios: os delegados de pessoal, nas empresas com mais de dez empregados, os comitês de empresas, nas que têm mais de cinquenta empregados, e os delegados sindicais, nessas mesmas empresas. Os integrantes destes órgãos de representação, inclusive suplentes, gozam de garantia de emprego e dispõem de créditos de horas para o exercício de suas atividades (FONTAINE, Antoine *apud* PASTORE, 2003, p. 42).

Os delegados de pessoal têm por função, dentre outras, apresentar aos empregadores as reclamações dos empregados em relação a eventuais descumprimentos dos acordos e convenções assinadas ou de violação de normas legais. Não compete a eles negociar aumentos salariais ou condições de trabalho, mas é de sua responsabilidade acompanhar os fiscais do trabalho nas suas visitas de inspeção, e os fiscais têm por obrigação legal informar tudo o que se passa aos delegados de pessoal.

Compete às empresas prover os meios materiais e financeiros para o funcionamento dos comitês e aportar uma “subvenção de funcionamento” – obrigatória - correspondente a 0,2% (zero vírgula dois por cento) da folha de salários⁹. Esse percentual é o mínimo. Na prática ele tem variado entre 0,5% (meio por cento) e 2% (dois por cento). Nas empresas que têm até quinhentos empregados, a média é de 0,9% (zero vírgula nove por cento). Nas que têm mais de quinhentos empregados, é de 1,3% (um vírgula três por cento). Mas há casos em que o percentual chega a 5% (cinco por cento) da folha salarial. O valor desses percentuais é acertado por meio da negociação coletiva (DUNCOMBE, Patrick. *apud* Pastore, 2003, p. 43).

Por força de lei, os delegados sindicais são indicados pelos respectivos sindicatos para constituir a “seção sindical” das empresas que têm mais de cinquenta empregados. Os sindicatos que indicam o delegado devem ser representativos do setor e filiados a alguma das Centrais Sindicais. O empregador não pode contestar a indicação do delegado sindical, mesmo se não for empregado de sua empresa.

Ao contrário do que ocorre com os comitês de empresas, as providências para a instalação da seção sindical cabem ao sindicato e não ao empregador. Uma vez instalada, a seção sindical pode demandar uma contribuição de todos os que vierem a se beneficiar dos serviços sindicais (contribuição de solidariedade). Os trabalhadores podem deduzir do imposto de renda 30% (trinta por cento) do valor pago a título de contribuição de solidariedade - mais um subsídio governamental.

As empresas têm uma série de obrigações e despesas com a seção sindical. Nas empresas que têm de duzentos a mil empregados, os empregadores têm obrigação de oferecer um local especial para a seção sindical, diferente do local dos comitês de empresa. Se a empresa tem mais de mil empregados, além do local, ela é obrigada a fornecer todos os equipamentos e facilidades para o funcionamento da seção sindical.

Os delegados sindicais têm um enorme papel nas negociações coletivas. Eles fazem parte das comissões de negociação (formadas por representantes da empresa e sindicato). Na negociação anual se revê toda a situação de remuneração e as condições de trabalho.

Nas eleições dos delegados de pessoal, comitês de empresas e delegados sindicais, as centrais sindicais lutam intensamente para colocar seus representantes. De um modo geral, a filiação aos sindicatos é baixa, mas a participação nos órgãos de representação é alta.

⁹ Estes recursos são usados também para a formação de pessoal e pagamento de consultorias.

Os sindicatos franceses se unem em uma estrutura verticalizada de federações e confederações. Mas, mesmo em nível nacional, a fragmentação é a regra. Há cinco centrais sindicais, como apresenta Délio Maranhão: a *CGT - Confédération Générale du Travail* (Confederação Geral do Trabalho); a *CGT-FO - Force Ouvrière* (Confederação Geral do Trabalho - Força Operária); a *CFDT - Confédération Française Démocratique du Travail* (Confederação Francesa Democrática do Trabalho); a *CFTC - Confédération Française des Travailleurs Chrétiens* (Confederação Francesa dos Trabalhadores Cristãos); e a *CGC - Confédération Générale des Cadres* (Confederação Geral dos Quadros). (MARANHÃO, 1995, p. 304).

As confederações são organizadas com base em federações, que seguem os setores da economia. As federações são formadas por sindicatos locais. A *CGT*, de orientação socialista, é a mais antiga (1895) e a mais forte confederação (possui um quadro de pessoal altamente qualificado, que é provido e renovado pelo sindicato dos engenheiros) e exerce forte pressão nas políticas públicas. A *CGT-FO*, criada em 1948, também de inspiração socialista, não se envolve com partidos e governos, exercendo maior ação nas negociações coletivas. A *CFDT*¹⁰, criada com esse nome em 1964 (CHÉRÈQUE, Françoise. *apud* PASTORE, 2003, ps. 29-41) e oriunda da *CFTC (Confédération Française des Travailleurs Chrétiens)*, tem orientação cristã e faz um grande esforço para juntar os interesses do capital e do trabalho. A *CGC*, formada em 1944, é representativa nos setores de engenharia, química e petroquímica, exercendo forte pressão pela melhoria dos profissionais mais qualificados.

Do lado dos empregadores a união é muito maior. Os empresários juntaram todas as associações patronais na *CNPF - Conseil National du Patronat Française*, que, na verdade, foi uma das primeiras entidades patronais do mundo, criada em 1846 com o nome de *Association pour la Defense du Travail National (ADTN)*. Em 1946, oitenta e cinco federações setoriais se associaram para formar a *CNPF*. Essas federações agregavam cerca de cento e cinquenta sindicatos patronais regionais. A *CNPF* cobria todos os setores da economia. As empresas não podiam se associar a ela. A *CNPF* congregava federações e estas congregavam sindicatos. A missão da *CNPF* foi tripla: representação, negociação e gestão. A função de gestão era exercida junto às federações por meio de reuniões de cúpula e documentos orientadores. Em 1969, uma reforma estatutária retirou a *CNPF* das negociações salariais detalhadas, que passaram a ser atribuição das federações e sindicatos patronais. Daí para a frente a *CNPF* passou a se concentrar nas negociações dos temas nacionais, tais como: a formação profissional (1970), seguro-desemprego (1970), condições gerais de trabalho (1975), aposentadoria (1977) e outros grandes acordos.

¹⁰ A *CFDT - Confédération Française Démocratique du Travail*, tem 1.521 sindicatos associados e inúmeras federações setoriais, tais como: alimentação, bancos, química, energia, construção, ensino privado, têxteis, comunicação e cultura, e várias atividades do setor público. No ano 2000, os sindicatos cobriam aproximadamente 865 (oitocentos e sessenta e cinco) mil trabalhadores.

Durante esse tempo, as negociações empresariais foram se multiplicando em busca de um melhor ajustamento entre produtividade e remuneração. Em meados dos anos 90, a *CNPF* passou a viver um conflito interno determinado pelo confronto de duas culturas, a da concertação nacional e a da competitividade empresarial. O empresariado demandava uma organização que pudesse cumprir essas missões sem conflitos internos. Em 1998, a *CNPF* tornou-se *MEDEF* (*Mouvement des Entreprises de France*), definindo claramente sua dupla vocação e, com isso, ampliando sua cobertura para mais de 85% das empresas francesas, que viram na nova entidade um melhor meio para cumprir as atribuições nos campos da defesa setorial e das relações do trabalho (ZERVUDACKI, Denis. *apud* Pastore, 2003, p. 44).

O *MEDEF* é formado de oito organizações regionais (na maioria, federações), trinta associações ou sindicatos profissionais e cento e quarenta grupos locais multissetoriais. A maioria das organizações é voltada para a defesa dos interesses econômicos das empresas, mas há também organizações de relações do trabalho.

Quanto às finanças, as organizações citadas vivem das contribuições dos associados, estabelecidas nos seus estatutos, e de outros recursos. Do lado dos trabalhadores, os sindicatos cobram, geralmente, o correspondente a uma hora de trabalho por mês de cada associado. Os recursos são rateados entre sindicatos, federações e confederações. Além destes segmentos, há direcionamento de recursos para os departamentos sindicais, unidades locais e comitês regionais. A proporção é estabelecida nos estatutos das confederações e, portanto, varia de caso para caso. Por força de lei, os sindicatos podem cobrar dos associados, adicionalmente, um percentual dos benefícios conseguidos por meio das negociações coletivas.

No caso dos sindicatos, federações e confederações de trabalhadores, entretanto, há várias contribuições que são feitas ou patrocinadas pelo Estado. Por força da lei (PEREIRO, 2002, ps. 25-29), os sindicatos participam de inúmeros órgãos públicos, nos quais prestam uma espécie de serviço público, que é remunerado em várias instâncias (programas de intermediação de emprego, seguro-desemprego, seguridade social, conselhos de formação profissional, comitês de educação, saúde, meio ambiente e vários outros).¹¹ A multiplicidade de fontes de custeio dos sindicatos franceses tem sido motivo de fortes controvérsias. Muitos dirigentes sindicais se opõem frontalmente à participação do setor público e das empresas na composição dos orçamentos dos sindicatos de trabalhadores. Na opinião de Blondel, isso tira a liberdade e transforma os dirigentes sindicais em funcionários públicos (BLONDEL, Marc. *apud* PASTORE, 2003, p. 12).

¹¹ Há inúmeras verbas que são repassadas aos sindicatos, federações e confederações por comitês tripartites; há ainda recursos orçamentários de várias prefeituras; subvenções do Ministério do Trabalho para programas de formação profissional; recursos de outros ministérios para funções específicas nos campos da educação, saúde, agricultura etc.; subvenções do gabinete do Primeiro-Ministro para o funcionamento do *IREES* (*Institut de Recherches Economiques et Sociales*); honorários aos dirigentes que prestam serviços nas comissões e comitês do governo; recursos do organismo que trata da saúde e segurança do trabalho e vários outros assuntos.

Antes mesmo da lei que estipulou a jornada semanal de trinta e cinco horas¹² (que entrou plenamente em vigor em 2000), as partes já haviam tratado do assunto com base na negociação. Em outubro de 1995, em um acordo intersetorial, bipartite, empregados e empregadores concordaram em reduzir a jornada de trabalho mediante determinadas condições. Logo em seguida, foi votada uma lei - *Loi du Robien* -, que visava estimular as partes a praticar os termos daquele acordo (PASTORE, 2003, p. 47).

A negociação coletiva na França é governada por uma série de leis criadas ao longo do século passado. Essas leis estabeleceram o princípio *erga omnes*, que é seguido até hoje, e o poder de intervenção do governo para aperfeiçoar contratos negociados. As primeiras leis privilegiavam a negociação setorial e regional, desestimulando a negociação multissetorial e por empresa. A partir do Relatório *Auroux*, em 1982, começaram a ser praticadas as negociações por empresa, dentro do quadro geral estabelecido pelos contratos setoriais. Segundo Cheréque (*apud* PASTORE, 2003, p. 61), as próprias confederações de trabalhadores reconhecem hoje a necessidade de negociações por empresa, para se enfrentar a globalização, e a necessidade de ajuste entre emprego, remuneração e produtividade. A CFDT, em todas as suas manifestações, reconheceu que, “na atualidade, os acordos empresariais dão vida aos acordos setoriais”.

A garantia dos direitos dos trabalhadores é assegurada em vários níveis. No topo, visão com que concordamos integralmente, está o Código do Trabalho, que é extremamente detalhado e garante inúmeros direitos e sistemas de participação.

Abaixo dele, vêm os acordos nacionais intersetoriais assinados pelas centrais sindicais – do que discordamos frontalmente¹³ – e associações patronais, que,

¹² Dois importantes fatos passaram despercebidos da imprensa brasileira na adoção da nova jornada na França: o primeiro é que, no período anterior à vigência da lei (1997-1999), o governo deu fortes incentivos para as empresas aderirem às 35 horas o mais rápido possível. O segundo é que, a Suprema Corte da França mandou respeitar o prazo de vigência dos contratos coletivos de trabalho. A lei se tornou realidade depois de expirados os contratos. O negociado prevaleceu sobre o legislado. Durante a negociação, houve várias mudanças no regime de trabalho, tais como: novos turnos, determinação rígida do período de férias, encurtamento de descansos durante a jornada diária, remanejamento de folgas, trabalho aos sábados etc., o que significou, em última análise, uma elevação da produtividade do fator trabalho. Depois de quase dois anos de implementação da lei, os funcionários de escritório comemoraram, mas os trabalhadores da produção detestaram. Os primeiros trabalham menos e ganham mais por hora trabalhada, pois, para eles, foram poucos os ajustes dos turnos, descansos, folgas, trabalho aos sábados etc. Os trabalhadores da produção, entretanto, foram atingidos por ajustes de grande profundidade nos itens acima indicados. Por isso, eles reclamam que, em vez de trabalhar menos, passaram a trabalhar mais e, no fim das contas, ganhar menos. Para uma grande parte dessa força de trabalho, a eliminação das horas extras reduziu os ganhos mensais. Por outro lado, a intensificação do trabalho elevou o “stress”. Ademais, eles têm menos controle sobre os dias de folga e menos liberdade em relação ao período de férias.

¹³ Em se tratando da análise do sistema francês, aproveitamo-nos para esclarecer nossa posição: o poder centralizado em cúpula é dissonante com a própria tripartição, idealizada como forma de negar a centralização da monarquia. No mesmo raciocínio, é muito mais provável que uma cúpula erre do que vários sindicatos individualmente.

atualmente, se limitam a grandes temas de políticas públicas ou relacionamento geral. Em seguida, vêm as convenções coletivas setoriais nacionais, que são assinadas pelas federações nacionais. Depois, vêm as convenções coletivas setoriais regionais, que são assinadas pelos sindicatos regionais. Finalmente, aparecem os contratos empresariais, que são assinados por um sindicato local ou um grupo de sindicatos locais. Os contratos setoriais estabelecem as cláusulas mínimas e os contratos empresariais, as cláusulas máximas.

Itália

O ordenamento das relações do trabalho traz como principal diploma o Estatuto dos Trabalhadores, em vigência desde 1970. Apesar do claro esforço que o país fez para se afastar do modelo corporativista, criado por Benito Mussolini antes da II Guerra Mundial, o Estatuto constitui ainda um grande emaranhado de leis rígidas que governam a maioria dos direitos individuais dos empregados italianos. O Estatuto manteve, e até ampliou, uma série de restrições protecionistas, como, por exemplo, a proibição do trabalho noturno para as mulheres, a exigência de negociação antes da dispensa, o direito de reintegração nos casos de demissão considerada injusta pela Justiça do Trabalho e várias outras.

Ao longo das décadas de 80 e 90 foram introduzidas algumas medidas de flexibilização por meio de novas regulamentações. O que se fez foi criar novas formas de contratação que escapavam às restrições que são aplicadas nos contratos por prazo indeterminado.

Contudo, um fato digno de nota aconteceu na Itália em 2002 em torno do artigo 18 do Estatuto dos Trabalhadores Italianos. Esse artigo dá à Justiça do Trabalho poderes absolutos para reintegrar na empresa todo trabalhador que for despedido sem justa causa. Na prática, o dispositivo torna as demissões impossíveis, até mesmo quando os trabalhadores se mostram deliberadamente improdutivos. A maioria das sentenças (em ações custosas e pagas por quem perde - os empregadores) obriga a reintegração. Isso tem desestimulado as empresas a contratar novos trabalhadores. O Conselho da União Europeia, nas recentes reuniões de Lisboa e Barcelona, solicitou que todos os países-membros removam os obstáculos ao emprego, como, por exemplo, o Artigo 18 da lei italiana. Esta foi a tarefa atribuída a Marco Biagi, consultor do Primeiro Ministro Silvio Berlusconi.

Marco Biagi propôs, cautelosamente, que a rigidez do artigo 18 fosse relaxada em apenas três condições: (1) para as pequenas empresas que estão crescendo e precisam empregar mais trabalhadores; (2) para as que se dispõem a formalizar empregados informais e (3) para as que concordam em mudar os contratos de seus empregados de prazo determinado para prazo indeterminado. Caso contrário, a mudança seria experimental (por quatro anos), entrando em vigor apenas no ano seguinte. Acredita-se que isso possa ter provocado o atentado que resultou na morte de Biagi pelas Brigadas Vermelhas em 19/03/2002 e na desistência da mudança por ele proposta.

Com relação às centrais, o sistema italiano garante uma série de direitos aos entes que são majoritariamente representativos. Dentre eles, tem destaque o direito de participar em inúmeros organismos tripartites, nos campos do emprego e seguridade social, assim como o de indicar representantes sindicais e agentes administrativos nesses mesmos organismos.

Dentre os órgãos mais altos na hierarquia governamental está o *Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro* (CNEL), que discute e faz sugestões de várias políticas públicas. O organismo de maior poder protecionista é a *Cassa Integrazione Guadagni* (CIG), que é administrada pelo *Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale* (INPS). A principal atribuição da CIG é o seguro-desemprego.

As confederações de empregados e de empregadores da Itália congregam associações (ou sindicatos). Do lado dos trabalhadores, as organizações mais representativas são: a *CGIL - Confederazione Generale Italiana del Lavoro*; a *CISL - Confederazione Italiana dei Sindacati Lavoratori* - e a *UIL - Unione Italiana del Lavoro*. Já do lado patronal, as entidades mais representativas são a *CONFINDUSTRIA - Confederazione Generale dell'Industria Italiana*, a *CONFCOMERCIO - Confederazione Generale de Comercio* - e a *CONFAPI - Confederazione della Piccola e Media Industria*. Na prática, a entidade mais forte e que dá a linha das negociações italianas é a *CONFINDUSTRIA*.

As negociações italianas seguem o modelo articulado. No topo, estão as negociações interconfederais, que ocorrem apenas em momentos de crise grave e que têm o caráter muito mais de pactos sociais do que de contratos trabalhistas. Abaixo delas, há as negociações setoriais, também chamadas de negociações de categorias, das quais participam as federações setoriais de empregados e empregadores. Geralmente, os contratos têm a duração de 3 anos. Neles são estabelecidos mínimos de remuneração, jornada, classificação de cargos, direitos dos sindicatos, em especial o acesso a informações, e formas de consulta em nível das empresas. Em seguida, vêm as negociações em nível de empresa, que cobrem temas mais específicos, como, por exemplo, formas de pagamento, ajuste de remuneração à produtividade, questões ambientais, de saúde e de segurança no trabalho, controle das tecnologias, terceirização e treinamento.

Portugal

Depois da Revolução dos Cravos em 1974, o estilo de relações do trabalho em Portugal modificou-se significativamente. O poder dos grandes capitais desapareceu em contraposição ao do Estado, que, como empregador, aumentou seus quadros consideravelmente. Entre 1975 e 1976, foram criadas cento e vinte empresas estatais. No final dos anos 80, elas dobraram sua participação no emprego total chegando a 22% (vinte e dois por cento).

No bojo da Revolução dos Cravos, houve uma onda de intervencionismo estatal. No campo trabalhista, as leis se multiplicaram: as condições de emprego passaram a ser reguladas por lei e não por negociação. Mesmo depois de vencidos,

os revolucionários comunistas deixaram muitas marcas de intervencionismo. Em 1978, os salários eram ainda determinados por lei. As demissões individuais e coletivas eram sujeitas a uma enorme regulação. Nenhuma mudança de jornada ou turno podia ser feita sem consulta ao governo. Pisos salariais foram legalmente criados para todas as profissões. O intervencionismo estatal começou a declinar apenas em 1980. Em meados da década, as relações de trabalho tornaram-se menos tensas e menos politizadas.

Em 1974, criou-se a *CIP* - Confederação da Indústria Portuguesa; em seguida surgiu a *CAP* - Confederação dos Agricultores Portugueses - e a *COP* - Confederação do Comércio Português. Essas organizações substituíram a hierarquia verticalizada das antigas corporações, que funcionaram, durante décadas, como canais de comunicação do governo. Inicialmente, os dirigentes das confederações patronais tiveram assento no *CPCS* - Conselho Permanente de Concertação Social. Em 1976, eles assinaram um pacto tripartite sobre políticas de rendas com o governo e a *UGT* - União Geral dos Trabalhadores.

O lado patronal não demonstra organização sistemática ou ideológica. Junto com as confederações, opera a *AIP* - Associação das Indústrias Portuguesas -, que congrega cerca de três mil empresas e que, em muitas áreas, compete com as confederações. Estas, em 1990, chegaram a se reunir no *CNEP* - Conselho Nacional das Empresas Portuguesas -, mas não conseguiram extinguir a *AIP*. A situação é controversa até hoje.

Do lado dos trabalhadores, a Confederação Intersindical, criada em 1974, ganhou muitos pontos em relação às entidades sindicais atomizadas que ainda existiam pelo país. Desde o início, a lei favoreceu a sua ação. Em 1976, a Intersindical obteve o monopólio legal para negociar e organizar, de baixo para cima, uma nova estrutura sindical. O combatido sistema corporativista de sindicato único, introduzido por Salazar, foi perpetuado pelo governo revolucionário. Inclusive a contribuição sindical compulsória foi mantida e usada pela Intersindical para financiar os sindicatos.

A nova estrutura sindical tornou-se muito centralizada e aderente ao governo. Os comunistas asseguraram com isso um controle sobre os sindicatos em todos os níveis. Além disso, a Constituição e a legislação trabalhista de 1974 criaram as comissões de trabalhadores nos locais de trabalho com a finalidade de administrar conflitos internos, tratar das reclamações e negociar informalmente, dentro dos contratos negociados regional e setorialmente. Nos primeiros dois anos de vigência das novas leis trabalhistas, houve um “boom”, no qual mais de mil associações foram registradas. Essas comissões ganharam o direito também de serem informadas sobre os planos de reestruturação das empresas e dos setores da economia, assim como opinarem e negociarem os casos de dispensa, promoção, transferência e mudanças nas jornadas e turnos do trabalho.

Em 1976, os partidos socialista e social democrata - opositores dos comunistas - ganharam a eleição no país, iniciando-se um período de transição democrática e constitucional.

A nova Constituição retirou o monopólio da Intersindical e estabeleceu a pluralidade, permitindo a livre criação de sindicatos em qualquer nível. Foi criada também uma nova (e mais moderada) *UGT* - União Geral dos Trabalhadores. As duas organizações sobreviveram, dividindo as federações setoriais e sindicatos locais existentes, com base nas linhas do sindicalismo corporativo anterior a 1974.

Inúmeras ações foram realizadas no sentido de concentrar as organizações sindicais de forma mais ordenada. Todas falharam. Depois de 1988, a *UGT* e a Intersindical começaram a cooperar. Mas essa cooperação se limitava a determinadas campanhas salariais ou em prol do emprego.

Como a lei é obscura sobre o critério de representatividade, na prática, as empresas são forçadas a duplicar as negociações para atender às reivindicações dos sindicatos e federações ligados à *UGT* e Intersindical e, muitas vezes, aos apelos de sindicatos independentes. Na verdade, todos os sindicatos se consideram representativos e com os mesmos direitos para negociar. As negociações coletivas dependem, em grande parte, das decisões dos empregadores de negociar com este ou aquele sindicato.

A lei não obriga as partes a negociarem, mas, quando elas concordam em negociar, são obrigadas a seguir os requisitos legais. Todo contrato tem que ser registrado no Ministério do Emprego e este pode estendê-lo para todas as empresas e empregados do setor. A validade de um contrato termina apenas quando é renegociado. A lei exige que a renegociação não pode ser inferior ao contrato vigente no que tange aos benefícios dos trabalhadores. Por isso, a primeira negociação é vista pelas empresas com enorme apreensão, pois cada contrato acertado é um degrau para contratos posteriores.

A crise financeira no sindicalismo mundial, obviamente, afeta as finanças da *UGT* e da Intersindical. O único setor que mantém um sindicalismo rico e atuante é o dos bancos. Mas a sobrevivência financeira tem sido garantida pela participação dos sindicatos em inúmeros órgãos públicos, nos quais prestam serviços em comissões tripartites e recebem ajuda financeira. Com a volta da democracia, os partidos procuraram se aproximar dos sindicatos, em especial, dos órgãos centrais. Isso não gera recursos, mas cria facilidades para a referida participação nos órgãos do governo.

Conclusões

Apesar das diferenças históricas e culturais entre os países da comunidade europeia, os países estudados apresentam uma problemática comum: a necessidade de mudanças para fazer frente aos desafios da globalização. A crise financeira mundial tem reflexos gerais sobre as fontes de custeio dos sindicatos e centrais sindicais. Países com forte tradição de garantias legisladas como Portugal e Itália enfrentam desafios mais profundos, posto que a eficácia dessas medidas limita-se às fronteiras nacionais. Também são inibidoras de um maior engajamento dos trabalhadores nos sindicatos

A experiência francesa demonstra que pluralidade sindical, conquanto democrática, fragmenta e enfraquece os sindicatos e revela a importância de centrais sindicais ativas. A experiência portuguesa revela o perigo de captura das centrais pelo Estado. De maneira geral, foram melhor sucedidos os países em que a contrapartida patronal é mais organizada e atuante. As soluções negociadas entre centrais de trabalhadores e associações de empregadores são atualmente a melhor opção de sobrevivência das garantias trabalhistas.

Como exposto, o estudo do direito comparado das centrais sindicais é particularmente relevante para o Brasil. Como assinala Pastore (2005) “é preciso mudar. O Brasil não pode insistir em querer ser o único certo em todo o mundo”.

A Teoria da jabuticaba é tudo aquilo que só existe no Brasil, isso significa pertencer a uma família de ‘explicações sociais’ única e exclusiva neste planeta, situação inédita no plano universal, que consiste em propor, defender e sustentar, contra qualquer outra evidência lógica em sentido contrário, soluções, propostas, medidas práticas, iniciativas teóricas ou mesmo teses (em alguns casos, antíteses) que só existem no Brasil e que só aqui funcionam, como se o mundo tivesse mesmo de se curvar ante nossas soluções inovadoras para velhos problemas humanos e antigos dilemas sociais.

Entre as experiências internacionais e a brasileira, pode-se concluir que apenas a alteração do modelo pode colocar o país na rota do desenvolvimento e na tentativa de manutenção de Direitos Sociais, ou, ao menos, de um mínimo existencial que vislumbre a Dignidade da Pessoa Humana.

Referências bibliográficas

- BELTRAN, Ari Possidônio. **Os impactos da integração econômica no Direito do Trabalho**- Globalização e Direitos Sociais. São Paulo: LTr, 1998.
- CONSTANTINESCO. Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: FGV, 1995. p. 304.
- PASTORE, José. **Reforma Sindical** – Para onde o Brasil quer ir? São Paulo: LTr, 2003.
- PEREIRO, Jaime. El descuento de la cuota sindical em los ordenamientos Continentales Europeos. in *Relaciones Laborales*, vol. 18, n.14, julho de 2002.
- PASTORE, **As jabuticabas do sindicalismo**, 31/05/2016, disponível em http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_374.htm, acesso em 05/06/2016.
- PASTORE, **Linhas de uma reforma sindical**, 01/06/2012, disponível em http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_328.htm, acesso em 05/06/2016.

As críticas de Fink e Frege à filosofia de Husserl

André R. C. Fontes¹

Resumo

Um resumo da crítica de Eugen Fink e de Gottlob Frege à Fenomenologia de Husserl é o conteúdo deste artigo.

Palavras-chave: Fenomenologia; Royaumont; aritmética.

Abstract

A summary of the criticism by Eugen Fink and Gottlob Frege to Husserl's Phenomenology is content of this article.

Keywords: Phenomenology; royaumont; arithmetic.

A crítica de Fink

§1º

Introdução

Em uma famosa intervenção no terceiro Colóquio Filosófico de Royaumont, Eugen Fink sustenta que Husserl jamais alcançou uma solução do problema de como se deva endender exatamente a relação de dependência das coisas de consciência percipiente.² Afirmou Fink que Husserl em tempo algum resolveu expressamente essa questão, de maneira que não ficou resolvida que coisa ocorre ao ser próprio das coisas quando ele se torna objeto de representação.³ A isso acresce a questão de se poder identificar puramente e simplesmente o ser próprio de uma coisa com o ser objeto, e, ainda, uma outra questão, que nomeadamente poderia se resumir ao fato de que se se afirma que

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, com estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Uni-Rio e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo). E-mail: gabaf@trf2.jus.br

² Cf. a comunicação de Eugen Fink *in Husserl Cahiers de Royaumont*, Paris: Les Editions de Minuit, 1959.

³ *Idem*. As palavras de Fink são as seguintes: “Que coisa ocorre ao ser próprio das coisas quando ele se torna objeto de representação?” Cf. *Cahiers, op. cit.* Não pode ser olvidado, mesmo em um texto que se propõe a oferecer alguns excertos críticos à obra de Husserl, que as críticas às ideias do autor das Meditações Cartesianas também foram perseguidas por Frege. Cf.

o ser próprio de uma coisa consiste simplesmente no seu ser objeto, se tem, em tal afirmação, poderia se dizer, que haveria uma superação especulativa da esfera fenomenológica?⁴

Nessa intervenção, afirmou que a superação especulativa constitui um problema que Husserl não trata de maneira explícita e que ficou profundamente marcado nas questões que suscitou.⁵ Conquanto seja esse o sentido mais autêntico e original da redução fenomenológica e o fato de que tais oscilações se verificam em diversas fases do pensamento husserliano, afirmou Fink que a conclusão de Husserl implica tornar estranho ao sentido das análises fenomenológicas o problema da realidade ou da existência no significado das teses naturais.⁶

Fink recebeu sabidamente a aprovação de Husserl como aluno e de seu professor é que extraiu as suas lições básicas. É possível estabelecer um paralelo da crítica de Fink (aluno) com Husserl (professor), assim como de Husserl (aluno) com a de Brentano (professor), embora esta pesquisa não se sirva a esse propósito, mas foi com as críticas uns dos outros que cresceu o conhecimento daquilo que se propôs a estudar nesta tese. De qualquer modo, o trabalho de Husserl é manifestamente insuperável se comparado à posição de Eugen Fink.⁷

Deve ser lembrado que Royau mont,⁸ em 1957, é o terceiro grande congresso de fenomenologia de que participou Fink. Ele se segue ao de 1951, em Bruxelas⁹, e ao de 1956, em Krefeld.¹⁰

§2º

A intervenção no terceiro colóquio de Filosofia de Royau mont

Em um primeiro momento Fink medeia os solavancos com a orientação fenomenológica, tentando sublinhar uma série de elementos especulativos incompreensíveis do pensamento de Husserl. Foram teses difíceis de sustentar e

⁴ Cf. Guy van Kerckhoven, *Mondanizzazione e individuazione La posta in gioco nella Sesta Meditazione cartesiana di Husserl e Fink*. Trad. do francês para o italiano por Massimo Mezzananza. Gênova: Il melangolo, 1998. p. 21.

⁵ Cf. as observações de Andrea Gilardoni, *Potenziamenti immaginifici Sperimentazioni filosofiche intorno a Eugen Fink*, Milão: Unicopoli, 2001. p. 94.

⁶ Cf. Tommaso Pedicini, *Il labirinto del mondo. La filosofia del gioco de Eugen Fink*, Milão: Edizione Angelo Guerini e associati, 1997. p. 19.

⁷ Cf. Guglielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973. p. 19.

⁸ Andrea Gilardoni, *Potenziamenti immaginifici Sperimentazioni filosofiche intorno a Eugen Fink*, Milão: Unicopoli, 2001. p. 94.

⁹ Cf. Guglielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973. p. 44.

¹⁰ Tommaso Pedicini, *Il labirinto del mondo. La filosofia del gioco de Eugen Fink*, Milão: Edizione Angelo Guerini e associati, 1997. p. 19.

não parecem estar sustentadas de modo suficiente por novidades argumentativas. Fink chega a revolver abertamente contra seu ex-professor Edmund Husserl alguns dos mesmos argumentos usados nos anos trinta pelos detratores da fenomenologia.¹¹

A *epoché* fenomenolica, sustenta Fink, não  em grau de fazer compreender o ser do mundo, a dimensão originária. Os conceitos de espaço e tempo vêm interpretados pela fenomenologia como simples objetos fenomênicos e não como são em realidade: vale dizer espaço do mundo e tempo do mundo, que circundam nos mesmos, e as coisas, os pressupostos de todos os fenmenos.¹²

Para Fink, a redução do mundo real faz aparecer um mundo de significados, um mundo intencional. Ele diz que a fenomenologia não aponta o problema de sua origem em sentido realístico e trata de compreender como objeto intencional o mundo como se forma em uma consciência como se isso tornasse válido, através de uma gnese subjetiva de seu significado. A Fink todo ser em um ser-para-mim, em um objeto intencional. Dizia também que Husserl não consegue falar do ser fora da sua relação com a consciência.¹³

Visto que a fenomenologia  incapaz de conduzir  sabedoria do mundo (*Weltweisheit*), que  o objetivo da filosofia segundo Fink, ela então não  outra coisa senão apropriado fundamento do pensamento humano, uma *pr-filosofia*, mas não uma filosofia.¹⁴

 de boa lembrança que o plano geral da filosofia de Eugen Fink, desse período ao menos, considera muito do método ontológico heideggeriano, mas, com o passar dos anos, Fink adquire uma sempre maior independência também de Heidegger. Nessa época, a ambição de Fink, segundo seus estudiosos, consistia em querer buscar as dimensões de espaço e movimento na análise heideggeriana de *Ser e Tempo*, e assim de apresentar o *Ser e Mundo* mais do que *Ser e Tempo*, como a esfera original da ontologia.¹⁵

O próprio Fink sustenta que talvez o tempo seja somente uma das dimensões da filosofia ontológica e, então, depois de serem postas as questões de uma relação assim problemática (aquela entre Ser e Tempo indicada), dever-se-ia interrogar. Entretanto, com observância do ser com o espaço e com o movimento ou, para reassumir o todo, observando a relação que decorre entre ser e mundo.¹⁶

¹¹ Cf. Tommaso Pedicine, *Il labirinto del mondo. La filosofia del gioco di Eugen Fink*. Milão: Guerini, 1997. p. 239.

¹² Cf. Guy van Kerckhoven, *Mondanizzazione e individuazione La posta in gioco nella Sesta Meditazione cartesiana di Husserl e Fink*, trad. de Massimo Mezzanica, Gnova: Il melangolo, 1998. p.110.

¹³ Guglielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973. p. 13.

¹⁴ Renzo Raggiunti, *Introduzione a Husserl*, Roma-Bari: Laterza, 2002. p. 15.

¹⁵ Guglielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973. p. 13.

¹⁶ Renzo Raggiunti, *Introduzione a Husserl*, Roma-Bari: Laterza, 2002. p. 55.

O pensamento de Fink, nesse momento, pode ser definido como cosmológico. Quanto mais ele evidencia a reflexão sobre o mundo, e das consequências busca a conceptualização do jogo, como modo de ser do homem no mundo, mais então a filosofia de Fink sofrerá uma forte e definida maturação de identidade. A partir de então se compreende como os estudiosos do pensamento de Fink¹⁷ podem falar unanimemente de um *Kehre* na filosofia finkiana do pós-guerra, ou seja, uma volta incomparável, na forma, aquela ocorrida no pensamento de Heidegger entre as publicações de *Ser e Tempo* e os escritos dos fins dos anos trinta, nos quais o problema do ser assume um caráter global.¹⁸

A virada de Fink se torna evidente, no que resulta até mesmo inesperada, senão incompreensível, para aqueles que não conhecem os seus estudos e as variadas etapas do seu tormentoso caminho de pensamentos nos três conhecidos congressos de fenomenologia (Bruxelas, Krefeld, Royaumont), mas, sobretudo, a retomada das publicações dos seus escritos a partir de 1947.¹⁹

A crítica de Frege

A filosofia da aritmética

Em sua severa recensão à *Filosofia da Aritmética*, Gottlob Frege, impelido pela exigência de distinguir nitidamente a psicologia da lógica e de fundar a aritmética sobre bases rigorosamente formais, acusa Husserl de psicologismo.²⁰ Ele rejeita, por isso, toda a problemática husserliana destinada a definir o caráter e os limites das operações psicológicas, que são a base dos conceitos elementares da aritmética.²¹ A sua célebre frase é própria e característica de tal assertiva: necessário saber que coisa seja o mar do Norte, não como surge a noção de mar do norte.²²

¹⁷ Podemos citar Spiegelberg, Gadamer, Remy, Zecchi, Schlageter e Masullo. Cf. Tommaso Pedicini, *op. cit.*, p. 31.

¹⁸ Michele Lenoci, *Autococienza Valori Storicità Studi su Menong, Scheler, Heidegger*, Milão: Franco Angeli, 1992. p. 205.

¹⁹ Guglielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973. p. 15.

²⁰ Esse foi o primeiro escrito de Husserl, que constitui uma reelaboração da sua tese de habilitação de 1887. Foi publicada em 1891 como *Filosofia da Aritmética* e com o subtítulo *Investigações Lógicas e Psicológicas*, como dedicatória a Franz Brentano. Cf. a trad. ital. *op. cit.*

²¹ Anthony Kenny, *Frege*, trad. Marco Mazzone, Turim: Einaudi, 2003. p. 24.

²² É de modo significativa, para se por com respeito a isso, especialmente se se põe em relação com as seguintes afirmações: “Uma descrição dos processos mentais que precedem a enunciação de um juízo numérico, não pode nunca, também se exata, substituir uma verdadeira determinação do conceito de número, não poderemos nunca invocá-la para a demonstração de qualquer teorema, nem aprenderemos por essa alguma propriedade dos números. E, na verdade, o número não constitui um objeto da psicologia, nem pode considerar-se como um resultado dos processos psíquicos, mesmo como não pode considerar-se tal, por exemplo, o mar do Norte.”

O primeiro escrito de Husserl foi uma reelaboração da sua tese de habilitação em 1887.²³ Foi impressa em 1891 como *Filosofia da Aritmética*, com o subtítulo *Investigações Lógicas e Psicológicas*, e foi dedicada a Franz Brentano.²⁴ Nessa obra, quis Husserl demonstrar o processo no curso do qual o conceito de número decorreria de *fenômenos concretos de multiplicidade (Inbegriffe)*, ou seja, agregados, associados, unidos.²⁵ Essa ideia abstrata de vinculação coletiva foi alcançada enquanto significado lógico de um conceito mais geral de *multiplicidade*, que, a sua vez, buscaria pela via da abstração das observações dos agregados.²⁶

Compreende Husserl que o ato psíquico é identificado no conceito de número e caracterizado, seja em sentido psicológico, seja abstraído, em um sentido puramente lógico.²⁷ Essa caracterização externa, para Husserl, não vincula toda a complexidade do ato de representação, que consente de se conseguir o conceito de vinculação coletiva, que poderemos dizer tanto o ato de colher um conjunto como um gesto gestáltico.²⁸ Esse ato de representação vai tomando não como um processo que negligência, “não nota” o conteúdo do agregado, mas como ato unitário que exprime a função psíquica de atenção por tais conteúdos, considerados, em seu sentido específico, como reunidos em um agregado por semelhança.²⁹

Husserl retoma a Teoria de Brentano e se concentra sobre o ato de representação, que vincula a dimensão subjetiva de modo a tender a uma coisa qualquer (ou qualquer coisa) como objeto, e essa tendência é o próprio conteúdo intencional.³⁰ O ato de determinar o número, ou seja, a consistência de um agregado, é um ato de interesse, que, em um mesmo momento, institui de um lado conexões entre os vários elementos ou agregados e de outro tem conteúdo seu próprio em mira e o objeto agregado mesmo.³¹

A esse ponto, é evidente que a caracterização psicológica do conceito de número imposta por Husserl rompe decisivamente o esquema da Teoria Empirista da Abstração e se mostra derivada da *psicologia do ponto de vista empírico* de Brentano, a qual tomou para distinguir o físico do mental, evidenciando como os atos mentais tidos em uma existência autônoma.³² Sobre esse raciocínio, Husserl atraiu para a

²³ Mauro Mariani, *Introduzione a Frege*, 3ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004. p. 45.

²⁴ Cf. a trad. italiana, *op. cit.*

²⁵ Mauro Mariani, *Introduzione a Frege*, 3ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004. p. 35

²⁶ Esse modo de pensamento se avizinha da Teoria empírica da abstração de John Stuart Mill, mas dele se afasta por conta das consequências psicologistas expressadas por Mill. Cf.

²⁷ Segundo Mill o número não denota os sentidos singulares do agregado, mas considera na sua generalidade o ente simples, de unidade, deixando como resíduo na mente a sua pura e simples conexão conceitual. Cf.

²⁸ Gabriele Giannantoni, *op. cit.* p. 580.

²⁹ Cf. F. Adorno, T. Gregory e V. Verra, *op. cit.* p. 457.

³⁰ Paolo Bucci, *Husserl e Bolzano Alle origini della fenomenologia*. Milão: Unicopli, 2000. p. 11.

³¹ Renzo Raggiunti, *Introduzione a Husserl*, 10ª. ed. Roma-Bari: 2002. p.77.

³² Anthony Kenny, *Frege*, trad. Marco Mazzone, Turim: Einaudi, 2003. p. 32.

órbita da existência autônoma números como formas gerais condicionantes a nossa atividade cognoscitiva.³³ Corrige, assim, a hipótese psicologista da total dependência dos conceitos elementares da aritmética da psicologia.³⁴

O primeiro passo na direção de uma pesquisa de autonomia do primado na lógica objetiva, existente de *per se*, é a respeito de uma simples derivação da lógica da característica da psicologia.³⁵ É exatamente essa consideração que foi criticada por Frege, com a qual Husserl travou auspiciosa relação epistolar.³⁶ Segundo Frege, Husserl se achava novamente em uma dimensão psicologista e não puramente lógica.³⁷ Entre os argumentos utilizados por Frege, é conhecido o recurso ao conceito de zero: se não contamos zero, como se faria para sustentar a posição psicologista?³⁸

³³ Nicla Vassallo, *La filosofia di Gottlob Frege*, Milão: 2003, Franco Angeli, p. 213.

³⁴ Mauro Mariani, *Introduzione a Frege*, 3ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004. p. 38.

³⁵ Denis Fisette, *Lecture frégréenne de la phenomenologie*, Paris: Eclat, 1994. p. 82.

³⁶ Cf. Mauro Mariani, *Introduzione a Frege*. Roma-Bari: Laterza, 2004. p.

³⁷ Cf. Anthony Kenny, *Frege*, trad. de Marco Mazzone, Turim: Einaudi, 2003. p. 160.

³⁸ Contestando, assim, a experiência de zero, Frege nega que também se possa assim surgir no sujeito a intenção de representar igualmente o conceito de nada. Não é assim na experiência, mas na lógica. Cf. Gabriele i, *op. cit.* p. 513.

Ensaio sobre a estabilização da tutela antecipada nas ações de família

Valéria Julião Silva Medina¹

Resumo

O fenômeno da estabilização da tutela antecipada representa uma das principais mudanças trazidas pelo novo código de processo civil brasileiro e, como tal, exigirá dos operadores do direito um grande esforço na tentativa de implementá-lo, sob pena de tornar a lei letra morta. No presente ensaio, são trazidos à tona todos estes desafios, a inconsistência legislativa e a tentativa de pensar em uma proposta concreta para sua efetivação, em especial, nas demandas de família, considerando sua importante função, que é a redução do tempo do processo, a maior mazela que afflige a prestação jurisdicional no Brasil.

Palavras-chave: Estabilização; tutela antecipada; ações de família; controvérsias processuais; propostas para efetivação.

Abstract

The phenomenon of stabilization of injunctive relief is one of the main changes brought by the new Brazilian Code of Civil Procedure and, as such, require the law operators a great effort in trying to implement it, under penalty of making a dead letter law. In this essay, it brought up all these challenges, the legislative inconsistency and trying to think of a concrete proposal for its effectiveness, especially in family demands, considering its important function is to reduce the process time, most illness afflicting the judicial assistance in Brazil.

Keywords: Stabilization; injunctive Relief; family actions; disputes procedure; proposals for effecting.

Introdução

O objetivo do presente ensaio é trazer à baila uma análise pragmática do novo instituto trazido pelo Código de Processo Civil há pouco vigente, hipótese em que, apesar das dificuldades de redação, acreditamos na qualidade de sua proposta, consistente na redução sobremaneira no volume de feitos em curso no Poder Judiciário, em especial nas demandas de família, justificando-se em uma concretude de base hermenêutica.

¹ Doutora e Mestre em Direito Processual pela UNESA/RJ. Especialista em direito de família e sucessões pela EPD/SP. Professora de graduação, pós-graduação e extensão em direito processual civil. Advogada. E-mail: vjsmedina@yahoo.com.br

Evidente ressaltar que as dificuldades serão imensas, em virtude de tratar-se de uma nova realidade, mas precisamos ousar a ponto de reescrever a futura história de nosso ordenamento jurídico pátrio ou acabaremos no marasmo das injustiças cotidianamente vislumbradas na constante morosidade das demandas em curso, em especial as de família, que empregam grande carga emotiva e mereceriam ter um tratamento diferenciado por parte do Estado-juiz.

Percebemos com grande entusiasmo a possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente como mecanismo de monitorização das demandas, hipótese em que o foco deste ensaio serão as demandas de família, que merecerão maior atividade cooperativa das partes e do juiz, o que encontra arcabouço principiológico da *novel* legislação.

Por fim, a escolha do título em ensaio justifica-se em sua real acepção, voltada para um experimento, exposição crítica e propostas para aperfeiçoamento e aplicação do instituto em voga, no que consiste este texto.

Das tutelas provisórias no NCPC

Certamente uma das mudanças mais significativas da *novel* legislação processual civil brasileira (Lei nº 13.105/2015) consiste neste livro V da parte geral, denominada de '*tutela provisória*', cujas disposições são reguladas nos arts. 294 a 311 e dividem-se entre as tutelas de urgência e as de evidência.

Cumprir destacar que restou encampado dentro das tutelas de urgência, as modalidades de tutela cautelar e antecipada, que ora merecem análise conjunta para que se possa, em uma segunda e última explanação, suscitar propostas concretas de aplicação do instituto da estabilização da tutela antecipada com ênfase nas demandas de família.

Isto porque, não se pode olvidar que, em se tratando de processos judiciais de família, é imprescindível que haja à disposição do operador do direito medidas de urgência objetivando resguardar os direitos a serem protegidos, consistentes nos maiores bens tutelados pelo Estado, quais sejam: a vida, a integridade psicofísica, a proteção ao menor etc.

É irrefragável a premente atuação do Poder Judiciário para as tutelas de urgência, especialmente as inibitórias ou as de remoção do ilícito, abundantes nas varas de família, em que certamente quase a totalidade das demandas propostas as experimentam.

Retornando às regras gerais dispostas na lei processual acerca das tutelas de urgência, é conveniente destacar que suas modalidades consistem em cautelar ou antecipada, que podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental².

² LIVRO V: DA TUTELA PROVISÓRIA
TÍTULO I: DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Antes de passarmos à análise das mudanças paradigmáticas da instrumentalização das tutelas de urgência capitaneadas pelo novo CPC, é imperioso traçar as diferenças entre a cautelar e a antecipada para melhor esclarecimento da doutrina de cada instituto, ressaltando a inequívoca fungibilidade entre elas.

Em linhas gerais, a tutela cautelar não tem caráter satisfativo, mas sim conservativo, pois sustenta sua existência na proteção de um bem ou direito, pretendido no pedido principal, ou seja, visa resguardar o resultado útil do processo, enquanto a tutela antecipada consiste no próprio objeto da demanda, que, em tese, só poderia ser enfrentado na sentença final de mérito, mas que, por ter conteúdo pautado na urgência, permite ao magistrado a antecipação de sua análise, de modo que seus efeitos possam ser surtidos imediatamente após seu deferimento.³

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

TÍTULO II: DA TUTELA DE URGÊNCIA

CAPÍTULO I: DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

³ Neste sentido as lições de SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do Processo Cautelar*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 141: “O traço diferencial entre uma medida liminar satisfativa e outra cautelar está em que, na primeira, a proteção é outorgada desde logo porque o direito que carece de proteção jurisdicional imediata, apresenta-se ao magistrado indiscutível, no momento da concessão da liminar. Não se cuida, neste caso, de proteção a uma mera possibilidade de direito (*fumus boni iuris*), mas de tutela satisfativa antecipada, ante à indiscutível procedência do direito invocado pela parte, ou, como diz Galeno Lacerda,

Em síntese, a atividade desenvolvida na tutela cautelar é puramente instrumental, pois apenas serve como supedâneo de um processo, não tem o condão de aplicar o direito, mas apenas prepara os meios para que o provimento jurisdicional definitivo seja útil e eficaz.

Urge lembrar as lições de Luiz Guilherme Marinoni⁴ sobre a dicotomia do tema, considerando sua inequívoca instrumentalidade.

Torna-se indubitável esclarecer que a legislação vigente enterrou a duplicação de processos diante da necessidade de tutela cautelar. O CPC revogado exigia a propositura de uma demanda principal para promoção da tutela cautelar de urgência, o que não restou encampado pelo regramento atual, em que os pedidos de natureza cautelar podem ser formulados com antecedência, hipótese esta em que a parte interessada deverá aditar a petição inicial com o(s) pedido(s) principal(is) – arts. 305 a 310; podem ser cumulados na própria petição inicial com o(s) pedido(s) principal(is) – arts. 300 a 302 - ou, ainda, formulados em caráter incidental, no curso da demanda principal, por simples petição contendo o pedido cautelar, não sujeito ao pagamento de custas adicionais – arts. 294 e 295.

Não é despiciendo demonstrar que regra análoga deve ser aplicada às tutelas de urgência de natureza antecipada, sendo certo que se trata do próprio pedido principal da demanda, que poderá ser formulado de forma antecedente – arts. 303 e 304 - ou na petição inicial – arts. 294 e 295. Como se trata de pedido, sua alteração ou formulação *a posteriori* submeter-se-á às regras processuais válidas para alteração do pedido ou causa de pedir, dispostas no art. 329.

Perceba-se que não foram muitas as mudanças quanto a estes aspectos genéricos das tutelas cautelar e antecipada, restando alteração apenas na extinção de processo autônomo para pedido de natureza cautelar, que passou a ser formulado nos autos do processo principal, assim como o fim das cautelares nominadas ou típicas, que restaram legalizadas mediante cláusulas gerais, hipótese em que a parte interessada deverá justificar a urgência para formular o pedido desta espécie de tutela.

Outra mudança considerável, que já está sendo fonte inesgotável de controvérsias doutrinárias, consiste na ausência legislativa de diferenciação dos

quando se busca proteção para um ‘direito indiscutível’, de alguém que se debate contra alguma conduta *ilegal e abusiva* da outra parte (*Comentários*, 192). Podendo-se determinar, desde logo, que o direito é indiscutível e que a agressão que o demandado lhe faz é certamente ilegal e abusiva, e a ordem jurídica processual supera facilmente os obstáculos que em geral lhe impõe a observância de um procedimento probatório dilatado, permitindo-lhe, então, a *antecipação da tutela satisfativa*, sob o modelo da sentença injuncional, que outra coisa não é senão uma forma de execução antecipada.[...]”

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 131: “A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumária’. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado.”

critérios de cognição para a devida concessão das tutelas cautelar e antecipada, uma vez que a lei as classifica como modalidades de tutelas provisórias, justificando como fundamento da decisão jurisdicional concessiva da medida os seguintes critérios genéricos, ora dispostos no artigo 300, a saber: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a *probabilidade do direito* e o *perigo de dano* ou o *risco ao resultado útil do processo*.”⁵

A análise do grau de cognição, se sumário ou exauriente, sempre foi levada em consideração para estabelecer a diferenciação entre as tutelas pretendidas, se cautelar ou antecipatória, pelo magistrado, considerando a natureza do provimento pretendido, o que restou afastado com a atual redação legislativa.

Apenas para justificar a aludida diferenciação, é mister destacar os ensinamentos de Bedaque⁶ sobre o conceito de cognição exauriente, consistente na completa realização prévia do contraditório, permitindo às partes ampla discussão acerca do objeto da demanda. Com isto, o juízo emitido é de certeza, não de probabilidade, hipótese em que terá o condão de fazer coisa julgada, tornando-se imutável. Ao revés, a cognição sumária impõe limitações no poder de conhecimento dos fatos pelo juiz, que demonstra apenas parte da percepção total do caso concreto quando analisada sob a versão do autor, ao passo que também pode ser verificada após a formação do contraditório, mas de maneira superficial com que a atividade cognitiva se desenvolve.

Em se tratando de pedido formulado em caráter antecedente, nas duas hipóteses sugeridas, a *novel* legislação trouxe procedimentos diferenciados que ora merecem atenção, senão vejamos.

Quanto à tutela antecipada e sua possibilidade de requerimento antecedente à demanda principal, a lei inovou completamente, seja porque esta forma não era permitida, eis que o pedido objeto de tutela antecipada é o próprio pedido da demanda principal, considerando seu caráter satisfativo; seja porque sequer pode haver o ajuizamento da ação principal, considerando a possibilidade de estabilização da tutela, o que se percebe através da leitura das regras legais dispostas nos arts. 303 e 304⁷.

⁵ No mesmo sentido NUNES, Dierle e ANDRADE, Érico. *Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada*. In: MACEDO, Lucas Buriel de. *etall* (Org.). *Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório*. 2.ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 81: “No entanto, o novo CPC promove o encerramento da artificial distinção entre requisitos para as medidas de urgência hoje existente: aparência do bom direito para a cautelar (art. 798, CPC/73); e verossimilhança para a antecipatória (art. 273 CPC/73). Agora, ambas estão sujeitas aos mesmos requisitos no âmbito da nova tutela de urgência, como se extrai do art. 300 do novo CPC: a) probabilidade de existência do direito material alegado; b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.”

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 120.

⁷ CAPÍTULO II: DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela

É sobre esta *novel* redação do artigo 304 que se justifica o presente ensaio.

Os desafios só estão por começar. Evidente que tudo o que é novo assusta e, como tal, há uma infinidade de dúvidas e controvérsias decorrentes desta inovação, razão pela qual é conveniente a demonstração do problema para a *posterior* sugestão interpretativa e/ou integrativa da norma aos conflitos que versam sobre direito de família.

Por fim, para conclusão do tema denominado de “tutela provisória” é de bom alvitre trazer à baila os cotejos da tutela de evidência da nova legislação, cujas regras seguem transcritas no artigo 311⁸.

final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

⁸ TÍTULO III: DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

A expressão evidência deriva de uma relativa certeza que detém o julgador para decidir de forma antecipada um provimento final, eis que evidente é o que dispensa prova.

O ordenamento brasileiro já trazia a previsão desta tutela de evidência no art. 273 do CPC revogado, nas hipóteses de incontrovérsia do pedido e no manifesto propósito protelatório do réu.

Na legislação vigente houve uma considerável evolução do tema, pelo que restou ampliado o rol de sua aplicação, considerando a proposta de celeridade trazida em seu contexto, com destaque para sua aplicação pelo magistrado, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, o que a diferencia das tutelas de urgência acima apresentadas.

Neste diapasão é possível concluir que a tutela de evidência pressupõe a exigência de celeridade e economia processuais em nome da efetividade da prestação jurisdicional em determinadas situações, que podem resolver o conflito sem maiores delongas.

As evidências salientadas pela lei são: a) o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; b) a tese jurídica ser fundada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante e sua prova fundar-se apenas em documentos; c) nos pedidos reipersecutórios fundados em contrato de depósito com prova documental irrefutável do direito, hipótese em que o juiz deverá fixar desde logo o prazo para entrega do objeto custodiado, sob pena de multa; d) na hipótese de prova documental não refutada pelo réu, ou seja, incontroversa.

É imperioso o realce do parágrafo único do art. 311, que ressalta a possibilidade de o magistrado decidir liminarmente nas situações descritas nos incisos II e III, sendo forçoso concluir que, nos incisos I e IV, o juiz somente poderá formar sua convicção após a de defesa ofertada pelo réu.

Do procedimento da tutela cautelar

Apenas por amor ao debate, torna-se pertinente o esclarecimento acerca do procedimento de tutela cautelar antecedente na legislação vigente, que encontra assento nos artigos 305 a 310 do novo CPC⁹ e é de fácil constatação que segue

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

⁹ CAPÍTULO III: DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

a mesma identidade ao da lei revogada, com algumas adaptações, que ora serão demonstradas.

Primeiramente, é mister esclarecer que os prazos da *novel* legislação são contados em dias úteis e são, em regra, de quinze dias para a prática dos atos processuais, o que se difere no que tange à tutela cautelar antecedente, que prevê prazo de cinco dias para contestação, sendo certo que, após este ato, o procedimento adotado será o comum, consoante o exposto no parágrafo único do art. 307.

A peculiaridade mais relevante trazida pela nova lei foi a possibilidade de formular o pedido cautelar em conjunto com o(s) pedido(s) da demanda principal (art. 308, §1º), considerando a desnecessidade de ajuizamento de ação autônoma, bastando um simples aditamento ao pedido em caso de pedido cautelar antecedente.

No que tange ao pedido cautelar incidental, considerando o fato de já existir a demanda principal em curso, basta uma simples petição com a exposição do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo que o juiz poderá conceder a medida cautelar para asseguarção do direito ameaçado.

Merece ênfase a simplificação procedimental dos pleitos de natureza cautelar, o que certamente tornará os processos mais céleres, sendo forçoso concluir que a magistratura também terá um papel de destaque para alcançar a efetividade pretendida.¹⁰

Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

¹⁰É imperioso recordar do discurso de Rui Barbosa para a turma de 1920 da Faculdade de Direito da USP, direcionada aos futuros magistrados. In: BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5.ed., Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 40: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça

Do procedimento da tutela antecipada antecedente

Restabelecendo a discussão que fomentou o presente ensaio, cumpre destacar os pontos mais relevantes sobre o novo instituto jurídico da tutela de urgência na modalidade de tutela antecipada antecedente, que enseja a propositura de uma petição inicial limitada ao requerimento da tutela antecipada pretendida, pelo que a lei exige apenas a exposição da lide, do direito que se busca realizar, e a narrativa do perigo, de dano ou risco, ao resultado útil do processo.

Não é demasiado registrar, ainda, a existência de outros requisitos desta petição inicial incipiente e antecipada expressos na lei, pelo que pode dar ensejo à sua emenda, em que pese seu caráter de urgência, tais como, a indicação do valor da causa, que deve levar em consideração o pedido da tutela final, ou seja, o(s) pedido(s) que será(ão) formulado(s) na petição de aditamento (art. 303, §1º); a necessidade de afirmação de que se trata de pedido antecipado antecedente (art. 303, §5º); e, como consequência lógica, o adiantamento total das custas processuais (arts. 303, § 3º c/c 82).

Tais requisitos mínimos estão condicionados ao enfrentamento inicial do pedido antecipatório, eis que após a decisão judicial *inaudita altera pars*, o autor deverá analisar seus efeitos e tomar as seguintes medidas exigidas, a saber:

a) se a decisão for denegatória: competirá ao autor aditar a petição inicial antecedente para inclusão dos demais pedidos e complementação da causa de pedir no prazo de cinco dias úteis, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, § 6º c/c 219);

b) se a decisão for concessiva: competirá ao autor aditar a petição inicial antecedente para inclusão dos demais pedidos, inclusive confirmação do pedido de tutela final, sem prejuízo da complementação da causa de pedir a juntada de novos documentos, no prazo de quinze dias úteis ou outro prazo maior que o juiz fixar (art. 303, § 1º, I c/c 219), sob pena de extinção sem resolução de mérito (art. 303, § 2º).

Em complementação à última hipótese exposta, qual seja, diante da concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o legislador possibilitou a estabilização da decisão, se não houver oposição do réu.

Registre-se que a lei se vale da expressão “se da decisão não for interposto o respectivo recurso”, merecendo uma análise mais aprofundada da *mens legis*.

Alguns doutrinadores já ousaram enfrentar a controvérsia valendo-se de regras hermenêuticas, pelo que se expõe:

qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jas a sorte do litígio pendente. Não sejas, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas no purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.”

Para Cássio Scarpinella Bueno¹¹, é imperioso que no mandado de citação e intimação expedido ao réu, em cumprimento ao disposto no art. 303, § 1º, II, contenha expressamente a advertência acerca da real possibilidade de estabilização da tutela concedida em seu desfavor, em caso de inércia.

No mesmo sentido é a orientação de Fredie Didier Jr.¹² ao doutrinar que a estabilização da decisão concessiva da tutela antecipada é uma técnica de monitorização do processo civil brasileiro.

Considerando a técnica acima exposta, é possível concluir que a estabilização ocorrerá quando o réu quedar-se inerte na exibição de defesa sobre a decisão judicial concessiva do pedido principal, hipótese em que não haveria, em tese, a necessidade de prosseguir-se com a demanda.

Em breve síntese, no nosso entendimento, a intenção legislativa é evitar o prosseguimento de demandas em que o interesse de agir do autor limita-se a uma tutela de urgência liminar, em que obteve êxito, sem que o réu demonstrasse qualquer tipo de oposição.

Em verdade, como a própria proposta do código desvela uma maior autonomia da vontade das partes, não se poderia permitir entendimento diverso ao de que a intenção legislativa é deixar a cargo das partes a decisão acerca da conveniência, ou não, da propositura ou prosseguimento do feito para fins de apuração de provas e atividade decisória jurisdicional, através da sentença de mérito.

Com esta decisão, repita-se, a cargo das partes, torna-se premente o afastamento da atividade jurisdicional de modo a permitir a monitorização do procedimento mediante a possibilidade de estabilização da tutela pretendida no pedido principal, através de uma tutela sumária, não exauriente, objetivando garantir a efetividade pela redução do tempo do processo.

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 261-262: “Dúvida pertinente, prezado leitor, é saber se a estabilização só pode ser dar na falta do recurso apropriado para seu reexame. São variadas as possibilidades: e se o réu não recorreu, mas compareceu à audiência de conciliação ou de mediação? E se ele se manifestou nos autos pugnando pela revogação da tutela provisória concedida? E se ele, dando-se por citado e independentemente da referida audiência, contestar? E se ele apresentou embargos de declaração de decisão concessiva indicando vício que tem a aptidão de conduzir o magistrado a retratar-se? Em suma: é possível interpretar ampliativamente o disposto no *caput* do art. 304 para afastar, diante desses acontecimentos, a estabilização da tutela provisória? A melhor resposta, penso, ao menos por ora, é a de aceitar a interpretação ampliativa do texto do *caput* do art. 304. Qualquer manifestação expressa do réu em sentido contrário à tutela provisória antecipada em seu desfavor deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304. [...]”

¹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol.II, 10.ed. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 604: “A estabilização da tutela antecipada ocorre quando ela concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer, o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la. Nesse caso, não há, obviamente, resolução do mérito quanto ao pedido definitivo – até porque a estabilização se dá num momento em que esse pedido sequer foi formulado.”

Merece destaque a observação de Talamini¹³ de que a estabilização da tutela antecipada antecedente reúne as características essenciais da técnica monitória: a) há o emprego de cognição sumária com o escopo de rápida produção de resultados concretos em prol do autor; b) a falta de recurso do réu contra a decisão antecipatória acarreta-lhe imediata e intensa consequência desfavorável; c) nessa hipótese, a tutela antecipada permanecerá em vigor por tempo indeterminado – de modo que, para subtrair-se de seus efeitos, o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente, ou seja, sob esta perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo de cognição exauriente; e d) não haverá coisa julgada material.

Torna-se forçoso concluir que esta tendência de monitorização procedimental tem fomento na real necessidade de redução do tempo do processo, o que resulta, ainda, na redução de seu custo.

Por oportuno, registre-se que desde o projeto de *Firenze*, capitaneado por Cappelletti e Garth¹⁴, na década de 1970 do século passado, já se deixava claro que o tempo é o maior inimigo do processo e das partes, destacando que a demora maior que dois ou três anos por uma solução judicial torna a justiça inacessível, o que já era consolidado pela Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, que assim delimitava explicitamente no artigo 6º, § 1º.

A redação legislativa brasileira encontra semelhança nos institutos do *référé*, no direito francês, e no sistema processual italiano, com algumas diferenças trazidas por Nunes e Andrade¹⁵.

Ressalte-se que, o aludido dispositivo legal traz à colação a possibilidade de revisão de seus efeitos, por intermédio de demanda própria, requerida nos mesmos autos do processo em que a decisão se estabilizou, objetivando sua reforma, revisão ou invalidação, no prazo de até dois anos de sua ciência, o que evidentemente afasta qualquer violação ao direito fundamental, ao contraditório e ao devido processo legal.

¹³ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e Estabilização da Tutela Antecipada*. In: MACEDO, Lucas Buriel de. *etall* (Org.). *Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório*. 2.ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 176.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p.20.

¹⁵ NUNES, Dierle e ANDRADE, Érico. *Op. Cit.*, p. 97: “Percebe-se que o modelo brasileiro criou uma perspectiva procedimental diversa, para autonomização e estabilização da tutela, daquelas encontradas no direito italiano e francês, pois: i) criou o procedimento antecedente para busca da tutela de urgência, mas determinou que o próprio autor é que deverá, uma vez impugnada a medida antecipatória pelo réu pela via do recurso de agravo de instrumento, apresentar o pleito de cognição plena e exauriente: no sistema italiano e francês este ônus é invertido para o próprio réu, pois deferida a tutela sumária, o procedimento se fecha, e cabe ao réu buscar a tutela no processo de cognição profunda, como autor deste; ii) criou uma passagem no procedimento de cognição sumária, antecedente, para o procedimento de cognição exauriente: o primeiro, uma vez recorrida a decisão antecipatória pelo réu, irá se convolar no segundo procedimento, mediante apresentação, pelo próprio autor, do pedido inicial, no mesmo procedimento antecipatório.”

A análise das consequências do não ajuizamento das aludidas demandas no prazo decadencial de dois anos também tem sido objeto de diversas críticas na doutrina, eis que a lei é expressa no sentido de que não há formação da coisa julgada da decisão estabilizada (art. 304, § 6º), restando silente, entretanto, quanto à sua possibilidade após o término do prazo disposto no art. 304, § 5º, mas tal análise merece ensaio próprio.

Ante todo o exposto, é mister destacar a realidade concreta de uma vara de família, em que milhares de ações, de fato, poderiam sofrer os efeitos desta estabilização, cujos impactos seriam muito positivos para uma redução considerável de demandas, a nosso sentir.

Isto porque, a título de exemplificação, se a pretensão de um pai é obter o exercício do direito de convívio com o filho e formula sua pretensão por intermédio desta modalidade de tutela antecipada antecedente, obtém um pronunciamento judicial favorável e cita a genitora que não opõe resistência, pergunta-se: qual a necessidade do prosseguimento de uma ação judicial? O interesse de agir das partes esgotou-se no pedido formulado e na decisão estabilizada. Se, eventualmente, à situação das partes ou do menor sobrevierem mudanças, basta solicitar o desarquivamento dos autos e pedir a revisão ou reforma da decisão estabilizada.

Não é demasiado frisar que também não se afasta a possibilidade de ajuizamento de outra demanda considerando causa de pedir distinta. Explica-se: na situação posta, se o filho menor vier a sofrer alienação parental da genitora, por exemplo, o pai, então autor daquela demanda, pode ajuizar outra ação com esta causa de pedir e solicitar novo pronunciamento judicial, sem prejuízo da manutenção daquela decisão estabilizada, porque os fundamentos da nova decisão terão como corolário uma outra situação jurídica completamente diferente.

Ademais, é forçoso lembrar que a decisão estabilizada não sofre os efeitos da coisa julgada, consoante redação expressa do § 6º do art. 304.

Outro exemplo clássico que podemos subsumir da análise do aludido dispositivo legal acerca da estabilização da tutela em varas de família consiste na formulação de pedidos de divórcio ou dissolução de união estável, apenas em relação ao rompimento do vínculo, eis que as divergências patrimoniais, que são as mais calorosas, dar-se-ão em ação autônoma de partilha, na exata forma da Súmula 197 STJ¹⁶. Assim, se um dos consortes formular o pedido na forma de tutela antecipada antecedente e o outro não se opuser, nada obstará a estabilização.

Ainda ousamos afirmar a viabilidade da medida nas ações de oferecimento, exoneração/revisão e pedido de alimentos, eis que a decisão judicial que defere os provisórios, geralmente concedida *inaudita altera pars* pode ser pautada nos parâmetros da razoabilidade, o que refutará as chances de vitória do requerido em caso de eventual prosseguimento do feito, hipótese em que pode contentar-se com a aludida decisão e sobre ela ocorrer o fenômeno da estabilização.

¹⁶Súmula 197 STJ: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.”

É evidente que, em se tratando de interesse de incapaz, haverá a imperiosa atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, na exata forma do art. 178, II, do novo CPC, sendo certo que tal situação só será possível se as provas produzidas pela parte autora forem suficientes para convencimento do direito em jogo por todos os participantes do processo.

Não é despreciando registrar que, diante da percepção de eventual prejuízo ao direito do incapaz, poderá o próprio Ministério Público aditar a petição inicial requerendo o prosseguimento do feito para que seja feita a devida instrução, com colheita das provas e decisão final em cognição exauriente, mas ainda nesta hipótese não se pode refutar a possibilidade de aplicação do fenômeno da estabilização da tutela, em especial como forma de redução do tempo e custo do processo.

Recebemos com bons olhos esta nova vertente de tutela de urgência, destacando que sua efetivação dependerá exclusivamente da forma como a lei deverá ser interpretada e/ou como o magistrado deverá conduzir o pedido formulado.

Sustentamos esta teoria em virtude da inusitada redação legislativa no que tange ao prazo de que o autor dispõe para aditar a petição inicial. Consoante à disposição do art. 303, § 1º, I, o autor deverá aditar a petição inicial da demanda principal no prazo de quinze dias ou em outro maior que o juiz fixar. E, traz à baila a possibilidade de estabilização da tutela no art. 304, se o réu não se opuser à decisão judicial no prazo de quinze dias após sua citação/intimação.

Ora, é claro que o esgotamento do prazo de quinze dias para aditamento à petição inicial será anterior ao da manifestação do réu, hipótese em que a regra imperativa da norma (“deverá o autor aditar a petição inicial”) inviabilizará a estabilização almejada.

Evidente que se o autor é obrigado ao aditamento da petição inicial em que pretendeu a tutela antecipada antecedente, não há razão para aguardar a manifestação ou inércia do réu, uma vez que a multiplicação de demandas será inevitável.

Entendemos não ser esta a melhor interpretação, sob pena de tornar o dispositivo previsto no art. 304 letra morta. Por tais razões, sustentamos que o prazo a ser fixado para o autor aditar a petição inicial será judicial, na exata redação da parte final do art. 303, § 1º, I, sendo certo que deverá ser iniciado após o término do prazo de oposição (recurso ou defesa) do réu.

Também é razoável considerar como supedâneo desta interpretação, fomentada no ativismo procedimental do magistrado, a regra disposta no artigo 139, VI, do novo Código¹⁷, pautada na possibilidade de que dispõe o magistrado de dilatação dos prazos processuais de modo a adequá-los às necessidades do conflito, objetivando dar maior efetividade à tutela do direito.

¹⁷Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

Trata-se da consagração da postura de um juiz proativo, inovador, não no sentido de criação do direito a ser aplicado, mas sim de sua participação no processo de modo a torná-lo mais célere e eficaz. No mesmo sentido, Mancuso¹⁸ propõe a mudança paradigmática do perfil do juiz moderno adrede à proposta legislativa ora vigente.

Considerando a regra geral de prazos no novo CPC, o de quinze dias úteis, entendemos ser de bom alvitre a fixação, repita-se, pelo magistrado, deste prazo, cujo *dies a quo* deverá ser o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo de oposição do réu.

Destaque-se que é imprescindível, para que o magistrado possa acolher o pedido antecipado antecedente e deferir a dilação do prazo, a formulação do pedido nos moldes determinados pela lei, mediante cumprimento integral das exigências para o pedido propedêutico, sob pena de seu indeferimento.

Esta é a razão do destaque às atividades cooperativas entre o juiz e as partes, devidamente representadas por seus patronos, que permitirão que o instituto possa ser, de fato, concretizado.

Feitas tais considerações, partiremos para as seguintes situações concretas:

- *decisão denegatória*: o autor deverá aditar a petição inicial em que pretendeu a tutela antecipada antecedente para complementação do(s) pedido(s) e causa de pedir, com espeque no § 6º do art. 303;

- *decisão concessiva*: nesta situação, entendemos que o magistrado deverá fixar o prazo para aditamento da petição inicial após o término do prazo de defesa do réu (contestação ou recurso), hipótese em que decorrerão três situações:

- *o réu manifesta discordância com a decisão*: neste caso não ocorrerá a estabilização, hipótese em que competirá ao autor aditar a petição inicial sob pena de extinção sem resolução do mérito, na exata forma do art. 303, § 2º;

- *o réu fica inerte*: a inércia do réu pressupõe concordância com a decisão judicial concessiva do pedido do autor formulado como tutela antecipada antecedente, circunstância em que ocorrerá a estabilização na forma do art. 304, se o autor não aditar a petição inicial no prazo de quinze dias;

- *o réu fica inerte e o autor adita a petição inicial*: nesta suposição não ocorrerá o fenômeno da estabilização da tutela, considerando a intenção do autor em prosseguir com o feito principal, devendo o réu ser intimado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, consoante o exposto no art. 303, §1º, II, e, posteriormente, ofertar defesa nos termos do procedimento comum do novo CPC.

¹⁸MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 448-449: “[...] Para a consecução de todo esse renovado panorama a sociedade brasileira espera o surgimento do *juiz novo*, engajado na solução não apenas da crise jurídica, mas também atento aos aspectos sociopolítico-econômicos subjacentes, conscientizado de seus elevados deveres como *condutor* do processo (*case manager*) e não apenas como um estático *destinatário da prova*. Com essa renovada e corajosa conduta, espera-se que a poeira do tempo recubra antigas e ultrapassadas posturas, tismadas do velho sentido majestático e corporativo da Justiça oficial que, durante largo tempo, serviu para desgastar a instituição, decepcionar os jurisdicionados, e desservir o ideal da justiça.”

Apenas para ratificar o que já restou esclarecido, a estabilização da tutela concedida em caráter antecedente só é possível na tutela antecipada, considerando seu caráter de satisfatividade, o que não ocorrerá com a tutela cautelar, eis que representa apenas o instrumento para efetivação de um pedido principal.

Feitas tais considerações, é preciso concordar que a viabilidade de efetivação deste *novel* instituto jurídico dependerá de um grande esforço cooperativo entre as partes e seus advogados e, em especial, do magistrado, que terá o poder de alterar o prazo para propiciar uma avaliação do autor acerca do aditamento, ou não, da petição inicial para abertura de uma cognição exauriente ou se pretender limitar-se-á à decisão “liminar” de natureza antecipatória antecedente e em nome da celeridade dispensar o processo para fins de obtenção de uma cognição exauriente, se assim concordar o réu, ao não refutar a decisão com algum mecanismo obstativo de seus efeitos.

É evidente que somente as estatísticas nos permitirão ter a realidade concreta da implementação desta nova regra no futuro, mas, para o presente, nossa missão, como operadores do direito, é tentar a criação destes mecanismos hermenêutico-processuais e aguardar seus resultados concretos, o que restou demonstrado no presente ensaio.

Conclusão

A atual redação do art. 304 do novo CPC é confusa e, como tal, gera diversas controvérsias, que merecerão maior atenção dos operadores do direito, em especial advogados e magistrados, de modo que seja possível sua aplicação, sob pena de torná-lo letra morta, o que não se mostra razoável pela evidente tentativa de celeridade processual nele inserida.

Na nova legislação, restaram enquadrados no mesmo plano das tutelas de urgência, os pedidos de natureza antecipada e as cautelares, unificando, ainda, os pressupostos para a devida concessão - *probabilidade do direito* e o *perigo de dano* ou o *risco ao resultado útil do processo* -, o que denota a nítida intenção legislativa de privilegiar urgência em detrimento de eventuais inusitadas exigências jurisdicionais para fins de apuração de provas, em nome de um juízo mínimo de cognição, como o exigido pela legislação revogada, tais como verossimilhança das alegações e fundado receio e dano irreparável ou de difícil reparação, o que certamente demandava uma maior demora na prestação jurisdicional.

Com a proposta de formulação de um pedido de natureza antecipatória antecedente, sem a necessidade de ajuizamento da demanda principal, percebe-se a real probabilidade de redução de demandas ditas principais, se o autor puder analisar o interesse no aditamento à petição inicial, após o esgotamento do prazo de resposta do réu, se este quedar-se inerte no ideal de obstar os efeitos da decisão inicial. Isto porque, a redução do tempo do processo e seu custo podem servir de encorajamento das partes neste jaez, reduzindo consideravelmente o volume de feitos no Poder Judiciário.

A proposta exarada neste ensaio desvela uma maior percepção desta realidade nas varas de família de todo o Brasil, em especial porque muitas destas demandas acabam sendo desnecessárias, como as ilustradas acima, como as dissoluções de união estável e divórcio sem partilha de bens, o que já encontra assento na Súmula 197 STJ, hipótese em que a discussão patrimonial ficará para análise em demanda própria, posterior. Isto sem contar com outras possibilidades, como o pedido de visitação, alimentos etc, que possam eventualmente não necessitar de uma dilação probatória mais ampla, podendo pautar-se no juízo de cognição sumária.

É evidente que esta representa só uma primeira análise pragmática da nova legislação que acaba de entrar em vigor em nosso ordenamento jurídico, mas preferimos acreditar que os objetivos qualitativos nela idealizados possam se concretizar, de modo a viabilizar sua aplicabilidade.

Referências bibliográficas

- BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5.ed., Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.II, 10.ed. Salvador: Jus Podium, 2015.
- FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NUNES, Dierle e ANDRADE, Érico. **Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada**. In: MACEDO, Lucas Buriel de. *etall* (Org.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. 2.ed. Salvador: Jus Podium, 2016.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do Processo Cautelar**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Estabilização da Tutela Antecipada. In: MACEDO, Lucas Buriel de. *etall* (Org.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. 2.ed. Salvador: Jus Podium, 2016.
- THEODORO JR., Humberto. **O Processo Civil Brasileiro: no liminar do novo século**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

A contraposição da teoria dos custos de direitos e do mínimo existencial no campo da judicialização dos direitos fundamentais

Diogo Oliveira Muniz Caldas¹

Resumo

Na esteira do cumprimento e respeito dos direitos fundamentais e sociais, que são emanados por lista consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil, uma grande discussão surge nos tribunais pátrios e em parte da doutrina. A proteção desses direitos deve ser observada de forma obrigatória ou, ao adentrar na questão dos custos para a execução e cumprimento dos mesmos, o Estado pode se esquivar alegando que, se a interpretação literal e humanística do texto constitucional for cumprida, sua já combatida finança será impactada de forma a provocar o seu fim. Num ponto além da presente discussão, Amartya Sen ensina que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos direitos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; teoria dos custos dos direitos; Amartya Sen; desenvolvimento; liberdades individuais.

Abstract

In the wake of compliance and respect of fundamental and social rights, which are issued by list enshrined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, a big argument arises in the native country of the courts and doctrine. The protection of these rights must be observed on a mandatory basis or, to enter the issue of costs for the implementation and enforcement thereof, the state can avoid claiming that the literal and humanistic interpretation of the Constitution, is met, its already battered finance will be impacted so as to cause its end. A point beyond the present discussion, Amartya Sen teaches that economic development should not necessarily be opposed to the fundamental rights, but an instrument to achieve effective compliance.

Keywords: Fundamental rights; theory of rights costs; Amartya Sen; development; individual liberties.

¹ Doutor em Direito - Universidade Veiga de Almeida (UVA). Email: diocaldas@hotmail.com

Introdução

No momento atual, quando se discutem os valores do direito e sua aplicação, uma das questões mais controversas é a oposição das teorias dos custos do direito em relação à aplicação dos chamados direitos fundamentais.

Como será observado mais adiante, a teoria dos custos dos direitos tem como base fundamental o entendimento de que todos os direitos, independentemente da classificação adotada, devem ser entendidos como positivos, pois, para que os mesmos possam ser exercidos com eficácia plena, necessitam do apoio financeiro oriundo do erário público.

Em outro prisma, um segundo ponto do presente estudo, a teoria narrada acima é fortemente combatida, verificando que justificaria uma não aplicação de um direito fundamental se houvesse, por exemplo, risco às finanças públicas. Trata-se da proteção conferida pela teoria do mínimo existencial, que, ao trazer uma indicação de que todos os cidadãos devem receber o mínimo do Estado para uma vida digna, cria uma malha de proteção nos direitos fundamentais e sociais listados pela Constituição Federal.

Ao prosseguir no desenvolvimento da discussão abarcada, este trabalho realiza uma investigação construtiva ao trazer os ensinamentos de Amartya Sen, no que tange ao desenvolvimento de alguns países do mundo, dividindo-os em duas categorias: aqueles que primeiro produzem riquezas para que posteriormente realizem a distribuição da renda acumulada e aqueles países que realizam um crescimento circular, em que, ao realizar o investimento dos valores que possui em sua população, a riqueza que será gerada aumentará, sendo devolvida ao Estado, que realizará todo esse fluxo novamente.

Como a aplicação das teorias supracitadas vem se relacionar com diversos direitos fundamentais encontrados na Constituição Federal? A análise humanista e imperativa do texto constitucional prevalece mesmo quando o Estado alega a falta de recursos públicos para o seu cumprimento? Ou uma interpretação efetivamente pautada na manutenção da saúde financeira do pacto federativo deverá prevalecer?

O presente estudo pretende contrapor posições apresentadas por pontos de vista importantes, de forma a analisar os seus aspectos centrais, buscando qual pensamento deve prevalecer ao longo do curso do desenvolvimento do ordenamento jurídico pátrio.

A teoria dos custos dos direitos

Esta teoria foi estudada e desenvolvida pelos professores Cass Sustein e Stephen Holmes e publicada no livro intitulado *The cost of rights: Why Libert Depends on Taxes*, em 1999. Na pesquisa, foram feitas análises acerca dos mais variados tipos de direitos e os custos derivados para o cumprimento dos mesmos.

Aqui se faz necessária a indicação de que, mesmo trabalhando em sistemas jurídicos diversos (o americano e o brasileiro), tal estudo é de fundamental importância nos dias atuais, em que o Poder Judiciário Brasileiro recebe centenas de petições das procuradorias dos estados e municípios, que, para se defenderem em uma ação, alegam que não cumprem determinado direito porque isso iria comprometer o equilíbrio orçamentário (como ocorre, principalmente, em casos envolvendo o direito à saúde e à propriedade).

Inicialmente, deve ser entendido que um dos papéis fundamentais do Estado é buscar o cumprimento dos direitos consagrados pelo legislador. Esse cumprimento é observado de forma livre e espontânea no gestor público, por exemplo, no combate ao incêndio, que põe em risco o patrimônio dos administrados, ou para ofertar um determinado medicamento para o tratamento médico de um indivíduo.

Quando, de forma contrária, o Estado não atende, espontaneamente, uma determinada demanda, o Poder Judiciário é provocado e, utilizando remédios jurídicos próprios, obriga que a Administração Pública cumpra determinada ordem.

Em outra situação, na execução de atos no exercício da função administrativa (os chamados atos administrativos), são verificadas prestações positivas e de caráter prestacional do Estado, como, por exemplo, o ato de demolição de uma casa em ruínas, preservando-se a vida dos moradores e a propriedade privada dos titulares dos direitos dos prédios vizinhos.

Em qualquer um dos casos acima é observado o uso do mesmo meio para se alcançar fins por vias distintas: o emprego de recursos públicos para o cumprimento e satisfação adequada dos direitos emanados pela legislação. Observando que o dispêndio de dinheiro público é necessário para se alcançar um determinado direito, os autores entendem que todos os direitos possuem natureza positiva.

Até mesmo os direitos ligados às liberdades individuais são aqui incluídos, como, por exemplo, o direito ao voto. De acordo com a teoria em questão, essa derivação do direito de liberdade só existe porque o Estado realiza uma prestação positiva, ou seja, altamente custosa para o seu exercício.

Em relação aos direitos classificados tradicionalmente como negativos, os autores são incisivos ao indicar que essa definição é errônea, pois não existiriam tais direitos na esfera pública, sendo traçada equivocadamente a ideia de o gestor simplesmente deixar fazer algo. Essa afirmação é corroborada com uma indicação de que os direitos subjetivos públicos sempre serão positivos.

É imperativo ressaltar que a teoria em tela não defende o descumprimento dos direitos pela falta de condições financeiras. Entretanto, busca realizar uma nova discussão acerca da dimensão da proteção conferida aos direitos, de acordo com o orçamento disponível em cada lugar, permitindo, desta forma, que o gestor público direcione melhor os recursos encontrados nos cofres públicos. Como analisam em sua obra:

The cost of rights raises not only questions of democratic accountability and transparency in the process of allocating resources; it also brings us

unexpectedly into the heart of moral theory, to problems of distributional equity and distributive justice. To describe rights as public investments is to encourage rights theorists to pay attention to the question of whether rights enforcement is not merely valuable and prudent, but also fairly allocated. The question here is whether, as currently designed and implemented, disbursements for the protection of rights benefit society as a whole, or at least most of its members, or only those groups with special political influence. Do our national priorities, in the area of rights enforcement, merely reflect the influence of powerful groups, or do they promote the general welfare? To study costs is not to shortchange politics and morality, but rather to compel consideration of such questions. The subject is so important precisely because it draws attention to the relation between rights on the one hand and democracy, equality, and distributive justice on the other.²

Outro ponto de suma importância, que é imperativo destacar, é a não existência de direitos classificados como negativos, ou seja, que não precisariam de prestação estatal para seu cumprimento. Um dos principais exemplos é o direito à liberdade, que, para ser exercido de forma adequada, depende de investimentos do Estado na área de bem-estar social.

Como parte essencial do presente trabalho, passa a ser analisado o direito de propriedade como um instrumento para se exercer plenamente a liberdade.

Inicialmente, devem ser analisadas as palavras de Flávio Galdino para explicar a relação do que, tradicionalmente, é entendido como direito de propriedade e como a mesma se relaciona com as liberdades individuais:

Tradicionalmente, numa visada de corte jusnaturalista, tem-se o direito de propriedade como liberdade básica, anterior e superior ao Estado, aliás figura completamente desimportante na caracterização deste direito, ocupando posição completamente passiva (ou negativa) – bastando respeitá-lo, constituindo intervenção estatal exceção excepcionalíssima.³

Ocorre que os autores que defendem a teoria dos custos do direito não defendem a mesma visão, valendo-se de que o direito de propriedade é um direito posterior à estruturação e formação política do Estado, ou seja, aquele seria uma consequência deste.⁴ Além disso, têm como um dos pilares de sua argumentação a intervenção estatal controlando o funcionamento dos mercados, como condição mínima para a efetividade dos direitos considerados privados, entre eles a propriedade.

² HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberties Depends on Taxes**. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999. p.226.

³ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p.206.

⁴ A visão supracitada agride, de forma central, o ideal do Estado Liberal-Individualista, que defende a não intervenção do poder público em matérias econômicas privadas, ou seja, a existência de direitos negativos.

Aqui a função do Estado ultrapassa o caráter reconhecedor da existência da propriedade privada. Para os seguidores dessa teoria, o Estado é o criador desse direito por meio da atuação de seus agentes, como, por exemplo, os agentes políticos e magistrados.

É necessária uma reflexão utilizando exemplos para se tentar compreender melhor o pensamento incrustado nessa teoria. Imagine uma grande cidade com milhares de grandes prédios de apartamentos espalhados por seu território. Essas propriedades só permanecem intactas e seguras pelo trabalho realizado, diariamente, pela Administração Pública e seus agentes, com o uso de recursos do erário público.

Outra situação importante, relativa ao direito de propriedade, que tem acontecido muito no país, são os sucessivos casos de reintegração de posse, em que além dos gastos com os aparatos técnicos e agentes envolvidos, observa-se o custo gerado ao Poder Judiciário para que seja feita a emissão da ordem judicial.

Como é sabido, para se debater jurisdicionalmente o direito de propriedade, existe a verificação dos custos. Note-se que, para todo o direito fundamental existe um remédio jurídico que deve ser utilizado frente à provocação do Poder Judiciário (é um exemplo de acesso à justiça).

Constata-se assim que o Poder Judiciário, que é o local adequado para resolver possíveis demandas relativas ao direito de propriedade, é mantido em funcionamento pelo Estado, com custos arcados pelo mesmo. Ademais, cada remédio em que o autor se apoia em uma demanda judicial gera custos que, mais uma vez, serão pagos pela Administração Pública (inclusive em ações movidas em face desta).

Um exemplo que pode reforçar o argumento acima é a concessão da gratuidade de justiça. Muitos autores explicam ou desenvolvem seus estudos como se a mesma fosse um benefício em que não só o autor seria liberado das custas e emolumentos, mas também ninguém seria responsável pelo seu ônus, sendo encarada assim, apenas, como um não recolhimento de determinado valor. Tal pensamento é errôneo, pois, mesmo com a concessão da gratuidade, alguém arcará com os custos para a movimentação da máquina judicial e esse alguém é o Estado.

Os autores da teoria se defendem de possíveis críticas concluindo que, nenhum dos direitos, ditos como fundamentais, são absolutos, pois dependem de uma análise a ser feita com base em argumentos financeiros, sociais e temporais. O que hoje é considerado algo absoluto, muitos anos atrás, já foi considerado de forma diversa (exemplo: o direito à assistência médica não era considerado fundamental na época em que era realizado, costumeiramente, por meio de padres. Neste caso, os recursos de uma sociedade seriam mais bem aplicados em outras questões).

Por fim, como observado anteriormente, o objetivo da teoria dos custos dos direitos é bem claro: demonstrar uma correlação entre a aplicação de um determinado direito com os gastos necessários para isso, realizados pela

Administração Pública (análise pragmática dos direitos). Portanto, qualquer efetivação de um direito ou até mesmo o exercício da liberdade é vinculado ao aporte financeiro realizado pelo Estado, devendo este decidir como devem ser aplicados os recursos disponíveis.

Ademais, reconhecer que os direitos fundamentais atribuem um custo ao gestor público, como já reconhecido nos direitos sociais, é reforçar e valorizar sua ligação com o princípio da reserva do possível.

Crítica à teoria dos custos dos direitos

Após realizar a análise da teoria dos custos dos direitos, deve ser feita a verificação das críticas (em sua maior parte, justas) que são direcionadas ao raciocínio apresentado no item anterior.

Em um primeiro momento é sabido que, ao se defender e priorizar a utilização de recursos públicos de acordo com a escolha do Estado, a proteção aos direitos fundamentais será consideravelmente reduzida pois, como verificado em vários casos, ao se diminuir o cumprimento dos direitos garantidos pela Constituição Federal, uma gama de pessoas ficará desprotegida, ou seja, quanto menos a efetividade dos direitos se apresenta em uma sociedade, maior será o número daqueles que buscarão o cumprimento desses direitos de forma forçada (apelando, em alguns casos, para o uso da violência).

Em sua obra, o raciocínio de Luís Fernando Sgarbossa explica claramente essa hipótese:

Os problemas engendrados pela desregulamentação da economia e pela retração da proteção social são ocultados pela exploração da insegurança generalizada e pela condução ideológica de todas as expectativas de solução dos problemas correlatos em campo penal, o que representa, ao fim e ao cabo, a fragilização de direitos e garantias individuais decorrentes da retórica do medo e da conseqüente expansão, doravante sem limites, da repressão penal.⁵

Dessa forma, pode ser verificado que, em primeira crítica, ao condicionar o cumprimento dos direitos fundamentais aos recursos encontrados nos cofres públicos, os defensores da referida teoria afastam o Estado do caráter social e o encaminham, a passos largos, ao Estado com natureza penal acentuada, com o escopo de reprimir os cidadãos que não forem contemplados pelo exercício de determinado direito.

De acordo com a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), em seu relatório de 2013⁶ são apresentados diversos dados acerca da situação da população brasileira e o exercício dos direitos sociais consagrados pela

⁵ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Volume I – Reserva do Possível**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. p.118.

⁶ Organização das Nações Unidas - Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). *Panorama Social de América Latina*. Chile, Nações Unidas, 2013.

ordem jurídico-política nacional. O relatório indica que 18,6% da população brasileira vivem em condições de pobreza, sendo que 5,4% estão classificados como em estado de pobreza extrema.⁷ Já a distribuição de renda brasileira mostra que apenas 4,5% da riqueza chega até a parte mais pobre da população contra 55% para aqueles que se encontram entre os mais favorecidos economicamente.⁸ Outro aspecto relevante é o dado que demonstra os investimentos realizados pelo país com saúde pública. O estudo indica que o Brasil gastou entre 100 e 300 dólares por pessoa com saúde.⁹

Verifica-se, por oportuno, que, se com parte das receitas públicas vinculadas a determinados direitos, já se tem esses péssimos resultados, deve ser feito um exercício de imaginação de como seriam esses resultados se os gastos públicos fossem condicionados pelo pensamento da teoria dos custos dos diretos. No mínimo, de forma conservadora, seriam muito piores.

A partir daqui serão verificadas as críticas ao alicerce central que sustenta a teoria dos custos dos diretos: a reserva do possível.

Em uma análise inicial se pode definir o princípio da reserva do possível como a prestação efetiva dos direitos sociais aos mais pobres ou necessitados, de acordo com os recursos encontrados nos cofres públicos. Ademais, tal princípio fornece a ideia de que os direitos sociais são considerados “caros”, ou seja, por terem custo para a sua aplicação, devem ser executados de forma progressiva, na medida dos recursos disponíveis.

No ordenamento jurídico nacional, a reserva do possível foi recepcionada de forma um pouco modificada, mas utilizada em vários casos que tramitam em todas as esferas do Poder Judiciário. Uma das aplicações mais conhecidas, no que tange à reserva do possível, é a linha de defesa demonstrada pelas Procuradorias Municipais e Estaduais ao se negarem a fornecer medicamentos para os cidadãos que mais necessitam, alegando que a Administração Pública, cumprindo integralmente esse direito, teria suas finanças abaladas consideravelmente.

Outra perturbadora aplicação desse princípio é encontrada nos casos envolvendo a solicitação de acesso à moradia digna pelos mais necessitados. O direito à propriedade e à adequada função social são garantidos pela Constituição Federal de 1988, nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º. Infelizmente, os gestores públicos se esquivam do cumprimento de medidas ao acesso à moradia, alegando não possuir recursos suficientes para isso.

Embora sendo acolhida por alguns tribunais inferiores, o Supremo Tribunal Federal vem, em suas decisões, afastando a recepção da reserva do possível como um argumento válido nas argumentações do Estado para se esquivar do cumprimento dos direitos sociais consagrados pela Constituição Federal, principalmente nos casos envolvendo as matérias listadas no artigo citado anteriormente. Mais uma vez deve ser destacado: não é razoável a alegação da falta de recursos pelos Estados,

⁷ Idem. p.17.

⁸ Idem. p.18.

⁹ Idem. p.41.

uma vez que o fato material da falta dos mesmos é provocado (dolosamente), na maior parte das vezes, pelas péssimas gestões realizadas e pelo descumprimento frontal do que apregeoa a Lei Complementar 141 de 2012.

Em relação à propriedade privada, a Administração Pública, ao utilizar como base a teoria dos custos dos diretos, alega que é a responsável por manter o respeito a esse direito por meio de seus gastos com segurança pública (ao evitar as invasões em domicílio) e na defesa das mesmas contra incêndio, com os bombeiros trabalhando diariamente. Entretanto, essas fundamentações não passam de um verdadeiro absurdo jurídico. Os custos invocados pelo Estado só são realizados por meio da captação, através do sistema tributário, junto aos administrados, de recursos para cumprimento dessas obrigações. Tem-se, como exemplos, o pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), o pagamento do Imposto de Renda (IR) e o pagamento do Fundo Especial do Corpo de Bombeiros (FUNESBOM).

Outro argumento que não merece prosperar é o de que gastar dinheiro público com os mais necessitados, em situações que envolvam moradia digna, seria uma lesão do equilíbrio contributivo, já que despenderia os recursos gerais da Administração Pública com apenas parte da população. Mais uma vez a alegação pauta-se meramente nos recursos econômicos do Estado, não levando em consideração que tais direitos sociais são consagrados e devem ser absolutamente cumpridos.

Valorizar a racionalidade econômica em detrimento da racionalidade jurídica inverte completamente a ordem de importância do consagrado pelo legislador nas mais diversas espécies normativas. Ademais, considerar que a efetividade dos direitos aqui debatidos deve ser observada conforme a condição financeira de cada ente público é, de forma clara e límpida, atacar de forma central a natureza fundamental dos direitos sociais.

Uma crítica que se faz necessária é a alegação, dos defensores da ora criticada teoria, que a aplicação do princípio da eficiência (consagrado no caput do artigo 37 da Constituição Federal) em conjunto com uma análise de custo e benefício de cada direito deveria ser utilizada para verificar quais seriam as normas escolhidas para serem cumpridas pelo gestor público. Trata-se, mais uma vez, de um delírio utópico de determinados juristas, esquecendo que os atos cometidos, diariamente, pela Administração Pública não respeitam o referido princípio.¹⁰

¹⁰ Em reportagem realizada pelo jornal “O Estado de São Paulo”, no ano de 2013, foi veiculada a notícia do gasto realizado pelo Senado Federal para a compra de selos de postagem. Os valores divulgados de gasto, naquele ano, com a compra do referido material, alcançaram a absurda marca de R\$ 2 milhões. Para demonstrar como a eficiência pública foi ferida neste caso, com os recursos destinados para essa aquisição cada Senador devia receber uma média de 18 mil selos em um ano. Como se não bastassem os fatos aduzidos acima, as correspondências dos Senadores da República são seladas por meio de uma máquina franqueadora, ou seja, um equipamento que não realiza o uso de selos em papel. Fonte: O Estado de São Paulo. **Senado apura gasto de R\$ 2 milhões com selos.** Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,senado-apura-gasto-de-r-2-milhoes-com-selos,1064482>. Último Acesso em: 28 de dezembro de 2014.

A teoria dos custos dos diretos demonstra a pior face do Estado, transformando os gestores em simples economistas que, com um frio cálculo matemático, decidirão quem é que terá ou não um acesso a determinado direito. Em outras palavras: defender a teoria dos custos dos diretos, como apresentada no item anterior, é realizar uma verdadeira “roleta-russa” jurídica com os direitos fundamentais.

O mínimo existencial e o Estado desenvolvedor de Amartya Sen

Nesta parte serão feitas argumentações positivas de como a aplicação dos direitos fundamentais devem ser feitas em contraposição aos alicerces, já aqui criticados, da teoria dos custos dos diretos.

Ao construir uma linha de aplicação e efetividade dos direitos fundamentais, primeiramente são invocadas linhas gerais do direito alemão, que, no pensamento ilustre de Otto Bachof, constatou que o princípio da dignidade da pessoa humana é garantidor das liberdades individuais e de um mínimo existencial, ou seja, a Administração Pública deve garantir um mínimo de segurança social aos seus administrados, cumprindo o disposto nesse princípio. Em linhas gerais, deve ser defendido um Estado que se pauta na atuação de forma a respeitar os direitos sociais, garantindo o cumprimento efetivo dos mesmos e uma assistência social aos que, por alguma razão, estejam em debilitada situação física ou mental, não conseguindo assim prover seu próprio sustento.

Não se defende aqui um Estado assistencial com veias paternalistas. Entretanto, a atuação do ente público deve ser no intuito de prover as mínimas condições de vida aos mais necessitados, por meio de um Estado desenvolvedor, como indica Amartya Sen em sua obra:

*A segurança protetora é necessária para propiciar uma rede de segurança social, impedindo que a população afetada seja reduzida à miséria abjeta e, em alguns casos, até mesmo à fome e à morte. A esfera da segurança protetora inclui disposições institucionais fixas, como benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes, bem como medidas *ad hoc*, como distribuição de alimentos em crises de fome coletiva ou empregos públicos de emergência para gerar renda para os necessitados.¹¹*

O desenvolvimento e a garantia do mínimo existencial passam sim por fatores econômicos, mas com pensamentos diversos dos empregados pelos defensores do raciocínio econômico se sobrepondo ao raciocínio jurídico. Existem, assim, dois tipos de modelos que utilizam a relação de direitos sociais com o crescimento econômico:

¹¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 57.

a) o primeiro modelo sustenta que o respeito às liberdades individuais e a forte oferta de assistência aos direitos sociais, com ênfase na educação de qualidade e acesso à saúde, conjugadas com uma reforma agrária eficaz, realizam crescimento econômico e social saudável. Exemplos: Coréia do Sul e Taiwan.

b) o segundo modelo de crescimento econômico apresenta um Estado que busca um forte crescimento econômico, mas que, com o abismo social criado por décadas, suas realizações têm aparecido de forma muito mais lenta se comparado ao modelo anterior. Exemplos: Brasil e Índia.

Aqui se faz por oportuno deduzir que o progresso de uma nação é pautado sim nas oportunidades sociais oferecidas, e o Administrador Público Brasileiro, ao refutar o cumprimento dos direitos sociais com a argumentação da quebra dos cofres públicos, acaba caminhando de forma oposta ao demonstrado pelas estatísticas e por grandes doutrinadores.

Uma das propostas apresentadas no presente trabalho, que ressalta o âmbito do problema habitacional nos dias atuais, é a criação de um Fundo Econômico Habitacional (FEH), ou seja, um fundo soberano em que, anualmente, os valores capitados devem ser depositados e seus rendimentos devem ser utilizados para a construção de casas aos mais necessitados. Cabe valorizar que esse Fundo, recebendo aportes anuais, será investido em aplicações conservadoras, apenas aplicando seus juros nessas construções, ou seja, é um mecanismo progressivo que sempre acumulará rendimentos sem a necessidade de gastos consideráveis pelo gestor público.

Outra proposta tem como objetivo indicar uma sugestão de origem desses aportes financeiros. A iniciativa propõe que tais valores sejam percentuais, a serem votados pelo legislativo, que seriam retirados da receita líquida das Empresas Públicas Federais e repassados diretamente aos cofres do FEH. Isso, definitivamente, colocaria uma pá de cal nas argumentações atuais das Fazendas Públicas espalhadas pelo Brasil, indicando a quebra do Estado ou a não possibilidade financeira de cumprimento do preceito fundamental aqui exaltado.

A garantia do mínimo social para o exercício dos direitos fundamentais emanados pela Constituição se trata de um dever revestido com uma manta de obrigação essencial, ao qual o Administrador Público deve respeitar sem quaisquer tipos de contra-argumentações vazias, com parco fundamento humanista, e, na maior parte das vezes, de uma crueldade comparável aos momentos mais terríveis da história da humanidade.

Neste ponto será discutida e concluída qual seria a extensão desse mínimo existencial: um rol de direitos meramente biológicos ligados à manutenção da vida no sentido de sua existência vital ou uma listagem mais ampliativa que consagraria também o mínimo social (ao qual seria inserida a hipótese central do presente estudo: a questão habitacional).

Uma primeira linha de raciocínio, de abordagem interpretativa positivista e restritiva, indica que o mínimo existencial consagra apenas uma lista mínima de direitos ligada exclusivamente aos fatores biológicos para a manutenção da vida humana, ou seja, só são considerados direitos inseridos no núcleo da dignidade da

pessoa humana aqueles que seriam básicos para manter a pessoa com vida e suas funções vitais em estado de normalidade. São citados como exemplos os direitos à saúde (alguns medicamentos e intervenção hospitalar) e à alimentação.

De acordo com os defensores dessa ideia, os legisladores que elaboraram a Constituição da República Federativa do Brasil, nos Capítulos dispostos em Título II, cometeram um sério equívoco ao taxarem como fundamentais grande parte dos direitos individuais, coletivos, sociais, políticos, etc.. Ademais, beira a insanidade dos atuais defensores da presente linha de pensamento definir que, além da falta de recursos públicos para se prestar o essencial disposto na carta magna como fundamental (mesmo sendo um dos países com uma das maiores cargas tributárias do mundo), não se pode considerar como mínimo existencial tudo aquilo que está fora da manutenção da vida em sentido estrito.

Tal opinião deve ser combatida ferozmente pelos juristas nos dias atuais, verificando que se trata de um verdadeiro golpe lancinante em cada um dos brilhantes legisladores que defenderam e moldaram uma lista de direitos, pensando e adotando os princípios da universalidade, da generalidade e, principalmente, o da dignidade da pessoa humana. Faz-se necessário lembrar o inciso IV, artigo 7º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil:

Artigo 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV – Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim¹²

É importante indicar que o próprio legislador afasta a linha de argumentação da primeira corrente apresentada, pois indica que são necessidades vitais, ao definir ao que deve ser atendido com o salário mínimo (aquele mínimo que uma pessoa deve perceber ao trabalhar e, com o seu valor, ter uma vida mínima e digna), uma lista mais ampla, que supera as meras condições biológicas do homem. Observem que constam, por exemplo, nessa lista: a educação, o transporte e, o que é importante aqui frisar, a moradia.

Não podem, portanto, os agentes públicos da esfera jurídica, ao defenderem União, Estados, Distrito Federal e municípios, procrastinar os feitos com defesas produzidas em uma linha de montagem imaginária, sendo replicadas aos montes, baseando-se em pensamentos retrógrados e ultrapassados, com um recado que, por trás das palavras de suas petições, informam apenas uma coisa: o Estado não teve o mínimo de competência para gerir os recursos que recebe (com progressivo aumento) todo o ano e, por isso, para justificar o escárnio feito com os cofres

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 20.

públicos, devem ser desclassificados todos os direitos consagrados pelo legislador após anos de lutas da população para consegui-los.

A segunda linha de raciocínio, que defende uma abordagem mais ampliativa e garantista de direitos, entende que o núcleo do mínimo existencial contempla uma lista que vai além do mero conceito biológico do que é estar vivo. Aqui podem ser encontrados os direitos esquecidos pela primeira corrente, ou seja, grande parte dos individuais e coletivos, além dos sociais e, entre eles, a moradia.

Neste passo devem ser levados em conta mais que apenas fatores ou índices encontrados em definições de livros de medicina. Cumprir a dignidade da pessoa humana é tratar o próximo como igual, com compaixão, assim como foi o espírito em que se pautaram os legisladores à época da elaboração desses direitos, e não meramente combater algo que, claro como água, acaba sendo encarado como vitória, por parte das Procuradorias ou da própria Advocacia Geral da União, ao verificar o indeferimento do pedido de um cidadão ou até mesmo a desistência, pela falta de forças ou pela própria morte do demandante.

O que deve ser levado em conta nas páginas aqui descritas é a reflexão sobre a verdadeira situação no que tange aos direitos fundamentais e, principalmente, ao direito à moradia digna e de qualidade. Será que todos não são iguais perante a lei para terem direito a uma habitação, com um mínimo de salubridade, para que possam se desenvolver como indivíduos e seus familiares (assim como consagrado na própria Constituição Federal) ou a propriedade é um direito de poucos e, por diversos fatores, seria um despautério elaborar políticas públicas efetivas para sua melhor socialização? Hoje em dia, infelizmente, essa é uma pergunta que tem sido respondida com a primeira linha de raciocínio apresentada nos parágrafos acima.

Considerações finais

Em uma primeira análise, cabe ressaltar que ambas as teorias apresentadas devem ser respeitadas verificando-se o desenvolvimento apresentado por seus autores. Em cada um dos casos, seus fundamentos demonstram problemas que devem ser enfrentados e, efetivamente, superados pela doutrina e os legisladores.

No caso do sistema jurídico brasileiro e a sua correlação com o cumprimento dos direitos fundamentais e sociais, a teoria dos custos dos direitos apresenta uma série de falhas ao ser utilizada, pelos procuradores dos estados e municípios, além da Advocacia Geral da União, como linha de defesa para o não cumprimento das garantias estabelecidas constitucionalmente. Indicar, em suas peças, a falta de recursos para a execução de certas medidas que norteiam assuntos de suma importância (como saúde e habitação) é, no mínimo, chancelar a omissão dos gestores públicos, assinando um verdadeiro atestado de incompetência no gerenciamento do erário público, que anualmente é garantido pelo pagamento de tributos da alta carga tributária existente hoje no Brasil.

Por fim, os direitos fundamentais e sociais listados e garantidos no texto constitucional devem ser valorizados ao passo que se trata do rol mínimo,

indicado pelo legislador, para que a população brasileira possa ter uma vida digna e protegida do arbítrio estatal, que, muitas vezes, deriva de suas próprias omissões no exercício da função administrativa. O princípio do mínimo existencial deve ser plenamente defendido contra as teses formuladas por determinados juristas que, por muitas vezes, invertem a ordem de importância, valorizando de forma clara o aspecto financeiro em detrimento do respeito aos direitos básicos listados no ordenamento jurídico brasileiro.

Referências bibliográficas

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- O Estado de São Paulo. **Senado apura gasto de R\$ 2 milhões com Selos**. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,senado-apura-gasto-de-r-2-milhoes-com-selos,1064482>. Último Acesso em: 28 de dezembro de 2014.
- GALDINO, Flávio. **Introdução a Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberties Depends on Taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999.
- Organização das Nações Unidas - Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). **Panorama Social de América Latina**. Chile, Nações Unidas, 2013.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Volume I – Reserva do Possível**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

Lava Jato: o problema do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica

Raquel de Lima Mendes¹
Ivan da Costa Alemão Ferreira²

Resumo

O presente estudo visa analisar os principais traçados, sobretudo a partir da visão de Marcelo Neves, em sua obra “Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil”, que podem ser feitos e considerados negativos para a efetiva realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica. Isto porque relacionam-se antes de tudo com os limites à autorreferência dos sistemas político e jurídico. Serão analisadas as teorias de Luhmann e Habermas, feitas em países de modernidade central e sua suposta aplicabilidade em países de modernidade periférica. O estudo propõe uma visão além da teoria de Marcelo Neves, pois será abordado o contexto da operação Lava Jato.

Palavras-chave: Modernidade periférica; autorreferência; operação Lava Jato.

Abstract

This study aims to analyze the main routes, especially from the Marcelo Neves vision in his book “Between Themis and Leviathan: a difficult relationship”, which can be made and considered negative for the effective realization of the democratic rule of law in modernity peripheral. This is because, relate primarily to the limits to self-reference of political and legal systems. Luhmann and Habermas’s theories will be analyzed, made in central modernity of countries and their supposed applicability in modern peripheral countries. The study proposes a vision beyond the Marcelo Neves theory, because, it will address the context of the operation “Lava Jato”.

Keywords: Peripheral modernity; self reference; operation “Lava Jato”.

Introdução

O presente estudo visa analisar os principais traçados, sobretudo a partir da visão de Marcelo Neves, em sua obra “Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil”, que podem ser feitos e considerados negativos para a efetiva realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, na qual está inserido o Brasil. Isto porque, relacionam-se antes de tudo com os limites da autorreferência dos sistemas político e jurídico.

¹ Doutoranda do PPGSD-UFF. Professora na Universidade Veiga de Almeida. Advogada militante. Contato: raquelmendesadv@yahoo.com.br

² Professor Doutor do PPGSD-UFF. Desembargador do TRT 1ª Região. Contato: ivanalemao.trt@gmail.com

A situação ganha escopo e torna-se grave, quando se identifica que emergem relevantes problemas de heterorreferência do Estado em uma sociedade mundial supercomplexa e, simultaneamente, persistem destrutivamente os bloqueios generalizados à reprodução autônoma dos sistemas jurídico e político, minando a Constituição como acoplamento estrutural entre ambos e como intermediação sistêmico-procedimental da esfera pública pluralista.

Para abordar este problema, algumas considerações a respeito das características estruturais da reprodução da sociedade na modernidade periférica serão analisadas. Duas frentes de pensamento se levantam e tomam evidência.

De acordo com o modelo sistêmico luhmanniano, a sociedade moderna caracteriza-se pela hipercomplexidade, indissociavelmente vinculada à diferenciação funcional, que se realiza plenamente com a emergência de subsistemas autopoieticos.

Já conforme o modelo habermasiano, a modernidade estaria mais diretamente relacionada à superação pela moral convencional pré-moderna e ao advento de uma consciência universalista (“pós-convencional”), que importaria a construção de uma esfera pública autônoma.

Essas duas concepções, que encontram plausibilidade no que concerne aos “países centrais”, compreendem apenas parcialmente a modernidade. A elevada complexidade social e o desaparecimento de uma moral conteudístico-hierárquica diretamente válida em todas as esferas do agir e do vivenciar ou, na terminologia habermasiana, a superação da “moral convencional” podem ser definidos como traços característicos da sociedade moderna.

Indo mais além, analisa-se a aplicabilidade dessas duas concepções frente à realidade brasileira e será verificada a funcionabilidade dos modelos neste contexto.

Após análise do contexto brasileiro feito pelo autor, será verificado se o Brasil ainda se movimenta neste sentido, ou se já se encontra em momento à frente da época estudada por Marcelo Neves.

O contexto da Lava Jato será estudado como uma hipótese de rompimento do modelo proposto por Marcelo Neves, o que permite uma nova visão acerca das perspectivas de futuro para o Brasil.

Generalidades e peculiaridades entre Têmis e Leviatã

Inicialmente analisaremos a imagem de Têmis e Leviatã proposta como um duelo entre dois titãs, que estão constantemente se enfrentando em países em que existe a modernidade central e que, como veremos ao longo do estudo, não se adequam aos países em que há a modernidade periférica.

Entende-se por Têmis, de forma metafórica, os mecanismos de referência para além daqueles que são sistematicamente organizados, e em contrapartida, entende-se por Leviatã, igualmente de forma metafórica, o constante esforço do Estado na pretensão de expansão do seu poder.

Ou seja, o que se pretende é o estudo da construção de uma representação constitucional concreta dentro de um período histórico, buscando equacionar o poder do Estado e os mecanismos alternativos de dominação.

Para explicar a construção dessa representação constitucional, serão observadas duas espécies de recusa. Uma no sentido de reprodução automática e mecânica de determinadas teorias diferentes dos moldes brasileiros e que, supostamente, muitas vezes são pensadas dentro do contexto brasileiro.

Para tanto são eleitos Luhmann e Habermas para serem interlocutores, de maneira a permitir o diálogo com suas respectivas teorias, contudo, não feito de forma mecânica, mas tais teorias serão utilizadas com adaptação para que possam ter um sentido e significado em realidades distintas das quais foram pensadas.

A segunda recusa seria no sentido de não assumir uma posição particularista que aponte que determinada teoria do direito deve ser produzida no Brasil e, portanto, ser genuinamente nacional, pois é possível dialogar com referências externas, como as propostas por Luhmann e Habermas, desde que sejam reconfiguradas, ou seja, repensadas a partir da realidade local, na qual se propõe que sejam analisadas.

Em suma, a ideia é que cientificamente falando, é possível, dentro da análise de um determinado contexto histórico, observar a realidade brasileira a partir de referências externas, desde que sejam adaptadas ao contexto brasileiro, ainda que o ponto de partida seja uma realidade estrangeira.

Luhmann trabalha com a ideia de subsistemas, em que está presente uma diferença paradigmática entre o binômio sistema e meio ambiente. Ou seja, os sistemas são fechados, mas, ao mesmo tempo, integrantes de um sistema maior e mais complexo, o que significa dizer que estão construídos de forma operacional, mas que se inserem em um contexto, o sistema é apenas uma especialização desenvolvida em um meio.

Já Habermas trabalha com a reconfiguração de pluralismo moral, procedural, que se propõe como um horizonte de sistemas. Ou seja, trata-se do binômio de sistemas e mundo da vida, em que existem sistemas que se diferenciam, contudo, todos eles têm um pano de fundo comum que é o mundo da vida. Isto significa dizer que se trata do espaço em que as pessoas tematizam sobre suas questões, suas referências e são capazes de construir sob a perspectiva do entendimento também uma lógica de agir, que é a lógica comunicacional e não impositiva. Em razão de todo esse encadeamento, estaríamos diante de uma lógica sistêmica, que nada mais reluz do que Luhmannian.

Ao falar de Estado Democrático de Direito, duas perspectivas emergem neste contexto, uma presente em Luhmann: a luz da teoria dos sistemas, e outra presente em Habermas: a luz da teoria do discurso.

A proposta é ir além de Luhmann e Habermas, propondo um modelo de estado democrático de direito, capaz de equacionar, ou pelo menos propor, a equação entre Têmis e Leviatã. Para tanto, a ideia central estaria pautada em que o Estado Democrático de Direito permite o dissenso contencioso, ou seja, não

se centra em um ponto tradicional (carisma, religião...), mas observa-se que, na modernidade, é encontrada uma série de valores que podem pautar as ações daqueles que integram determinada sociedade.

Assim é possível partir de um dissenso conteudístico, permitindo que o Estado Democrático de Direito viabilize o consenso procedimental.

Nota-se que a ideia de dissenso é fundamental no pensamento de Luhmann, e não existe nenhum tipo de garantia prévia dos comportamentos, o que se garante, frise-se, é a expectativa de comportamento.

Por outro lado, com Habermas, observa-se que o consenso é possível em termos de conteúdo com os argumentos estruturados, valorização de procedimentos, que permitem a organização dos valores sociais enquanto integrantes de determinada sociedade.

Por via de consequência, é possível pensar que o modelo do Estado Democrático de Direito não necessariamente reproduz os pressupostos de democracia identificados nos países de modernidade central, haja vista a existência de fatores problemáticos que limitam esta visão. Então, algumas condições de operação são analisadas e pensa-se em um ideal de funcionamento a partir da análise da realidade concreta e as suas reais possibilidades de aplicação.

Ressalta-se que o grande mote da definição do direito em Luhmann e em Habermas segue no sentido de que, em Luhmann, implica a especialização funcional de um sistema, criando mecanismos de produção e reprodução independentes em relação ao meio, ou seja, o sistema autopoietico. Neste sistema, se estabelece um código capaz de definir o que é legal e ilegal, observa-se que é o próprio direito quem cria o paradigma de legalidade capaz de ser reconhecido por todo o sistema.

Assim, se alguma coisa não se organiza como legal ou ilegal, o sistema jurídico não é capaz de reconhecê-lo. À guisa de exemplo, a ação de escovar os dentes, ao direito, não gera nenhum reconhecimento. Neste patamar, para Luhmann, deve-se considerar empiricamente formas de funcionamento do direito para verificar se corresponde a essa leitura, conforme o trecho transcrito:

“Cada pessoa encerra um sistema psíquico como sistema autopoietico diferente dos sistemas sociais. Seus elementos não são comunicações, senão consciência (Bewusstsein). O sistema psíquico não persegue nada que não possua a forma de consciência. Os sistemas sociais, enquanto tais, e seus elementos, lhe são alheios, são seu meio.” (NAUD, LOPES:2004,326)

Já em Habermas, o direito não funciona apenas em torno de subsistemas, como também a partir de uma resgatabilidade discursiva em espaços em que este direito é imposto para os cidadãos e constantemente tematizados independentemente da força e do poder. A imposição é feita na forma de objeto de discussão, ou seja, este espaço é diferenciado do espaço sistêmico, em que o direito é fruto do entrelaçamento entre política, direito e moral, conforme segue:

“... é difícil imaginar que, nesta constelação, o direito pudesse ser assimilado inteiramente pela política ou, ao contrário, ser separado completamente dela. Além disso, é possível mostrar que determinadas estruturas da consciência moral devem ter desempenhado um papel importante na simbiose entre direito e poder do Estado. Esse momento de indisponibilidade, que no direito moderno forma um contrapeso evidente à instrumentalização política do *médium* do direito, resulta do entrelaçamento entre política, direito e moral (HABERMAS:1997,234).

Esses pressupostos trazidos por Luhmann e Habermas são fundamentais para situar o direito na modernidade, isto porque, as regiões em que estes pressupostos estão presentes são chamadas de regiões de modernidade central. E, ao identificá-los, pode-se dizer que estão presentes pressupostos que não apenas orientam como também correspondem ao funcionamento do direito.

Por outro lado, existem outras regiões territoriais no planeta em que esses pressupostos não correspondem ao funcionamento do direito. Assim, em contrário sensu, se o direito funciona sem corresponder a esses pressupostos, há o que se chamou de modernidade periférica.

A modernidade periférica ou negativa não tem o condão de atribuir valor pejorativo, mas, sim, apenas de não corresponder aos pressupostos das teorias luhmannianas e habermasianas.

Assim, o conceito de modernidade central e periférica não é a reprodução de um conceito. Ocorre que, à luz de certos pressupostos que são fundamentais para se definir o direito e o estado, em Luhmann e em Habermas, certas regiões territorialmente definidas no planeta, correspondem a certos pressupostos e outros não, e isso irá diferenciar modernidade central e periférica, conforme passaremos a analisar a seguir.

Corrupção da autonomia sistêmica do direito

O problema proposto a partir de Marcelo Neves está no fato de que, em determinadas regiões estatalmente político-jurídicas mais delimitadas, denominadas de países periféricos, em relação a outros tradicionalmente estudados, como a Alemanha, não é encontrada, de maneira alguma, a efetivação suficiente da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, tampouco a construção de uma esfera pública pluralista, fundada na generalização institucional da cidadania, que constitui supostamente características sociais de outras regiões estatalmente organizadas, denominadas de países centrais.

Tendo em vista a referida insuficiência de autonomia sistêmica e a não construção de uma esfera pública pluralista, fundada, como vimos, na generalização institucional da cidadania, Marcelo Neves define a modernidade periférica pelo que chamou de modernidade negativa.

Frise-se que o uso da terminologia negativa não se relaciona com um suposto peso pejorativo que o termo poderia atribuir como significância, mas, sim, utilizou-se a palavra “negativa” no sentido de ausência, ou seja, da não identificação das características identificadas nos sistemas luhmanniano e habermasiano, tradicionalmente estudados nos países que chamou de países centrais.

Isto equivale a dizer que, nos países de modernidade periférica, as relações referentes à amizade e ao poder privatizado sobrepõem-se difusamente ao direito, heteronomizando-lhe a reprodução operativa e corrompendo-lhe a autonomia sistêmica.

Assim sendo, a legalidade como generalização igualitária de conteúdos jurídicos é deturpada no processo de concretização do direito. Prevalcem formas unilaterais de legalismo e de impunidade em uma relação paradoxal de complementaridade.

A ideia é de que o Estado Democrático de Direito seria uma questão geral, mais ampla, e que os modelos luhmanniano e habermasiano não se reproduziriam perfeitamente na realidade de países de modernidade periférica porque sofrem duas grandes pressões.

A primeira pressão é em razão da mundialização, em que o estado nacional teria cada vez mais problemas de funcionamento e concretização de políticas públicas, ou seja, de efetivação de suas decisões em razão da globalização, refletindo na internacionalização do capital estrangeiro, etc.

Significa dizer que o estado vai perdendo força, uma vez que sofre a influência de níveis supraestatais, refletindo na capacidade de controle dos fluxos próprios da globalização, o que se agrava na medida em que também não são encontrados novos paradigmas capazes de exercer este fluxo estatal. Neste ponto o Leviatã vai se tornando impotente e esses fluxos acabam se impondo a ele.

Neste sentido, Marcelo Neves considera que:

“A dificuldade de impor decisões políticas e aplicar normas jurídicas às relações e organizações econômicas transnacionais resulta em limites à realização do Estado Democrático de Direito. O código binário “lícito/ilícito” e também o código “poder/não-poder” apresentam-se frágeis para enfrentar a ação restritiva ou destrutiva dos interesses econômicos sobre os sistemas jurídicos delimitados territorialmente em Estados. Não se trata simplesmente de autopoiese da economia em face da política e do direito, antes de hipertrofia do código econômico em prejuízo dos códigos jurídico e político.” (NEVES:2006,218-219)

A segunda razão seria a pressão e os questionamentos que ocorrem dentro do Estado, que são os particularismos locais e religiosos. Toda a modernidade organizou-se em torno de conflitos de interesses, passíveis de organização por meio de negociação. Essa identidade estruturada em elementos locais não é passível de acordo e gera um problema muito grande em relação ao estado nação, pois cria

resistência e não se propõe a algum tipo de transação através da composição de acordo.

Neste sentido, Marcelo Neves reflete que:

“O Estado Democrático de Direito pressupõe a tolerância: respeito recíproco e simétrico às diferenças. Isso importa hoje “multiculturalismos” na esfera pública pluralista. A generalização e fortificação de formas de intolerância ético-culturais e religiosas no seu âmbito de vigência político-jurídica são fatores de corrosão do Estado Democrático de Direito, constituindo-lhe uma ameaça de destruição. Diferentemente dos ‘conflitos triviais’ na medida em que são passíveis de mediação, seguem daí formas destrutivas, não triviais de conflito...” (NEVES:2006,223-224)

Vale aqui frisar pontualmente que, embora Marcelo Neves apresente uma realidade fática e empírica de que existe um conflito radical na modernidade, que nega a estrutura originária do Estado Democrático de Direito, o autor não aborda as razões dos conflitos estarem se colocando desta maneira.

Entretanto, o fato é que o Estado Democrático de Direito estaria sofrendo esta dupla pressão, apresentando problemas diferentes em países de modernidade central e periférica.

Na central, em razão da heterorreferência, isto é, o problema não estaria no funcionamento do estado, mas, sim, no fato de que o modelo de cidadãos que, por exemplo, a França pensou em determinado momento, na atualidade, apresentasse de forma completamente diferente. Trata-se de uma abertura cognitiva do estado em relação ao seu entorno. Em função disso, resta presente o problema de legitimação na comunidade em que se insere.

Já na periférica, os obstáculos estariam pautados na autorreferência, em que a dinâmica seria que o estado não consegue se constituir como sistema operacionalmente fechado, haja vista que o próprio estado é apropriado de forma privada pelo meio no qual se constitui, razão por que não consegue se legitimar.

Paralelo a este modelo, encontra-se o Brasil. O Estado não se diferencia do seu meio, isto é, conhece o entorno, contudo, produz direito com relação a ele mesmo e não em relação ao seu entorno.

Nessas circunstâncias, os procedimentos predominantemente jurídicos do Estado Democrático de Direito, tais como o jurisdicional e o administrativo de estrita execução da lei, sobretudo o policial, são invadidos por critérios extrajurídicos, que, de forma incontrolável, corrompem o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente.

Marcelo Neves chega a considerar que é ingênua a interpretação de que se trata aqui de uma ampla abertura cognitiva do direito aos interesses sociais. Isto porque, do ponto de vista sistêmico, a abertura cognitiva pressupõe fechamento operacional ou normativo. Portanto, antes se trata de quebra do fechamento

operacional, por força da qual se diluem as fronteiras entre o campo jurídico e outras esferas de comunicação. (NEVES:2006, 240)

Disso resulta que o direito, nos países de modernidade periférica, encontra-se permanentemente em crises de identidade, muito mais acentuadas do que as crises de adaptação, a que por ventura possa passar o sistema jurídico no Estado Democrático de Direito da modernidade central. Além do mais, cabe advertir que não se trata simplesmente de fenômenos localizados de corrupção sistêmica em detrimento dos acoplamentos estruturais, a questão vai mais além.

A chamada corrupção sistêmica apresenta tendência à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito.

Assim, Marcelo Neves considera que o problema central não reside na produção de mais ou menos textos normativos, mas sim na superação das condições desjuridicizantes que determinam a colonização do direito pela sociedade.

Contudo, o problema não fica adstrito à violação de Têmis pela sociedade desestruturada, em virtude da insuficiente diferenciação funcional e da carência de uma esfera pública fundada na universalização da cidadania. A questão abrange também mecanismos sociais destrutivos da autonomia operacional da política. São relevantes aqui as invasões dos procedimentos eleitorais e legislativos pelo código econômico e por particularismos relacionais.

Com referência ao processo eleitoral, comenta o autor que, muitas vezes, o procedimento é de tal maneira deturpado que se transforma em um mero ritual: “não há incerteza quanto aos resultados”. A eleição afasta-se assim radicalmente do seu modelo constitucional e legal inicialmente estabelecido. (NEVES:2006,242)

Além dos obstáculos à realização do Estado Democrático de Direito por fatores da sociedade envolvente, evidencia-se na modernidade periférica uma relação destrutiva interna entre Têmis e Leviatã. Embora essa situação envolva bloqueios recíprocos entre política e direito, apresenta-se basicamente como sobreposição destrutiva do código do poder sobre o que seria “lícito/ilícito”. Assim, este se caracteriza como um código frágil, uma vez que não é complementado por critérios e programas suficientemente institucionalizados para enfrentar a força do código político.

A experiência brasileira

A experiência brasileira enquadra-se como um caso típico de modernidade periférica, isto porque a crescente complexidade e o desaparecimento do moralismo tradicional não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania.

Isso implica obstáculos graves à realização do Estado Democrático de Direito. Não se refere o autor às experiências autoritárias de 1937-45 e 1964-84, que foram os períodos ditatoriais brasileiros. (NEVES:2006,245)

Nesses casos, trata-se de uma negação direta e expressa do Estado de Direito, estando a subordinação de Têmis a Leviatã prescrita claramente nas próprias leis constitucionais. No presente trabalho, interessam especialmente as situações em que o modelo textual de constituição do Estado Democrático de Direito é adotado, contudo, carece amplamente de concretização.

Pode-se afirmar que, conforme o modelo textual das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1988, teria havido um inquestionável desenvolvimento do Estado de Direito no Brasil, que não se distinguiria basicamente dos seus congêneres na Europa Ocidental, e na América do Norte.

No entanto, no plano da concretização, não se observou um correspondente desenvolvimento: o Estado permanece sendo amplamente bloqueado pela sociedade envolvente, e Têmis, frequentemente é impunemente violada por Leviatã à autonomia operacional do direito e atingida generalizadamente por intrusões do código político.

Contudo, cabe aqui acrescentar que, por sua vez, a política, enquanto não está vinculada à diferença “lícito/ilícito” como seu segundo código, também sofre graves limitações no concernente à autopoiese: é sistematicamente bloqueada por pressões imediatas advindas do ambiente social do Estado, distanciando-se do modelo procedimental previsto no texto da Constituição.

Nessa oportunidade, pretendemos considerar alguns aspectos particulares que se relacionam com a questão da alopoiese de política e direito na experiência brasileira e que exigem um tratamento além do paradigma sistêmico, pois envolvem o problema da insuficiente construção de uma esfera pública pluralista.

Não aceitando a ideia habermasiana de consenso racional, Marcelo Neves argumenta que todas as intervenções no direito, inclusive aquelas que resultam de sua instrumentalidade sistêmica, devem estar legitimadas juridicamente por procedimentos que, sem parcialidade, exclusões e privilégios, permaneçam abertos à esfera pública como conexão comunicacional de cidadãos juridicamente iguais. Além do mais, os fundamentos constitucionais da pluralidade procedimental e da institucionalização da cidadania tornam-se sobretudo indisponíveis para o poder. (NEVES:2006,246)

A questão do direito não está relacionada ao funcionamento do sistema autopoietico, ou seja, o direito é produzido pelo seu em relação ao sistema social, isto porque, o direito que funciona no Brasil seria alopoietico, em que há a existência do binômio legal e ilegal, mas não é produzido pelo próprio direito, mas, por outro lado, é determinado por códigos sociais, culminando em problemas na especialização do direito que ele próprio produz. Isto significa dizer que o código ter ou não ter da economia é hipertrofiado, gerando problemas, pois é determinado por interesses econômicos, morais e políticos.

Esta hipertrofia do código ter ou não ter, ou seja, o modelo marxista, é incompatível com a leitura luhmanniana. Isto porque, como vimos, o direito no Brasil é alopoietico. Não se trata de considerá-lo mais ou menos aberto, mas sim que ele não se fecha operacionalmente.

O fato é que se não existe uma construção de uma esfera de legalidade que seja própria, também não há como se pensar em um direito alternativo, pois, para isso, ter-se-ia que pensar que a esfera de legalidade está constituída. Em suma, para se pensar em pluralismo jurídico, é preciso se pensar que existe um paradigma estatal.

Não se pode conceber uma alternativa legalidade, vez que ela é inexistente no Brasil. E pensar em construir uma legalidade determinada pelas questões econômicas paralelas seria justamente uma alternativa que poderia ser mais ou menos aplicada nas relações em que o direito dialoga enquanto sistema social.

Diante desta abordagem, temos que a legalidade no Brasil não se constitui como realidade tópica, pois é captada por interesses econômicos. E, diante desses aspectos, abrem-se duas frentes: de um lado temos a juridicização das relações sociais, em que se observa um número crescente de relações sociais, que vão sendo reguladas pelo direito, ou seja, atribui-se a isto um número maior de leis, de ações propostas nos tribunais et cetera. E a outra frente seria a desjuridicização fática, que ilustra a existência no Brasil de um número cada vez maior de leis que vigoram, contudo, carecem de efetividade, pois, muitas vezes, não são socialmente respeitadas.

Tal fato, à guisa de exemplo e empiricamente tratando, pode ser facilmente constatado ao se observar que, na justiça do trabalho, na prática, as leis constantemente são violadas pelos empregadores. Ou seja, embora na teoria haja um aumento das normas, o que aparentemente significaria maior rigidez do sistema jurídico, na prática esse sistema é flexível. Todo o sistema trabalhista representa ao empregador um incentivo à burla do direito trabalhista, visto que, na hora da juridicização economicamente para o empregador é mais vantajoso.

Se existe uma juridicização do ponto de vista formal, quanto à sua efetividade ela não produz seus efeitos, ou seja, a legalidade é frágil, em razão de problemas operacionais que produzam efeitos do ponto de vista prático.

Diante destes aspectos, ao analisar genuinamente as teorias de Luhmann e Habermas, observa-se que, do ponto de vista luhmanniano, no Brasil, o estado não funciona por ele mesmo enquanto sistema. E do ponto de vista habermasiano, o que teríamos inicialmente, que estado/direito vem colonizando os espaços de resistência do mundo da vida pelo estado, no Brasil, a lógica se inverte, isto porque, no mundo da vida capturam parcelas do Estado e gerenciam essa ideia como se privada fosse a partir de elementos de corrupção sistêmica, que, como vimos, traz elementos capazes de gerenciar o estado de forma privada.

Em suma, ambos não correspondem aos pressupostos do Brasil, por isso ele pode ser enquadrado no conceito de modernidade periférica, visto que, em razão dos interesses econômicos que determinam os mecanismos da política, não é possível identificar os paradigmas do direito observados por Luhmann e Habermas.

Evidentemente, a experiência brasileira marca-se por formas de instrumentalização política, econômica e relacional de mecanismos jurídicos,

apontando no sentido inverso à indisponibilidade do direito. Há uma forte tendência a desprezar o modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais. Isso está associado à persistência de privilégios e exclusões, que obstaculizam a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos iguais.

Subintegração e Sobreintegração

Um dos obstáculos que mais dificultam a realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, destacadamente no Brasil, é a generalização de relações de subintegração e sobreintegração, definindo a inclusão como *acesso e dependência* aos sistemas sociais. Falta nesse caso, uma das duas dimensões do conceito.

Não se trata, a rigor, de relações alopáticas de exclusão entre grupos humanos no espaço social, antes de formas subordinadas ou sobreordenadas de integração social. Aqui interessa, sobretudo, o problema da falta generalizada de inclusão no sistema jurídico, no sentido da ausência de direitos e deveres partilhados reciprocamente.

Isso significa inexistência de cidadania como mecanismo de integração jurídico-política igualitária da população na sociedade. Isto é, se a cidadania se configura a partir da igualdade de seus cidadãos, isso é inexistente no Brasil.

Do lado dos subintegrados, generalizam-se situações em que eles não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas, dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os “subcidadãos” não estão inteiramente excluídos, embora lhes faltem as condições reais para exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. (NEVES:2006,249-250)

Trocando em miúdos, cidadania subintegrada é a cidadania que incorpora a igualdade de direito, e constantemente os cidadãos têm seus direitos mais fundamentais violados para grupos de cidadãos sobreintegrados, tais como direito à saúde, educação, privacidade, abordagem policial, direitos esses que são formalmente assegurados pela constituição.

Uma reflexão é que se essas pessoas são chamadas de cidadãos subintegrados aos sistemas, isto significa dizer que eles estão no sistema, e portanto se integram ao sistema sobretudo por estruturas punitivas do estado, como, por exemplo, a criminalização da pobreza. Ou seja, determinadas pessoas que detêm a cidadania subintegrada, integram a sociedade no âmbito jurídico, não pelo exercício de direitos, mas por uma ordem jurídica punitiva, e são cobrados apenas pelos seus deveres olvidando-se dos seus direitos.

Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade, os direitos fundamentais

não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. Sendo a Constituição a estrutura normativa mais abrangente nas dimensões temporal, social e material do direito, isso vale para todo o sistema jurídico: aqueles que pertencem às camadas sociais marginalizadas são integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados et cetera, não como detentores de direitos, credores ou autores, capazes também de usufruir dos benefícios da norma.

Porém, é no campo constitucional que o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das camadas socialmente subalternas, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do aparelho estatal, isso significa dizer das ações violentas ilegais da polícia.

Ressalva-se, entretanto, que evidentemente a situação inverte-se no âmbito da Justiça do Trabalho, mas, para o subcidadão, trata-se, nesse caso, de uma luta por bagatelas.

A subintegração é inseparável da sobreintegração. Esta se refere à prática de grupos privilegiados, que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações a partir da reprodução do direito.

Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. (NEVES:2006,253)

Significa dizer que se entende por cidadania sobreintegrada um grupo de cidadãos que constantemente manipulam esses direitos fundamentais de forma estratégica, beneficiando-se e escapando das estruturas punitivas do Estado e de seus deveres por meio de mecanismos, como fraude, sonegação et cetera. Os direitos fundamentais são para proveito próprio, enquanto grande parte da população, em seu cotidiano, não goza desses direitos. Capturam o estado de forma a patrimonializá-lo e privatizá-lo, utilizando-o como mecanismo de proveito próprio para satisfação de interesses individualizados.

Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir, o vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas, antes, como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais.

Portanto, caso se pretenda insistir no termo “exclusão”, não apenas o subintegrado estaria excluído, mas também o sobreintegrado: este estaria acima do direito, aquele, abaixo.

No âmbito da sociedade mundial supercomplexa do presente, ninguém é absolutamente subintegrado ou sobreintegrado, pois as posições correspondentes não se baseiam em princípios ou normas firmes como nas sociedades pré-modernas. Eventualmente, o subcidadão pode ser um sobreintegrado, ofendendo,

com expectativas seguras de impunidade, os direitos de outros e vice-versa, o sobrecidadão pode encontrar-se excepcionalmente como subintegrado, especialmente quando sofre a ofensa impune de agentes estatais.

Além do mais, não se pode excluir uma esfera pública *restrita* de cidadãos que se encontram regularmente em situações de integração simétrica na ordem jurídica, no entanto, a generalização de relações de subintegração e sobreintegração faz implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica e também como acoplamento estrutural entre política e direito.

Esta mecânica tem efeitos alopoiéticos, especialmente com relação à esfera jurídica. De fato, a diferenciação funcional e a autorreferência sistêmica implicam a inclusão generalizada da população nos diversos subsistemas da sociedade.

Também em perspectiva diversa do modelo de subintegração e sobreintegração, partindo primariamente da dependência, deveres, responsabilidades *et cetera*, e não do acesso a direitos, ações, como dois aspectos do conceito de inclusão, Luhmann faz distinção, em sua obra tardia, entre “setor de inclusão”, no qual “os homens contam como pessoas” e “setor de exclusão”, no qual “os homens não são mais percebidos como pessoas, mas sim como corpos”, sustentando que o primeiro seria menos integrado e o segundo superintegrado; nos termos dessa formulação, a integração é compreendida “como redução dos graus de liberdade de subsistemas” ou “como limitação dos graus de liberdade para seleções”. (NEVES:2006,252-253)

Segundo Marcelo Neves, subintegração e sobreintegração implicam a insuficiente inclusão seja, respectivamente, por falta de acesso, de integração positiva ou de dependência, de integração negativa, constituindo posições hierárquicas facticamente condicionadas e não classificações baseadas, em princípio, no fato de ser integrado nos sistemas funcionais “por baixo” ou “por cima”. (NEVES:2006,253)

Em ambas as direções, para baixo ou para cima, trata-se de limitação e unilateralidade na capacidade de imputação dos sistemas sociais em suas referências a pessoas.

No âmbito do direito, isso significa que os sobreintegrados têm acesso aos direitos e, portanto, às vias e garantias jurídicas, sem se vincularem efetivamente aos deveres e às responsabilidades impostas pelo sistema jurídico; os subintegrados, ao contrário, não dispõem de acesso aos direitos, às vias e garantias jurídicas, embora permaneçam rigorosamente subordinados aos deveres, às responsabilidades e às penas restritivas de liberdade.

Daí por que tanto os subcidadãos quanto os sobrecidadãos são carentes de cidadania, que, como mecanismo político-jurídico de inclusão social, pressupõe igualdade não apenas em relação aos direitos, mas também a respeito dos deveres, envolvendo uma relação sinalagmática de direitos e deveres fundamentais generalizados.

Neste sentido, considera o autor que a rigidez legalista, parcial e discriminatória, contraria a própria legalidade, que implica a generalização

de conteúdos e procedimentos da ordem jurídica em termos isonômicos. (NEVES:2006,255)

De outro lado, a relação entre direito e realidade social no Brasil tem sido marcada pela impunidade. Com frequência, observa-se que ilícitos, os mais diversos, principalmente na área criminal, não são seguidos das sanções preestabelecidas juridicamente.

Seria possível afirmar-se, em uma análise mais cuidadosa, que a impunidade sistemática estaria em contradição com o legalismo, porém verifica-se que essa contradição é apenas aparente.

Enquanto a inflexibilidade legalista dirige-se primariamente aos subintegrados, a impunidade está vinculada ao mundo de privilégios dos sobreintegrados juridicamente. Estes podem orientar suas expectativas e conduzir suas ações contando com a grande probabilidade de que não serão punidos em caso de transgressões à ordem jurídica. A conexão entre legalismo e impunidade obstaculiza a estruturação de uma esfera pública de legalidade e, portanto, a realização do Estado Democrático de Direito.

Lava jato: um ponto crítico para a teoria de Marcelo Neves

Enquanto a teoria de Marcelo Neves articula seus fundamentos na impunidade vinculada ao mundo de privilégios dos sobreintegrados juridicamente em detrimento dos subintegrados, a operação investigativa chamada de “Lava Jato”, atualmente sendo realizada no Brasil, contraria os argumentos da teoria de Marcelo Neves.

No primeiro período das investigações, ocorrido a partir de março de 2014, através da Justiça Federal, em Curitiba, quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio, foram investigadas e processadas.

A partir de então, o Ministério Público Federal conseguiu provas de um enorme esquema criminoso que envolveu a Petrobras há pelo menos 10 anos. O esquema consistia em grandes empreiteiras organizadas em cartel, pagando propina a altos executivos da estatal e a outros agentes públicos. O montante pago girava em torno de 1% a 5% do total dos contratos bilionários e superfaturados. Os operadores financeiros do esquema, incluindo os doleiros investigados, era quem distribuía a propina.

Em suma, de acordo com os dados atualizados até o dia 19 de dezembro de 2016, colhidos do site do Ministério Público Federal, encontra-se o seguinte cenário para os casos funcionando em sede de 1ª instância: 1.434 procedimentos instaurados, 730 buscas e apreensões, 197 conduções coercitivas, 79 prisões preventivas, 103 prisões temporárias e 6 prisões em flagrante, 120 pedidos de cooperação internacional, sendo 98 pedidos ativos para 31 países, 71 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas, 7 acordos de leniência e 1 termo de ajustamento de conduta, 56 acusações criminais contra 259

pessoas (sem repetição de nome), sendo que para 24 já houve sentença pelos seguintes crimes: corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros; 7 acusações de improbidade administrativa contra 38 pessoas físicas e 16 empresas, pedindo o pagamento de R\$ 12,5 bilhões. Valor total do ressarcimento pedido (incluindo multas): R\$ 38,1 bilhões. Os crimes já denunciados envolvem pagamento de propina de cerca de R\$ 6,4 bilhões, R\$ 10,1 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$ 756,9 milhões objeto de repatriação, R\$ 3,2 bilhões em bens dos réus já bloqueados. Até o momento são 120 condenações, contabilizando 1257 anos, 2 meses e 1 dia de pena. (Site: MPF: 1ª Instância)

Os resultados são ainda mais expressivos quando da apreciação de envolvidos pelo STF. Tudo começou quando o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, pediu para abrir 28 inquéritos no STF. O maior dele tratava do esquema de pagamento de propina a agentes públicos, que eram responsáveis pela indicação de integrantes de 3 diretorias da Petrobras.

O PGR desde então pretende investigar a participação de pessoas que gozam de privilégios em razão da prerrogativa de foro. Ou seja, a atuação da PGR na Lava Jato se deu pelo envolvimento de pessoas que gozam de prerrogativa de foro e que foram citadas nos depoimentos do ex-diretor de abastecimento da Petrobras Paulo Roberto Costa e do operador financeiro Alberto Youssef.

Diante deste cenário corruptivo, se fossemos nos ater à teoria de Marcelo Neves, seria inconcebível a operação Lava Jato no Brasil, pois, para o autor, as classes mais favorecidas não seriam capazes de ser punidas e sofrer sanções que, em regra, são sofridas pelos menos favorecidos.

E dados de realidade revelam que, no Brasil, “um raio vívido de amor e de esperança à Terra desce”, pois, através da operação Lava Jato, mostrou-se possível o processamento e julgamento daqueles que não só são economicamente favorecidos, como gozam de prerrogativa de função, o que lhes atribuiria melhores condições de julgamento. Alguns, inclusive, já tendo perdido tal prerrogativa para julgamento em primeira instância.

Quanto aos resultados da referida operação no STF, temos os seguintes números atualizados até o dia 22 de setembro de 2016: 1.337 manifestações, 162 buscas e apreensões, 147 quebras de sigilo fiscal, 168 quebras de sigilo bancário, 121 quebras de sigilo telefônico, 3 quebras de sigilo telemático, 2 quebras de sigilo de dados, 16 sequestros de bens, 45 sequestros de valores, 81 inquéritos com 364 investigados entre pessoas físicas e jurídicas, 14 denúncias em 18 inquéritos com 48 acusados, 3 ações penais, 41 acordos de colaboração premiada homologados e R\$ 79 milhões repatriados. (Site: MPF, STF)

Michel Míaille (1994,75) acevera a importância de instâncias autônomas de forma a não reduzir a sociedade a mecanismos automáticos, pois é necessário explicar, construir uma representação intelectual da realidade, capaz de dar conta da complexidade efetiva desta realidade.

E, para encerrar este breve estudo, ficamos com o pensamento de (MACPHERSON:1979,19-20)

“A hipótese de que um escritor foi coerente dentro dos limites de sua visão é útil menos como um modo de solucionar incoerências do que como um indicador da direção e dos limites de visão desse pensador, as quais podem então ser estabelecidas por outras provas”

Em outras palavras, não se pretende buscar a solução de quaisquer mazelas sociais, mas, se conseguirmos contribuir para o desenvolvimento do pensamento e do conhecimento, já teremos cumprido a missão acadêmica.

Conclusão

Ainda que brevemente, o presente estudo procurou trazer os principais tópicos da teoria de Marcelo Neves em sua análise dos países que compõem a chamada modernidade periférica e a forma de funcionamento do Estado Democrático de Direito.

As teorias de Luhmann e Habermas foram estudadas e contrapostas aos critérios de autorreferencia dos países de modernidade periférica, especialmente o Brasil. Marcelo Neves conclui pela inaplicabilidade das teorias luhmanniana e habermasiana e propõe nova teoria para explicar o processo de impunidade de pessoas que integram as camadas mais favorecidas da sociedade, que ele chamou de sobreintegrados, vez que a impunidade estaria vinculada ao mundo de privilégios.

O autor, nessas circunstâncias, considera que a cultura dominante é a da ilegalidade. Por conseguinte, cabe antes falar da legalidade como uma alternativa. O Estado Democrático de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores.

A concretização constitucional deles é imprescindível, mas depende de um conjunto de variáveis complexas, sobretudo de fatores socioeconômicos e culturais que possam viabilizar a desprivatização do Estado e a superação de relações de subintegração e sobreintegração. Impõe-se assim enfrentar conseqüentemente a conexão paradoxal de legalismo e impunidade, no sentido da construção de um espaço público de legalidade e constitucionalidade, como também na perspectiva da generalização da cidadania.

De fato, o problema vai muito além das variáveis político-jurídicas, assenta-se em pressupostos sociais os mais abrangentes e, por fim, é dependente de condições determinadas pela sociedade mundial.

Em todo caso, sua solução não redonda na procura de alternativas à legalidade, pois esta – entendida como modelo geral e efetivo de estruturação das ações e comunicações jurídicas e políticas – ainda não é dominante no Brasil (por falta de generalidade da lei em relação à prática dos agentes estatais, indivíduos e organizações). Mas poder-se-ia, ao contrário, afirmar que a legalidade (efetiva,

a saber, dependente da concretização de uma ordem constitucional democrática) constitui uma alternativa para a cultura dominante da ilegalidade; com efeito, uma alternativa cuja consecução no contexto brasileiro exigiria e implicaria uma transformação social no plano estrutural.

Preferimos, neste contexto, considerar a operação com olhar otimista, talvez esta operação seja o início da redemocratização e aplicação das leis para todos, sem distinção, de modo que possa deixar de existir, ou ao menos possa se reduzir, os subentegrados e os sobrentegrados.

Referências bibliográficas

MACPHERSON. C. B. **A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1979.

MAILLE. Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Ed. Estampa. 1994.

NAUD. A. J. E LOPES JR, D. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

NEVES. Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil: O Estado democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

HABERMAS. Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade II**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro. 1997.

Site **MPF, 1ª instância**: Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1> Acesso em: 26/01/2017.

Site **MPF, STF**: Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf> Acesso em: 26/01/2017.

Política nacional de resíduos sólidos (Lei nº 12.305/2010) e educação ambiental

Danielle Reis¹

Reis Friede²

Flávio Humberto Pascarelli Lopes³

Resumo

O presente trabalho discute a necessária efetivação da Lei nº 12.305/2010, destacando aspectos como a gestão integrada dos resíduos sólidos e a responsabilidade compartilhada entre governos e sociedade. Argumenta que uma política pública que se propõe a modificar comportamentos e práticas enraizadas, no tocante ao manejo e gerenciamento do antes considerado lixo, não se constrói apenas com a homologação de uma lei. Conclui-se que, para se alcançar a etapa do engajamento popular, é necessária a efetivação de políticas públicas de educação ambiental, uma vez que tudo começa na separação e descarte adequado dos resíduos na fonte geradora, o que evita a perda de qualidade dos materiais recicláveis. A população precisa ser educada adequadamente de modo que possa mudar seus hábitos no momento do descarte do lixo.

Palavras-chave: Resíduos sólidos; gestão integrada; cultura; responsabilidade compartilhada.

Abstract

This article talks about the necessary effectiveness of the Law no. 12.305/2010, highlighting aspects like the integrated management of solid waste and the shared responsibility between governments and society. It argues that a public policy aiming to modify rooted behaviors and practices regarding the management of what was considered garbage is not built only with the editing of a new law. Finally, it concludes that, to reach the public engagement stage, the environmental education public policies effectiveness is necessary, once that everything starts with the separation and adequate discard of waste in the generating source, which avoids recycled materials quality loss. The population must be dully educated in a way to change its habits in what regards garbage discard.

Keywords: Solid waste; integrated management; culture; shared responsibility.

¹ Mestre Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). E-mail: daniellesr46@gmail.com

² Desembargador Federal e ex-membro do Ministério Público. Mestre e Doutor em Direito pela UFRJ. Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta. Autor de várias obras jurídicas, dentre as quais se destaca *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*, Editora Manole Universitária, 9ª edição, 2015. E-mail: reisfriede@hotmail.com

³ Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e doutorando pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: fpascarellilopes@icloud.com

Introdução

Os resíduos sólidos, culturalmente concebidos como resto desprovido de utilidade, têm gerado preocupações cada vez mais urgentes quanto à sua geração e destinação. No caso do Brasil, um avanço considerável é a homologação da Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS).

A quantidade crescente dos resíduos sólidos, bem como a falta de estrutura para recebê-los, somadas às consequências danosas ao meio ambiente e à população indicam a necessidade de mudanças na forma de tratá-los após séculos de falta de preocupação, o que revela ausência de consciência ambiental dos governantes e, obviamente, da população.

Sabe-se que pelo menos duas dezenas de doenças humanas possuem ligação direta ou indireta com os lixões, além da proliferação de vetores (moscas, mosquitos, baratas, ratos etc) e da contaminação do solo e águas.

A Lei nº 12.305/2010 (Título I, Cap. II, art. 3º, XI) traz em suas diretrizes a problemática da gestão integrada de resíduos sólidos, definida como: o conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável.

Com a Lei, a responsabilidade pelo lixo passa a ser compartilhada entre os cidadãos, empresas, prefeituras e os governos estaduais e federal. Ao conceber a gestão integrada de resíduos sólidos como um conjunto de fatores relacionados, a Lei assume uma dimensão politicamente complexa ao integrar questões sociais e econômicas às questões ambientais.

A Lei também explicita a preocupação com o gerenciamento, que envolve, indiretamente, várias etapas de coleta: transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

O princípio dos três erres (3R's) na Lei nº 12.305/2010: Reduzir, Reutilizar e Reciclar

Entende-se que, com a inclusão dos conceitos de redução, reutilização e reciclagem na Lei, pretende-se diminuir o uso de matéria-prima e retardar a disposição dos rejeitos, que é a última etapa da gestão sustentável dos resíduos sólidos, conforme prescrito no Título I, Cap. II, art. 3º, XV, da referida Lei. A sua efetivação permitirá o aumento do tempo dos recursos naturais no ciclo produtivo, bem como a vida útil dos aterros sanitários.

A coleta seletiva, necessária ao retorno dos resíduos sólidos ao processo de produção, de acordo com a citada Lei, consiste na “coleta de resíduos sólidos previamente segregados, conforme sua constituição ou composição” (Lei nº 12.305, Título I, Cap. II, art. 3º, V).

A reciclagem, conforme o Título I, Cap. II, art. 3º, XIV, da Lei nº 12.305/2010, consiste no processo de transformação dos resíduos sólidos, que envolve a alteração de suas propriedades físicas, físico-químicas ou biológicas, com vistas à transformação em insumos ou novos produtos, observadas as condições e os padrões estabelecidos pelos órgãos competentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e, se couber, do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS) e do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária (SUASA).

A reutilização está referenciada no Título I, Cap. II, art. 3º, XVIII, como sendo o processo de aproveitamento dos resíduos sólidos sem sua transformação biológica, física ou físico-química, observadas as condições e os padrões estabelecidos pelos órgãos competentes do SISNAMA e, se couber, do SNVS e do SUASA.

A redução está em consonância com o descrito no Título I, Cap. II, art. 3º, XIII, que define os padrões sustentáveis de produção e consumo, estando alinhados com o combate ao desperdício: padrões sustentáveis de produção e consumo; produção e consumo de bens e serviços de forma a atender as necessidades das atuais gerações e permitir melhores condições de vida, sem comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras.

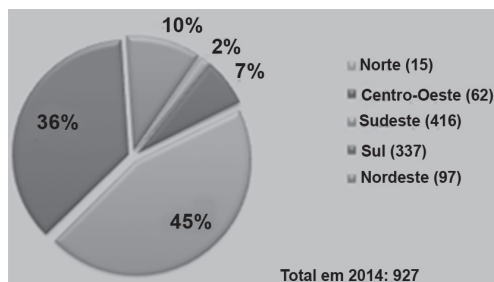
Já os rejeitos definem-se como resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentam outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada.

Segundo informações publicadas no Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil (2013), a falta de gestão adequada dos resíduos sólidos tem trazido prejuízos ambientais e econômicos para o Brasil, pois sua prática ainda é deficitária e não tem avançado de maneira uniforme nas diversas regiões do país, que carecem de uma coleta universalizada – 100 gramas por habitante por dia não são sequer coletados – e registra um percentual elevado (42%) de resíduos que ainda são encaminhados para destinos inadequados, utilizados por mais de 3.300 municípios, em sua maioria de pequeno porte.

A coleta seletiva (...) ainda não se tornou uma prática no país, apesar de ser um elemento indispensável para viabilizar a recuperação dos materiais descartados e seu posterior encaminhamento para processos de reciclagem e aproveitamento. Essa situação traz perdas consideráveis para o Brasil, pois o sistema adotado é economicamente ineficiente e desperdiça o potencial de recursos materiais e energéticos presentes nos resíduos descartados.
(ABRELPE, 2013, pp. 108-109)

Ainda que longe do ideal, os programas municipais de coleta seletiva permanecem concentrados nas regiões Sudeste e Sul do país. Do total de municípios brasileiros que realizam esse serviço, 81% estão situados nestas regiões, conforme verificado no gráfico abaixo:

Regionalização dos municípios com coleta seletiva no Brasil



(CICLOSOFT, 2014)

Modelos de coleta seletiva

Podem-se distinguir basicamente três modelos para operar um sistema de coleta seletiva: Compromisso Empresarial para Reciclagem (Cempre), Coleta seletiva porta a porta, Coleta seletiva voluntária em postos de recebimento ou troca. Cada município adota, de acordo com informações do Guia de Coleta Seletiva (CEMPRE, 2014), a forma que julgar mais conveniente e até a junção de diferentes metodologias.

Coleta seletiva porta a porta

Este procedimento é muito parecido com a clássica coleta de resíduos sólidos, porém com algumas variações que caracterizam a coleta seletiva. Os veículos coletores percorrem as residências em dias e horários específicos, cabendo aos moradores a disposição dos recicláveis nas calçadas, em contêineres.

Este modelo varia de acordo com cada caso. É comum a separação entre lixo úmido (orgânicos) e lixo seco (papéis, plásticos, metais, vidros, etc.). O material coletado é destinado a galpões de triagem, onde é feita a segunda separação em esteiras, em “silos de ordenha” ou simplesmente em bancadas. A coleta de todos os materiais em separado pode ser feita por meio de coleta multisseletiva (coleta seletiva dos diferentes tipos de materiais simultaneamente). (CEMPRE, 2014, p. 7).

Coleta seletiva voluntária

Normalmente, utilizam-se contêineres ou mesmo pequenos depósitos colocados em pontos fixos pré-determinados da “malha” urbana, denominados PEVs (Pontos de Entrega Voluntária) ou LEVs (Locais de Entrega Voluntária), onde o cidadão espontaneamente deposita os recicláveis. Cada material deve ser colocado num recipiente específico, de acordo com nome e cor, mas esta recomendação nem sempre é seguida. (CEMPRE, Guia Coleta Seletiva de Lixo, 2014, p. 12). A combinação usual entre cores e materiais é a seguinte: vidro, verde; metal, amarelo; azul, papel; azul, plástico; e perigosos, laranja.

Postos de recebimento ou troca

Os postos de recebimento (ou troca) podem ser bastante úteis, tanto para os casos em que a coleta seletiva for porta a porta, como quando for voluntária. Esses locais, também chamados de PEVs ou LEVs, podem ser semelhantes aos já tradicionais sistemas *drive-thru*.

Há locais específicos disponibilizados pela prefeitura, em parceria com fabricantes, para a entrega de resíduos especiais, como lâmpadas, pneus e óleos lubrificantes, entre outros, que são trocados por alimentos, vale-transporte, vale-refeição, descontos para ingressos em eventos culturais ou outra opção a ser definida localmente. (CEMPRE, 2014, p. 13)

De acordo com a Ciclossoft (2014), os programas de maior êxito são aqueles em que há uma combinação dos modelos de coleta seletiva. O relatório emitido pela instituição mostra que dos municípios que realizam a coleta seletiva, 80% utilizam a coleta de porta em porta; os Postos de Entrega Voluntária, como alternativas para a população poder participar da coleta seletiva, estão presentes em 45% dos municípios que realizam a coleta seletiva; a contratação ou apoio por meio das cooperativas de catadores, como parte integrante da coleta seletiva municipal, é utilizada por 76% dos municípios que realizam a coleta seletiva.

Logística reversa

O processo de retorno dos resíduos ao ciclo produtivo pode ser facilitado por meio da instituição da logística reversa, a qual está presente na Lei nº 12.305/2010, em seu Título I, Cap. II, art. 3º, XII, definida como um instrumento de desenvolvimento econômico e social, caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.

Dessa forma, os fabricantes, distribuidores e comerciantes, organizados em acordos setoriais, ficam obrigados a recolher e destinar para a reciclagem as embalagens de plástico, papel, papelão, vidro e metálicas utilizadas, bem como as embalagens de agrotóxicos. As pilhas, as baterias, os pneus, os óleos lubrificantes e suas embalagens, todos os tipos de lâmpadas e de equipamentos eletroeletrônicos descartados pelos consumidores de forma responsável devem igualmente ser recolhidos e destinados para a reciclagem.

Estabelecimento de prazos

Uma determinação importante é a exigência a todas as administrações públicas municipais, indistintamente do seu porte e localização, de que construam aterros sanitários e encerrem as atividades dos lixões e aterros controlados, no prazo máximo de 4 (quatro) anos, substituindo-os por aterros sanitários ou industriais,

onde só poderão ser depositados resíduos sem qualquer possibilidade de reciclagem e reaproveitamento, obrigando também à compostagem dos resíduos orgânicos. O prazo foi expirado no dia 2 de agosto de 2014 e a meta ainda não foi alcançada, como apontam os dados levantados pela ABRELPE:

Destinação final de RSU no Estado do Rio de Janeiro (t/dia):

<p>13.923 14.153</p> <p>2012 2013</p>	<p>4.477 4.565</p> <p>2012 2013</p>	<p>2.050 2.034</p> <p>2012 2013</p>
<p>68,1% 68,2%</p> <p>Aterro Sanitário</p>	<p>21,9% 22%</p> <p>Aterro Controlado</p>	<p>10,0% 9,8%</p> <p>Lixão</p>

(ABRELPE, 2013, p.77- adaptado)

Para lograr êxito na implementação da Política Nacional de Resíduos sólidos, a Lei nº 12.305/2010 determinou que no prazo máximo de 2 (dois) anos as administrações municipais e estaduais seriam responsáveis para desenvolver um Plano de Gestão Integrada de Resíduos, que por sua vez deveria ser integrado pelas empresas e demais instituições públicas e privadas, em seu “Plano de Gerenciamento de Resíduos”, independentemente da existência do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos.

Adiamento dos prazos

A Medida Provisória nº 651/2014, por meio do artigo 107, prorrogaria por mais 4 (quatro) anos o período fixado em Lei para que depósitos de resíduos sólidos a céu aberto fossem transformados em aterros sanitários. O texto aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados também objetivava dilatar o prazo dado a municípios e estados para elaboração de seus Planos de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos. A tarefa, que deveria ter sido concluída em 2012, agora seria adiada até agosto de 2016, como resposta a uma reivindicação de vários prefeitos, que temiam a aplicação de multas previstas pela Política Nacional de Resíduos Sólidos (Câmara Notícias, 14/10/2014).

Os artigos 54 e 55 da Lei nº 12.305/2010, que seriam alterados pelo artigo 107, ainda sofreram nova ampliação dos prazos em sua redação, durante a votação da MP no Congresso, respectivamente, para 8 (oito) anos - disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos -, e 6 (seis) anos - plano estadual de

resíduos sólidos, prazos estes a contar da data de publicação da Lei nº 13.043/2014. Contudo, após a aprovação do texto, houve um acordo de lideranças parlamentares para que o governo vetasse o artigo e fosse apresentada uma nova solução.

A Medida Provisória nº 651, convertida na Lei nº 13.043/2014 em 14 de novembro de 2014, foi concluída com o veto do art. 107 pelo presidente da República em exercício, Michel Temer. Como razão para o veto, na redação final da Lei, consta a seguinte justificativa, indicada pelos Ministérios do Meio Ambiente e das Cidades:

A prorrogação de prazos, da forma como prevista, contrariaria o interesse público, por adiar a consolidação de aspecto importante da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Além disso, a imposição de veto decorre de acordo realizado no plenário do Senado Federal com as Lideranças Parlamentares, que se comprometeram a apresentar alternativa para a solução da questão. (Lei 13.043/2014: vetos)

Como sanção aos municípios pela não implementação do Plano, a Lei prevê a proibição de que recebam recursos de fontes federais, destinados ao gerenciamento de resíduos, inclusive empréstimos junto à Caixa Econômica Federal, ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social etc. Os municípios também terão que implementar um sistema de coleta seletiva, sendo dispensada a licitação para as cooperativas de catadores, as quais terão prioridade neste segmento.

A participação popular

A gestão integrada dos resíduos sólidos urbanos deve ser planejada, implementada e fiscalizada pelo poder público em conjunto com a população. A população, neste caso, possui um papel fundamental, pois além de ser responsável pela correta destinação dos seus resíduos pós-consumo, atua como fiscalizadora das ações sustentáveis de gerenciamento dos resíduos.

A atuação consciente do cidadão, no que tange à destinação seletiva de seu resíduo, separando na fonte o que for resíduo orgânico do resíduo inorgânico, possibilita tornar o processo economicamente mais barato, por subtrair uma etapa de triagem da reciclagem, além de refletir diretamente na qualidade de vida coletiva, pela destinação correta, longe de rios, vias públicas, terrenos etc.

Evita-se, com o engajamento da população, o aumento dos impostos concernentes ao saneamento básico, ao passo que também diminui a oneração sobre o valor dos produtos que deverão contemplar em seu custo os gastos com o recolhimento destes pelas empresas, visando à reutilização, reciclagem ou descarte final, conforme o caso.

A Lei também institui o princípio do “poluidor-pagador” e do “protetor-recebedor”. No que se refere ao papel do cidadão, não está estabelecido em termos práticos como será beneficiado aquele que contribui, ou como aquele que fere os preceitos legais será punido.

Essa é uma forma de regular a participação positiva, entretanto, também é mais cara, por ser implícita a necessidade de um fiscal do governo para multar os que não respeitam a Lei. No caso da pessoa física, tal fiscalização torna-se mais complicada, haja vista a quantidade de residências existentes. Outro ponto importante seria a dificuldade em identificar o responsável pelo resíduo sólido.

A simples homologação da Lei não significa cumprimento, especialmente no caso do Brasil, visto que, de acordo com Da Matta (1986), existe uma resistência cultural em cumprir as determinações legais, o que condiz com o “jeitinho brasileiro”.

Em seu art. 8º, VIII, a educação ambiental é postulada como um dos instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, o que é certamente mais eficaz para a gestão integrada e sustentável dos resíduos sólidos, por significar uma conscientização, quando o indivíduo age independente de fiscalização.

Uma nova política pública não se constrói apenas com a homologação de uma lei

É preciso que haja uma modificação de paradigmas e a quebra de alguns padrões comportamentais, até então, arraigados na cultura omissiva e permissiva, quanto ao manejo e gerenciamento de resíduos sólidos em todo o país. Neste sentido, FERREIRA (2000, p. 19) defende que: “O estabelecimento de novos padrões comportamentais e culturais depende de um trabalho de educação e conscientização, e deveria (deve) ser tarefa da atual geração e das próximas, na construção de um novo modelo de mundo”.

A educação ambiental emerge como aliada à gestão integrada e sustentável dos resíduos sólidos, pois visa à formação de cidadãos conscientes de sua responsabilidade ambiental, desde a importância de um consumo consciente, para a redução da produção de resíduos sólidos nas fontes geradoras, até o seu reaproveitamento ou reciclagem, passando pela necessária coleta seletiva, que depende da participação de cada cidadão, para tornar-se eficaz e economicamente viável.

A coleta seletiva é uma das formas de melhorar a qualidade do lixo urbano para o reaproveitamento das embalagens, ao evitar a mistura entre os diversos componentes, através da separação dos materiais, que pode ser realizada nos domicílios e escritórios. O custo da coleta seletiva por tonelada de lixo, entretanto, é 10 (dez) vezes superior ao da coleta convencional e com retorno financeiro da reciclagem de apenas 10% dos custos de coleta. Isto porque esta modalidade requer uma organização específica de coleta, transporte e transferência com custos mais altos. Uma expansão do serviço certamente contribuirá para técnicas de redução do custo unitário. (MOTTA; SAYAGO, 1998, pp. 4-5).

Para alcançar a etapa do engajamento popular, a educação ambiental é fundamental, como analisado por Magrini (2012), e o fator relevante para o sucesso de uma política de reciclagem de larga escala é a segregação dos resíduos na fonte geradora, pois isto evita a perda de qualidade dos materiais recicláveis e melhora as condições de trabalho dos operários envolvidos com a coleta. Esta etapa, no entanto, exige a adesão da população, que deve ser educada apropriadamente

(introduzindo a dimensão cultural no problema de gestão) e mudar seus hábitos no momento do descarte do lixo. Nos países desenvolvidos, a população separa os recicláveis em diferentes categorias (por exemplo, vidro, papel, plástico, metal e resíduos orgânicos) em recipientes de cores diferentes, método que também vem sendo implantado no Brasil. (MAGRINI, 2012, p. 281).

Educação ambiental e sua importância para a implementação da lei nº 12.305/2010

A gestão integrada e sustentável dos resíduos sólidos, prevista na Lei nº 12.305/2010, como analisado anteriormente, tem como um de seus pilares a participação colaborativa de empresas, indústrias, comércios e cidadãos. A exigência de um novo comportamento, que contribua para o paradigma da sustentabilidade, impõe-se.

Para que a humanidade evolua para o modelo proposto, devem acontecer revisões comportamentais em direção ao novo paradigma. A sociedade atual já despertou parcialmente para o problema, mas há muito ainda para ser feito em termos de educação e cooperação entre os povos e em termos de meio ambiente. (BRAGA et. all., 2005, p. 48)

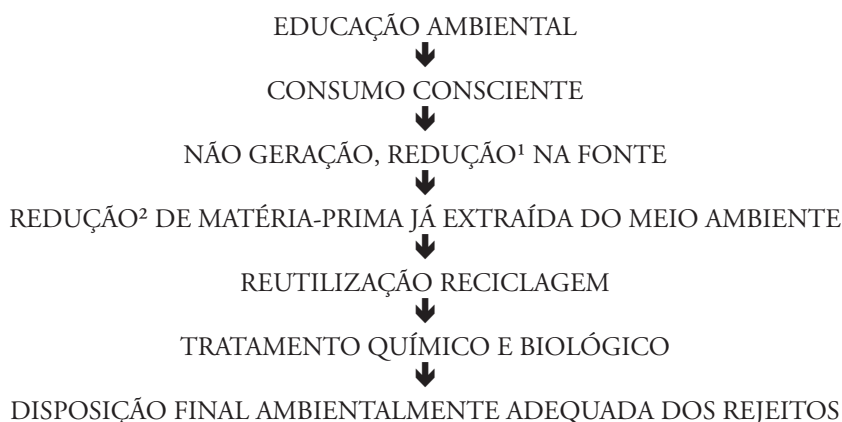
Como foi visto, a quantidade e qualidade do lixo gerado são reflexos do número de habitantes e do poder aquisitivo da população, quase sempre se verificando que onde a renda *per capita* é maior, a produção de lixo igualmente é mais elevada; mas, o nível de conscientização de uma população pode desativar esta relação proporcional entre volume de lixo, poder aquisitivo e número de habitantes:

Geralmente, verifica-se que em países onde a renda *per capita* é maior, existe uma maior produção de massa de resíduos, devido, provavelmente, ao maior consumismo decorrente do poder aquisitivo da população. Entretanto, alguns países que possuem elevada renda *per capita*, como a Alemanha, não produzem quantidades equivalentes de resíduo, podendo este fato estar associado ao elevado nível cultural e de conscientização da população em relação ao assunto.” (ROCHA, et all., 2009, p. 224)

BRAGA et. all. (2005) apresenta a educação ambiental como uma das estratégias para a prevenção à poluição. O conceito de prevenção da poluição se relaciona a qualquer prática que reduz a quantidade ou impacto ambiental e na saúde de qualquer poluente antes da sua reciclagem, tratamento ou disposição final, incluindo modificação de equipamentos ou tecnologias, reformulação ou *redesign* de produtos, substituição de matérias-primas e melhoria organizacional (*housekeeping*), treinamento ou controle de inventário. (BRAGA et. all, 2005, p. 296).

Ainda segundo BRAGA et. all. (2005), os programas educacionais constituem um dos princípios da Prevenção da Poluição, os quais objetivam: “Desenvolver programas de conscientização, abordando os problemas associados à poluição, bem como enfatizando a adoção de estratégias de prevenção da poluição, além dos benefícios que essas podem proporcionar.” (BRAGA et. all., 2005, p. 297). As estratégias de prevenção da poluição devem considerar a hierarquia a ser adotada no gerenciamento ambiental, com a introdução do conceito de Prevenção da Poluição: prevenção e redução, reciclagem e reuso, tratamento e disposição.

Esquema da gestão integrada e sustentável dos resíduos sólidos, com inclusão da etapa de educação ambiental para desenvolver hábitos e atitudes visando à coleta seletiva e redução de resíduos sólidos



Redução 1: ocorre quando o indivíduo deixa de consumir em sintonia com os padrões sustentáveis de produção e consumo, o que vai de encontro ao consumismo e desperdício.

Redução 2: ocorre após o consumo, quando o produto volta ao ciclo produtivo pela reutilização ou reciclagem, possibilitadas pela atitude de triagem dos resíduos sólidos nas fontes geradoras.

MUDANÇAS PROPOSTAS PELA LEI, COM RELAÇÃO AO CONSUMIDOR/CIDADÃO	
ANTES	DEPOIS
<ul style="list-style-type: none"> • Não exigência da separação dos resíduos sólidos recicláveis nas residências. • Falta de previsão legal em disponibilizar informação sobre resíduos sólidos (Educação Ambiental). • Falhas no atendimento da coleta municipal. • Pouca reivindicação junto às autoridades. 	<ul style="list-style-type: none"> • Consumidor fará separação mais criteriosa nas residências. • Campanhas educativas mobilizarão moradores. • Coleta seletiva mais estruturada para recolher resíduos sólidos. • Cidadão exercerá seus direitos junto aos governantes.

Para reverter esse quadro, é imperativo que o governo federal e subsidiariamente os governos estaduais criem instrumentos práticos e programas de apoio efetivo para que tais municípios possam cumprir integralmente, e com perenidade, as disposições da PNRS. O Título I, Cap. I, Art. 1º, § 1º da citada Lei diz: “as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, são responsáveis direta ou indiretamente pela geração de resíduos sólidos”. Ao conceber a gestão integrada de resíduos sólidos como um conjunto de fatores relacionados, a Lei assume as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social que envolvem o problema.

FLORIANI (2000) discute a dificuldade de estabelecer um novo sistema de conhecimento que una a natureza e a sociedade, porque foram conceitos concebidos separadamente ao longo dos últimos séculos. Atualmente, não cabe aos cientistas ou à ciência reafirmarem verdades, pois o Homem e o Mundo já se descobriram visceralmente incertos, abrindo uma nova razão de ser, estar e de fazer o mundo. A ciência, pois, é uma verdade humana, transitória, e quando está acima disto, torna-se religiosa.

O desafio do cientista de hoje é transpor a repetição, a reprodução do conhecimento, buscando diferentes referentes cognitivos, não somente aqueles da sua disciplina científica, mas também aqueles arraigados na cultura do povo, tanto no presente quanto no passado. O autor destaca três aspectos sobre a ciência moderna, a saber, a especificidade da ciência (o que a constitui); sua função social (para que e para quem?) e o papel tradicional ou inovador do cientista.

Sobre o complexo processo cognitivo, existe uma complexidade em sua representação do mundo, que não pode ser reduzida a uma relação biunívoca sujeito-objeto. Há que se desenvolver uma contextualização do conhecimento. A relação do homem com a natureza não pode ser simples nem fragmentada; pensamento, cultura e consciência se diferenciam e se confundem ao mesmo tempo com a natureza física e viva.

Segundo SOARES (2000), o conhecimento e a compreensão das questões ambientais devem ser feitos de forma não fragmentada: a síntese criativa de uma abordagem nova, “de caráter transdisciplinar, sustentada pelas informações e saber acumulados, dispersos pelas diversas especialidades. Teria de ser um ponto e cruzamento e não de dispersão dessas informações”. (SOARES, 2000, p. 25).

SILVA (2000) entende que o discurso ambiental surgiu, na década de 70, já associado à ideia de interdisciplinaridade, ainda que com seus diferentes enfoques e origens, apresentando em comum a todas as abordagens a insuficiência do conhecimento fragmentado para o tratamento da complexidade ambiental.

Conclusão

Por um lado, a pessoa, como cidadão, revigora a necessidade de que se tome conhecimento da importância de se participar destas iniciativas, e incorpore uma cultura de corresponsabilidade com o governo e entidades.

Por outro lado, o ser humano, como consumidor, inserido na cultura capitalista, quando não consciente, responde de uma forma imediatista, sensível a um incentivo imediato, financeiro/material.

A relação da sociedade com seu entorno natural não resulta de uma relação direta de adaptação biológica, pois o capital exerce influência sobre a transformação dos ecossistemas e sobre a racionalidade do uso dos recursos naturais, que estão sempre relacionadas às práticas sociais, as quais medeiam os processos históricos e ecológicos.

Nessa racionalidade, é preciso entender que quando as prefeituras optam pelo menos oneroso hoje (manutenção dos lixões), estão certamente adiando um gasto incalculavelmente maior, devido aos danos imensuráveis causados ao meio ambiente, do qual o homem faz parte.

Atualmente, o modelo imediatista adotado para o tratamento dos resíduos sólidos no Brasil limita-se à transferência dos resíduos sólidos dos centros urbanos para o seu “destino final”, não prevendo a reutilização e a reciclagem como alternativas para a diminuição do volume de lixo, bem como deixando de adotar uma estratégia para contornar o esgotamento dos recursos naturais e a sobrevida dos aterros sanitários.

Com a implementação de um sistema de coleta seletiva eficiente e em grande escala, muitos dos gastos podem ser atenuados pelo retorno financeiro angariado com o retorno dos recicláveis ao processo produtivo. As categorias cidadão e consumidor, homem e meio ambiente, lucro e conservação foram concebidas como distintas, separadas, mas não o são.

As prefeituras têm o dever de gerenciar os resíduos sólidos desde sua coleta até seu destino final, de forma ambientalmente segura e em conjunto com a população, que precisa cumprir seu papel ao depositar seus resíduos sólidos em lugares apropriados, evitando o acúmulo dos resíduos sólidos em ruas, terrenos abandonados, rios, córregos, praças etc.

Grande parte da população brasileira limita-se a consumir e descartar seus resíduos inadvertidamente, reproduzindo, novamente, o simples afastamento do problema, ao mesmo tempo em que desloca a responsabilidade do seu resíduo sólido para o governo.

Uma nova concepção da relação com os recursos disponíveis no planeta e com o modo de produção e consumo exigiria uma “modificação dos sistemas que regulam o modo de vida atual, tanto na esfera internacional quanto no âmbito interno às nações”.

A preservação do meio ambiente adquiriu uma concepção socioambiental, pressupondo o planejamento local e participativo da comunidade e das autoridades locais, com vistas à sustentabilidade do ecossistema e à inclusão da comunidade envolvida. Para Sachs (2000), o ecodesenvolvimento pressupõe o planejamento local e participativo da comunidade e autoridades locais.

A tarefa de mobilizar a comunidade local e as autoridades é normalmente difícil, devido aos interesses normalmente antagônicos. Esta mobilização é

subsidiada por cientistas, associações civis, agentes econômicos públicos e privados.

As políticas públicas são fundamentais na implementação de estratégias de desenvolvimento sustentável, já que o Estado dispõe de estrutura adequada, com recursos financeiros, corpo técnico e possibilidade de proposta de planejamento das ações em alcance nacional. Para a efetiva consolidação da Lei nº 12.305/2010, o Estado, gerenciador deste processo, necessita desdobrar o princípio da educação ambiental em propostas concretas, como uma das formas de alcançar a gestão integrada e sustentável dos resíduos sólidos.

Referências bibliográficas

- BRAGA, Benedito; HESPANHOL, Ivanildo; CONEJO, João G. Lotufo; et. al. **Introdução à engenharia ambiental**. 2 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.
- BRASIL. **LEI 12.305/2010, de 02 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 03 abril 2014.
- BRASIL. **LEI 13.043/2014, de 13 de novembro de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13043.htm>. Acesso em: 14 dez 2014.
- BRASIL. **MP 651/ 2014**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratamacao?idProposicao=619878>. Acesso em 14 de dez. de 2014.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS. **Panorama dos resíduos sólidos no Brasil**. São Paulo: ABRELPE, 2013. 114p. Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/panorama_apresentacao.cfm>. Acesso em 07 set. 2014.
- COMPROMISSO EMPRESARIAL PARA RECICLAGEM. **CICLOSOFT, 2014**: radiografando a coleta seletiva. Disponível em <http://cempre.tecnologia.ws/ciclossoft_2014.php>. Acesso em: 20 out. 2014.
- COMPROMISSO EMPRESARIAL PARA RECICLAGEM. **Guia Coleta Seletiva de Lixo**. 2ª ed. São Paulo: CEMPRE, 2014.
- DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.
- FERREIRA, João Alberto. Resíduos sólidos: perspectivas atuais. In: OLIVEIRA, Rosália Maria de; SISINNO, Cristina Lucia Silveira (org.). **Resíduos sólidos, ambiente e saúde**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2000.
- MAGRINI, Alessandra. [et al]. **Impactos ambientais causados pelos plásticos**: uma discussão abrangente sobre os mitos e os dados científicos. 2ª ed. Rio de Janeiro: E-Papers, 2012.
- MOTTA, R. S.; SAYAGO, D. E. **Propostas de instrumentos econômicos ambientais para a redução do lixo urbano e o reaproveitamento de sucatas no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 1998.
- ROCHA, Julio Cesar; ROSA, André Henrique; CARDOSO, Arnaldo Alves. **Introdução à química ambiental**. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2009.
- SIQUEIRA, Carol. **Texto aprovado da MP 651 amplia prazo para fim dos lixões até 2018**. Câmara dos Deputados, Câmara Notícias, Brasília, 14, out.,2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/475983-TEXTO-APROVADO-DA-MP-651-AMPLIA-PRAZO-PARA-FIM-DOS-LIXOES-ATE-2018.html>>. Acesso em: 30 out. 2014.

Reconfiguração regional e disputa oligárquica no Sudeste brasileiro no final do Império: imigração, ensino agrícola e o projeto de criação da Província do Rio Sapucaí

João Eduardo de Alves Pereira¹

Resumo

O presente artigo apresenta e comenta trechos de um projeto de lei proposto ao Senado do Império, em 1887, de criação de uma nova província entre Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo: a Província do Rio Sapucaí. Politicamente, o projeto tinha como objetivo enfraquecer o crescente poder de polarização da cidade de São Paulo e da força de setores republicanos lá radicados. Tratava ainda de outros relevantes aspectos, questões e elementos do ambiente institucional, político e econômico da década de 1880, a exemplo do arcaísmo das classes dominantes do país e do caráter extensivo de sua economia agrária, o que retardava a implantação de inovações agrônômicas verificadas em outros países, àquela época.

Palavras-chave: Brasil; império; república; economia regional; poder oligárquico; território; força de trabalho; escravatura; imigração; inovações; cultura; ciência; ensino; cafeicultura e viticultura.

Abstract

This article presents and comments on excerpts from a bill proposed to the Senate of the Empire in 1887 to create a new province between Rio de Janeiro, Minas Gerais and São Paulo: *The Sapucaí River Province*. Politically, the project was aimed at weakening the growing power of polarization in the city of São Paulo and the strength of republican sectors there. It also dealt with other relevant aspects, questions and elements of the institutional, political and economic environment of the 1880s, such as the archaism of the dominant classes of the country and the extensive character of its agrarian economy, which delayed the implantation of agronomic innovations verified in other countries, at that time.

Keywords: Brazil; empire; republic; regional economy; oligarchic power; territory; workforce; slavery; immigration; innovations; culture; science; teaching; coffee cultivation and viticulture.

¹ Doutor em Engenharia de Produção pela COPPE/UFRJ. Mestre em Geografia pelo Instituto de Geociências da UFRJ. Professor Associado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: je.alvespereira@gmail.com

Introdução

No final dos anos 1980, tive a oportunidade e a honra de conhecer na biblioteca do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, IHGB, o seu presidente, professor doutor Arno Wehling. Naquela altura, dava andamento ao meu projeto de pesquisa para a redação de minha dissertação de mestrado a ser apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Geografia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Minha pesquisa tinha, como centralidade, o desenvolvimento de atividades tecnologicamente avançadas em duas cidades do Sul de Minas Gerais: Itajubá e Santa Rita do Sapucaí.²

No ambiente de baixo crescimento econômico e de forte redução de capacidade de investimento do Estado brasileiro dos anos 1980, aquelas cidades se destacavam pela implantação de pequenas e médias empresas (PME's) bastante dinâmicas, muitas das quais originadas de projetos de incubação em duas instituições de ensino universitário que, a propósito, foram pioneiras na introdução de cursos de engenharias elétrica e eletrônica no país: a EFEI (Escola Federal de Engenharia de Itajubá), hoje, denominada Universidade Federal de Itajubá (UNIFEI); e, o INATEL (Instituto Nacional de Telecomunicações) de Santa Rita do Sapucaí.

Essas duas cidades do Vale do Rio Sapucaí, separadas por uma distância de cerca de 50 km, procuravam ser conhecidas nacionalmente como o “Vale da Eletrônica”, numa alusão clara ao “Vale do Silício” norte-americano. Logo às primeiras entrevistas e trabalhos de campo, evidenciou-se que o desenvolvimento de Itajubá e Santa Rita do Sapucaí não poderia ser bem analisado, sem que se compreendessem as articulações e relações históricas, econômicas e políticas do Sul de Minas com o Vale do Paraíba do Sul.

No caso do segmento eletrônico, eram, sem dúvida, fortes as ligações com a indústria aeronáutica e bélica, que se implantara, em São José dos Campos, e em outras cidades vale-paraibanas, na segunda metade do século XX.

Com o objetivo e bem entender as associações e relações históricas entre os Vales do Sapucaí e do Paraíba do Sul, recorri ao Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB) e ao seu incomparável acervo sobre o Brasil. O Professor Arno Wehling, com atenção e generosidade, fez-me, então, indicações de obras e documentos diversos disponíveis no IHGB acerca do Sul de Minas Gerais e do Vale do Paraíba do Sul, no século XIX e nas primeiras décadas do século XX. Entre os documentos pesquisados, chamaram-me a atenção os originais de projetos enviados aos governos imperial e provinciais, que demandavam concessões para a construção de ferrovias, navegação fluvial e colonização/imigração. Em suas memórias descritivas, ou seja, na apresentação de motivos e justificativas, esses projetos apresentavam dados, informações e aspectos da vida local/regional. No caso do Sul de Minas, foi possível identificar certa cultura aberta a inovações

² Dissertação defendida, em março de 1992, sob orientação da Professora Bertha K. Becker no Programa de Pós-Graduação em Geografia (UFRJ), sob o título: *Itajubá e Santa Rita do Sapucaí: a estruturação de um polo científico-tecnológico no Sul de Minas Gerais*.

técnicas, já no século XIX. Entre os documentos pesquisados, estava o *Projeto de Lei Para a Criação da Província do Rio Sapucaí*, proposto, em 1887, ao Senado do Império, pelo Senador paulista Joaquim Floriano de Godoy (1826-1907)³

Nesta obra que homenageia o Acadêmico Arno Wehling, sua importante produção científica e sua relevante trajetória como Historiador, Educador, Jurista e membro da Academia Brasileira de Letras, este artigo intenta comentar trechos selecionados do projeto original do Senador Godoy, que permitem ilustrar elementos do ambiente institucional, político e econômico da década de 1880, e do final do Império, como: a permanência de arcaísmos das classes dominantes do país: o caráter extensivo da economia agrária, que retardava a introdução de novos produtos e novos processos de produção baseados nos avanços das ciências agrônômicas verificados no exterior, à época; a questão da substituição do trabalho escravo; a disputa entre Províncias do Império e, ainda, entre o Brasil e os vizinhos do Prata, pela atração do maior número possível de imigrantes não-ibéricos; e as dificuldades crescentes do Império para manter o unitarismo, diante do fortalecimento de elites locais/regionais, que pleiteavam, inclusive com o recurso às retóricas republicana e separatista, medidas de descentralização político-administrativa com maior autonomia fiscal em relação à Corte, enfim, algo que apontasse na direção de uma forma federalista de Estado.

A Província do Rio Sapucaí: justificativas e objetivos políticos e regionais.

O projeto para a criação da Província do Rio Sapucaí propunha, como base territorial da pretendida unidade político-administrativa do Império, reunir as regiões mineiras do Sul e do Triângulo, bem como a seção paulista do Vale do Paraíba do Sul e o litoral norte de São Paulo. Com previsão de capital em Taubaté, o projeto visava ao enfraquecimento do poder de polarização da cidade de São Paulo e da força política de seus setores republicanos, os quais, por sua vez, estavam associados a interesses da Estrada de Ferro Inglesa (criada por Irineu Evangelista de Souza, o Barão de Mauá, inaugurada em 1867), em continuar a controlar e monopolizar o movimento de pessoas e cargas entre o porto de Santos e São Paulo-Jundiaí, ou seja, o único corredor de exportações e importações entre o litoral e a “terra roxa” do Planalto Paulista e seus novos cafezais.

A proposta da nova Província foi objeto de duras críticas por parte da imprensa paulista e dos políticos em geral. A oposição ao projeto redundou em fortes ataques pessoais ao Senador Godoy. Para se defender, ele publicou, em 1888, o projeto em livro, com mais de 200 páginas, nas quais fazia a defesa de sua iniciativa e apresentava os benefícios que a criação da nova Província poderia propiciar ao país.⁴

³ Joaquim Floriano de Godoy (1826-1907), médico formado no Rio de Janeiro, em 1852. Foi Deputado

Geral entre 1869 e 1872. Exerceu a presidência da Província de Minas Gerais, no período de 1872 a 1873. Deste ano até a Proclamação da República, em 1889, exerceu o cargo de Senador do Império. No Parlamento Imperial preocupava-se em representar os interesses do Sul de Minas e também do Norte de São Paulo.

⁴ GODOY, Joaquim Floriano de. *Projecto de Lei para Creação da Província do Rio Sapucahy*. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert & C., 1888, 261 p. Disponível na Biblioteca do IHGB. Pode, também, ser consultado, em sua versão digitalizada pelo Senado Federal, no site: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242530>

Em uma consulta ao texto do projeto, percebe-se, de pronto, que a iniciativa, uma vez aprovada, promoveria expressivas mudanças na organização agrária do Vale do Paraíba, principalmente a reversão do quadro, já então evidente, de decadência frente à fronteira do Oeste Paulista, nas regiões de Campinas e Ribeirão Preto. A pretendida reorganização produtiva no Paraíba do Sul envolveria a introdução da policultura, com base na implantação do cultivo de videiras e da consequente produção de vinhos por imigrantes italianos. Para tanto, projetava-se a utilização da mão de obra existente nas grandes lavouras de café ainda existentes, pois, considerando as sazonalidades da uva e do café, haveria complementaridade entre as duas culturas.

É pertinente salientar que o Vale do Paraíba se encontrava, naquela altura, em decorrência da Abolição, passando por crescente escassez de força de trabalho, não somente em razão da evasão de libertos, mas, também, pela atração de mão de obra consequente da abertura e expansão da fronteira agrícola, em São Paulo, e em outras áreas do Sudeste brasileiro, no final do século XIX.

O projeto do senador Godoy indicava uma significativa reestruturação do território produtivo no Vale do Paraíba do Sul. Cabe registrar que o conceito de território produtivo parte do princípio de que uma determinada região só alcança a especialização produtiva, quando toda uma série de relações econômicas, sociais, jurídico-políticas, tecnológicas, ambientais e culturais se desenvolve. Portanto, para o Vale do Paraíba do Sul, cafeeiro e escravocrata, fugir à decadência então vislumbrada, seria necessário mudar sua cultura produtiva regional, o que demandaria a fundação de escolas de agricultura. Isto, sem dúvida, era algo revolucionário para um país, que mesmo sendo agrário-exportador, continuava, naquela altura, a se pautar por métodos extensivos e arcaicos de produção, que requeriam incorporação constante de mais terras virgens, para expandir a fronteira agrícola. Percebe-se, hoje, que o Brasil precisava, naquele momento – e continua precisando, com urgência – do desenvolvimento e assimilação de novos cultivos e técnicas mais modernas. Incompreendido, o Senador foi severamente criticado e mesmo ridicularizado por parcela significativa de seus pares no Parlamento. Ele justificava seu projeto chamando a atenção para o seguinte:

Para que a nova província do Rio Sapucaí caminhe, desenvolva-se e multiplique as riquezas públicas e particulares, basta que se rompam os laços que hoje prendem as duas regiões (Triângulo e Sul Mineiros e Norte Paulista) a suas capitais atuais; laços estes que vão lenta e calculadamente asfixiando, usufruindo-as, entretanto, os centros administrativos em proveito e benefício unicamente das zonas chamadas ricas, como sejam o Sul e o Oeste de São Paulo e a Mata de Minas; entregando aquelas ao mais deplorável e condenado abandono...⁵

⁵ GODOY, op. cit. p. 14.

Com relação ao Sul de Minas e ao Triângulo Mineiro, a nova Província poderia trazer o compromisso de ataque a um de seus principais problemas logísticos, ou seja, a deficiente malha de transportes, os caminhos toscos e as rudimentares picadas, só transitáveis pela destreza e ousadia de carreteiros e tropeiros experientes. Era preciso modernizar a estrutura de transportes, construindo ferrovias, cujos traçados potencializassem o crescimento da economia das cidades e suas relações com o Rio de Janeiro, então centro político e maior mercado consumidor do país.

Seguindo a linha justificativa de seu projeto, Godoy afirmava:

“Sejam construídas estradas de ferro, que abranjam todas as zonas sul-mineiras, e ver-se-á a direção mental de seus habitantes tomar um rumo novo, povoando suas terras com o imigrante, fundando grandes estabelecimentos industriais já por eles exercidos em pequena escala [...] Nesta questão de um bom traçado de estrada de ferro para o Sul de Minas está envolvida outra de não menor importância. Refiro-me à da alimentação pública da Capital do Império [...] Quase todo o gado consumido nesta Corte é fornecido pelo Vale do Rio Paranaíba, quer na margem goiana, quer na mineira; e, seria um despropósito conduzi-lo dali nos carros da (ferrovia) Mogiana com percurso de 1.385 km; e, muito menos embarcá-lo em Santos [...] O objetivo do Sul de Minas não é o acanhado porto de Santos, é sim a cidade do Rio de Janeiro, a grande capital do Império, o centro de luz que irradia clarões civilizadores aos mais remotos confins do Brasil. Para que, pois, contrariar a natureza das coisas?”⁶

Neste contexto, pode-se inferir que o projeto de Godoy, de fato, além das justificativas econômicas, apresentava, também, claro objetivo político, qual seja, o esvaziamento do corredor Santos - São Paulo/Jundiaí, em que se desenvolvera, desde a década de 1870, uma forte retórica republicana de viés separatista, consubstanciada no movimento denominado “Pátria Paulista”. O fortalecimento da cidade de São Paulo se fazia, na visão de Godoy, por intermédio de sua centralização política e administrativa, em detrimento do Vale do Paraíba Paulista, que ficava cada vez mais incapaz de concorrer com as novas regiões cafeeiras conformadas em Ribeirão Preto e Campinas.

...A (região) do Norte tem sua saída para Ubatuba, e ao Centro para Santos e a do Sul para Iguape. A política centralizadora da Capital da Província tem, porém, esquecido a formação natural das coisas e das coisas e adotado medidas artificiais que forçam violentamente as duas regiões do Sul e do Norte (de São Paulo) a serem tributárias a Santos, isto com enorme gravame do seu desenvolvimento agrícola e comercial.⁷

⁶ Op. cit. p. 36-39

⁷ *Ibidem*, p. 215

Reforçando a questão da centralização em torno de São Paulo e de Santos, Godoy registrava o seguinte às páginas 214.

Se o Norte não tem progredido tão rapidamente como aquelas regiões (da fronteira oeste), a culpa não cai de cheio sobre a infecundidade de seu solo ou incapacidade de seu povo, mas sim sobre o Governo Provincial, cujo apoio prestado às outras partes da província tem sido sistematicamente negado a ele (Norte)

Na passagem acima, é importante destacar a queda da fertilidade dos solos como um dos motivos para a decadência do Vale do Paraíba Paulista. Godoy argumentava que a questão de infertilidade estava relacionada ao caráter extensivo dos expedientes agrícolas, e, também, ao emprego da mão de obra escrava:

...não mais presenciarmos esse desolador espetáculo, que nos apresentam já vários municípios, de terras desnudadas, de cafezais abandonados por imprestáveis, quando é sabido que um cafeeiro pode durar 120 anos, frutificando abundantemente. Extinto o braço escravo, extingue-se a lavoura extensiva, cedendo lugar à lavoura intensiva, para a qual não há terras cansadas.⁸

Sobre a questão relativa à natureza extensiva e intensiva nos regimes agrícolas, continuava Godoy:

Eliminado o braço escravo, a substituição da lavoura extensiva pela intensiva ou científica se impõe como corolário irrecusável (...). Agora, não é perder tempo; é urgente, mesmo aos trambolhões fazer aquilo que já devia estar feito com longa antecedência. O grande e verdadeiro mal de nosso país está no governo dos legistas, no reinado dos legistas, no reinado exclusivo das letras; e, para cúmulo de desgraças, o povo ignorante não percebe a diferença entre as letras e as ciências. Diz-se que o nosso país é essencialmente agrícola, e não temos escolas de agricultura! Só tínhamos a cultura do café (...). Abalado o Rei Café, a mais medonha perspectiva de um inevitável naufrágio financeiro se nos antolha. Só agora, se começa a perceber que uma cultura exclusiva é um imenso perigo social (...). É minha convicção que só e só a diversidade culturas e principalmente da vinha pode-nos dar a imigração em massa com Capitais, fazendo cessar o expediente atual.⁹

Considerando o exposto, Godoy propunha que a imigração fosse vista além de mero instrumento para a substituição de mão de obra. O problema, porém, é que o Vale do Paraíba Paulista não estava sendo privilegiado no recebimento dos imigrantes. O Oeste da Província recebia a grande maioria dos trabalhadores estrangeiros, contratados por comissários na Europa ao preço de 70\$000 (setenta mil réis) por pessoa. Esta política de atração do imigrante, no entanto, seria, na

⁸ Op. cit. p. 214

⁹ *Ib.* p. 149-150

visão do Senador Godoy, responsável por duas situações indesejáveis: em primeiro lugar, onerava em muito a economia da província com o financiamento público de despesas de vinda e de colocação do imigrante; por outro lado, era incapaz de manter o cidadão estrangeiro e permitir que ele se desenvolvesse e criasse vínculos afetivos e econômicos com o país.

Segundo Godoy, a política de atração migratória enfrentava vários obstáculos:

Com grande dispêndio que tem feito a Província de São Paulo, desde 1882 a 1886, só tem pedido receber, não obstante, 152.768 imigrantes. Que colocação, porém, tem ele dado a esses advindos? Na sua máxima parte, estão empregadas com jornaleiros dos grandes fazendeiros. Ora, com tal sistema apenas consegue a província colocá-los provisoriamente; sujeitá-los ao trabalho para unicamente poderem adquirir meios de logo mais tornarem à mãe-pátria (...) O que dever querer a província é construir o quanto antes a pequena propriedade, para nela o imigrante ser colocado e afinal criar raiz! D'outro modo, ele será considerado substituto do braço escravo, o que de qualquer maneira já é confirmado por essa guerra feroz que na Europa abriu-se contra a imigração para o Brasil, como o confirma a Bélgica, e ainda a França, a mesma Itália e a mesma Alemanha! Logo, sem o imigrante tornar-se proprietário, ainda mesmo nas terras tidas por sáfaras do Norte de São Paulo, o que de definitivo, de produtivo, de simpático contará conseguir a administração da província a este respeito? [...] A província do Rio Grande do Sul confirma o que acabo de expor, desde que se atente apara o seu serviço de imigração (...) Estes imigrantes (que foram para o Rio Grande do Sul) desde o princípio foram proprietários de pequenos lotes de terra, mas nunca braços alugados dos grandes fazendeiros, como acontece em São Paulo (...) O resultado de política de tal ordem é tão nefasto, que chega ao ponto de como está acontecendo a produzir a escassez dos gêneros de primeira necessidade! A miséria tem ampla estrada para percorrer, e ela já se apresenta às portas de riquíssima província (de São Paulo) seguida de seu negro cortejo”...¹⁰

A crença de Godoy no sucesso da introdução da viticultura para a economia do Vale do Paraíba fundamentava-se no significativo incremento das ciências agrônômicas na Europa, sobretudo, na Prússia, ao longo do século XIX. Para o Senador do Império, teria sido o notável incremento de sua produtividade agrícola o fator-chave para que aquele país liderasse o processo de unificação alemã. Existiriam na Prússia cerca de 4.000 sociedades de agricultura, 200 estabelecimentos de instrução agrícola, 80 laboratórios químicos, 200 professores ambulantes especializados, e 400 institutos agrônômicos.

O desenvolvimento da beterraba açucareira seria uma prova inquestionável da capacidade de instrução agrônômica avançada europeia, desferindo um duro golpe à economia da cana de açúcar em todo o mundo, inclusive no Nordeste do Brasil. Segundo Godoy, “ultimamente, o processo científico da difusão veio a dar

¹⁰ Op. cit, p. 139-142

o golpe de graça (na economia do açúcar). Se esse exemplo não serve para guiar os lavradores brasileiros na senda a seguir depois da lei de 13 de Maio, então será preferível entregar suas lavouras a mãos mais inteligentes, porque há incapacidade confessa de reformar-se a vida econômica e social deste país”.¹¹

Por outro lado, Godoy sustentava que era urgente mudar expedientes, hábitos, costumes já enraizados no comportamento de setores das classes dirigentes do país. A *incapacidade confessa*, aludida acima, era verificada também na questão do bacharelismo:

Há muito tempo que penso que o regime de instrução pública superior da velha Faculdade de Direito (do Largo de São Francisco) é de todo incapaz de provar as aspirações deste século. E na verdade; naquela Faculdade a instrução ainda hoje é regulada pela de Coimbra, no ramo do ensino da jurisprudência: portanto, que mais pode ela produzir senão poetas e romancistas, oradores e literatos? O seu curso de matérias preparatórias, ainda também tem a mesma origem, dá-lhe por base, não conhecimentos científicos, mas sim elementos de uma literatura muito aquém dos novos ideais da humanidade.¹²

A Escola de Viticultura teria um custo de implantação estimado em torno de 400 contos de réis, mas, no documento por nós consultado no IHGB, não há registro se esta instituição seria privada ou pública. Entretanto, Godoy ressaltava que a admissão aos quadros discentes se daria nos mesmos moldes da Escola de Minas de Ouro Preto (MG).

A Escola de Viticultura ofereceria ensino técnico, com curso de três anos, com opção de internato. No primeiro ano, seriam ministradas as disciplinas de Física, Química, Botânica e Zoologia. No segundo ano: Química Orgânica, Geologia Aplicada ao Estudo de Solos, Biologia Industrial (criação de tipos diferentes de gado, em escala comercial). No último ano, Viticultura Aprofundada, com estudos de solos, adubos e corretivos químicos, culturas de cereais consorciados, enxertia, parasitologia das vinhas e cafezais, e, higiene veterinária e humana. Continuando sua defesa da necessária e urgente implantação de sua Escola de Viticultura no Vale do Paraíba, o Senador cita, às p. 203/209, trechos extraídos de um jornal paulistano da época, *Diário Popular* (sem especificação de data ou páginas), no qual o médico sanitaria paulista Luiz Pereira Barreto (1840-1923),¹³ que se notabilizara, entre outras realizações na Medicina, no jornalismo e na política, por ter sido então o introdutor de cultivos de uvas em São Paulo, creditava seu apoio à instituição prevista no projeto da Província do Rio Sapucaí:

¹¹ *Ib.* p. 200

¹² *Op. cit.* p. 193

¹³ Dados biográficos e outras informações sobre Luiz Pereira Barreto, podem ser obtidas no site: <http://www.academiamedicinaaopaulo.org.br/biografias/1/BIOGRAFIA-LUIZ-PEREIRA-BARRETO.pdf>

... O cafeeiro não tem literatura, não tem tradições históricas, partindo do berço da civilização, não fala ao coração, não apaga saudades, não atrai, portanto, o imigrante. O colono não o aceita, senão sob pressão da penúria e provisoriamente, como o sentem atualmente nossos estoicos fazendeiros. Entretanto, a lavoura do café é plenamente aceitável para o imigrante, do momento em que se apresente abrandada, mitigada, largamente diluída pela vizinhança imediata da vinha (...) A lavoura do café não poderá ser normal, os nossos fazendeiros não terão pleno sossego de espírito, enquanto não puderem contar com uma grande reserva certa de braços disponíveis para as colheitas (...) Fazendas há, que ficam sem serviço em certas quadras do ano. Entretanto, a grande maioria dos fazendeiros se vê obrigada a entreter, durante o ano inteiro um pessoal de serviço muito superior às necessidades, só para não terem falta de braços na colheita [...] Ora, a lavoura da vinha em grande escala vem dar ao problema a mais eficaz e radical solução, colocando a todos em um estado plenamente normal. A cultura da vinha fará surgir espontaneamente a pequena lavoura. A pequena lavoura é uma condição de ordem e uma garantia da grande lavoura. A coexistência e a solidariedade de ambas é um dos traços mais característicos da civilização moderna. Outrora, era absolutamente impossível a existência da pequena lavoura. A divisão das classes, a radical separação entre proprietários e trabalhadores, o direito exclusivo de uns sobre a terra e a proibição a outros de qualquer forma de apropriação de bens constituíram obstáculos permanentes à desenvoltura da pequena lavoura [...] Hoje, pelo contrário, em vez da incompatibilidade, estabeleceu-se entre uma e outra a mais estreita independência. Uma reforça a outra; ambas ganham união [...] Uma vez que a vindima, precedendo de dois a três meses (fevereiro-março) a colheita do café (maio em diante) permite aos vinhateiros por seus braços à disposição dos fazendeiros, cessa a crise das colheitas, estabelece-se naturalmente o equilíbrio entre a oferta e a demanda dos salários.

A policultura, introduzida a partir da vinha, do cultivo do trigo e dos demais cereais de climas temperados, daria, assim, capacidade ao Brasil para competir com os vizinhos do Prata na atração ao imigrante. A Escola de Viticultura seria um instrumento que mostraria o Brasil no exterior como um país diferente da visão difundida quanto às moléstias endêmicas, aos males tropicais, pelos comissários uruguaios e argentinos, ao contratarem mão de obra na Europa. Era preciso mostrar a altitude dos planaltos do Brasil, como compensação aos supostos males das baixas latitudes tropicais. Em defesa de seu projeto, Godoy asseverava que a “Escola de Viticultura, leal e patrioticamente dirigida, será o foco intelectual que alimentará a torrente imigratória para São Paulo, Paraná e grande parte de Minas”.¹⁴

Vale registrar que a instituição projetada por Godoy não seria a primeira escola de estudos em agricultura no Brasil. Em 1875, no interior baiano, surgiu o pioneiro curso de Agronomia e Veterinária, na localidade de em São Bento das Lages. Pouco depois, em 1883, em Pelotas, Rio Grande do Sul, foi criado o

¹⁴ Op. cit. p. 219

segundo curso de Agronomia e Veterinária no país. Ambos foram incorporados, ao longo do século XX, às Universidades Federais da Bahia (Campus Cruz das Almas) e de Pelotas. Em 1887, seria a vez de uma terceira, em Campinas, instituição que receberia verbas do orçamento geral do Império, medida que (atualmente, denomina-se Instituto Agrônomo de Campinas, no Oeste de São Paulo), intentava atuar contra o discurso separatista do movimento que eclodiu no final do Império em São Paulo, denominado *Pátria Paulista*, já anteriormente citado. O fato do projeto de Godoy ter como centralidade o Vale do Paraíba demonstrava a força da expansão rumo ao Oeste Paulista. Deve-se observar, conforme manifestação do referido Senador, que a aristocracia do Vale do Paraíba, mostrava-se indiferente ao projeto e parecia estar mais preocupada em obter garantias do Tesouro Imperial e receber indenizações pela abolição de seus escravos.

Com o movimento militar que depôs e exilou a família imperial, em novembro de 1889, o Projeto do Rio Sapucaí, enquanto manobra política de esvaziamento das posições republicanas e separatistas de São Paulo, perderia seu significado, e a Escola de Viticultura não iria adiante. Neste contexto, o Vale do Paraíba do Sul seguiria a previsão de Godoy, ou seja, entraria em franco processo de decadência. Entretanto, é fundamental salientar, que áreas do Vale do Paraíba, ao longo do século XX, conseguiram, com maior ou menor intensidade, inserirem-se no processo de desenvolvimento industrial da região,

No caso do segmento fluminense do Vale do Paraíba do Sul, talvez, a perda da importância da agricultura e de seu território produtivo seja mais evidente que em relação a Minas e São Paulo, o que contribui para a compreensão de parte das atuais dificuldades econômicas e financeiras do Estado do Rio de Janeiro. O Rio de Janeiro não vem aproveitando do potencial de crescimento do agronegócio no Brasil, verificado, aliás, em outros territórios produtivos no interior do país.

O agronegócio brasileiro, na atualidade, não pode ser analisado, sem o registro de que sua enorme capacidade de expansão (especialmente nos segmentos soja, milho, algodão), em regiões de antes tidas como de baixo potencial no vasto interior sertanejo, foi viabilizada justamente por investimentos em pesquisa e desenvolvimento realizados no Brasil por institutos agrônômicos, universidades e pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), fundados ao longo do século XX.

O êxito econômico do agronegócio, contudo, requer a continuidade de investimentos (não apenas do Poder Público) em pesquisas, inclusive, em virtude da necessidade de avaliação e de redução de seus impactos ambientais e sociais. Ademais, políticas de articulação com os setores da indústria e dos serviços deveriam ser vistas como fundamentais, para que a economia do país não se torne excessivamente dependente da exportação de um número relativamente pequeno de produtos agrícolas considerados pelo mercado internacional como *commodities* – e por ele precificados.

Conclusão

A leitura e a análise do *Projeto de Lei Para a Criação da Província do Rio Sapucaí*, de autoria do Senador do Império, Joaquim Floriano de Godoy, mostra-se relevante para fins didáticos, quando se busca compreender aspectos do ambiente institucional e econômico que levaria ao fim do Império brasileiro. Também é um testemunho de aspectos do funcionamento do Estado brasileiro, que, aliás, parecem estar ainda presentes mesmo no século XXI, conforme:

- a necessidade de reforma nas relações fiscais e de poder, que são bastante assimétricas entre os níveis federal, estadual e municipal da administração pública;
- as relações entre os setores público e privado quando o tema é o da exploração/concessão de monopólios naturais, parcerias em infraestrutura e equipamentos e serviços públicos; e a persistente incompreensão existente entre segmentos dominantes da política e da economia brasileira, quanto às necessidades e aos compromissos de manutenção, de regularidade e de ampliação dos recursos destinados aos setores de Ciência e Tecnologia, sem os quais não haverá crescimento efetivo e desenvolvimento sustentável em nosso país.

A Lei dos 15 minutos e a sua (in)efetividade Jurídico-Social em Guanambi/Bahia

Edna Raquel Hogemann¹
Elpídio Paiva Luz Segundo²
Leandro dos Santos Pacheco³

Resumo

Este ensaio traz uma reflexão sobre (in)efetividade da Lei Municipal 017/2000, posteriormente modificada pela Lei Municipal nº 246, de 08 de maio 2008, a denominada “Lei dos 15 minutos” do Município de Guanambi, na Bahia, a partir da análise de decisão judicial procedente daquela comarca, relativa ao tema.

Palavras-chave: Efetividade; Decisão judicial; Guanambi.

Abstract

This essay brings a reflection on (in) effectiveness of Municipal Law 017/2000, later modified by Municipal Law no. 246, of May 8, 2008, the so-called “Law of 15 minutes” of the Municipality of Guanambi, Bahia, from analysis of a judicial decision from that district, related to the subject.

Keywords: Effectiveness; Judicial decision; Guanambi.

Introdução

Entende-se que é o poder-dever do Estado Democrático de Direito, além de instituir as normas que vinculam a todos os destinatários, criar disposições que garantam sua efetividade, para que as normas alcancem a coletividade e produzam os efeitos práticos e sociais esperados.

É em razão disso que a sociedade escolhe seus representantes, cuja produção legislativa deveria estar voltada para a construção dos conteúdos normativos a serem observados nas relações sociais e no exercício de diferentes atividades pelos órgãos estatais, levando em conta a necessária premissa de que cidadãos são aqueles

¹ Pós-Doutora em Direito (UNESA/RJ), doutora e mestre em Direito (UGF/RJ). Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, professora Adjunta e Coordenadora Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Coordenadora do Grupo Interinstitucional de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social. E-mail: edna.hogemann@estacio.br

² Doutorando em Direito pela UNESA/RJ. Professor do Curso de Direito da Faculdade Guanambi (FG-BA). Advogado. E-mail: elpidioluz@gmail.com

³ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Guanambi (FG-BA). E-mail: leandro.gbi@hotmail.com

que atuam como autores e destinatários do direito dentro de um determinado território, em que governantes e governados se submetem à lei.

Considerando a perspectiva da Constituição Garantidora e Dirigente⁴, em um sistema pretensamente pós-positivista, que exerce um papel fundamental na efetivação de direitos fundamentais, é que não se pode tratar a Constituição apenas sob um viés procedimental, de definição de princípios estruturantes, mas, de prestações positivas, que os poderes públicos devem concretizar⁵.

Essa ideia, além de evidenciar a luta do Estado democrático contra as violações à lei e aos princípios jurídicos adotados por ele, é que são estabelecidas as diretrizes constitucionais que alcançam os órgãos do Estado, não só determinando-lhes ações negativas (distanciamento, abstenções, inércia, não-interferências, etc.), mas também, vincula-os a ações positivas, exigindo a produção de políticas públicas tendentes a realizar os fins constitucionais plasmados na ordem jurídica através das esferas Administrativa, Legislativa e Judiciária.

Nesse sentido, a busca pela justiça social se vê intimamente ligada ao acesso à justiça e esse contexto ilustra a pretensão de uma maior efetividade jurídico-social dos direitos, o que se torna uma verdadeira batalha pela aplicação adequada do direito. Razão pela qual, o presente ensaio não tem a pretensão de se constituir em exposição fechada e sem lacunas dos problemas oriundos da *práxis* constitucional do direito do consumidor, mais especificamente, da denominada Lei dos 15 Minutos em Guanambi⁶.

O que os autores pretendem reside na análise da Lei Municipal 017/2000, posteriormente modificada pela Lei Municipal 246/2008, doravante denominada como a “Lei dos 15 Minutos”, que dispõe sobre o atendimento bancário no Município de Guanambi, regulamentando o tempo máximo de espera em filas nessas instituições, bem como os procedimentos e sanções a serem adotados frente ao seu descumprimento, sob as lentes da Constituição da República e do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo examinará a apelação cível nº 0001300-92-2012.8.05-88, oriunda da comarca de Guanambi e julgada no ano de 2014 pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Os critérios de escolha do acórdão foram baseados nos seguintes aspectos: i) trata-se de uma demanda de origem na comarca de Guanambi-Bahia; ii) o julgado consolida o entendimento que a Lei em comento deve ser aplicada não só às instituições financeiras, mas também, a seus parceiros comerciais, precipuamente no tocante às atividades que realiza, já que é solidariamente responsável, posto que as instituições que auferem lucros com a terceirização dos serviços bancários devem suportar, também, os riscos de um eventual prejuízo causado por esta terceirização; iii) o referido julgamento de apelação dá contornos ao tema que ultrapassa o âmbito Municipal, e passa a determinar um entendimento em nível Estadual sobre a

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 73-76.

⁵ Idem, p. 74.

⁶ Agradeço ao Grupo de Pesquisa “Direito Empresarial e Desenvolvimento”, do Curso de Direito da Faculdade Guanambi (FG –BA), especialmente, ao Prof. Bruno Miola, pelas sugestões e críticas.

temática estudada, o que evidencia a Lei dos 15 minutos como uma dos dispositivos de proteção da dignidade da pessoa humana do consumidor.

Neste íterim, pretende-se estudar a Lei supra, tendo em vista a proteção jurídico-constitucional do consumidor, sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana com o intuito de responder à seguinte indagação: a Lei dos 15 minutos possui efetividade jurídico-social no Município de Guanambi?

Algumas considerações sobre a eficácia jurídica e a efetividade jurídico-social

A priori, faz-se necessário a clarificação conceitual, no que tange à diferenciação entre eficácia e efetividade, para assim, situar o leitor sobre o recorte teórico do trabalho, qual seja, a efetividade jurídico-social da Lei dos 15 minutos.

Na seara jurídica há equívocos entre a distinção de eficácia jurídica e *efetividade* jurídico-social. É comum quando se questiona alguém sobre eficácia e efetividade, tê-los como sinônimos, porém, há de se fazer uma separação entre eles. É certo que, de um modo geral, aquilo que se entende e/ou se aplica no mundo comum, não necessariamente terá a mesmo entendimento que o jargão técnico-jurídico, que teima em desenvolver as suas próprias razões. Ao abordar o conceito de eficácia, De Plácido e Silva⁷ informa:

EFICÁCIA. Derivado do latim *efficacia*, de *efficax* (que tem virtude, que tem propriedade, que chega ao fim), compreende-se como a força ou poder que possa ter um ato ou um fato, para produzir os desejados efeitos. A eficácia jurídica, deste modo, advém da força jurídica ou dos efeitos legais atribuídos ao ato jurídico, em virtude da qual deve ser ele cumprido ou respeitado, segundo as determinações, que nele se contêm. Da eficácia decorre, pois, a produção dos efeitos com validade jurídica.

Se a eficácia jurídica da norma diz respeito à capacidade da norma produzir efeitos no mundo jurídico, em que a norma goza de validade e vigência em relação à situação fática a que se propõe normatizar, a efetividade jurídico-social trata não só dos resultados esperados da norma, mas também dos resultados concretos, ou seja, os efeitos realmente obtidos pela norma no mundo fático. Dessa forma, a eficácia jurídica estaria intimamente ligada ao plano da validade e vigência da norma, e, salvo disposições especificadas em Lei, exige os pressupostos formais de validade e vigência.

Contudo, uma determinada norma pode ser válida sem que necessariamente esteja em vigor e isto fica hialino ao observar-se o lapso temporal de vacância da lei, período em que ela é válida, mas ainda não seria aplicável, pois não dispõe de eficácia jurídica. Ao ser publicada, e, ultrapassado o período da *vacatio legis*, a lei ganha força normativa, ou seja, eficácia jurídica. Inobstante, é preciso salientar

⁷ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.790.

que pode ser que alguma lei não tenha o encargo da vacância legal. É o caso de leis que entram em vigor a partir da data de sua publicação, conforme previsão normativa, ou de casos de vinculação em que não se exige o lapso temporal da lei.

A efetividade jurídico-social se dá pela obtenção de resultados por meio da ênfase na percepção da sociedade. De caráter “prático-sensitivo”, uma norma jurídica seria efetiva ao preencher as expectativas da coletividade, através de um ordenamento programático, editado e planejado para satisfazer os anseios sociais. Sobre a temática⁸, De Plácido e Silva comenta:

EFETIVIDADE. Derivado de efeitos, do latim *effectivus*, de *efficere* (executar, cumprir, satisfazer, acabar), indica a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em atividade. Quer assim dizer o que está em vigência, está sendo cumprido ou está em atual exercício, ou seja, que está realizando os seus próprios efeitos.

Opõe-se, assim, ao que está parado, ao que não tem efeito, ou não pode ser exercido ou executado.

Efetividade. Na terminologia do Direito Administrativo, opondo-se à inatividade e interinidade, quer significar a qualidade ou caráter da função que é permanente e está sendo exercida.

Efetividade. Sem fugir a seu fundamental sentido, na técnica processual, efetividade exprime também esse caráter de efetivo, designando, assim, todo ato processual que foi integralmente cumprido ou executado, de modo a surtir, como é da regra, os desejados efeitos.

E, desse modo, se diz efetividade da citação, para indicar a citação efetiva e realmente promovida, efetividade da penhora, para a que já foi executada com a apreensão dos bens nomeados ou não.

Conforme se observa, a efetividade jurídico-social pressupõe a qualidade da lei que atinge seu objetivo, que é a capacidade de produzir os seus efeitos de modo satisfatório, o que tem que ver com o plano material, a saber, o efeito jurídico-social que, se caracterizado, traz segurança jurídica.

Apresentada a distinção entre eficácia jurídica e *efetividade jurídico-social*, é importante dizer que a primeira se mostraria no plano abstrato da Lei, pois representaria a possibilidade de aplicação e, conseqüentemente, produção de seus efeitos, enquanto a última estaria relacionada ao plano concreto, pois pressupõe a própria materialização dos efeitos da norma na realidade fática-social. Esta cisão, em que pese seu platonismo⁹, deve ser levada em conta para o entendimento do texto. Feitas essas considerações, o texto passa a analisar o legado kantiano para o Estado Democrático de Direito e suas imbricações com a tutela constitucional do consumidor.

⁸ Idem, p. 790.

⁹ Admitir a distinção entre plano abstrato e plano concreto da norma jurídica é aduzir para o Direito a velha teoria das formas, de Platão de Atenas, em que se admite a existência de um mundo ideal e de um mundo sensível.

As contribuições Kantianas para a dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito

A percepção de que o ser humano possui uma dignidade que lhe é própria deita as raízes na história da filosofia ocidental, mas, a dignidade humana no espaço da teoria do direito, é um conceito relativamente novo¹⁰. A partir do advento da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana passou a fazer parte não só do ordenamento jurídico, mas da cultura jurídica brasileira como referência “obrigatória” nas demandas judiciais¹¹.

Por conta das dificuldades conceituais em torno da dignidade humana, um esclarecimento se faz necessário. Para os substancialistas, a dignidade da pessoa humana seria um meta-princípio valorativo no ordenamento jurídico. Nesta senda, faz-se necessário clarear as ideias que diferem os substancialistas e os procedimentalistas, que distinguem duas óticas de interpretação da Constituição, postas em dois eixos que delimitam a discussão sobre a função da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo. Assim, são substancialistas aqueles que estimam o teor material das Constituições, atribuindo-lhes uma função diretiva, cabendo às leis intervir para a concretização dos vetores axiológicos destas, chamando o Poder Judiciário a assumir um papel de destaque na efetivação da Constituição. Noutra ponta, os procedimentalistas, elegem a função instrumental da Constituição, que seria garantidora de meios que visam garantir regular o processo de participação democrática, valorizando a liberdade política inerente à democracia. Destaque-se que as teorias processuais-procedimentalistas e as teorias materiais-substancialistas têm um aspecto comum, qual seja, reconhecem no Poder Judiciário uma função estratégica no que diz respeito às Constituições, especialmente, quanto à efetivação dos direitos fundamentais, individuais e sociais¹².

Nesse sentido, e, ainda sobre a dignidade humana, considera Barretto¹³ que a dignidade humana designaria não o ser homem, o indivíduo, mas a humanidade que se encontra em todos os seres humanos. Por essa razão, vários autores argumentam que a dignidade é um alicerce sobre o qual seria construída a filosofia dos direitos, e seria considerada um “princípio matricial” por excelência. Assim, pode-se concluir que a noção de dignidade humana, não pode ficar adstrita a campos definidos pelo ordenamento jurídico, mas, precisa abranger, pelo menos, uma leitura filosófica, política e jurídica do assunto. Esta assertiva não significa um retorno ao Jusnaturalismo, e sim, um avanço sobre o positivismo

¹⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 65.

¹¹ Idem, p. 65.

¹² OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 85 – 159.

¹³ Idem, p. 66.

pós-exegético, pois este não comporta de adequada eficaz, o sistema hermenêutico contemporâneo de um Estado Democrático de Direito.

Nesse horizonte, o pensamento de Immanuel Kant pode ser empregado como uma matriz de compreensão acerca da dignidade da pessoa humana, pois descreve a relevância do homem enquanto ser, ao afirmar que ao homem não se poderia atribuir valor (preço), o que externa que o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo, e em razão da sua autonomia da vontade na qualidade de ser racional. Assim, ao lecionar sobre os atributos do homem e dos seres racionais, Kant¹⁴ afirma:

Ora digo eu: – O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.

Seguramente, as premissas do pensamento kantiano sobre a relevância do Homem enquanto ser estão presentes no paradigma (padrão/modelo a ser seguido) do Estado Democrático de Direito, porém, há uma enorme e crescente relativização no que diz respeito à compreensão do princípio da dignidade humana pelos profissionais do Direito em uma sociedade marcada pelo fetiche da mercadoria¹⁵. Note-se que o Estado Democrático de Direito, para Kant, pode ser interpretado como o espaço da liberdade. Na filosofia moral de Kant¹⁶ existem duas concepções de liberdade, expostas na lei universal do direito: “age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”, determinando assim, a coexistência da liberdade individual e a liberdade coletiva.

No fluir de suas ideias, ele levanta o questionamento sobre a possibilidade de se encontrar um princípio prático supremo para a razão, e ao formular a resposta para a tal indagação escreve: “O imperativo prático será o seguinte: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio¹⁷”.

Com efeito, a Constituição da República do Brasil de 1988 pode ser lida sob uma perspectiva kantiana, pois eleva o princípio da dignidade da pessoa humana à condição de um de seus fundamentos, assim como exposto em seu artigo 1º, *ipsis litteris*¹⁸.

¹⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 68.

¹⁵ Nesta acepção, o valor do homem sobre si próprio se inverte. A coisa, o produto, a mercadoria é que passa a ser a medida de valor, por si mesma.

¹⁶ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Bauru: Edipro, 2003, p. 77.

¹⁷ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Bauru: Edipro, 2003, p. 69.

¹⁸ 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

A Constituição, ao reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos determina preceitos a serem seguidos, salvaguardando e abarcando todas as relações jurídico-sociais abrangidos pelo ordenamento, inclusive, as relações de consumo. Como se vê, a dignidade da pessoa humana está direta e substancialmente enraizada no ordenamento jurídico brasileiro, concatenando todos os campos do Direito sob uma perspectiva de dignidade não só como um valor intrínseco do ser humano, mas baseando-se na ideia de dignidade como respeito.

Ademais, a Constituição de 1988, tem a dignidade da pessoa humana não só sob a sua guarda, proteção ou tutela, mas como um paradigma na prevenção, promoção e proteção de direitos do ordenamento jurídico.

Da Tutela do Direito do Consumidor e seu Substrato Constitucional

A ótica instrumental de processo¹⁹ (que elege a jurisdição, um método, o teleológico, e visão de que o processo é algo posto a disposição das partes e movimentado pelo Estado) colocaria em relevo as ferramentas, instrumentos ou meios que são utilizados para se chegar a um determinado fim, ou, para realização de alguma atividade. Sob esta visão tradicional do processo, as normas jurídicas poderiam ser consideradas meios para a efetivação do Direito no plano real, ou seja, instrumentos abstratos para o alcance dos direitos e/ou seus efeitos no âmbito material. Isto posto, observa-se que o Direito (Objetivo ou Subjetivo), seria mais um instrumento para a concreção de direitos, e isso ficaria evidente na “Tutela do Direito do Consumidor”.

De outra ponta, empregar o processo ou a jurisdição como categorias nucleares da teoria processual, aceitas, de modo acrítico, pelos instrumentalistas, conduz a uma visão autoritária do processo, o que exige um reposicionamento da teoria, lançando a relação jurídica, em sintonia com os estudos hermenêuticos como categoria básica do direito processual²⁰.

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁹ A crítica a uma visão instrumental do processo é exposta, dentre outros, por Georges Abboud no texto “O dito e não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual”. Disponível em:<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/REPRO-instrumentalidade-do-processo.pdf>. Acesso em 26 fev. 2017.

²⁰ ABBOUD, Georges. O dito e não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/REPRO-instrumentalidade-do-processo.pdf>. Acesso em 26 fev. 2017.

Considerando esta premissa, os deputados e senadores constituintes, tendo em conta a desigualdade nas relações consumeristas e a necessidade de proteger o consumidor, alçaram-no à categoria de direitos fundamentais, como forma de equalizar o desequilíbrio jurídico-social. Isto ensejou “novas” disputas, dentre as quais, o conceito jurídico de dignidade.

Para José Afonso da Silva²¹, por exemplo, a utilização do princípio da dignidade humana nas relações de consumo, pode ser compreendida como um meta-princípio valorativo do ordenamento jurídico brasileiro:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. [...] Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art.170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Em contraponto em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, Lênio Luiz Streck²² esclarece que, muitas vezes o princípio é aplicado de forma arbitrária e inconstitucional: o fato do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana ser aberto não justifica a sua aplicação arbitrária; a interpretação deve estar condicionada a uma pré-compreensão que se tem acerca da Constituição, do constitucionalismo, da sociedade e da teoria do Estado. E mais: o problema da (in)efetividade da Constituição não seria apenas um confronto entre modelos de direito, mas, paradigmático²³.

Com a Constituição da República Federativa de 1988, o advento de um Código de Defesa do Consumidor estava previsto em vários artigos da Constituição, quais sejam: a) no artigo 5º, XXXII, que determina: “O Estado promoverá, na forma da Lei, a defesa do consumidor”; b) no art. 24, VIII, que estabelece a competência concorrente para legislar sobre o direito do consumidor; c) no artigo 170, V, que reconhece a vulnerabilidade do consumidor; d) nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias em seu artigo 48.

No Brasil, a recepção do direito do consumidor liga-se a uma percepção de que a proteção ao indivíduo não pode ser geral e abstrata, como o era no alvorecer do constitucionalismo moderno e na “Era dos Códigos”. Em uma sociedade de massa, caracterizada pela produção e consumo em série, o sujeito de direito deveria ser visto em seus traços peculiares e particulares. Nesse âmbito, os direitos

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 2013, p. 107.

²² STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 377.

²³ Paradigmático no sentido que lhe empresta Thomas Kuhn na obra “A estrutura das revoluções científicas”, publicada pela editora Perspectiva, em São Paulo, no ano de 2006.

de cidadania pediram resposta própria e diferenciada. Categorias de vulneráveis tais como idoso, mulher, criança e adolescente e consumidor alcançaram tratamento específico para suas demandas não como uma panaceia, mas como reconhecimento.

Neste contexto foi elaborada a Lei nº 8.078, o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe da proteção ao Consumidor, normatizando as relações de consumo, precipuamente, no art. 4º, que determina o seguinte:

Art. 4º A Política Nacional de Relações de Consumo **tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo**, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - **ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor**[...]

[...] VI - **coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo**, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.
(BRASIL, Lei nº 8.078 de 1990 - Código de Defesa do Consumidor/
VadeMecum – Ed. 14 – São Paulo: Saraiva, 2015. p.) (Grifos acrescidos)

Frise-se que o legislador positivou o respeito à dignidade do consumidor, como um dos objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo. Ao levar em consideração tal preceito, o legislador infraconstitucional resolve atuar, editando a Lei que regulamenta a espera em filas nas instituições financeiras. Nessa seara, o Poder Legislativo tem o condão de alargar a efetivação da proteção do direito do consumidor, em uma diretiva de expansão dos direitos fundamentais.

A Lei dos 15 minutos no Município de Guanambi e a posição do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ/BA)

No âmbito local, entre os dispositivos de proteção das relações jurídicas de consumo, destaca-se a Lei Municipal nº 017, criada no dia 24 de outubro do ano 2000, que foi precursora de significantes inovações legislativas, pois até então não havia regulamentação sobre o atendimento aos consumidores nas instituições financeiras em Guanambi. Esta lei trazia as seguintes definições quanto ao tempo de espera em filas nas instituições financeiras:

- I) até 20 minutos em dias normais;
- II) até 30 minutos em vésperas ou após feriados prolongados.
- III) até 40 minutos em dias de pagamento de funcionários públicos municipais, estaduais e federais, de vencimentos de contas de concessionárias de serviços públicos e de recebimentos de tributos municipais e federais.

O legislador ao perceber a ausência de um procedimento capaz de efetivar a proteção do consumidor na Municipalidade, regulamentou a espera em filas nos bancos e afins, elaborando, para tanto, a Lei 017/00. Não obstante, oito anos após a publicação da Lei 017/00, e considerando sua baixa efetividade jurídico-social, a Câmara Municipal aprova a Lei 246, de 8 de maio de 2008, que alterou substancialmente a Lei 017/00. Entre outras modificações, a Lei 246/2008 dispõe que o tempo máximo de espera em fila nas instituições financeiras no Município de Guanambi é de:

- I) até 15 minutos em dias normais;
- II) até 30 minutos em dias de pagamento de funcionários públicos municipais, estaduais e federais, de vencimentos de contas de concessionárias de serviços públicos e de recebimentos de tributos municipais e federais;
- III) até 30 minutos em vésperas ou após feriados prolongados.

O texto prevê sanções na esfera administrativa frente ao seu descumprimento, tal qual a Lei 017/00, porém com maior rigor, no tocante às sanções monetárias. Outrora, as penalidades que eram fixadas de 200 à 400 UFRs (Unidade Fiscal de Referência), passaram a 800 à 1800 UPFM (Unidade Padrão Fiscal do Municipal), até a 5ª reincidência. A medida sancionatória a ser tomada após a 5ª reincidência de descumprimento da Lei 246/08 é a suspensão do alvará de funcionamento da instituição infratora, mas para que isso ocorra é preciso que os municípios se atenham à uma peculiaridade da Lei, qual seja: nos termos do artigo 5º da Lei 246/08 as denúncias dos municípios, devidamente comprovadas deverão ser encaminhadas à Secretaria da Fazenda do Município, e isso, visivelmente não é o que acontece²⁴, e por vários motivos, como por exemplo, o baixo conhecimento da Lei 017/200 e das suas especificidades. Neste trecho, é necessário apontar que o referido diploma legal tem caráter administrativo e prevê a responsabilidade das instituições financeiras perante a Administração Pública, o que enseja sanções na hipótese de descumprimento da lei.

Registre-se, ainda, que apenas o fato de existência da norma não confere direito à indenização ao consumidor, o que não subtrai a abstração normativa do seu alcance, visto que as instituições financeiras devem oferecer e ou prestar bons produtos/serviços, com base no respeito e reconhecimento ao usuário, que está na condição de consumidor.

²⁴ O Ministério Público do Estado da Bahia editou um Termo de Ajustamento de Conduta com as instituições financeiras em Guanambi no ano de 2014.

Neste ponto, é mister trazer à baila o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com base no julgamento da Apelação Cível nº 0001300-92.2012.8.05.0088, proveniente da comarca de Guanambi-Bahia, julgado no ano de 2014. Recapitulando, os critérios para escolha do acórdão foram os seguintes: a) trata-se de uma demanda oriunda da comarca de Guanambi-Bahia; b) o acórdão corrobora o entendimento de que a Lei dos 15 minutos deve ser aplicada não só diretamente às instituições financeiras, mas também, a seus parceiros comerciais, sendo solidariamente responsável, pois as instituições que lucram com a terceirização dos serviços bancários devem, também, suportar também os riscos de um eventual prejuízo causado por esta terceirização; c) o referido julgamento de apelação fixou contornos ao tema que ultrapassam a esfera Municipal, ao delimitar uma compreensão, em nível Estadual, sobre o assunto.

Há que se destacar que o voto condutor seguiu o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao esclarecer que as demoras excessivas no atendimento ao cliente, por parte das instituições financeiras, afligem diretamente a esfera de direito do consumidor somente quando a espera é excessiva, não esclarecendo, porém, quanto tempo é determinante para se caracterizar o “excesso”, conforme segue:

A espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos, e reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral, enseja condenação por dano moral. (BRASIL, Poder Judiciário, Superior Tribunal de Justiça, STJ/ REsp 1.218.497 / MT, Rel. Min. SIDNEY BENETTI, Julgado em 11/09/2012).

No julgamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu-se que o dano moral oriundo da demora ao atendimento ao usuário não advém somente da infringência da legislação que estabelece o tempo de espera, mas, depende da verificação dos fatos que ensejaram sofrimento ao consumidor tendo em vista que além da demora excessiva, é necessário examinar as circunstâncias do caso concreto, como por exemplo, se o consumidor tinha à ocasião, saúde debilitada, e permaneceu em pé, o que caracterizaria a indiferença do banco quanto à situação²⁵. Na ocasião, o STJ determinou uma indenização no valor de R\$ 3.000,00 (três mil) reais. Não obstante, conforme já dito, o acórdão não indica, expressamente, o que seria tempo excessivo de espera na fila.

Acerca da condenação em danos morais no que concerne à Lei dos 15 minutos, a relatora dos autos processo no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2014) escreve:

²⁵ Informativo 504 (STJ, 10 a 19 de novembro de 2012).

Esclareço, ademais, que o descumprimento do tempo razoável de espera em fila não enseja automaticamente o dano moral indenizável. É preciso analisar as condições fáticas de sofrimento que ultrapassem a normalidade, além de outros elementos, para que importe em constrangimento moral. (BRASIL, Poder Judiciário do Estado da Bahia, TJBA -- Apelação nº 0001300-92.2012.8.05.0088 - Foro de Origem: Foro de comarca Guanambi-BA, Órgão: Primeira Câmara Cível - Relator: Des^a. Cynthia Maria Pina Resende, julgado em 2014).

Dessa forma, é importante fazer alguns apontamentos no que diz respeito aos danos morais e os critérios utilizados pelo juízo para balizar o deferimento e a sua qualificação e quantificação, o que tem sido objeto de infundáveis debates. Segundo Judith Martins-Costa²⁶: “No esclarecimento dessas questões também pouco socorre a legislação, pois não aponta aos elementos que permitiriam fixar um conceito relativamente preciso de dano moral”. Como sói ocorrer, a discussão sobre o tema não é nova. Em 1999, antes mesmo do início da vigência do Novo Código Civil, André Fontes já alertava para a superação tradicional da responsabilidade civil²⁷.

Ainda na seara do acórdão tribunalício, cumpre salientar a importância do voto condutor nos autos de um processo, pois, em regra, exerce primordialmente uma função balizadora. Em lição de Virgílio Afonso da Silva²⁸sobre o papel do voto do relator no Supremo Tribunal Federal:

Em geral, os ministros do STF veem o papel do relator como decisivo na deliberação. Esse papel é traduzido por expressões como “ele baliza todo o debate”, “é uma posição preponderante”, “ele fixa a moldura do debate”, “é um ponto de partida para discussão”. Mesmo assim, há vozes discordantes sobre esse papel preponderante e também indicações de outros papéis decisivos do relato.

Embora a tarefa deste ensaio não seja examinar uma decisão monocrática ou acórdão do Supremo Tribunal Federal, os critérios elencados por Virgílio Afonso da Silva são úteis para a compreensão do voto condutor nos autos de um processo. Conforme o professor da Universidade de São Paulo, o voto do relator, muitas vezes, é irrelevante no Supremo Tribunal Federal. Contudo, o mesmo entendimento não procede no âmbito estadual, já que no Tribunal de Justiça

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Dano Moral à Brasileira** – Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07073_07122.pdf Acesso em 20 out. 2016.

²⁷ FONTES, André. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista05/revista05_207.pdf. Acesso em 26 fev. 2017.

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **“Um Voto Qualquer”? O papel do Ministro Relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal** - Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015 -- Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21>. Acesso em 20 out. 2016.

do Estado da Bahia, o voto do relator, que resume em um relatório os aspectos relevantes dos autos de um processo, é seguido na maioria das vezes, inclusive, em casos mais notórios.

Além disso, o trecho é uma repetição do acórdão do Superior Tribunal de Justiça citado neste texto, o que não considera os quatro elementos de uma decisão judicial, quais sejam: 1) os fatos provados; 2) *a ratiodecidenti* (as razões da decisão); 3) as *obiter dicta* (proposições não vinculantes que contribuem para a construção argumentativa da decisão) e 4) a decisão em si mesma²⁹.

Em que pesem os avanços obtidos na dessubjetivação do dano moral³⁰, o instituto está encapsulado em um sistema em que a participação das partes na construção da decisão jurisdicional ocorre, muitas vezes, de forma retórica. Para superar este estado de coisas, é necessário que as Faculdades de Direito e as pesquisas científicas sobre o assunto possibilitem um melhor entendimento do plexo normativo, o que aumentaria a previsibilidade e a vinculação às alegações produzidas pelas partes nos autos, afastando o elemento surpresa das decisões judiciais.

No mesmo sentido, Costa *et al*³¹ (2010, p. 6):

[...] pode-se afirmar que a elevação da reparabilidade do dano moral ao status de direito fundamental representa uma maior proteção de referido direito, vez que pelas características apontadas, um direito fundamental integra o rol de necessidades mínimas de um ser humano.

É de se esperar que o tempo determinado em leis municipais caracterizassem espera excessiva, porém, esse não é o entendimento do juízo *ad quem* que entende não ser bastante ter espeque na legislação municipal ou estadual para que o direito à indenização seja reconhecido; é preciso que sejam reconhecidas as circunstâncias fáticas do padecimento moral. Nestes termos, diz a relatora³²:

Esclareço, ademais, que o descumprimento do tempo razoável de espera em fila não enseja automaticamente o dano moral indenizável. É preciso analisar as condições fáticas de sofrimento que ultrapassem a normalidade, além de outros elementos, para que importe em constrangimento moral.

²⁹ DRUMMOND, Víctor Gameiro. **Em busca do juiz plagiador**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 110.

³⁰ COSTA, Állisson da Silva; JEHA, Cecília de Moura Lima; REIS, Francis Vanine de Andrade; TAVARES, Fernando Horta. Por uma dessubjetivação do dano moral. JURISVOX Patos de Minas: UNIPAM, (10):35-52, 2010 - Disponível em: jurisvox.unipam.edu.br/documents./Por-uma-dessubjetivacao-do-dano-moral.pdf. Acesso em 4 nov. 2016.

³¹ Idem.

³² BAHIA. **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 0001300-92.2012.8.05.0088**. Relatora: Des^a. Cynthia Maria Pina Resende, Quarta Câmara Cível. Julgado em 09/01/2014.

Saliente-se que a dificuldade, no que tange ao dano moral, se situa no campo de definição do que pode ser ou não considerado dano moral, e também na quantificação do dano, pois assim como prevê a legislação pátria, no artigo 944 do Código Civil de 2002, “a indenização se mede pela extensão do dano”. Como fixar tal medida? Destarte, sobre tal problemática aduz Costa et al³³:

A grande questão travada em sede do dano moral, diz respeito à sua identificação e fixação de seu quantum indenizatório. O agente julgador, quando do seu pronunciamento decisório, lança mão, por vezes, de argumentos ligados à sua subjetividade, atuando dessa forma, de modo discricionário, e, às vezes, arbitrário.

Entende-se que o caráter principal do dano moral é o compensatório, sendo que o caráter punitivo seria aceito em hipóteses excepcionais, para a reparação de situações causadoras de lesões a uma grande quantidade de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, apesar na relação de consumo e no Direito Ambiental³⁴.

Ainda que não haja a expressão “dano moral” no Código de Defesa do Consumidor, a legislação fornece um amplo arcabouço de previsões de reparabilidade e/ou indenizabilidade a respeito do dano moral, tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanto no Código Civil de 2002, além da jurisprudência sobre o tema.

A relatora, em sua inteligência, entende que há uma violação do direito do consumidor quando não se respeita a espera em filas de banco, posto que excederia a naturalidade dos fatos da vida, o que causaria fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. A relatora assim conclui:

Saliento, ainda, que a valoração pecuniária não deve ser tratada como forma de enriquecimento sem causa, e sim como meio de proporcionar o justo reparo pelo ato cometido e suas respectivas consequências, levando-se em conta o porte econômico da empresa e o seu grau de culpa. Frente ao entendimento sufragado por esta Quarta Câmara Cível, tenho que o importe arbitrado deve ser mantido, em homenagem aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Aliás, a quantia fixada soa adequada ante o caráter pedagógico relativamente à violação de direitos dos consumidores.

O voto condutor da relatora foi seguido pelos demais julgadores no acórdão, o que mostra, apesar das dificuldades de compreensão em relação à Lei dos 15 minutos, o reconhecimento do direito do consumidor, e ratifica o dever do fornecedor de serviço proporcionar ao consumidor um serviço digno, de qualidade, adequado e eficaz.

³³ Idem.

³⁴ MORAES, Maria CelinBodin de. **Danos à Pessoa Humana uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 332 – 333.

Considerações finais

Apesar da existência de um arcabouço que visa efetivar a tutela constitucional do consumidor sob o prisma da dignidade humana, e, que, para tanto, disciplina a espera em fila de instituições financeiras no Município de Guanambi, é consabido que a matéria é controvertida e objeto de constantes discussões. Ainda que provisoriamente, contata-se que o diploma legislativo examinado não goza da efetividade jurídico-social que se espera. Como é cediço, os munícipes esperam por uma maior efetividade da Lei dos 15 minutos, de modo que as decisões jurídicas sejam estáveis e íntegras, com fulcro em uma adequada hermenêutica constitucional.

Inobstante, é cristalino que muitas são as questões envolvendo a Lei Municipal, e tais questões estão intimamente ligadas a efetividade jurídico-social da norma jurídica. São elas: a) a produção legislativa local autoriza ao consumidor a buscar a salvaguarda judiciária? Se não, sob quais argumentos são pleiteadas as reparações? Ainda que Lei dos 15 minutos não autorize ao consumidor a buscar o Poder Judiciário, essa leitura exegética deve ser afastada, considerando que entre os direitos e garantias fundamentais está a inafastabilidade da apreciação de lesão ou ameaça a direito; b) por que somente após a 5ª reincidência reportada à Secretaria da Fazenda do Município, é que se pode suspender o alvará de funcionamento das instituições infratoras? O legislador infraconstitucional quis assim, provavelmente, por motivos inconfessáveis, levando em conta a relação simbiótica existente entre as instituições financeiras e os poderes públicos, caracterizada pela presença de partidos políticos, lobbies e grupos de interesses, “sujeitos públicos” ocultos da vida pública brasileira³⁵. Se o legislador tomasse como referência as reclamações de consumidores, certamente, poderia promover a suspensão do alvará de funcionamento de alguma instituição financeira, quiçá, de algumas. Nesse sentido, é razoável defender que tal mudança promova maior efetividade; c) o que fazer para dar uma maior efetividade à Lei sob análise? Sobre este questionamento, é imperioso esclarecer que no Estado Democrático de Direito, não basta a previsão de normas em sentido abstrato, sendo indispensável elencar procedimentos para sua efetivação, de modo que a sociedade incorpore (como vivência e sentimento do direito) as regras e estas possam aumentar seus efeitos práticos.

Além disso, ao editar um tipo normativo sem estudos prévios, sem planejar meios de integração, fiscalização e efetivação da Lei, o Estado atua somente para atender de imediato a um clamor social, havendo um sério risco de se criar uma legislação simbólica para acalantar a sociedade. Nessa linha de argumento, faltaria aos poderes públicos um maior empenho no tocante à Lei dos 15 minutos, considerando a baixa fiscalização e aplicação das sanções previstas, assegurando a realização dos direitos fundamentais.

³⁵LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva. **Existe uma última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 97 – 98.

Como proposta, pode-se sugerir aos poderes públicos que desempenhem uma melhor fiscalização quanto ao cumprimento dos preceitos da Lei Municipal e que providenciem uma mudança legislativa para assim adequar a lei à realidade-mundo, o que poderia incentivar uma diminuição das possibilidades de reincidência, bem como a fixação de um *quantum* indenizatório a ser pago ao consumidor. Mas não só isso.

Para além do reconhecimento da importância de cultura de direitos, é indispensável a presença do indivíduo e dos grupos de representação de interesses de consumidores no debate de modo a propiciar um desenlace, que se sabe provisório, com a coisa pública, que obste o conformismo e manutenção do status atual. Para tanto, é necessário saber até que ponto os indivíduos, grupos de interesse e *lobbies* estão interessados nesse processo.

Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges. **O dito e não-dito sobre a instrumentalidade do processo**: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/REPRO-instrumentalidade-do-processo.pdf>. Acesso em 26 fev. 2017.

BAHIA. **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação nº 0001300-92.2012.8.05.0088**. Relatora: Des^a. Cynthia Maria Pina Resende, Quarta Câmara Cível. Julgado em 09/01/2014.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 / VadeMecum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Lei nº 8.078 de 1990 – Código de Defesa do Consumidor / VadeMecum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.218.497/MT**. Relator: Min. SIDNEY BENETTI, **Terceira Turma. Julgado em 11/09/2012**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22425663/recurso-especial-resp-1218497-mt-2010-0184336-9-stj-inteiro-teor-22425664>. Acesso em 26 fev. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

COSTA, Álisson da Silva; JEHA, Cecília de Moura Lima; REIS, Francis Vanine de Andrade; TAVARES, Fernando Horta. **Por uma dessubjetivação do dano moral**. JURISVOX Patos de Minas: UNIPAM, (10):35-52, 2010 - Disponível em: jurisvox.unipam.edu.br/documents./Por-uma-dessubjetivacao-do-dano-moral.pdf. Acesso em 20 out. 2016.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do juiz plagiador**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

FONTES, André. **Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista05/revista05_207.pdf. Acesso em 26 fev. 2017.

GUANAMBI. **Lei 017**, de 24 de outubro de 2000.

_____. **Lei 246**, de 8 de maio de 2008.

Informativo 504 (STJ), 10 a 19 de novembro de 2012).

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes** – tradução: Paulo Quintana, Lisboa: Edições 70, 2007.

_____. **A Metafísica dos Costumes** – tradução: Edson Bini – Bauru – São Paulo: EDIPRO, 2003.

LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva. **Existe uma última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **Dano Moral à Brasileira** – Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07073_07122.pdf Acesso em 20 out. 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **“Um Voto Qualquer”? O papel do Ministro Relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal** - Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015 - Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21>. Acesso em: 20 out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

A proteção da Mulher com vista a promover a Igualdade Substancial no âmbito doméstico

Andréia Fernandes de Almeida¹
Adinan Rodrigues da Silveira²
Sérgio Felipe Coelho Francisco³

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar a evolução dos direitos das mulheres no âmbito social, com base na Igualdade Substancial. Demonstrando as alterações legislativas, pautadas na proteção da mulher, com base no princípio da igualdade substancial. Tornando-se essencial na sociedade o tratamento igual na lei e perante a lei, com fito de desenvolver os agentes de forma consciente em sociedade.

Palavras-chave: Igualdade; direito das mulheres; políticas públicas; Maria da Penha; efetividade.

Abstract

This article aims to analyze the evolution of women's rights in the social sphere, based on Substantive Equality. Demonstrating legislative changes, based on the protection of women, based on the principle of substantial equality. Becoming essential in society equal treatment in law and before the law, in order to consciously develop agents in society.

Keywords: Equality; women's rights; public policy; Maria da Penha; effectiveness.

Introdução

Em uma sociedade afetada por grandes avanços, sendo eles pautados no desenvolvimento sustentável (não apenas na seara ambiental, conforme sentido

¹ Doutora em Direito e Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa e História (PPGJA) da Universidade Federal Fluminense – UFF. Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Professora de Direito Civil em Curso de Graduação e Pós-Graduação. Bolsista do Programa de Pesquisa Produtividade 2017-2018 (UNESA). Professora do PIBIC 2016-2017 (UNESA). E-mail: andreiafalmeida@yahoo.com.br.

² Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá – UNESA. Coordenador do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – Campus João Uchoa. E-mail: adinan.rodrigues@estacio.br

³ Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Pós-graduando em Direito dos Contratos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RJ. Aluno PIBIC 2016-2017. E-mail: sergio-coelho@outlook.com.br.

da palavra, sustentável é tudo aquilo que se pode sustentar), adquirimos grandes avanços em relação aos Direito das Mulheres.

Um dos grandes exemplos é a Lei Maria da Penha (11.340/2006), uma lei híbrida, com cunho Civil, Processual e Penal, a qual surgiu com objetivo de proteger a hipossuficiência, a vulnerabilidade e o gênero feminino, tudo isto dentro de um espaço eminentemente privado, com especial relevo para o ambiente familiar. A repressão histórica contra a mulher e a necessidade de garantir a efetividade de uma vida digna são alguns aspectos desta Lei, que além da proteção de forma imediata da esfera privada, possui efeitos na esfera pública de forma mediata. Um aspecto da Lei 11.340/06 que deve ser observado é que esta proteção do gênero feminino possui tentáculos que adentram também à proteção da entidade familiar, esculpindo o previsto no Art. 226, §8º da CRFB/88. A família é a base da sociedade (art. 226 da CRFB/88), como base há de se ter uma proteção especial no Estado, assim o Estado têm assumido para si o papel de protetor e garantidor da ordem em todas as esferas, seja ela pública ou privada. Há de se observar que esta garantia estatal prevista na Lei Maria da Penha, apresenta seus contornos dentro da seara privada, trazendo institutos de cunho eminentemente público, como é o caso da Ação Penal nos crimes de violência doméstica, o qual era uma Ação Penal Pública Condicionada à Representação e passou à Pública Incondicionada, mostrando a força que o Estado tenta reprimir a lesão física e psicológica ao bem jurídico tutelado.

Desta forma, demonstra-se a clara intervenção do Estado para garantir a efetividade do Princípio da Igualdade. Tornando-se mais sustentável as mudanças estabelecidas ao longo da história.

O Princípio da Igualdade no ordenamento: sua perspectiva substancial

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com sua perspectiva social, fortaleceu o princípio da igualdade perante a lei e a igualdade perante os seres humanos, sendo esses, respectivamente designados de Igualdade Formal e Igualdade Substancial⁴. Na seara da Igualdade Formal, o princípio passa a agir como um limitador para o legislador na hora da elaboração das leis. Nessa perspectiva, é interessante ressaltar que a vedação de leis discriminatórias tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana⁵, este como instrumento basilar e central do ordenamento jurídico. Essa visão pauta-se no desenvolvimento digno dos agentes perante as leis, sem desigualdades nos tratamentos em sociedade.

⁴ “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: ”<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>Acesso em 23 de abril de 2016.

⁵ PAULO, V. **Aulas de Direito Constitucional**. 8ª. ed. Niterói: Impetus, 2006.

Em se tratando da Igualdade Material ou Substancial, ela parte do princípio de incluir os desiguais perante a sociedade. Tem o cunho inclusivo, visto que, a Igualdade Substancial define a paridade de armas no processo social, definindo que todos devem ter as mesmas oportunidades em uma sociedade democrática. Nesse sentido, vincula-se em uma perspectiva valorativa⁶ para definir o que encontra-se em desigualdade em sociedade.

Todo esse aspecto da igualdade, tem um cunho voltado diretamente para a razoabilidade em sociedade⁷. Tratando que não seria razoável, como exemplo, a mera discriminação de faixa salarial entre homens e mulheres, que ocupam o mesmo cargo em uma indústria. Assim, o princípio da Igualdade em suas duas vertentes, abrange todas as engrenagens da sociedade para que o desenvolvimento social seja pautado na igualdade na lei e perante a lei. Sempre com a visão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do qual torna-se um princípio basilar para o desenvolvimento social-democrático.

A motivação para a proteção da Mulher: sua análise sob um olhar histórico e social

O que levou o legislador a escolher o gênero feminino para promover a assistência à família com fulcro no artigo 226, §8º da CRFB/88? Primeiro será feita uma visão sociológica e histórica da mulher na sociedade, após, será apresentado este diploma infraconstitucional com fundamento em normas constitucionais e mais do que isto, verificar esta legislação como uma expressão do valor superior da dignidade da pessoa humana.

A história de inferioridade e submissão da mulher em relação ao homem apresenta seus tentáculos desde a antiguidade, na obra Política do filósofo Aristóteles já haviam trechos que descreviam esta relação hierarquizada, cabendo destacar o seguinte trecho: “é preciso, inicialmente, reunir as pessoas que não podem passar umas sem as outras, como o macho e a fêmea para a geração. [...] É para a mútua conservação que a natureza deu a um o comando e impôs a submissão ao outro”⁸; também na obra Antígona, de Sófocles, a personagem Ismênia representa o que é a mulher na *pólis* clássica grega: um ser frágil, suspeito, insignificante, cujo valor consiste em ser bonita e submissa⁹; nos escritos médicos da Idade Média,

⁶ “Assim, a igualdade material leva, necessariamente, à questão da valoração correta, racional ou justa.” PAULO, V. **Aulas de Direito Constitucional**. 8ª. ed. Niterói: Impetus, 2006.

⁷ “Não se admite é que o parâmetro diferenciador seja arbitrário, desprovido de razoabilidade, ou deixe de atender a alguma relevante razão de interesse público.” PAULO, V. **Aulas de Direito Constitucional**. 8ª. ed. Niterói: Impetus, 2006.

⁸ ARISTÓTELES. **A política**. I, 2, 1252. Disponível em www.cfh.ufsc.br/~wfi/politica.pdf. Acesso em 10 de dezembro de 2012. p.9.

⁹ SÓFOCLES. **Antígone**. Tradução J. B. de Mello e Souza. Fonte Digital: eBooksBrasil.com, 2005. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>. Acesso em 06 de março de 2016.

a representação da vagina era como um falo¹⁰ invertido, conforme descoberta de Marie Christine Pouchelle¹¹; no período do Renascimento, o sexo da mulher era representado como sendo composto dos mesmos órgãos masculinos, apenas dispostos de maneira diversa¹²; no século XIX os anatomistas, ampliando os discursos moralistas, tentaram encontrar no corpo da mulher a justificativa do estatuto social que lhes era imposto¹³ e, com Thomas Laqueur, a noção que o clitóris seria um pênis feminino¹⁴.

Fato recente e que remete à visão acima mencionada da *pólis* clássica grega, foi a reportagem da Revista Veja, veiculada no dia 18 de abril de 2016¹⁵, que exaltou a esposa do atual vice-presidente da República, Michel Temer, como sendo a Sr^a. Marcela Temer: bela, recatada e do lar, exaltando-a apenas por tais atributos, um retorno ao valor da mulher bonita e submissa. A matéria causou um verdadeiro *frisson* na sociedade brasileira (já bastante abalada com o atual cenário político), com críticas severas ao que chamaram de retrocesso¹⁶, uma vez que a matéria da Revista Veja buscou enaltecer Marcela “como a mulher que todas deveriam ser, à sombra, nunca à frente. [...]. O problema é julgar que esse modelo deve ser o padrão”¹⁷. Nas redes sociais, milhares de mulheres protestaram e postaram fotos criticando o modelo padrão de mulher rotulado pela revista.

Os termos desta reportagem podem ser vistos como a perpetuação, a aceitação ou até mesmo uma apologia à relação de dominação masculina, expressão cunhada pelo sociólogo francês Pierre Bourdier em sua obra de 1988, na qual criticou tal dominação, que obriga os homens a serem fortes, potentes e viris, ao passo que as mulheres devem ser delicadas, submissas e apagadas; cabendo destacar o seguinte trecho de sua obra e que retrata sua opinião e resume a matéria criticada: “[...] suas mulheres, nos vemos fechadas na casa da família, sem que nos seja dado participar de nenhuma das numerosas sociedades de que se compõe a sociedade”¹⁸. Ele ressalta que “a unidade doméstica é um dos lugares em que a

¹⁰ ETIM lat. *phállus,i* ‘figura que representava as partes sexuais do homem e que, nas festas de Baco, levava-se como símbolo da geração’, do gr. *phallós,ou* ‘pênis’. Michaelis. **Dicionário Online**. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?palavra=falo>. Acesso em 22 de abril de 2016.

¹¹ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 23.

¹² *Idem*.

¹³ *Idem*.

¹⁴ LAQUEUR, Thomas. **Inventando o Sexo: Corpo e gênero dos gregos a freud**. Tradução Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. p. 41.

¹⁵ **Revista Veja**. Juliana Linhares. Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/bela-recatada-e-do-lar>. Acesso em 22 de abril de 2014.

¹⁶ Em reportagem publicada no dia 20 de abril de 2016, a **Carta Capital** traz como título: Bela, recatada e do lar: matéria da “Veja” é tão 1792.

¹⁷ Djalma Ribeiro. Reportagem publicada no **Jornal Carta Capital** em 20 de abril de 2016. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/politica/bela-recatada-e-do-lar-materia-da-veja-e-tao-1792>. Acesso em 22 de abril de 2016.

¹⁸ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 7 e 8.

dominação masculina se manifesta de maneira mais indiscutível” e “não só através do recurso à violência física”; por outro lado, Bourdieu acredita que o princípio de perpetuação das relações de força materiais e simbólicas que ali se exercem está “essencialmente fora daquela unidade, em instâncias como a Igreja, a Escola ou o Estado”.¹⁹

Em que pese a discussão sociológica, toda esta visão de superação da submissão feminina foi muito bem descrita pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, no voto do HC 175.816, preferido no Superior Tribunal de Justiça, o qual cabe transcrever:

HC 175.816 – STJ – Ministro Marco Aurélio Bellizze

[...]firmar a posição de que a violência de gênero não se confunde com as demais formas de violência, porque ela caracteriza-se principalmente na cultura machista do menosprezo pela mulher, bem como na ideia de perpetuação da submissão da mulher ao mando do homem, autorizando a equivocada e nefasta disseminação da inferioridade do gênero feminino em relação ao masculino, permitindo a coisificação da mulher, numa afronta direta à doutrina da dignidade da pessoa humana, consolidada já na filosofia kantiana e expressamente inserida no art. 1º, inc. III, da CRF.²⁰

O Ministro Marco Aurélio Bellizze trouxe toda a visão histórica da submissão feminina, com viés antropológico e sociológico para o embasamento da sua decisão, uma fundamentação legal representa traços do direito, sociologia e antropologia, um acórdão sócio-jurídico. Para compreender melhor a posição proferida no julgado supra, cabe adentrar de forma específica na sociedade brasileira e no mundo jurídico da mulher, com sua situação de submissão, inferioridade, atraso e restrição presente inclusive no ordenamento pátrio e será este o caminho a ser percorrido no tópico seguinte.

Alterações legislativas com fulcro na proteção da mulher no Brasil

Diferente da “força da ordem masculina”²¹, que dispensa justificação, a mulher necessitou de diplomas legais para legitimá-la e pode-se afirmar que o pioneirismo jurídico do reconhecimento de direitos femininos foi o Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, em 19 de junho de 1890, o qual decretou que a mulher casada poderia ter direito a receber a pensão, o meio-

¹⁹ *Ibidem*. p. 138.

²⁰ Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=HC+175.816&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 18 de abril de 2016.

²¹ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 17.

soldo ou o montepio diretamente, sem a procuração ou outorga dos maridos (decreto n.º. 498²²).

Ao invés da legislação pátria caminhar no sentido que Marechal Deodoro começou, o Código Civil de 1916 (Lei n.º. 3.071 de 1º de janeiro de 1916), trouxe no artigo 6º, inciso II, a expressão máxima da subordinação à qual as mulheres eram submetidas, a dominação e o poder masculino foram personificados na incapacidade relativa da mulher casada: “Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...] II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal”²³.

Anos de lutas seguiram para que as mulheres pudessem ter seus direitos reconhecidos e durante o governo de Getúlio Vargas, precisamente no dia 24 de fevereiro de 1932, há um enorme passo nesta direção: no Código Eleitoral Provisório o voto feminino começou a surgir, dispondo que é “eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo”²⁴. Neste momento, tinha início o voto de saias, contudo, algumas restrições ainda eram vistas para o exercício de um direito básico para o pleno exercício da cidadania, pois somente era permitido às mulheres casadas, com autorização do marido, e as viúvas e solteiras que tivessem renda própria. Com a Constituição Federal de 1934, tudo isto é posto abaixo, a participação política da mulher foi possível, o artigo 108²⁵ informa que são eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, dispondo ainda o artigo 109²⁶ que este voto é obrigatório para os homens e facultativo para as mulheres²⁷.

²²Decreto n.º. 498 de 19 de junho de 1890. Disponível em http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=498&tipo_norma=DEC&data=18900619&link=s. Acesso em 03 de março de 2016.

²³Lei n.º. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 09 de março de 2016.

²⁴Decreto n.º. 21.076 de 24 de fevereiro de 1932. Disponível em http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=21076&tipo_norma=DEC&data=19320224&link=s. Acesso em 09 de março de 2016.

²⁵“Art 108 - São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei. Parágrafo único - Não se podem alistar eleitores: a) os que não saibam ler e escrever; b) as praças-de-pré, salvo os sargentos, do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial; c) os mendigos; d) os que estiverem, temporária ou definitivamente, privados dos direitos políticos.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 09 de março de 2016.

²⁶“Art 109 - O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 09 de março de 2016.

²⁷“Na Suíça o direito ao voto feminino foi concedido dia 7 de fevereiro de 1971, há apenas 30 anos. Foi uma vitória difícil, lembrada agora, 3 décadas depois. A título de comparação, no Brasil esse direito foi concedido à mulher já em 1934.” Disponível em <http://www.swissinfo.ch/por/voto-feminino-s%C3%B3-tem-30-anos/1877014>. Acesso em 09 de março de 2016.

Ainda no governo de Vargas encontram-se mais reconhecimentos dos direitos femininos, em 23 de fevereiro de 1938, Getúlio promulga a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher, com a disposição de que em matéria de nacionalidade não se fará nenhuma distinção baseada no sexo (Decreto nº. 2.411). Neste mesmo ano, ele ratifica a Convenção Relativa ao Trabalho Noturno das Mulheres (Decreto nº. 2.575) e aprova a Convenção Relativa ao Emprego das Mulheres nos Trabalhos Subterrâneos nas Minas de qualquer categoria (Decreto-lei nº. 482).

A superação da condição de subordinação à ordem patriarcal teve seu marco na Lei nº. 4.121 de 1962, um diploma legal que veio dispor sobre a situação jurídica da mulher casada e este diploma é uma verdadeiro divisor de águas, o momento em que a mulher consegue tirar os grilhões que lhe aprisionam ao homem, como se propriedade deste ela fosse. Em 1963, é promulgada a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, adotado por ocasião da VII Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas (Decreto nº. 52.476); em 1980 a Lei nº. 6.791 institui o dia 30 de abril como o Dia Nacional da Mulher; em 1984 o Brasil promulga a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto nº. 89.460)²⁸; em 1985 cria o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher; em 20 de dezembro de 1993 tem-se a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher – ONU e a denominada Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher), aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 09 de junho de 1994, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 e entrou em vigor em 1º de agosto de 1996 (Decreto 1.973).

Uma lei recente que merece grande destaque é a Lei 13.104 de 9 de março de 2015²⁹, que torna o assassinato de mulheres crime hediondo, o chamado:

²⁸ Esta convenção foi aprovada pelas Nações Unidas em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984.

²⁹ **Art. 1º** O art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação: “Homicídio simples. Art. 121. [...] Homicídio qualificado § 2º [...] Femicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: [...] § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. [...] Aumento de pena [...] § 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.”

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1º [...] I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI);

[...]”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em 20 de abril de 2016.

femicídio ou femicídio³⁰, que significa a morte intencional de pessoas do sexo feminino, resultado das diferenças de poder entre homens e mulheres nos contextos socioeconômico em que se apresentam. Pode-se afirmar que esta lei é um desdobramento da Lei Maria da Penha, uma vez que a mesma altera o artigo 121 do Código Penal (crime de homicídio) e traz o Femicídio no artigo 121, §2º, inciso VI, definindo ainda no §2º-A que considera razões de condições de sexo feminino, quando o crime envolver violência doméstica.

Este diploma legal insere o Brasil no rol dos países da América Latina que estabelecem agravantes para o assassinato de mulheres por motivação de gênero, em todos os países latinos que incluíram em suas legislações o femicídio. O crime é punido de forma autônoma, dando-lhe especial tratamento. A Costa Rica foi o primeiro país a criminalizar o femicídio em sua lei penal, a alteração ocorreu em 2007. Segue abaixo a listagem dos países latino-americanos que realizaram a alteração legislativa.

Tabela 12: Lista dos países latino-americanos que efetuaram a alteração legislativa

País	Legislação	Em vigor desde	Pena para o Femicídio
<i>Argentina</i>	Reforma do Código Penal (modificação do artigo 80)	Promulgada em 11 de dezembro de 2012	Reclusão ou prisão perpétua
<i>Bolívia</i>	Lei Integral para Garantir às Mulheres uma vida livre de violência. Incorpora no Código Penal o delito do femicídio. Reforma do Código Penal (artigo 83)	Março de 2013	30 anos de prisão sem direito a recorrer
<i>Brasil</i>	Lei Nacional que altera o Código Penal Brasileiro com a inclusão do femicídio como qualificadora de homicídio e crime hediondo	Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.	Estabelece agravante para o crime de homicídio qualificado.
<i>Chile</i>	Reforma do Código Penal (artigo 390)	Lei nº 20.480, de 14 de dezembro de 2010, publicada em 18 de dezembro de 2010, vigente no dia de sua publicação	Pena máxima (prisão perpétua qualificada, ou seja, 40 anos de prisão efetiva antes da tentativa de redução da pena)

³⁰Embora haja discussão sobre tais expressões, as mesma estão sendo adotadas no presente trabalho como expressões sinônimas. Alguns autores afirmam que a palavra femicídio é o homicídio de mulher, femicídio é o homicídio de mulher por motivo de gênero – por ser a vítima do sexo feminino, envolvendo ódio ou menosprezo por sua condição. Posição defendida pelo Promotor de Justiça de São Paulo, César Dario Mariano Silva, no texto publicado intitulado Primeiras impressões sobre o femicídio – Lei 13.104/2015. SILVA, César Dario Mariano da Silva. **Primeiras impressões sobre o femicídio – Lei nº. 13.104/16.** Disponível em www.mpsp.mp.br/.../Artigos/Primeiras%20impressões%20sobre%20o%20... Acesso em 20 de abril de 2016.

<i>Colômbia</i>	Reforma do Código e do Procedimento Penal, Lei nº 1257 (modifica o artigo 104 do Código Penal e inclui o feminicídio como agravante)	Promulgada em 4 de dezembro de 2008	De 33 a 50 anos de prisão
<i>Costa Rica</i>	Lei de Penalização da Violência contra as mulheres	Lei nº 8.589, de 25 de abril de 2007, publicada e vigente a partir de 30 de maio de 2007	Prisão de 20 a 35 anos, e desqualificação de 1 a 12 anos
<i>El Salvador</i>	Lei especial integral para uma vida livre de violência para as mulheres	Lei nº 520, de 25 de novembro de 2010, vigente a partir de 1º de janeiro de 2012	Prisão de 20 a 35 anos Figura agravada: prisão de 30 a 50 anos
<i>Guatemala</i>	Lei contra o feminicídio e outras formas de violência contra a mulher	Decreto 22-2008, de 2 de maio de 2008, publicado em 7 de maio de 2008, vigente sete dias após a publicação (15 de maio de 2008)	Prisão de 25 a 50 anos
<i>Honduras</i>	Reforma do Código Penal	Aprovada em fevereiro de 2013	De 30 a 40 anos de prisão
<i>México</i>	Reforma do Código Penal Federal (artigo 325)	Reforma em 13 de junho de 2012, vigente a partir de 15 de junho de 2012	Prisão de 40 a 60 anos, e de 500 a 1.000 dias-multa. Perda de direitos em relação à vítima, inclusive os de caráter sucessório
<i>Peru</i>	Reforma do Código Penal (artigo 107)	Lei nº 29.819, publicada em 27 de dezembro de 2011. O texto da reforma do Código Penal não indica a data de sua vigência, mas, em conformidade com o artigo 109 da Constituição, quando isso ocorre a lei entra em vigência no dia seguinte a sua publicação. Em consequência, a reforma está vigente desde 28 de dezembro de 2011.	Pena privativa de liberdade não inferior a 15 anos. Pena privativa de liberdade não inferior a 25 anos se constarem agravantes dos incisos 1 a 4 do artigo 108 do Código Penal (quando ocorre: 1. ferocidade, com fins lucrativos ou prazer; 2. para facilitar ou ocultar outro crime; 3. com grande crueldade ou traição; e 4. incêndio, explosão, veneno ou qualquer outros meios capazes de pôr em perigo a vida ou a saúde de outrem).
<i>República Dominicana</i>	Reforma do Código Penal (artigo 100)	Lei nº 550 publicada em 19 de dezembro de 2014 reforma o Código Penal da República Dominicana	Prisão de 30 a 40 anos

Fonte: Site Compromisso e Atitude - Lei Maria da Penha, 23 de junho de 2015³¹.

³¹Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/legislacoes-da-america-latina-que-penalizam-o-feminicidio/>. Acesso em 20 de abril de 2016.

Ainda em sede de alterações legislativas, pode-se destacar a Lei nº. 13.112/15, que permitiu a mulher, em igualdade de condições, proceder o registro de nascimento do filho, um diploma legal que efetiva o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges e companheiros (artigo 226, §5º da CRFB/88 e replicado no artigo 1.511 do CC/02). E o reconhecimento de direitos das mulheres não para, no dia 15 de abril de 2016, foi promulgada a Lei nº. 13.272, a qual institui o ano de 2016 como o Ano do Empoderamento da Mulher na Política e no Esporte.

Esta explanação tem a finalidade de demonstrar o longo caminho percorrido pela mulher para ter direitos reconhecidos, uma luta que não cessa e que continua presente. Contudo, em que pese todo este arcabouço legislativo, as demandas das mulheres por serviços e equipamentos sociais que contemplem suas necessidades específicas, a partir da década de 1980, exigiram uma maior efetividade do poder público, implicando um conjunto de medidas, com certa permanência, coerência e articulação dos distintos poderes e esferas do governo³².

Para atingir tal objetivo, surgiram políticas públicas de Estado e não apenas uma política pública de governo, como um elemento fundamental à formalização de direitos garantidos em leis, com isto há uma legitimação e fortalecimento das ações que buscam minimizar os danos nos setores marginalizados. Desse modo, devido à gravidade e à alta incidência da violência contra as mulheres no Brasil, fez-se necessária a elaboração de uma política estatal especializada, que enseja, para seu efetivo cumprimento, a integração entre a norma e as políticas públicas. No que diz respeito ao Poder Judiciário, a efetividade da Lei Maria da Penha depende do desenvolvimento de políticas judiciárias que garantam a estrutura judicial e humana adequada para a tramitação dos processos, a qualificação profissional de servidores e magistrados, a eficiência da gestão nas varas especializadas e a articulação com o Ministério Público e as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher.³³

Após toda a explanação da luta das mulheres por seus direitos, foi possível perceber o quão necessário se fazem os aparatos de proteção do sexo feminino. Assim, a Lei Maria da Penha é mais uma peça nesta teia de escolta feminina e ela adentrou os lares e serviu de escudo para a parte mais vulnerável naquela relação, por isto a necessidade de um tratamento desigual com base no gênero³⁴. A violência justifica a necessidade de intervenção do Estado para a proteção da mulher com vista a promover a igualdade substancial no âmbito doméstico.

³²ALMEIDA, Suely Souza (organizadora). **Violência de Gênero e Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007. p. 119.

³³ CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha**. Poder Judiciário: Brasília, 2013. p. 19 e 20.

³⁴ É por essa razão que tanto a Convenção de Belém do Pará (artigo 1º) como a Lei Maria da Penha (artigo 5º, *caput*) fazem referência ao termo “gênero” e não ao termo “sexo”. Enquanto este apresenta natureza biológica e é determinado quando a pessoa nasce, aquele é definido ao longo da vida, sendo uma construção social, que identifica papéis de natureza cultural, e que levam à aquisição da masculinidade ou da feminilidade. GOMES, Alcir de Matos. **Discurso jurídico, mulher e ideologia: uma análise da Lei Maria da Penha**. São Paulo: Cristal Indústria Gráfica, 2012, p.88.

Este tratamento desigual foi objeto de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, nº. 19, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, no qual insurgiram contra o tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, o que foi veemente rebatido pelo relator, reconhecendo a necessidade desta diferenciação com vias harmônicas com a Constituição Federal, como sendo necessária à proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. Seguem alguns trechos da decisão proferida:

[...]

Sob o ângulo da igualdade, ressalta como princípio constitucional a proteção do Estado à família, afirmando que o escopo da lei foi justamente coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres. Ter-se-ia tratamento preferencial objetivando corrigir desequilíbrio, não se podendo cogitar de inconstitucionalidade ante a boa procedência do discri-me.

[...]

Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros.

[...]

A Lei Maria da Penha retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à Justiça. A norma mitiga realidade de discriminação social e cultural que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, sem restringir, de maneira desarrazoada, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino.

[...]

Nessa ordem de ideias, impende ter em mente o amplo reconhecimento do fato de que, uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico (art. 5º, I, da Lei Maior), nessa esfera – relações de gênero – reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio.³⁵

³⁵Ação Declaratória de Constitucionalidade, nº. 19. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4424&processo=4424>. Acesso em 27 de fevereiro de 2016.

A Lei Maria da Penha emerge no seio da sociedade como uma ação afirmativa de proteção de uma minoria³⁶ histórica e culturalmente desigual, sendo uma verdadeira expressão da efetivação do princípio constitucional da igualdade, o qual, era previsto desde a primeira Constituição brasileira – a Carta Imperial de 25 de março de 1824³⁷ – contemplada como princípio insculpido entre os direitos fundamentais assegurados ao indivíduo [nesta época havia uma sociedade escravocrata vigente, no qual o escravo nem era considerado como indivíduo/gente, o que dirá igual...³⁸]. Mas foi com o constituinte pátrio de 1988 que fez emergir, com peculiar força jurídica, no sistema constitucional, o princípio da igualdade como um dos pilares do Direito Positivo pátrio, cabendo destacar, que este princípio não corresponde a uma réplica da igualdade jurídica prevista nas Constituições anteriores. Houve uma renovação, uma nova roupagem, que tingiu com novas cores um princípio inerte, seguindo o movimento norte-americano conhecido como *affirmativeaction*³⁹. As expressões normativas utilizadas pelo

³⁶ “Não se toma a expressão *minoría* no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. Na verdade, *minoría*, no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. (...). Antes, nesse caso, uma *minoría* pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como *minorías*, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Legislação Informativa do Senado Federal, Brasília a. 33 n. 131, jul./set. 1996, p. 285.

³⁷ Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

[...]

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 23 de abril de 2016.

³⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Legislação Informativa do Senado Federal, Brasília a. 33 n. 131, jul./set. 1996, p. 289.

³⁹ “Quanto ao princípio constitucional da igualdade jurídica, que desde os primeiros momentos do Estado Moderno foi formalizado como direito fundamental, indagava o Presidente Lyndon B. Johnson, em 4 de junho de 1965, na Howard University, se todos ali eram livres para competir com os demais membros da mesma sociedade em igualdade de condições. Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a *affirmativeaction*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito. A expressão *ação afirmativa*, utilizada

constituente agora designam um comportamento ativo e verbos como construir, erradicar, reduzir e promover estão previstos no artigo 3º da CRFB/88⁴⁰, pois a igualdade jurídica não é apenas a vedação de tratamento discriminatório, vai muito além, necessita de ações afirmativas, da atuação transformadora, igualadora do Direito, para que se consiga chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos, ou seja, nas palavras da atual ministra do STF, Cármen Lúcia: “significa que universaliza-se a igualdade e promove-se a igualação: somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República”⁴¹.

Desta forma, não há como ter outro entendimento, senão que a aplicação da Lei Maria da Penha a uma das partes, ou seja, à mulher vulnerável historicamente, não é um meio de discriminação, pois não se fala em tratamento diferenciado, sem um objetivo e justificativa razoável, duas pessoas em situação similar⁴², ao contrário *sensu*, trata-se de rebalizar conceitos, de reelaborar ativamente para igualar os desiguais, ou seja, àqueles grupos sociais especialmente vulneráveis, cabe ao Estado utilizar mecanismos eficazes contra a violação da sua integridade pessoal. A interpretação da igualdade, cunhada desde as constituições do Império, formalizada no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, deve ser aferida com as exigências da justiça social.

pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de *favorecimento* de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguales, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais. (...). A mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da *ação afirmativa*, determinou a implantação de planos e programas governamentais e particulares² pelos quais as denominadas minorias sociais passavam a ter, necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim, nas entidades públicas e privadas. Note-se que não apenas pessoas físicas, mas inclusive pessoas jurídicas, pequenas empresas, empresas de propriedade de membros de grupos minoritários étnicos, raciais, discriminados de maneira geral (negros, mulheres) ou especial (orientais de alguns Estados), etc. passaram a ser sujeitos da *ação afirmativa*.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Legislação Informativa do Senado Federal**, Brasília a. 33 n. 131, jul./set. 1996, p. 285.

⁴⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 23 de abril de 2016.

⁴¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Legislação Informativa do Senado Federal**, Brasília a. 33 n. 131, jul./set. 1996, p. 291.

⁴² European Court of Human Rights. *Case of Willis v. The United Kingdom*. Judgment 11 June 2002. Disponível em cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=698376&portal=htm. Acesso em 09 de março de 2016.

Entender a proteção jurídica imprescindível que se faz na pessoa da mulher é o primeiro passo para compreender a aplicação da lei, contudo o diploma legal objeto de estudo vai além disto, ele traz um local específico para esta proteção, há um ambiente previsto na legislação em que se fez necessário ao Estado *meter a colher*.

Conclusão

Diante do recorrido, é necessário permanecer nessa evolução sem fechar os olhos para os fatos que ainda acontecem em nosso cotidiano. Enfatizamos que as evoluções aqui demonstradas foram de grande valia para a seara do direito da mulher, entretanto, não se pode estagnar em uma perspectiva somente legislativa. É necessário educar os agentes, com fito de criar um novo modo de pensar, qual seja, a igualdade de gêneros. Para que não seja necessária uma “ética positivada” ou “legislação da ética” em nosso ordenamento.

É necessário dar paridade de armas para o desenvolvimento sustentável para os direitos das mulheres, visto que, quando implantado o pensamento da verdadeira igualdade na sociedade, é que teremos uma continuidade no avanço, de forma que não seja necessária uma positivação de pensamentos que devem ser essências em uma sociedade democrática. Observando que isso deve fluir do interior do agente, e o indivíduo em sociedade não tem essa perspectiva, somente o cidadão, salientando que o indivíduo pensa de forma individualizada e o cidadão pensa no conjunto da sociedade, tornando questões irrelevantes para um indivíduo relevantes para o desenvolvimento social.

Referências bibliográficas

- Ação Declaratória de Constitucionalidade**, nº. 19. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&cs1=4424&processo=4424>. Acesso em 27 de fevereiro de 2016.
- ALMIEDA, Suely Souza (organizadora). **Violência de Gênero e Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007. p. 119.
- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª, 4ª tiragem. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ARISTÓTELES. **A política**. I, 2, 1252. Disponível em www.cfh.ufsc.br/~wfi/politica.pdf. Acesso em 10 de dezembro de 2012.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 09 de março de 2016.
- Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de Março de 1824)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 23 de abril de 2016.
- CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha**. Poder Judiciário: Brasília, 2013.
- Decreto nº. 498 de 19 de junho de 1890**. Disponível em http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=498&tipo_norma=DEC&data=18900619&link=s. Acesso em 03 de março de 2016.

Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em 20 de abril de 2016.

Decreto nº. 21.076 de 24 de fevereiro de 1932. Disponível em http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=21076&tipo_norma=DEC&data=19320224&link=s. Acesso em 09 de março de 2016.

Djalma Ribeiro. Reportagem publicada no **Jornal Carta Capital** em 20 de abril de 2016. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/politica/bela-recatada-e-do-lar-materia-da-veja-e-cao-1792>. Acesso em 22 de abril de 2016. Em reportagem publicada no dia 20 de abril de 2016, a **Carta Capital** traz como título: Bela, recatada e do lar: matéria da “Veja” é tão 1792. European Court of Human Rights. *Case of Willis v. The United Kingdom*. Judgment 11 June 2002. Disponível em miskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=698376&portal=htm. Acesso em 09 de março de 2016.

GOMES, Alcir de Matos. **Discurso jurídico, mulher e ideologia: uma análise da Lei Maria da Penha**. São Paulo: Cristal Indústria Gráfica, 2012.

Lei nº. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 09 de março de 2016.

LAQUEUR, Thomas. **Inventando o Sexo: Corpo e gênero dos gregos a freud**. Tradução Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

Michaelis. **Dicionário Online**. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?palavra=falo>. Acesso em 22 de abril de 2016.

PAULO, V. **Aulas de Direito Constitucional**. 8ª. ed. Niterói: Impetus, 2006.

Revista Veja. Juliana Linhares. Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/bela-recatada-e-do-lar>. Acesso em 22 de abril de 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista de Legislação Informativa do Senado Federal, Brasília a. 33 n. 131, jul./set. 1996.

SARLET, I. W. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, César Dario Mariano da Silva. **Primeiras impressões sobre o feminicídio – Lei nº. 13.104/16**. Disponível em www.mpsp.mp.br/.../Artigos/Primeiras%20impressões%20sobre%20o%20... Acesso em 20 de abril de 2016.

Site Compromisso e Atitude - Lei Maria da Penha, 23 de junho de 2015. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/legislacoes-da-america-latina-que-penalizam-o-femicidio/>. Acesso em 20 de abril de 2016.

SÓFOCLES. **Antígone**. Tradução J. B. de Mello e Souza. Fonte Digital: eBooksBrasil.com, 2005.

Notas históricas e conceituais sobre o direito social à educação

Rogério Borba¹

Juliana Portella de Aguiar Vieira²

Resumo

Considerando-se a inegável importância da educação nas transformações sociais que se deseja para o país, objetiva-se analisar o direito social à educação em seu contexto de surgimento, evolução e efetivação. Para tanto, procede-se ao estudo, através da metodologia histórica e documental, das determinações constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema, bem como à análise das interpretações decorrentes de tais normas. Desse modo, observa-se que a educação é um direito cuja efetivação depende de medidas concretas, o que permite concluir que o Brasil precisa dar ao tema o papel de prioridade que lhe é merecido, o quanto antes.

Palavras-chave: Direito à educação; direito social; constituição; análise documental.

Abstract

Considering the undeniable importance of education in the social transformations desired for the country, it aims to analyze the social right to education in its context of emergence, evolution and effectiveness. In order to do so, we study, through historical and documentary methodology, the constitutional and infraconstitutional determinations on the subject, as well as the analysis of interpretations resulting from such norms. In this way, it can be observed that education is a right whose implementation depends on concrete measures, which leads to the conclusion that Brazil needs to give the theme its priority role, as soon as possible.

Keywords: Right to education; social law; constitution; documentary analysis.

Introdução

O presente artigo versa sobre um tema cuja importância é indiscutível para o desenvolvimento de qualquer nação: o direito à educação. É certo que investimentos na área educacional consistem em investimentos no combate às diversas mazelas de um país, pois uma população educada e bem informada possui força motora para realizar importantes modificações sociais.

¹ Doutor em Sociologia (UCAM). Bacharel e Especialista em Direito (UCAM), Mestre em Direito (FDC). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da LIMAA. Professor do Ibmec, da UniCarioca, da Universidade UNESA e da EMERJ. Advogado. Advogado. E-mail: rogerioborba@gmail.com

² Graduada em Economia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Mestranda em Administração Pública pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EBAPE) do Rio de Janeiro. Economista. E-mail: portella.juliana.com

O artigo se insere no ramo das Ciências Jurídicas e Econômicas, nas áreas do Direito Constitucional e Direito Educacional, sendo analisado em uma perspectiva histórica.

Pretende-se, assim, verificar a procedência das justificativas que são frequentemente apresentadas, no caso brasileiro, no que se refere aos investimentos em educação. A hipótese consiste em apontar que, por mais que se fundamentem em permissões legais ou motivações concretamente relacionadas com a realidade do Brasil, tais justificativas pecam por não atender a preceitos básicos de defesa e garantia de direitos inerentes ao homem.

Objetiva-se, com isso, avaliar, de forma geral, a construção do direito à educação ao longo da história constitucional brasileira e, especificamente, os instrumentos de sua defesa e aplicação em prol da coletividade. A metodologia adotada foi a bibliográfica e documental.

A relevância acadêmica da pesquisa se demonstra no sentido de contribuir para o reconhecimento / consolidação do direito à educação como bem jurídico de toda a coletividade, sob o manto de direito fundamental.

O trabalho apresenta a análise à temática dos direitos fundamentais, sua evolução, a previsão normativa internacional por meio de tratados, bem como suas diversas características. Após, parte-se para a análise do direito à educação como direito fundamental, apresentando sua evolução nas Constituições Brasileiras anteriores, na Constituição de 1988 e na Lei de Diretrizes e Bases. Em seguida, trata da efetivação do direito à educação, passando pelo breve estudo acerca de seus elementos, o acesso obrigatório e gratuito à educação, a responsabilidade estatal, a organização do sistema de ensino, a distribuição e disponibilização de recursos, a sua tutela e seu reconhecimento como mínimo existencial ao indivíduo.

Direitos fundamentais

Por demais divergente é a nomeação de tais direitos, suscitando debates acalorados na doutrina, recebendo múltiplas outras designações, que não serão mencionadas por não ser objeto de estudo do presente trabalho.

Da mesma forma, não há consenso na legitimação dos mesmos, haja vista poucos entenderem que são oriundos de uma entidade divina, outros de um direito natural, superior e próprio do ser humano, alguns acreditarem que eles surgem da construção legal por meio da racionalidade humana e, mais recentemente, surgiu o entendimento de que tais direitos são fruto de uma progressão histórica da humanidade.

Pode-se dizer que são direitos fundamentais aqueles ligados à vida humana, possuidores de elementos garantidores de sua existência, por meio de mecanismos que efetivem e ampliem tais direitos. Neste sentido, no entender de Emerson Garcia:

“São considerados fundamentais aqueles direitos inerentes à pessoa humana pelo simples fato de ser considerada como tal, trazendo consigo

os atributos da tendência à universalidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade e da inalterabilidade. Não encontram sua legitimação em um texto normativo específico ou mesmo em uma ordem supralegal de matriz jusnaturalista, mas, sim, em uma lenta evolução histórica.”³

Levando-se em conta a legitimação dos direitos fundamentais em um processo histórico, há de se observar a classificação ensinada por Fábio Konder Comparato⁴, que divide este processo de legitimação em dimensões ou gerações de direitos, como se verá a seguir.

Dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são divididos pela doutrina de acordo com os três princípios basilares da revolução francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade, cada qual com suas funções e peculiaridades. Sobre o tema, Paulo Bonavides explica que:

“Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.”⁵

Importante ressaltar que não se trata de supressão de direitos. Ao contrário, trata-se de haver uma complementação entre eles, não servindo a presente classificação como modo de analisar isoladamente cada um, tendo em vista a sua interdependência, conforme será analisado adiante.

Direitos de primeira geração: direitos civis e políticos

São os direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, levando-se em conta o passado de arbitrariedades cometidas pelas autoridades, e a necessidade de se impor uma postura negativa, ou seja, de não interferência a este mesmo Estado, facultando àquele indivíduo um direito de resistência ou de oposição ao Estado.

Consistem, portanto, em manifestações de liberdade em um aspecto individual, quando o homem adquire a capacidade de realizar negócios sem a ingerência pública, consubstanciando no direito civil, bem como na aquisição da capacidade de participar da vida pública.

Neste sentido, ensinam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:

³ GARCIA, Emerson. *O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade*. In GARCIA, Emerson. *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2004.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 21ª edição. 2007.

“São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Assim sendo, estabelecem qual o domínio das atividades individuais e qual o das estatais, impondo um dever de abstenção do Estado em certas matérias ou domínios da atividade humana. Em regra, são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplos o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio etc. São direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção.”⁶

Importante notar que tais direitos não exigem qualquer gasto público, nem esforço maior, a não ser do próprio Estado em controlar seus atos. Isso, em última instância, facilita o respeito e a efetivação, provocando um fenômeno curioso, que é a sua invocação, mesmo nas hipóteses sobre as quais o presente artigo irá tratar adiante, quando o objeto não tiver relação direta com o conteúdo por ele tutelado.

Direitos de segunda geração: direitos econômicos, sociais e culturais

Da mesma forma pela qual os direitos de 1ª geração vigoraram no século XIX, os direitos de 2ª geração comandaram o século XX, quando foi possível observar a efetivação do princípio revolucionário da igualdade, que permitiu a imposição de um estado social, de natureza programática. Estes direitos exigem do Estado um papel ativo, ou seja, uma postura positiva, demandando a formulação de uma política pública de interferência na sociedade, em atendimento à demanda das classes menos favorecidas.

Em razão disto, estes direitos possuem a sua eficácia restringida, pois sua efetivação demanda um gasto público com prestações de ordem material, o que, na maioria das vezes, não pode ser realizado, em razão da ausência de recursos⁷.

Indo ao encontro deste raciocínio, leciona André de Carvalho Ramos:

“Os direitos humanos de 2ª geração são frutos, como vimos, das chamadas lutas sociais na Europa e nas Américas, sendo seus marcos a Constituição mexicana de 1917 (que regulou o direito ao trabalho e à previdência social), a Constituição alemã de Weimar de 1919 (que, em sua parte II, estabeleceu os deveres do Estado na proteção dos direitos sociais) e, no Direito Internacional, o Tratado de Versailles, que criou a Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo o direito dos trabalhadores.”⁸

⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 1998.

⁷ Daí surge a teoria da reserva do possível.

⁸ RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

Pode-se observar, portanto, que os direitos econômicos, sociais e culturais são fruto de uma segunda reação popular, não mais contra a tirania estatal, mas contra a desigualdade e a busca pelos seus demais direitos.

Direitos de terceira geração: direitos coletivos e difusos

Mais tarde, já no limiar dos séculos XX e XXI, percebe-se que o homem não está suficientemente protegido. Embora tenha alcançado muitas conquistas, existem ainda direitos individuais a serem efetivados. O problema é que estes direitos não podem ser tutelados individualmente, embora sejam inerentes a cada indivíduo.

Surge então um mecanismo de tutela coletiva, de maneira a efetivar a terceira parte do lema francês, a fraternidade, renomeada para solidariedade. São eles: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, entre outros. Nos dizeres de Alexandre de Moraes:

“Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.”⁹

Sobre o tema, de mesmo modo, destaca Celso de Mello:

“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.”¹⁰

Pensar na efetivação de direitos coletivos e difusos passa, necessariamente, por pensar em mecanismos de concretização dos direitos individuais dos cidadãos, que, juntos, compõem a coletividade a que se pretende tutelar. Os direitos de terceira geração consistem em uma etapa em que individual e coletivo não mais são enxergados separadamente, mas, ao contrário, o ideal de solidariedade e fraternidade só faz sentido se abarcar ambas as formas de tutela de direitos.

⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas. 19ª Edição. 2006.

¹⁰ STF – Pleno – MS n 22164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 de novembro de 1995. p. 39.206

Previsão normativa internacional dos direitos fundamentais

Para que se consiga realizar medidas de concreta proteção dos direitos fundamentais, é preciso que haja o amparo legal que norteie a atividade dos órgãos responsáveis por esta missão. Ao longo dos anos, documentos legais por todo o mundo trataram de efetivar a proteção dos direitos fundamentais em seus textos, moldados em conformidade com a cultura e época das sociedades que os criaram.

Carta Magna da Inglaterra (1215)

A Carta Magna inglesa do século XIII é o primeiro documento a assegurar ao homem livre seus direitos diante da interferência estatal. Embora não permita afastar totalmente a interferência do soberano, o diploma serviu como fonte de referência de direitos pré-existentes, além de apresentar uma perspectiva para a aquisição de novos direitos.

Como se verifica em sua redação:

“Concedemos também a todos os homens livres do reino, por nós e por nossos herdeiros, para todo o sempre, todas as liberdades abaixo remuneradas, para serem gozadas e usufruídas por eles e seus herdeiros, para todo o sempre [...]”¹¹

“(...) desejamos e firmemente ordenamos que a igreja inglesa seja livre e que os homens do nosso reino tenham e conservem todas as liberdades, direitos e concessões acima, sólidos e em paz, livre e serenamente, plena e completamente, para si e para os seus herdeiros, em todas as coisas e lugares, perpetuamente como será dito. Isto foi jurado por nós e por nossos barões, que tudo o acima referido será mantido em boa-fé e sem malícia.”¹²

A Carta Magna inglesa é considerada um dos documentos jurídicos mais importantes da história. Seu texto trazia, entre outras coisas, uma preocupação quanto à limitação à tributação, à prestação de serviços e à aplicação de penas, além do acesso à justiça e liberdade de locomoção, porém sempre com a ressalva da necessidade e preponderância do melhor interesse do Estado. É certo que seu conteúdo possuía as limitações inevitáveis de qualquer documento legal, mas isso não impediu a Carta Magna inglesa de ser, historicamente, um símbolo de avanço legislativo no mundo ocidental até a presente data.

Declaração dos direitos do bom povo da Virgínia (1776)

Cerca de cinco séculos e meio após a Carta Magna inglesa, surge um novo documento legal no mundo, por meio do qual os direitos fundamentais

¹¹ COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹² Magna Carta Inglesa (1215). Item 63. Disponível em: <http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf>. Acesso em 09 set. 2017.

são reconhecidamente inatos ao ser humano, a quem são conferidos os poderes soberanos de Estado. Neste sentido, observa-se em seu parágrafo I:

“Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.”¹³

O documento inova, ainda, ao prever a tripartição de poderes do Estado, o respeito às leis e à liberdade de imprensa, como direitos inerentes ao homem, indispensáveis ao regime democrático.

Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789)

No mesmo período, o povo francês promulga esta declaração, reiterando os ideais e direitos outrora manifestados pelos documentos predecessores, destacando-se a previsão de defesa da liberdade de pensamento e de manifestação, como se observa em sua redação:

“Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.”¹⁴

Documento culminante da Revolução Francesa, sua divulgação refletiu um ideal de universalidade, por meio do qual se pensava os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade para além de quaisquer interesses particulares.

Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)

Com 30 artigos, foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos – também chamada de Declaração Universal dos Direitos do Homem. A motivação era o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, verificando o desrespeito por parte dos Estados e objetivando o compromisso dos mesmos para com a observância e o cumprimento de tais direitos.

¹³ COMPARATO, Fabio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁴ Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 09. Set. 2017.

Trata-se do documento de maior abrangência, tanto de direitos positivados, quanto de adesão por Estados, servindo de referência para o reconhecimento dos direitos fundamentais, reiterando os direitos já afirmados e apresentando outros novos a serem observados.

Entre todos os documentos legais históricos mencionados até então, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é a primeira a estabelecer especificamente o direito à educação fundamental como elementar ao homem, sendo dever dos Estados permitir o seu acesso, responsável pela transmissão de conhecimento e pelo desenvolvimento de capacidades:

“Artigo 26. 1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. 2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. 3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos.”¹⁵

O documento serviu para ressignificar a ideia de direitos humanos e garantias fundamentais para todos, sendo um marco histórico na efetivação da universalidade de tais direitos. Até a presente data, é igualmente, considerado um marco legislativo na contribuição da efetivação destas medidas humanizadoras.

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)

Se o tema dos direitos humanos é central para qualquer discussão que pretenda abordar os fundamentos de um estado democrático, documentos como o presente pacto são de fundamental importância ao presente estudo. As Nações Unidas tinham a intenção de elaboração de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, a qual seria composta pela Declaração Universal junto com o Pacto Internacional. No entanto, divergências entre os blocos mundiais levaram à elaboração de dois distintos tratados.¹⁶

Datado de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais detém um artigo específico, de número 13, dispendo sobre o direito à educação, como sendo obrigatória e acessível gratuitamente a educação fundamental a todos, inclusive àqueles que não receberam a educação primária, como forma de

¹⁵ TAVARES, Francisco de A. Maciel, NETO, Alfredo de S. Coutinho. *Direito Internacional: Estrutura Normativa Internacional. Tratados e Convenções*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

¹⁶ WEIS, Carlos. *O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado6.htm>>. Acesso em 06. Set. 2017.

capacitação do indivíduo, buscando fortalecer o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. O dispositivo seguinte determina que:

“ARTIGO 14. Todo Estado Parte do presente pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou territórios sob sua jurisdição a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecidos no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos.”¹⁷

Pelo texto do artigo 14, percebe-se a preocupação do referido documento não apenas em determinar que o direito à educação é fundamental a todos os indivíduos, como também que haja uma imposição aos Estados para que façam cumprir tal determinação.

Convenção americana sobre direitos humanos (1969)

O Pacto de San José da Costa Rica, de abrangência no continente americano, reitera direitos reconhecidos, instituindo ainda importante instrumento de efetivação dos mesmos, qual seja, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que é responsável pela apuração, pelo julgamento e pela punição do Estado Parte, quando do descumprimento de normativas de direitos fundamentais, por iniciativa de qualquer um, como dispõe o artigo 44:

“Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.”¹⁸

Tentando contribuir com a efetivação de um sistema global de garantias de proteção dos direitos humanos, o documento tornou-se referência histórica na legislação mundial sobre o tema.

Características dos direitos fundamentais

O presente artigo pretende tratar do direito fundamental à educação, motivo pelo qual faz-se necessária breve análise acerca dos elementos característicos desta categoria de direitos.¹⁹

¹⁷Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

¹⁸TAVARES, Francisco de A. Maciel, NETO, Alfredo de S. Coutinho. Direito Internacional: Estrutura Normativa Internacional. Tratados e Convenções. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

¹⁹RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

Superioridade normativa

No direito brasileiro, as normas de direitos fundamentais estão em um patamar constitucional, sendo hierarquicamente superiores às demais normas do ordenamento jurídico pátrio. Isto significa dizer que constituem fonte de interpretação legal, não podendo ser contrariadas por normas infraconstitucionais.

Tal fato pode ser constatado a partir do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição de 1988, que considera cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais, não podendo ser alterados, nem mesmo por Poder Constituinte Derivado.

Universalidade

Embora seja controverso e de difícil justificação, o elemento relativo à universalidade deve ser entendido em três planos, quais sejam: o da titularidade, o temporal e o cultural.

O plano da titularidade prevê que os direitos fundamentais são pertencentes a todos os seres humanos, sem distinção de cor, raça, gênero, convicção política, nacionalidade, etc. O plano temporal é entendido como a possibilidade de reconhecimento de tais direitos em qualquer momento da história da humanidade, desde que haja a presença humana. Já no plano cultural, entende-se que os direitos fundamentais têm a capacidade de permear toda e qualquer cultura, sendo um elo de conexão entre as diferentes culturas, pertencente a todas elas.

Há uma série de objeções quanto à ideia de universalidade, tendo em vista as diferenças culturais, com pouquíssimos direitos em comum entre os povos, principalmente se comparado o Ocidente com o Oriente. Além disso, a própria formulação dos documentos internacionais que fundamentam os direitos fundamentais não contou com a participação de diversos países, além de ter tido abstenções em sua votação, como ensina André de Carvalho Ramos:

“Os estudos de POLLIS e SCHWAB, dois dos mais agudos críticos do universalismo, explicitam tal crítica ao demonstrar que, embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos tenha sido aprovada sem voto em sentido contrário sob a forma de resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, houve oito abstenções (Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, União Soviética, Ucrânia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul). Além disso, lembram que as potências ocidentais possuíam colônias e diversos territórios dominados, em especial na Ásia e na África, que não participaram da formulação da Declaração. Assim, concluem os autores citados, a universalização dos direitos humanos é expressão disfarçada do imperialismo cultural eurocêntrico.”²⁰

²⁰ RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005

De toda sorte, pode-se afirmar que, por meio de diversas manifestações, há em todas as sociedades elementos garantidores dos direitos fundamentais, sempre a partir de uma visão liberal²¹, que é própria dos direitos humanos.

Indivisibilidade

A presente característica tem como objetivo conferir a mesma proteção jurídica a todos os direitos fundamentais, independentemente da geração em que surgiram, posto que têm sua importância reconhecida. É certo que os direitos de 1ª geração têm uma aplicabilidade muito mais fácil dos que os direitos de 2ª geração, haja vista a desnecessidade daqueles de aplicar recursos para a sua efetivação, fator altamente limitador destes.

O que se busca é a preservação da dignidade da pessoa humana, interligando todos os direitos, entendendo os mesmos como um todo, de maneira a não permitir a exclusão ou a inaplicabilidade de nenhum deles.

Interdependência

Esta característica caminha em conjunto com a indivisibilidade, posto que se complementam quanto ao seu conteúdo, sendo alguns direitos desdobramentos de outros, merecendo um tratamento especial quanto a sua interpretação e aparente colidência de sentidos.

Indisponibilidade

Trata-se do reconhecimento da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, em razão de os mesmos pertencerem à humanidade, como uma prerrogativa a ser preservada, observada a ordem social em razão do seu titular, que pode ser um idoso, um incapaz, uma criança, etc.

Não se permite, com esta característica, que o indivíduo abra mão de sua condição humana, assumindo uma condição de objeto, vindo a ferir a ordem pública. Mesmo o aparente interesse do indivíduo em abrir mão de determinado direito fundamental deve ser desconsiderado, pois há uma clara limitação à autonomia da vontade, para a preservação da dignidade da pessoa humana.

Na doutrina, um caso curioso se apresenta para ilustrar o objeto de estudo. Um anão era lançado toda noite pelos frequentadores de uma casa noturna em uma cidade nos arredores de Paris. Tal atividade foi proibida pela prefeitura municipal por tal prática ferir a ordem pública. Inconformado, o anão recorreu da decisão, informando que concordava com a atividade, que era remunerada, que recebia os equipamentos de segurança devidos, argumentando que tinha direito a trabalho e que abria mão de outros direitos para que lhe fosse permitida a prática descrita. O caso chegou até a Suprema Corte francesa, que manteve a decisão municipal, baseada na dignidade da pessoa humana, limitando a autonomia da vontade do indivíduo.

²¹ Em contraposição aos comunitaristas.

Caráter *erga omnes*

O caráter *erga omnes* se refere ao reconhecimento por todos da existência dos direitos fundamentais, bem como a sua aplicação por todos e para todos, não importando qualquer característica pessoal. Mesmo aqueles que se encontram em situação vulnerável, como os estrangeiros em situação irregular, têm direito ao respeito dos direitos fundamentais.

Exigibilidade

O primeiro passo para a efetivação dos direitos fundamentais é a sua previsão nos documentos que regem aquela sociedade. No entanto, é preciso que os textos legais façam mais do que meramente descrever tais direitos, sendo preciso mecanismos que os tornem concretamente exigíveis por parte de quem tem legitimidade para demandá-los: os cidadãos.

Assim, o que se busca com esta característica é a implementação dos direitos fundamentais, como bem assinala Norberto Bobbio:

“Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais e históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”²²

Deste modo, mais do que a descrição abstrata dos direitos fundamentais, os documentos regentes de um estado democrático devem estabelecer medidas de caráter intimidatório de forma a não permitir – ou, ao menos, a tentar evitar – que violações de tais direitos ocorram impunemente.

Abertura

Significa dizer que, com esta característica, se busca a ampliação dos direitos fundamentais, através do seu entendimento como não-típico ou aberto, servindo os direitos já existentes como exemplos para a produção de outros direitos a serem reconhecidos.

Aplicabilidade Imediata

Em atendimento ao parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição de 1988, os direitos fundamentais são autoaplicáveis:

“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:

²² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 2007.

(...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”²³

Ocorre que há uma diferença na aplicabilidade dos direitos, principalmente nos de 1ª e 2ª geração, estes exigem a utilização de recursos públicos, quase sempre escassos, o que inviabiliza a efetividade imediata dos mesmos.

A estratégia utilizada nestes casos é vincular os direitos de 2ª geração aos de 1ª geração, além de buscar a implementação do conteúdo mínimo de políticas públicas, bem como implementar os direitos que não ensejam gastos, mas apenas atos de império.

Dimensão objetiva

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais guarda estreita relação com sua característica de exigibilidade, sendo necessária para transformar os direitos humanos em regras de imposição de deveres, sobre o que explica André de Carvalho Ramos:

“A dimensão objetiva dos direitos humanos implica em reconhecer que os direitos humanos não devem ser entendidos apenas como um conjunto de posições jurídicas conferidas a seus titulares, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltadas à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos. De fato, essa dimensão objetiva faz com que direitos humanos sejam regras de imposição de deveres, em geral ao Estado, de implementação e desenvolvimento dos direitos individuais.”²⁴

Sendo assim, a presente característica refere-se ao fato de que a concessão de garantias aos cidadãos depende diretamente da limitação dos direitos individuais e coletivos que possam vir a afrontar tais garantias, de forma a que o coletivo seja preservado em sua integridade, bem como os cidadãos que o compõem, individualmente.

Proibição de retrocesso

Trata-se de uma finalidade pela qual, no mínimo, resguarde-se os direitos sociais já adquiridos e, se possível, busque-se uma concretização e um avanço destes direitos. Neste sentido, consolida tal ideia Felipe Derbli:

²³ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2017.

²⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

“O que se está a tratar é de uma finalidade, qual seja, garantir o nível de concretização dos direitos fundamentais sociais e, além disso, a permanente imposição constitucional de desenvolver essa concretização. Note-se bem que não se descrevem condutas permitidas, obrigatórias ou proibidas – muito embora se dirija a proibição de retrocesso social fundamentalmente ao legislador, não se lhe impõe a prática ou a abstenção de um ato específico.

Assim, pretende-se que o legislador, no exercício de seu mister de elaborar atos normativos, tome em linha de conta o objetivo de não suprimir, ao menos de modo desproporcional ou irrazoável, o grau de densidade normativa que os direitos fundamentais sociais já houverem alcançado. Não é ocupação da norma em exame descrever a forma pela qual o legislador pode ou deve (ou não) interferir na concretização existente do direito fundamental social.

Observa-se que a finalidade descrita, no caso, volta-se mais para que não se retorne a um estado indesejável de coisas. Em outras palavras, pretende-se, especificamente sob esta perspectiva, impedir que se retroceda a uma situação já superada, mais distante do ideal que a existente – é, portanto, uma finalidade precipuamente negativa.”²⁵

É importante salientar que não se busca proteger uma questão específica referente a um direito, mas sim o núcleo da norma, seja com um formato ou com outro, resguardando o melhor interesse para o titular do direito. Isto porque há uma necessidade real de renovação de sua forma de maneira a preservar o seu conteúdo, atendendo a demanda social e a mutação social.

Eficácia horizontal

Como última característica, consiste na aplicação obrigatória e direta dos direitos fundamentais no cumprimento das normas jurídicas entre particulares, podendo invocar tais direitos nas relações privadas.

Pode-se considerar os direitos fundamentais como aplicáveis às relações individuais, como se depreende nas palavras de Daniel Sarmento:

“(…) do reconhecimento dos deveres de proteção é possível extrair direitos subjetivos individuais à proteção, oponíveis em face do Estado, que terá a obrigação de, por meio de providências normativas, administrativas e materiais, salvaguardar os indivíduos de danos e lesões que podem sofrer em razão da atuação de terceiros.”²⁶

²⁵ DERBLI, Felipe. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. pp. 202/203..

²⁶ SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 259.

Há resistência quanto a esta característica, vez que entendem alguns que a eficácia seria mediata, ou indireta, restrita às relações onde esteja o Estado, por ser instrumento de defesa contra o Estado.

Direito à educação como direito fundamental

Previsão normativa constitucional histórica

Ultrapassada a análise da determinação legal dos direitos fundamentais nos documentos históricos pelo mundo, o estudo apresentado no presente artigo depende da breve análise acerca da forma como o tema foi tratado pelas constituições brasileiras ao longo da história do país.²⁷

Constituição de 1824

A Constituição do Império previu a educação como um dos direitos fundamentais do indivíduo, mesmo que de maneira bem sucinta, estabelecendo o ensino fundamental gratuito e acessível a todos, conforme se observa no artigo 179, inciso XXXII:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.”²⁸

A importância histórica de tal previsão se deve ao fato de que a Constituição do Império foi a primeira Constituição do Brasil independente. Após mais de três séculos sendo regido pelas Ordenações do Reino – legislações portuguesas da época do Brasil colônia –, a proclamação de independência do Brasil (1822) deu início à trajetória brasileira como nação independente. Este contexto torna ainda mais importante a menção ao direito à educação no referido dispositivo.

Constituição de 1891

Já a 1ª Constituição Republicana não repetiu a redação da Constituição anterior, no que se refere à gratuidade e acessibilidade a todos, restringindo-se a estabelecer o ensino leigo ministrado em estabelecimento público, conforme dispunha o artigo 72, parágrafo 6º:

²⁷ FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Democracia e Educação. In GARCIA, Emerson. A Efetividade dos Direitos Sociais. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2004.

²⁸ BRAZIL, Constituição Política do Império do, de 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2017.

“Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.”²⁹

Assim como a Constituição anterior, a determinação da Constituição Republicana tem motivos históricos que a tornam especialmente importante. Desde os primórdios da história do Brasil independente, a lei maior do país fez constar a expressa determinação ao direito à educação.

Constituição de 1934

Esta Constituição tem por diferencial a designação de competência privativa da União para traçar as diretrizes da educação nacional, conforme estabeleceu o artigo 5º, inciso XIV: “Art 5º - Compete privativamente à União: (...) XIV - traçar as diretrizes da educação nacional;”³⁰

Da mesma maneira, recebeu a prerrogativa de fixar o plano nacional de educação, assegurando o ensino primário gratuito e obrigatório, conforme assegurava o artigo 150, parágrafo único, alínea a:

“Art 150 - Compete à União: (...) Parágrafo único - O plano nacional de educação constante de lei federal, nos termos dos arts. 5º, nº XIV, e 39, nº 8, letras *a e e*, só se poderá renovar em prazos determinados, e obedecerá às seguintes normas: (...) a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos;”³¹

Consequência direta da Revolução Constitucionalista de 1932, a Constituição brasileira de 1934 teve como objetivo promover a melhoria das condições de vida da maior parte dos brasileiros e, por esta razão, criou leis sobre assuntos tais como educação, cultura, trabalho e saúde.

Constituição de 1937

A Constituição outorgada possuía outra ênfase, mitigando a ideia de gratuidade do ensino, bem como enfocando o aspecto de formação do indivíduo ao seu papel junto à Nação, de acordo com os artigos 130 e 132:

“Art 130 - O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais

²⁹ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

³⁰ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

³¹ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar.

(...)

Art 132 - O Estado fundará instituições ou dará o seu auxílio e proteção às fundadas por associações civis, tendo umas; e outras por fim organizar para a juventude períodos de trabalho anual nos campos e oficinas, assim como promover-lhe a disciplina moral e o adestramento físico, de maneira a prepará-la ao cumprimento, dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação.”³²

Ao contrário da Constituição anterior, a de 1937 não passou pela discussão ou apreciação de uma comunidade de especialistas no tema, tendo sido escrita por somente uma pessoa, no intuito de consolidar o novo Estado varguista. O texto elaborado para sustentar o regime de Vargas ancorava-se em modelos europeus.

Constituição de 1946

No retorno à democracia, a Constituição retoma à ideia da Constituição de 1934, conforme estabelecia o artigo 5º, inciso XV, alínea d: “Art 5º - Compete à União: (...) XV - legislar sobre: (...) d) diretrizes e bases da educação nacional;”³³ Dando continuidade à normatização do direito à educação, os artigos 166 a 169 inovam na previsão de dotação orçamentária mínima para assegurar e efetivar tal direito, como se observa em:

“Art 166 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.

Art 167 - O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem.

Art 168 - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:

I - o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional;

II - o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos;

(...)

Art 169 - Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.”³⁴

³² BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do, de 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

³³ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

³⁴ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

Durante a sua vigência, foi promulgada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional³⁵, de maneira a complementar e efetivar o ideal constitucional de uma política de acesso irrestrito à educação.

Constituição de 1967

Com uma nova Constituinte, foi mantida a política educacional das outras Constituições, inovando na obrigatoriedade do ensino a todos com idade entre 7 e 14 anos, que era realizado nos estabelecimentos primários oficiais de maneira gratuita, como se depreende do artigo 168 e seus parágrafos:

“Art 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.
§ 1º - O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos.
§ 2º - Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à Iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo.
§ 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:
I - o ensino primário somente será ministrado na língua nacional;
II - o ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais;”³⁶

A referida Constituição tem sua importância histórica justificada pelo fato de ter sido a primeira promulgada após a chegada dos militares ao poder, em 1964. Os novos representantes iniciaram uma empreitada de oposição política às diretrizes estabelecidas pela Constituição de 1946. Neste cenário, a Constituição de 1967 ter mantido as determinações voltadas ao direito à educação reforça a importância do tema na ordem constitucional do país a qualquer tempo.

O direito à educação na Constituição de 1988

Direito de todos e dever do Estado e da família

A responsabilidade de proporcionar educação ao indivíduo é dever tanto do Estado quanto da família, que deve, na medida do possível, oferecer condições para que aquele mesmo indivíduo possa estudar, sob pena de se responsabilizar os pais ou os responsáveis legais³⁷. Neste sentido, rege o artigo 205 da Constituição de 1988:

³⁵ Lei n 4.024/61, que foi revogada pela Lei n 9394/96.

³⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 20 de outubro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

³⁷ No estado de Minas Gerais, o Ministério Público Estadual, em conjunto com as Secretarias Municipal e Estadual de ensino, mapearam a evasão escolar, identificando as crianças que estavam fora da escola, e ingressaram com ações judiciais contra os pais ou responsáveis legais das crianças, sob o argumento de estarem violando direito fundamental.

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”³⁸

A Educação tem três planos de atuação, buscando o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. O pleno desenvolvimento da pessoa faz referência ao aspecto intelectual, ou seja, ao desenvolvimento da capacidade de aprendizado, à preparação para os outros níveis de ensino e à formação do raciocínio do indivíduo.

Já o preparo para o exercício da cidadania tem por finalidade o aspecto político, buscando a formação de um ser crítico e participativo da vida política do país, seja por meio do voto, seja por meio da cobrança de seus direitos, sempre sabedor de quais são eles. Por fim, a qualificação para o trabalho abrange o aspecto profissionalizante, em que o indivíduo está se preparando para o seu ingresso no mercado de trabalho, devendo adquirir conhecimento e desenvolver competências.

Princípios

Entendendo o princípio como espécie de norma, que serve como manifestação de valores a serem utilizados em sua interpretação³⁹, a Constituição elencou, a título exemplificativo, princípios norteadores do ensino.

Assim dispõe o artigo 206 da Constituição de 1988:

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou

³⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

³⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 2006.

adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)⁴⁰

Diante deste panorama, verifica-se que todo o ensino brasileiro, em especial o público, no caso em estudo, o fundamental, deve atender aos princípios emanados da Constituição, sob pena de os comandos legais contrários serem tidos como inconstitucionais. Passa-se então à análise de cada um deles.

Deve ser observada a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, onde não pode haver discriminação de nenhuma natureza, além de ser implementada uma política de estímulo ao estudo e de manutenção do aluno na escola. Por certo, há de haver uma liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, com o intuito de fornecer um ensino de qualidade, com uma visão libertária de reprodutora dos ideais democráticos.

O pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino devem ser respeitados, posto que na ciência não há uma verdade absoluta, devendo ser aproveitado o que há de melhor em cada dinâmica de ensino, para cada caso abordado. Deve ser mantida e defendida a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, o que foi instituído desde os tempos do império.

Imprescindível se faz a valorização dos profissionais da educação escolar das redes públicas, através de planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, além de terem voz ativa na formulação das pedagogias a serem utilizadas, pois estão mais próximos da realidade e das necessidades fáticas das escolas, sendo-lhes garantido ainda piso salarial profissional nacional.

Um instrumento muito importante para a universalização do ensino é a gestão democrática do ensino público, que serve para a discussão dos conceitos pedagógicos a serem utilizados, dos parâmetros entendidos como ideais para avaliação, dos meios de estímulo e resolução de problemas específicos de cada região.

Por último, deve ser criado um sistema de controle e garantia de um padrão de qualidade, com o propósito de atender às finalidades do ensino, principalmente no nível fundamental.

O direito à educação na legislação infraconstitucional

A nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação⁴¹ consolida o avanço constitucional, estabelecendo a obrigatoriedade do Estado em oferecer ensino fundamental a todos, como se depreende do artigo 4º da lei:

⁴⁰BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

⁴¹BRASIL, Lei n 9394/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

“Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;”⁴²

Para tanto, a educação básica, especificamente acerca do direito ao ensino fundamental, recebeu especial atenção nos artigos 22 ao 34, onde passa a tratar da estruturação do ensino, de sua forma e de seu conteúdo. Prevê que a educação fundamental poderá ser organizada sob algumas formas, como se observa no artigo 23 da lei:

“Art. 23. A educação básica poderá organizar-se em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não-seriados, com base na idade, na competência e em outros critérios, ou por forma diversa de organização, sempre que o interesse do processo de aprendizagem assim o recomendar.”⁴³

E autoriza expressamente a estruturação do ensino fundamental em ciclos, no parágrafo único do artigo 32 da lei:

“Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (...) § 1º É facultado aos sistemas de ensino desdobrar o ensino fundamental em ciclos.”⁴⁴

Da mesma forma, preocupa-se com a forma de avaliação do rendimento escolar como um dos elementos garantidores do processo de aprendizado, como pode ser visto no inciso V do artigo 24:

“Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: (...) V - a verificação do rendimento escolar observará os seguintes critérios: a) avaliação contínua e cumulativa do desempenho do aluno, com prevalência dos aspectos qualitativos sobre os quantitativos e dos resultados ao longo do período sobre os de eventuais provas finais; b) possibilidade de aceleração de estudos para alunos com atraso escolar; c) possibilidade de avanço nos cursos e nas séries mediante verificação do aprendizado; d) aproveitamento de estudos concluídos com êxito; e) obrigatoriedade de estudos de recuperação, de preferência paralelos ao período letivo, para os casos

⁴² BRASIL, Lei n 9394/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

⁴³ BRASIL, Lei n 9394/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

⁴⁴ BRASIL, Lei n 9394/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

de baixo rendimento escolar, a serem disciplinados pelas instituições de ensino em seus regimentos;”⁴⁵

E ainda dispõe no inciso IV do mesmo artigo acerca da obrigatoriedade de frequência do aluno no estabelecimento de ensino:

“VI - o controle de frequência fica a cargo da escola, conforme o disposto no seu regimento e nas normas do respectivo sistema de ensino, exigida a frequência mínima de setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação;”⁴⁶

Busca ainda reafirmar em toda a sua redação os princípios e garantias estabelecidas pelo constituinte, de maneira a proporcionar uma educação capaz de formar o indivíduo, desenvolvendo sua capacidade de aprendizado, sua capacitação para o trabalho e para a participação da vida política.

Efetivação do direito à educação

Considerações sobre qualidade na educação

O termo “qualidade” parece dominar o atual debate global sobre educação básica.⁴⁷ Em certa medida, a questão da qualidade na educação agora complementa, ou mesmo substitui, a atenção antecipada às prioridades, como a expansão educacional e o acesso à escola. Especificamente no Brasil, onde grandes avanços foram feitos para que a população tenha acesso universal à educação básica, o debate agora se volta para o quanto, e o quê, crianças e adolescentes estão realmente aprendendo nas escolas.

Enquanto em 1980 apenas 80,1% dos jovens de 7 a 14 anos estavam na escola, até 2015 essa porcentagem havia aumentado para 98,6%. No entanto, embora o número de crianças analfabetas entre 10 e 14 anos caiu de 20% em 1985 para 1,6% em 2015,⁴⁸ os resultados mais recentes do Brasil no Programa de Avaliação Internacional de Estudantes (PISA) mostraram uma queda em todos as três áreas avaliadas: ciência, leitura e matemática.

⁴⁵ BRASIL, Lei n 9394/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

⁴⁶ BRASIL, Lei n 9394/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

⁴⁷A Educação Brasileira é organizada em cinco níveis: Infante (0 a 5 anos de idade), Fundamental (6 a 14 anos), Secundário (15 a 17 anos), Superior (18 a 22 anos, corresponde à universidade) e Pós-Graduação em educação. Os três primeiros são muitas vezes referidos como Educação Básica, e os dois últimos como Educação Superior. Portanto, no Brasil, a educação básica compreende idealmente os primeiros 18 anos de vida das crianças.

⁴⁸ Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Esses resultados também refletiram uma queda no *ranking* mundial - o Brasil ficou em 63º lugar em ciência, 59º em leitura e 66º em matemática em 70 países.⁴⁹ A qualidade, portanto, foi adicionada a uma lista de termos, incluindo “desempenho”, “eficácia” e “eficiência”, que são intercambiados como palavras-chave para expressar a insatisfação geral sobre o estado atual da educação e política educacional.

Como resultado, um consenso e um ímpeto relativamente novos vêm aumentando em torno da necessidade de melhorar a qualidade educacional básica. Quão bem os alunos são ensinados e o quanto eles aprendem são susceptíveis de ter um impacto crucial sobre o comprimento e o valor de sua experiência escolar. Não só a qualidade pode influenciar a escolha dos pais para investir na educação de seus filhos, mas a gama de benefícios intrínsecos e sociais associados à educação, de uma melhor proteção contra doenças a uma renda pessoal mais elevada, depende fortemente da qualidade do processo ensino-aprendizagem.

Determinação constitucional

Conforme já fora visto, o direito à educação é assegurado pela atual Constituição brasileira. Assim determina o artigo 208 da Constituição de 1988:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) (...) VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.”⁵⁰

O Ensino fundamental, conforme previsão constitucional, é obrigatório e gratuito, assegurada sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria, por meio de cursos, preferencialmente noturnos, para facilitar o seu acesso. Para tanto, de maneira a garantir maior eficiência na prestação deste direito, devem ser implementados, no ensino fundamental, programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Isto porque a simples oferta pode não ser suficiente para garantir a frequência na escola, haja vista a realidade social, o custo inerente à frequência no estabelecimento de ensino.

⁴⁹ Dados do Programme for International Student Assessment (PISA), em 2016.

⁵⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

Acesso ao ensino obrigatório e gratuito: direito público subjetivo

Entende-se direito subjetivo como sendo aquele que confere certa faculdade de agir a seu titular, levando-se em conta a situação jurídica abstratamente prevista na norma e a possibilidade de exigir de outrem algum comportamento.⁵¹

Muitas vezes fica difícil para o operador do direito identificar quais são os direitos subjetivos pertencentes ao indivíduo, pois não é sempre que eles vêm destacados expressamente no texto legal, o que ocorre com o parágrafo 1º do artigo 208 que afirma ser direito público subjetivo o acesso obrigatório e gratuito ao ensino. Diz o referido artigo que “§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.”⁵²

Por certo que, em um Estado como o brasileiro, não se poderia exigir que todo o ensino, ou seja, nos seus três níveis, fosse obrigatório. Em razão de limites fáticos dos recursos públicos disponíveis, como se verá mais adiante, consolidou-se na doutrina que constitui direito público subjetivo apenas o ensino fundamental, que, devendo ser de boa qualidade, terá o condão de formar minimamente o indivíduo para a vida, para o trabalho e para a política.

Na hipótese de o Estado não oferecer o ensino fundamental nos moldes estabelecidos na Constituição, responde o agente público responsável por crime de improbidade administrativa, nos moldes da lei⁵³ e do parágrafo 2º do artigo 208 da Constituição: “§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.”⁵⁴

Organização do sistema

Assim determina o artigo 211 da Constituição:

“Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. § 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) § 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente

⁵¹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra. 2000.

⁵² BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

⁵³ Lei 8027/90.

⁵⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

no ensino fundamental e médio. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) § 4º Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)”⁵⁵

Os municípios, de acordo com a divisão de atribuições e de cooperação dos entes federados, são os grandes responsáveis pelo ensino fundamental de crianças e jovens. Cabe aos estados e ao Distrito Federal atuarem no ensino fundamental de adultos e no ensino médio, enquanto que a União tem por responsabilidade principal o ensino superior. Isto não significa dizer que há uma rigidez neste sistema. Os entes podem atuar em outros níveis da educação, como efetivamente ocorre, na medida que municípios e estados têm faculdades e a União tem escolas de ensino fundamental e médio.

Porém, em razão da extensão territorial do país, os municípios são os entes federados mais próximos da realidade social e do interesse local, por isso os mais indicados para gerir o ensino fundamental, sendo auxiliados pelos estados na complementação àqueles que não tiveram acesso no tempo certo.

O único senão é a séria limitação orçamentária que atinge à quase totalidade dos municípios brasileiros, que se servem de uma estrutura nacional de repasse de verbas públicas para financiar esta estrutura, como se verá a seguir.

Previsão orçamentária mínima para educação

De maneira a viabilizar o direito à educação, o Constituinte estabeleceu uma série de regras de arrecadação, de investimento e de repasse de verbas, por meio do artigo 212:

“Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. § 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir. § 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no “caput” deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213. § 3º - A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação. § 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários. § 5º

⁵⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) § 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).⁵⁶

Verifica-se que há uma vinculação mínima de verbas, por meio do orçamento anual, a ser aplicada em educação, em que a União deve investir um mínimo de 18%, os estados um mínimo de 25% e os municípios não menos que 25%. Da mesma forma, preveem-se outras formas de financiamento do ensino e dos programas complementares inerentes ao ensino, como transporte, alimentação, etc, por meio de arrecadações a complementar a dotação orçamentária.

Há ainda previsão de repasse de verbas por parte da União aos estados e municípios, de maneira a compensar a escassez de recursos, viabilizando a efetivação daquele direito por estes entes federados.

Em caso de descumprimento dos governantes, ao não respeitar as disposições constitucionais e infraconstitucionais, os mesmos incorrem no crime de improbidade administrativa. Além da responsabilidade criminal, há a possibilidade de se obrigar o Estado a prestar o serviço essencial, por meio de medidas judiciais.

Dentro do sistema de partição de poderes, cabe ao judiciário o controle dos atos de governo, através da provocação por todo e qualquer interessado. Mas há um debate acalorado quanto à possibilidade de o poder judiciário interferir nas políticas públicas estatais.

De certo, na total ausência de políticas de efetivação, pode sim o judiciário determinar a sua aplicação, como, por exemplo, obrigar a matrícula de uma criança em uma escola particular, às expensas do poder público, na hipótese de falta de vagas no ensino público fundamental.

Já na hipótese de haver uma política pública insuficiente, o discurso muda. Isto porque o controle só será legítimo quando for notório o desrespeito ao direito tutelado, ou seja, quando o seu núcleo estiver sendo atingido de maneira a comprometer o próprio direito.

Mas existe uma zona cinzenta, onde não há como dizer que há um desrespeito, pois inúmeros argumentos surgem para justificar uma política insuficiente, como falta de estrutura, previsão orçamentária legal insuficiente, etc. Neste caso, não raras vezes, vê-se o magistrado impedido de atuar de maneira a garantir o direito à educação.

Quanto às formas de buscar a tutela de direitos, existem alguns instrumentos processuais cabíveis, como o mandado de segurança, tanto o individual quanto o coletivo, o mandado de injunção, a ação civil, pública, dentre outros.

⁵⁶BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

Educação fundamental como mínimo existencial

Nos dizeres de Emerson Garcia: “Também denominado de núcleo duro ou núcleo comum dos direitos fundamentais, o mínimo existencial indica o conteúdo mínimo e inderrogável desses direitos.”⁵⁷ Significa dizer que o Estado não pode lhe reduzir o conteúdo por meio de lei ou de outro ato administrativo, ferindo assim característica inerente aos direitos fundamentais, como já visto anteriormente.

O serviço de ensino é serviço público essencial, havendo obrigação do Estado em sua prestação, não podendo ele se esquivar sob a alegação de falta de recursos, pois, como também já visto, há vinculação obrigatória de boa parte do orçamento para tal finalidade.

Mais do que simplesmente a prática de ações, deve ser observado o respeito ao direito à educação como um todo, não se podendo atingir o seu núcleo, sob pena de se estar praticando uma ilegalidade. Não pode, portanto, o Estado agir de maneira a comprometer a qualidade do ensino, mesmo que sob uma roupagem de legalidade, pois o que se protege não é a forma, mas sim o seu conteúdo.

O direito à educação é instrumento efetivador e catalizador de outros direitos e garantias, não constituindo um pré-requisito em si, mas como um direito que potencializa outros direitos.

Conclusão

O direito à educação é inegavelmente a base de que o país precisa para sustentar-se em todos os seus pilares. A garantia da educação permite recursos que colaborarão com a efetivação dos demais direitos, relacionados à segurança, saúde, qualidade de vida em geral para os cidadãos. Não restam dúvidas de que isso não foi esquecido pela legislação brasileira, desde os primeiros diplomas legais do Brasil independente.

Atribui-se a não prestação do direito à educação a questões de ordem prática – portanto, questões que envolvem a arrecadação e gestão do dinheiro público destinado a tais fins. O argumento de que não há recursos para a efetivação de todos os direitos é amplamente utilizado. Ainda mais quando se trata de direitos de segunda geração, posto que são vistos apenas como normas programáticas.

Em resposta a tal argumento, há uma destinação específica dos recursos públicos, como visto ao longo do presente artigo. A Previsão orçamentária obrigatória supre qualquer ausência de política pública por parte dos governantes.

Um sistema que não possui mecanismos de proteção contra repetidas reduções orçamentárias, com cortes de gastos e retenção de investimentos, está fadado a criar uma legião de analfabetos funcionais, ou seja, pessoas que possuem um diploma, mas não desenvolveram as suas potencialidades básicas, como a leitura ou mesmo a escrita. Não qualifica os estudantes, ao contrário, mascara o problema e contribui para a perpetuação das mazelas que atingem a educação no Brasil.

⁵⁷GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. In GARCIA, Emerson. A Efetividade dos Direitos Sociais. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2004.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1998.
- AVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios - Da Definição À Aplicação dos Princípios Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 21 edição. 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Rio de Janeiro: DP&A, 2007.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 09. Set. 2017.
- DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.
- GARCIA, Emerson. **A Efetividade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2004.
- Magna Carta Inglesa (1215)**. Disponível em: <http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf>. Acesso em 09 set. 2017.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra. 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas. 19ª Edição. 2006.
- MUNIZ, Regina Maria Fonseca. **O Direito à Educação**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.
- TAVARES, Francisco de A. Maciel, NETO, Alfredo de S. Coutinho. **Direito Internacional: Estrutura Normativa Internacional. Tratados e Convenções**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.
- WEIS, Carlos. **O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado6.htm>>. Acesso em 06. Set. 2017.

Insanidade e Direito Penal: a duração máxima das medidas de segurança

Carlos Eduardo Adriano Japiassú¹
Flávia Sanna Leal de Meirelles²

Resumo

Considerando-se a existência de pessoas que praticam fatos criminosos sem possuírem capacidade mental de compreender e querer eventual castigo sofrido, o Direito Penal brasileiro conta com a medida de segurança como forma de sancionar tais indivíduos. No entanto, ao contrário do que ocorre com as penas, o Código Penal brasileiro não especifica qual deve ser a duração máxima do cumprimento da medida de segurança. O presente artigo objetiva descrever quais são as respostas apresentadas à referida questão, para tanto, valendo-se dos entendimentos doutrinários existentes sobre o tema. Deste modo, observa-se que ainda não existe uma resposta em definitivo para o mencionado questionamento, o que permite concluir que o tema é urgente e de suma importância.

Palavras-chave: Medidas de segurança; imputabilidade penal; sanção penal.

Abstract

Considering the existence of people who practice criminal acts without having the mental capacity to understand and want eventual punishment suffered, Brazilian Criminal Law relies on the security measure as a way of sanctioning such individuals. However, contrary to what happens with penalties, the Brazilian Penal Code does not specify what should be the maximum duration of compliance with the security measure. The purpose of this article is to describe the answers given to this question, using the existing doctrinal understandings on the subject. In this way, it is observed that there is still no definitive answer to the aforementioned questioning, which leads to the conclusion that the subject is urgent and of paramount importance.

Keywords: Security measures; criminal liability; criminal penalty.

¹ Doutor, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Fez estágio pós-doutoral na University of Warwick. Professor Associado da UERJ; Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade Estácio de Sá; Secretário-Geral da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). E-mail: ceajapiassu@uol.com.br

² Doutoranda e Mestre na linha de Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professora das disciplinas penais no Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA/FAA), no Centro Universitário Carioca (UniCarioca) e na Universidade Cândido Mendes (UCam). E-mail: flaviasanna@hotmail.com

Introdução

O Direito Penal possui temas que são objetos de infindáveis discussões. Em razão do fato de se tratar da disciplina jurídica que detém o monopólio da sanção mais grave de todo o ordenamento – a pena –, qualquer solução que se pense para as controvérsias em matéria penal precisa ser uma saída em plena conformidade com a Constituição Federal de 1988. A gravidade das infrações penais em comparação com ilícitos de outras naturezas, bem como a severidade da resposta penal quando comparada com as demais sanções jurídicas, levam a que o Direito Penal precise ser limitado.

Em outras palavras, o mesmo Estado que protege a sociedade por meio do Direito Penal deve proteger a sociedade da própria incidência do Direito Penal. Para tanto, a Constituição Federal trata de limitar o Direito Penal por meio de princípios que orientam este ramo no sentido de minimizá-lo. Expressos no texto da Constituição ou implícitos no modelo constitucional adotado pelo país, os princípios penais buscam moldar a disciplina para torná-la limitada às situações em que se faça estritamente necessária.

O presente artigo pretende discutir uma das situações em que, embora a Constituição estabeleça uma regra limitadora para o Direito Penal, não se tem consenso sobre qual deva ser o alcance prático de tal limitação. Trata-se da vedação constitucional às penas de caráter perpétuo e da dúvida sobre a incidência desta proibição às medidas de segurança. O tema é relevante na medida em que as medidas de segurança também constituem uma sanção de natureza penal, o que as faz merecedoras das limitações supracitadas. Ao mesmo tempo, a ausência de expressa menção ao tema na Constituição e no Código Penal brasileiro fez nascer a discussão que, até a presente data, segue sem uma solução em definitivo.

Pretende-se, portanto, discutir qual deve ser o parâmetro norteador da duração máxima da medida de segurança. Para tanto, o presente artigo estrutura-se em três tópicos. O primeiro trata de localizar o objeto de estudo na estrutura do conceito de crime adotado no Brasil. Deste modo, a conduta típica, ilícita e culpável será explicada na medida em que isso se faça necessário para compreensão do elemento da imputabilidade penal, que se analisa na esfera da culpabilidade.

O segundo tópico apresentará de que forma a legislação penal brasileira – o Código Penal – disciplina a matéria relacionada às medidas de segurança, de forma a mostrar qual é a lacuna existente na legislação pátria sobre o tema. Por fim, o terceiro e último tópico descreve quais são os possíveis entendimentos acerca de uma solução ao problema de que trata o presente artigo, de modo a apresentar os argumentos favoráveis a cada uma das saídas que já foram pensadas para a questão.

Imputabilidade Penal

Considerações iniciais

Como todo ramo jurídico, o Direito Penal existe para regular o convívio social, ditando, a seu modo, as regras mínimas que devem ser seguidas pelos indivíduos de forma a permitir a coexistência destes em comunidade. O Direito Penal enfrenta esta missão por meio da proibição de certas condutas, que, a partir de critérios constitucionais, atendem ao que é necessário para serem catalogadas como infrações penais. A partir do momento em que certo comportamento se torna infração penal, sua prática fica ameaçada pela imposição de uma pena. Este é o modo pelo qual o Direito Penal contribui para a regulação do convívio em sociedade.

É certo, embora simplório, dizer que o Direito Penal consiste no conjunto legislativo cujas normas pretendem tutelar certos interesses – os chamados bens jurídicos penais – e cuja violação é chamada de infração penal. Esta, por sua vez, tem como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, a pena, por meio da qual se procura evitar o cometimento de novas infrações.³

Com relação às infrações penais, o elemento distintivo entre estas e as não penais é puramente uma questão de conveniência política, justificada pelo maior rigor da sanção penal.⁴ Dito de outro modo, diferencia-se os ilícitos penais dos ilícitos de outras naturezas – civil, administrativa, tributária, etc – pela maior gravidade daqueles que são categorizados como infrações penais, uma vez que a resposta penal é mais severa do que as demais sanções jurídicas existentes.

O desenvolvimento da teoria do crime por todo o mundo deu origem a inúmeras classificações, as quais não são objeto do presente artigo. Para a discussão que será aqui tratada, cumpre saber o que se convencionou adotar pelo Direito Penal brasileiro, que é a concepção bipartida ou dicotômica de infração penal. Assim, o ordenamento jurídico penal brasileiro considera a existência de duas espécies de infração penal: o crime, sinônimo de delito; e a contravenção penal.⁵ Não existem diferenças ontológicas entre uma e outra espécie, sendo a gravidade o fundamento da distinção. Contravenções penais são infrações menos graves do que os crimes, o que se faz representar pela previsão de sanções mais brandas para estas.

Conceito de crime

No Brasil, a definição do crime não é algo determinado pela lei. Isto porque o chamado conceito legal de delito não constrói uma definição para este termo – ao contrário, meramente diferencia a espécie de pena privativa de liberdade que é

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 79-80.

⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 289-290.

prevista para os crimes e para as contravenções. Neste sentido, o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelece que

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas. Alternativa ou cumulativamente.⁶

Assim, o conceito legal de crime é pós-legislativo: diante da descrição típica de uma infração penal, verifica-se qual é a espécie de pena privativa de liberdade prevista abstratamente àquele que cometa tal comportamento. Sendo reclusão ou detenção se está diante de um crime. Se for prisão simples, trata-se de contravenção penal. O referido dispositivo, portanto, descreve um critério distintivo importante entre as espécies de infração penal, sem, contudo, definir qualquer uma delas.

Restou para a doutrina a tarefa de construir uma definição para o delito, o que é feito partindo-se da premissa de que o conceito de crime pode ser tomado em dois sentidos, a saber: o sentido formal e o sentido material. Conceito formal de crime é aquele que decorre da observância ao princípio da estrita legalidade, segundo o qual crime é aquilo que a lei descreve como tal.⁷ Trata-se de um conceito necessário, uma vez que o postulado da legalidade consiste em expressa determinação constitucional.⁸ No entanto, assim como o conceito legal de crime, o conceito formal é somente pós-legislativo.

Não se considera possível desprezar critérios materiais para a conceituação da forma mais violenta de afronta aos bens jurídicos dos cidadãos. Deste modo, diante da insuficiência do conceito formal de crime, o conceito material o define com base no caráter danoso da conduta ou de seu desvalor social, ou seja, aquilo que a sociedade em análise considera que deve ser proibido pela lei penal. Para tanto, delega-se ao legislador uma orientação político-criminal sobre o que deve ou não ser objeto de punição ou ameaça de punição por meio da pena.⁹

O conceito material de crime serve a um momento pré-legislativo, no sentido de orientar a atividade do legislador a não descrever como criminosa uma conduta que não represente tal desvalor. De igual modo, é também pós-legislativo,

⁶ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal e da Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3914.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

⁷ QUEIROZ, Paulo de Souza. op. cit., p. 94.

⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

⁹ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

devendo orientar a atividade dos demais agentes do Direito Penal no sentido de não tornar merecedora de pena uma conduta que não tenha materialidade, substância, para tanto, por mais que seja formalmente criminosa.

Os conceitos legal, formal e material de crime estão corretos, no entanto, não satisfazem inteiramente a necessidade de definição de um dos objetos centrais de estudo do Direito Penal, que é o delito. Diante desta insuficiência, optou-se, no Brasil, pela adoção do método analítico de conceituação do crime. Trata-se de um processo de abstração científica por meio da decomposição do objeto de estudo – no caso, o crime – “para ser novamente reagrupado e compreendido de maneira sequencial, permitindo-se, ao final das sucessivas etapas, verificar se, no caso concreto, ocorreu fato punível pela lei penal.”¹⁰ Pelo método analítico, crime é definido como ação ou omissão típica, ilícita e culpável.

Culpabilidade penal

O conceito analítico define crime como conduta humana que possui tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Convencionou-se verificar a existência dos elementos nesta ordem, ou seja, em primeiro lugar, é preciso estabelecer se aquele comportamento humano constitui-se conduta para fins penais. Havendo conduta, parte-se para a verificação acerca da tipicidade desta conduta. Na hipótese de resposta positiva, analisa-se, a seguir, se há ilicitude na conduta típica praticada. Somente diante de conduta típica e ilícita será preciso verificar se o indivíduo que cometeu tal ato possui culpabilidade.

A culpabilidade consiste no único elemento do conceito analítico de crime que pertence ao sujeito que realizou aquele comportamento. Típico é o fato, ilícito é o fato, culpável é o indivíduo. E é a culpabilidade o elemento da estrutura do conceito analítico de delito sobre o qual o presente artigo irá tratar, uma vez que é neste elemento que reside a discussão acerca das medidas de segurança, objeto do estudo que ora se apresenta.

A culpabilidade a que se faz referência no presente artigo é elemento do conceito analítico de crime. Não se deve confundi-la com o princípio da culpabilidade, segundo o qual resta impedida a atribuição da responsabilidade penal objetiva, assegurando que ninguém responderá por um resultado que não tenha sido previsível e atingido, ao menos, com dolo ou culpa.¹¹ No que se refere à discussão acerca das medidas de segurança, não se pretende discutir tal princípio, sendo necessário tratar da culpabilidade como parte da definição de crime, que se convencionou adotar no Brasil.

Formalmente, portanto, a culpabilidade consiste na censurabilidade merecida por aquele que praticou a conduta típica e ilícita, dentro dos critérios que a norteiam, a saber: a consciência potencial da ilicitude do comportamento

¹⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 160-161.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 448.

praticado, a exigibilidade de atuação em conformidade com o Direito, e a imputabilidade.¹² O potencial conhecimento da ilicitude refere-se ao fato de que somente será culpável o sujeito que cometeu o ato típico e ilícito, tendo, ao momento da conduta, meios à sua disposição para supor que fazia algo proibido por lei. A exigibilidade de atuação em conformidade com o Direito consiste no elemento que retira a culpabilidade daquele que praticou o fato típico e ilícito sem que o caso concreto lhe permitisse agir de qualquer outro modo. A imputabilidade – que é o que importa à presente discussão – consiste na capacidade de o sujeito compreender a ilicitude de sua conduta e de se autodeterminar a agir em conformidade com tal entendimento.¹³

Há dois requisitos que tornam o indivíduo imputável para fins penais: a maturidade e a sanidade.¹⁴ O critério da maturidade, para fins de aferição da culpabilidade do indivíduo, é objetivo, conforme ditado pelo artigo 27 do Código Penal brasileiro: “Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”¹⁵ É no critério da sanidade que reside o foco do tema aqui tratado. O Brasil adotou o método biopsicológico para aferição da sanidade do indivíduo, segundo o qual, a responsabilidade penal será afastada se ele sofre de enfermidade ou retardo mental, ou se, no momento em que praticou o fato típico ou ilícito, era inteiramente incapaz de entendimento ou de controle sobre seus impulsos.¹⁶

A aferição da sanidade do indivíduo é matéria de perícia médica, a qual pode chegar a uma de três conclusões: que o sujeito possui completa sanidade; que o sujeito possui completa insanidade; que o sujeito não pode ser categorizado em qualquer dos dois extremos. Àquele que possui completa sanidade, chama-se de imputável, sendo merecedor de pena na hipótese de comprovada prática de fato típico e ilícito. Ao que possui completa insanidade, chama-se de inimputável, assim definido no texto do Código Penal brasileiro:

Art. 26, caput - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.¹⁷

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 260.

¹³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007, p. 207.

¹⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. op. cit., p. 288.

¹⁵ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

¹⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. op. cit., p. 289.

¹⁷ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

Ao indivíduo cuja sanidade não é completa nem incompleta, dá-se o nome de semi-imputável. A este, a resposta penal é dada conforme o sistema vicariante, adotado no Brasil desde a reforma geral da parte geral, em 1984, que abandonou o sistema do duplo binário.¹⁸ O sistema vicariante estabelece que, ao semi-imputável será imposta pena ou medida de segurança, a depender de qual dos extremos (completa sanidade ou completa insanidade) está mais próximo de sua realidade – o que é matéria a ser averiguada pericialmente. Sobre o sistema vicariante, estabelece a Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal:

22. Além das correções terminológicas necessárias, prevê o Projeto, no parágrafo único, in fine, do artigo 26, o sistema vicariante para o semi-imputável, como consequência lógica da extinção da medida de segurança para o imputável. Nos casos fronteiriços em que predominar o quadro mórbido, optará o juiz pela medida de segurança. Na hipótese oposta, pela pena reduzida. Adotada, porém, a medida de segurança, dela se extrairão todas as consequências, passando o agente à condição de inimputável e, portanto, submetido às regras do Título VI, onde se situa o artigo 98, objeto da remissão contida no mencionado parágrafo único do artigo 26.¹⁹

Desta forma, o Direito Penal brasileiro estabelece que a medida de segurança é a sanção penal cabível ao indivíduo que praticou conduta típica e ilícita, mas que não possui culpabilidade por lhe faltar o requisito da sanidade. Pode, este indivíduo, ser semi-imputável (desde que, pericialmente, se comprove que ele é mais próximo da completa insanidade do que do outro extremo) ou inimputável.

Legislação penal brasileira sobre medida de segurança

Determinações do Código Penal brasileiro

O Código Penal brasileiro dispõe sobre medidas de segurança no Título VI da Parte Geral, entre os artigos 96 e 99. São duas as espécies de medidas de segurança, a saber: a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (artigo 96, I, do CP) e o tratamento ambulatorial (artigo 96, II, do CP). A internação equivale ao regime fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade, enquanto o tratamento ambulatorial guarda relação com o que se tem em matéria de pena restritiva de direitos.²⁰ O comparativo tem como referência a quantidade de limitação imposta àquele que foi sancionado.

A internação deve ser cumprida em estabelecimentos que, até pouco tempo atrás, eram conhecidos como manicômios judiciários. A expressão se refere a

¹⁸ GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 8. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 685.

¹⁹ BRASIL, Exposição de Motivos nº 211, de 09 de maio de 1983. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em 06. Set. 2017.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 548-549.

locais velhos, deficientes e alvo de corretas críticas, e a nova terminologia adotada pelo Código Penal brasileiro não determinou qualquer alteração nas precárias condições verificadas em tais locais.²¹ O estabelecimento adequado a que se refere o artigo 96, I, do Código Penal não recebe maiores explicações por parte do nosso legislador, que se restringe, no artigo 99, a determinar como direito do internado que ele seja “recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.”²²

Com relação ao tratamento ambulatorial, estabelece o artigo 97, § 4º, do Código Penal brasileiro, que: “Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.”²³

Como critérios de escolha, que devem orientar o juiz a decidir entre uma ou outra espécie de medida de segurança, o artigo 97, caput, do Código Penal brasileiro estabelece que “Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.”²⁴. Trata-se de um critério objetivo e puramente jurídico, que relaciona a espécie de pena privativa de liberdade cominada ao tipo penal praticado pelo indivíduo – reclusão ou detenção – com a espécie de medida de segurança à qual ela deva corresponder. Doutrina e jurisprudência brasileiras têm concordado que a escolha do juiz não precisa se restringir a tal análise inteiramente jurídica, até porque, diante de uma sanção iminentemente tratamental, é recomendável que qualquer decisão tenha como base o parecer da área da saúde.

O artigo 97 do Código Penal trata ainda do período de duração da medida de segurança (§ 1º), assunto que será objeto de análise no próximo tópico. Os demais parágrafos deste dispositivo estabelecem o que se segue:

Perícia médica

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Desinternação ou liberação condicional

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano,

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 894-895.

²² BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

²³ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

²⁴ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

prática fato indicativo de persistência de sua periculosidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)²⁵

A redação do artigo 98 do Código Penal brasileiro regulamenta a seguinte situação:

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável.
Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)²⁶.

Trata-se de situação em que o condenado foi pericialmente categorizado como semi-imputável, merecedor de pena por se encontrar mais próximo da completa sanidade do que da completa falta desta. No entanto, caso isso se verifique equivocado e se constate a necessidade de imposição de medida de segurança a este indivíduo, a substituição ocorrerá nos moldes do referido dispositivo. O mesmo pode ocorrer na hipótese de superveniência de doença mental ao condenado imputável, conforme estabelece o artigo 41 do Código Penal brasileiro.

Pena e medida de segurança

O Direito Penal brasileiro conta com duas espécies de sanção penal, a saber: a pena e a medida de segurança. No entanto, é certo dizer que a sanção penal é sempre a pena, pois, ao criminalizar certa conduta, o legislador sempre o faz por meio da cominação de uma pena. Significa dizer que a criminalização de certo comportamento depende do processo legislativo que envolve descrever plenamente o fato criminoso, dar-lhe um nome e prever, abstratamente, a espécie e quantidade de pena à qual fica submetido o indivíduo que praticar aquela conduta.

A medida de segurança não aparece cominada a nenhum tipo penal, e, por isso, como foi dito, é certo afirmar que a sanção penal é a pena. Medida de segurança consiste na saída penal para que o juiz possa sancionar aquele que praticou fato típico e ilícito, mas que, comprovadamente, não possui a sanidade necessária para entender que estaria sendo castigado com uma pena. Desta forma, ao final do processo penal, o juiz pode entender pelo proferimento de

²⁵ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

²⁶ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

uma sentença absolutória imprópria, assim chamada pela doutrina processual penal brasileira a sentença que condene um inimputável (pelo critério de falta de sanidade) ao cumprimento de medida de segurança.²⁷

Embora tenha havido condenação a uma sanção penal, a referida sentença é considerada tecnicamente absolutória, conforme dispõe o Código de Processo Penal brasileiro:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)²⁸

Doutrinariamente, sintetizam-se as diferenças entre pena e medida de segurança em quatro fatores.²⁹ O primeiro, que já fora objeto de prévia explicação no presente artigo, é a quem cada sanção se aplica: a pena cabe ao imputável, a medida de segurança cabe ao inimputável. Quanto ao semi-imputável, será merecedor de pena³⁰ ou de medida de segurança, a depender da análise pericial quanto ao nível concreto de sanidade que aquele sujeito possui. O segundo fator que diferencia penas e medidas de segurança refere-se ao caráter de cada uma delas. Em que pesem as inúmeras teorias que se propõem a responder qual deve ser a finalidade da pena, é certo que ela possui caráter de retribuição e prevenção, enquanto as medidas de segurança, por sua própria natureza, possuem caráter puramente preventivo e curativo,³¹ sem o elemento da retribuição ao indivíduo pelo mal causado.

Outra diferença entre ambas as espécies de sanção penal diz respeito ao fundamento que justifica a imposição de cada uma delas. O que fundamenta a aplicação de uma pena é a culpabilidade do indivíduo que praticou o fato típico e ilícito, enquanto a medida de segurança é explicada pelo parâmetro da periculosidade do indivíduo que cometeu o injusto penal sem possuir sanidade. Por fim, o último fator apontado como diferenciador entre pena e medida de segurança é o centro da maior discussão sobre o tema: o período de duração. Penas

²⁷ NICOLITT, André Luiz. Manual de processo penal. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 890.

²⁸ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 893.

³⁰ Com a minorante prevista no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal brasileiro: “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 547.

vêm cominadas a cada tipo penal em espécie e quantidades mínima e máxima. Medidas de segurança, por sua vez, não somente não se encontram previstas em abstrato para os crimes em espécie, como não possuem determinação legal quanto ao tempo máximo que podem vir a durar.

Prazo máximo de duração da medida de segurança

A dúvida central sobre o tema medidas de segurança diz respeito a qual deva ser o prazo máximo de duração desta sanção. Tal dificultador não se estende às penas, por alguns motivos. Com relação à pena privativa de liberdade – a mais grave entre as penas admitidas no ordenamento brasileiro –, sua quantidade máxima de aplicação encontra-se cominada a cada tipo penal. Ao final das três fases de fixação de pena, por motivo de incidência de majorantes, a pena aplicada pode resultar em um pouco mais do que o limite máximo cominado, mas este é o limite que deve ser seguido pelo juiz.

A execução da pena privativa de liberdade, igualmente, encontra um limitador no texto do Código Penal:

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)³²

Na hipótese de a pena privativa de liberdade poder ser substituída por alguma outra espécie, igualmente não há discórdia sobre como isso deve se dar. A pena de multa é cumprida em conformidade com o sistema dos dias-multa, que a aplica não em período de tempo, e sim em unidade monetária que deve ser paga pelo apenado. As penas restritivas de direitos encontram-se dispostas nos artigos 43 a 48 do Código Penal brasileiro, em que se verifica claramente as regras de cumprimento de cada espécie.

No entanto, quando se trata de dispor sobre o prazo máximo que deve durar o cumprimento de uma medida de segurança – seja da espécie que for – o Código Penal brasileiro não somente deixa de prever um limite de duração, como, ao contrário, sua redação permite que a medida seja eterna. O artigo 97,

³² BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

§ 1º, do Código Penal brasileiro determina que “A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.”³³

Conforme já fora anteriormente dito, o Direito Penal rege-se por princípios que decorrem do modelo constitucional adotado pelo país. Neste sentido, à presente discussão importa lembrar o princípio da humanidade. Também chamado de princípio da humanização ou da limitação das penas, trata-se da tentativa da Constituição de evitar quaisquer retrocessos em matéria penal, o que se dá pelo elenco das espécies de penas vedadas.³⁴ O artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal de 1988 veda expressamente, em sua alínea b, as penas de caráter perpétuo, o que permite concluir que o artigo 97, § 1º, do Código Penal brasileiro prevê flagrante inconstitucionalidade. A permissão de duração da medida de segurança enquanto se verificar que exista periculosidade do apenado autoriza que haja medida de segurança de caráter perpétuo, o que viola frontalmente o texto constitucional.

Embora não seja impossível encontrar aqueles que lerão o termo “penas” na Constituição em seu sentido estrito – ou seja, quem defenda que a Constituição não veda medidas de segurança de caráter perpétuo, e sim somente penas desta natureza – é certo que, majoritariamente, se conclui que a norma do artigo 97, § 1º, do Código Penal pode ser lida como inconstitucional. E, diante deste grave problema, surgem algumas alternativas de respostas.

Em primeiro lugar, para o semi-imputável, que foi submetido a pena e, posteriormente, verificou-se necessária a medida de segurança,³⁵ sugere-se que o limite máximo do tempo de cumprimento desta medida não ultrapasse o tempo de pena privativa de liberdade que lhe havia sido aplicado.³⁶ Com relação a este caso, não parece haver espaço para maiores contradições.

As demais hipóteses, contudo, geram controvérsias. Ao inimputável ou ao semi-imputável a quem foi diretamente imposta medida de segurança, qual deve ser o limite máximo de cumprimento desta sanção? Alguns vão se filiar ao entendimento segundo o qual o imputado é beneficiado pelo limite de penas estabelecido pelo já mencionado artigo 75 do Código Penal brasileiro, que estabelece 30 anos como o período máximo de execução da pena privativa de liberdade.³⁷ Existe, ainda, o entendimento adotado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, segundo o qual a duração máxima da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo cominado ao tipo penal praticado pelo indivíduo e que lhe gerou a imposição da medida.³⁸

³³ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

³⁴ GRECO, Rogério. op. cit., p. 83.

³⁵ A supramencionada situação descrita no artigo 98 do Código Penal brasileiro.

³⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. op. cit., p. 634.

³⁷ Em explicação sobre o tema, discordando deste posicionamento, NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 551.

³⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. op. cit., p. 635.

É certo que qualquer resposta que se pense não pode contar com o abandono do condenado após o cumprimento da medida de segurança. Decorrido o período máximo – qualquer que seja o critério delimitador deste – se ainda se averiguar necessário tratamento médico-assistencial de ordem de saúde mental, o mesmo deverá ser providenciado nos termos da lei civil. Com relação ao tempo máximo de duração da sanção penal da medida de segurança, doutrina e jurisprudência se dividem entre as respostas apresentadas, o que mantém o tema como urgente e necessário, diante da lamentável lacuna legislativa existente em relação a isto.

Conclusão

Quando se trata da resposta do Direito Penal àquele que comete uma conduta categorizada como infração penal, é certo que se pense na pena, pois é somente esta que consta em abstrato no texto da lei penal como ameaça a quem pratique o ilícito penal. No entanto, tão importante quanto o estudo acerca da pena é estudar as medidas de segurança, pois se trata da solução dada por este ramo jurídico para sancionar aquele que praticou o fato criminoso sem possuir a sanidade devida para compreender tal feito.

Os princípios que regem as etapas de individualização da pena – cominação, aplicação e execução – devem, igualmente, servir às medidas de segurança. Embora não estejam cominadas a nenhum tipo penal, tais medidas são passíveis de aplicação e de execução assim como as penas, e, portanto, o Direito Penal deve dispor sobre regras de funcionamento voltadas a ambas. Tais princípios decorrem direta ou implicitamente do texto da Constituição Federal de 1988, de forma a nortear a construção de um Direito Penal Constitucional. E nisso se inclui, necessariamente, a constitucionalização de tudo que envolve as medidas de segurança.

A lacuna existente no Código Penal brasileiro quanto ao período de duração máxima da medida de segurança não pode ser interpretada como um espaço que permite a tomada de decisões inconstitucionais. Em que pese não haver consenso quanto a qual deve ser o parâmetro regente do referido prazo máximo, é certo que tal demarcação deve existir, assim como ocorre com a pena. O Direito Penal lida com as formas mais violadoras dos interesses individuais e coletivos envolvidos na sociedade, e, justamente por este motivo, deve ser limitado pelos preceitos constitucionais que moldam o Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

-
- BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal brasileiro)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.
- BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal brasileiro)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.
- BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal e da Lei das Contravenções Penais)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3914.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.
- BRASIL, **Exposição de Motivos nº 211, de 09 de maio de 1983**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaoemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em 06. Set. 2017.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral**, arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.
- NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Uma contravenção controvertida: reflexões acerca da tutela penal do jogo do bicho

Rômulo Bulgarelli Labronici¹
Gabriel Borges da Silva²

Resumo

Este artigo é fruto de pesquisa empírica, que reúne representações históricas do jogo do bicho, dados etnográficos coletados no campo e fontes teóricas e jornalísticas, que explicitam a relação da organização e as formas de estruturação e institucionalização do jogo do bicho com as características da repressão de suas práticas, justificadas a partir da tutela penal. Não se pretende aqui promover uma discussão histórica e tampouco um argumento necessariamente despenalizador da prática do jogo do bicho. Busca-se, no entanto, rever alguns aspectos do jogo com a relação da tipificação de condutas pelo direito penal, de modo a analisar, refletir e problematizar a aplicação da lei penal, como no caso do jogo do bicho, em que os processos de criminalização contribuíram para o enraizamento e a fortificação do jogo na ilegalidade.

Palavras-chave: Jogo do bicho; ilegalismos; contravenção penal; tutela penal; cidade.

Abstract

This article is the result of an empirical research that brings together historical representations, ethnographic data collected in the field and theoretical and journalistic sources of the “jogo do bicho”’s lottery, that explains the relation of the organization and forms of it’s structuring and institutionalization with the characteristics of the repression of its practices, justified by it’s criminal tutelage. It is not intended here to promote a historical discussion or an argument necessarily despanalizador of the practice of this lottery. However, it seeks to review some aspects of the game with the relationship of it’s criminalization to criminal law, in order to analyze, reflect and problematize the application of criminal law, as in the case of this lottery in which the processes of criminalization of this practice contributed to the rooting and fortification of the game in the illegality.

Keywords: Animal’s game; illegalism; misdemeanor; privacy policy; city.

¹ Doutor em Antropologia PPGA/UFF. E-mail: romulolabronici@gmail.com

² Doutorando em Sociologia e Direito PPGSD/UFF/FAA. E-mail: gabrielborgesadv@yahoo.com.br

Introdução³

O tratamento de jogos como um negócio lucrativo tem um longo histórico no Rio de Janeiro e, seguramente, o jogo do bicho foi uma das modalidades mais importantes ao longo do século XX. Tal jogo historicamente se apresentou repleto de controvérsias desde o período de sua criação até os dias atuais. Sendo assim, o objetivo deste trabalho é rever, alguns aspectos do jogo, sob uma forma que deixe transparecer a relação da repressão com a organização das formas de estruturação do bicho, que, ao que tudo indica, caminharam juntas para o fortalecimento do jogo na clandestinidade. Inicialmente discutiremos como o direito penal tipifica e atua em casos de contravenção penal para, em seguida, entender como que os processos de criminalização do jogo contribuíram para o enraizamento e fortificação desta prática na ilegalidade.

Assim, este trabalho busca evitar cair na tentadora armadilha de apresentar mais uma história do jogo apenas como um movimento de apropriação e “danação⁴” popular, que, quando posto na ilegalidade, adotou estruturas empresariais espalhando-se pela cidade e posteriormente pelo país. Deste modo, seguiremos as representações históricas do bicho, dados etnográficos coletados no campo e fontes jornalísticas que corroboram a ideia do que a historiadora Amy Chazkel chamou de “mito urbano” (CHAZKEL, 2007, p.540), para entender alguns dos movimentos de expansão e concentração do jogo e da adoção dos atuais modelos hierárquicos manifestos em sua organização. Aqui, busca-se apresentar uma versão do jogo do bicho que mostre os sucessivos processos de influência e transformação que o jogo sofre e vem sofrendo de modo a refletir sobre a sua estrutura imanente atual, pois a classificação penal como contravenção, coloca essa prática territorializada e cultural/socialmente aceita em uma gestão diferencial de “ilegalismos” (FOUCAULT, 2014)⁵, em que a relação com a lei ganha contornos de tolerância construídos pelas práticas locais.

³ É válido destacar que este trabalho é parte de uma análise etnográfica com o jogo do bicho, realizada no ano de 2012, em pontos de jogo do bicho através de uma intensa convivência com bicheiros nas ruas da cidade. Tal trabalho gerou a produção de uma dissertação intitulada: “Para todos, vale o escrito: um estudo etnográfico do jogo do bicho no Rio de Janeiro” e foi defendida no mesmo ano pelo PPGA/UFF

⁴ O memorialista Luís Edmundo (1938) aponta para os processos de apropriação popular do jogo como uma das causas da problemática que envolve o jogo do bicho desde sua escapada do zoológico de Vila Isabel.

⁵ Ao tratar do ilegalismo popular, Foucault (2014, p. 83) afirma que este “envolia o núcleo de criminalidade, que era ao mesmo tempo sua forma extrema e o perigo interno”. Assim, o ilegalismo (apesar da tradução falar de ilegalidade) possuía um papel importante para a vida nas camadas mais desfavorecidas da população, que apesar de não gozarem de privilégios, possuíam dentro daquilo que lhes era imposto pela lei e pelos costumes “margens de tolerância, conquistadas pela força ou pela obstinação; e essas margens eram para elas condição tão indispensável de existência que muitas vezes estavam prontas a se sublevar para defendê-las; as tentativas periodicamente feitas para reduzi-las, alegando velhas regras ou subutilizando os processos de repressão”. (FOUCAULT, 2014, 82)

A Contravenção no Direito Penal

Podemos deixar marcado neste ponto que a primeira lei que efetivamente tratou a questão do jogo de loterias enquanto uma infração legal data de 30 de dezembro de 1910, a Lei nº: 2.321, que proíbe em seu artigo 31 as loterias e rifas de qualquer espécie⁶. Entretanto, o jogo do bicho só foi especificamente citado no artigo 58 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, quando foi considerado, portanto, uma Contravenção Penal⁷. Posteriormente, a proibição do jogo do bicho foi regulamentada pelo Decreto-Lei nº: 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, no capítulo Das Contravenções, em seu artigo 58, que aponta⁸:

Realizar o denominado “jogo do bicho”, em que um dos participantes, considerado comprador ou ponto, entrega certa quantia com a indicação de combinações de algarismos ou nome de animais, a que correspondem números, ao outro participante, considerado o vendedor ou banqueiro, que se obriga, mediante sorteio, ao pagamento de prêmios em dinheiro.

Entretanto, a lacuna legal entre regulação e proibição até então não havia sido solucionada. Ao mesmo tempo em que o governo municipal da cidade liberava licenças permitindo que estabelecimentos comercializassem jogos de sorte, a polícia realizava operações voltadas à repressão destas atividades (cf. CHAZKEL, 2007, p. 559). Porém, o golpe de misericórdia legal aos jogos de azar e conseqüentemente ao jogo do bicho foi com o Dec. Lei nº: 9.215, de 30 de abril de 1946, que restaurou a vigência do artigo 50 da Lei de Contravenções Penais e cancelou quaisquer autorizações e licenças para a prática dos considerados jogos de azar, colocando-os definitivamente na ilegalidade⁹.

O Direito Penal tem como um de seus objetivos reprimir determinadas condutas, denominadas infrações penais. Estas, por sua vez, são condutas consideradas ofensivas aos bens jurídicos, de modo a defender direitos que, em última instância e em âmbito legislativo¹⁰, são considerados de maior

⁶ “Art. 31. Constitue jogo prohibido a loteria ou rifa de qualquer especie não autorizada nesta lei.
§ 1º Considera-se loteria ou rifa:

I. Qualquer operação, sob qualquer denominação, em que se faça depender da sorte, qualquer que seja o processo de sorteio, a obtenção de um premio em dinheiro ou em bens moveis ou immoveis.

II. A venda de bens, mercadorias ou objectos de qualquer natureza, por meio de sorte, qualquer que seja o processo de sorteios, ainda que, por successivas extracções todos os jogadores, mediante pagamentos totaes ou parciaes, possam receber identico ou diverso premio.”

⁷ Lei de Contravenções Penais.

⁸ Dispõe sobre o serviço de loterias, e dá outras providências.

⁹ “Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis e objetos de decoração do local.”

¹⁰ Direitos que se sedimentam na orientação do discurso jurídico em sua relação dialética com a

relevância para a garantia da vida em sociedade. A justificativa teórica se baseia na naturalização de um direito de punir¹¹ decorrente de uma dita necessidade de busca de paz social e pela consolidação do poder do Estado. A ideia de tutela dos bens jurídicos mais importante é trazida como a principal finalidade do direito penal¹². Com isso, sob a orientação da “proteção” de bens jurídicos, é concedida ao Estado (e àqueles que agem em seu nome) o exercício de um direito restrito.

No Brasil as Infrações Penais se dividem em dois grupos: crimes e contravenções penais, o primeiro positivado no Código Penal e o segundo na Lei de Contravenções penais¹³. Com isso, o tipo de pena é diferenciado, uma vez que para os crimes é conferida uma intervenção mais grave na liberdade do condenado com previsão de reclusão ou detenção¹⁴. Ao oposto de para as contravenções, que há apenas a previsão de prisão simples¹⁵. A pena de prisão simples deve ser cumprida sem que seja verificado o rigor penitenciário, em local diferenciado do sistema prisional comum.

A principal diferença entre o critério de escolha para o que será tipificado como crime e como contravenção opera na percepção social da reprovação. Ou seja, a escolha se dá por um critério sócio-político, pois as contravenções penais seriam aquelas condutas que possuem grau de reprovação social menor. Apesar disso, a escolha de um tratamento penal mais “brando” se diferencia ao longo do tempo (crimes que viram contravenção e vice-versa). Porém, na prática, o que acontece é o aumento do direito penal ao tutelar condutas¹⁶ que poderiam ser reguladas por outros ramos do direito, ou até mesmo fora dele. Conforme

prática nos tribunais. De maneira que se reproduz como lei, que posteriormente protegida pelo princípio constitucional da legalidade penal, já positivados em forma legal, justifica estratégias repressivas e punitivas tanto oficiais como oficiosas, como será discutido no presente artigo.

¹¹ “Direito Penal Objetivo é o conjunto de normas editadas pelo Estado, definindo crimes e contravenções, isto é, impondo ou proibindo determinadas condutas sob ameaça de sanção ou medida de segurança (...). Direito Penal Subjetivo, a seu turno, é a possibilidade que tem o Estado de criar e fazer cumprir suas normas, executando as decisões condenatórias proferidas pelo Poder Judiciário. É o próprio *ius puniendi*. (...) Assim, concluindo, podemos considerar o Direito Penal Objetivo e o Direito Penal Subjetivo como duas faces de uma mesma moeda. Aquele, como conjunto de normas que, de alguma forma, cuida de matéria de natureza penal; este, como o **dever poder** que tem o Estado de criar tipos penais, e de exercer o **seu direito** de punir caso as normas por ele editadas venham a ser descumpridas” (GRECO, 2013, pp. 6-7).
(*grifo nosso*)

¹² Ver: WEZEL, 1987, p.1, PRADO, 1999, p.47, BATISTA, 2007, p.116, GRECO, 2013, p. 2, MARCÃO, 2014, p. 47 & CARVALHO, 2015, p. 206.

¹³ Há de se destacar que do ponto de vista legal a diferenciação entre ambas espécies de Infração Penal trazida pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941.

¹⁴ Artigo 33, do Código Penal.

¹⁵ Artigo 6º da Lei de Contravenções Penais.

¹⁶ “Seja qual for a perspectiva a partir de que se queira fundamentar o direito penal do autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p.11)

orientação dada pelo princípio da intervenção mínima¹⁷ do Direito Penal, não caberia ao legislador tipificar condutas que não ofendam e/ou não coloquem em risco bens jurídicos considerados valiosos.

O princípio da intervenção mínima atua como um princípio limitador do poder punitivo¹⁸, desenvolvendo a ideia de um direito penal mínimo¹⁹. Baseados nesse princípio, há autores que defendem a ideia de que o direito penal não deveria tutelar as contravenções penais, promovendo a “despenalização de todas as contravenções, compreendidas aquelas punidas com a prisão (...)” (FERREJOLI, 2002, p. 575). Uma vez que, ao colocar determinadas condutas como contravenções penais, restaria claro que o legislador “tornou tais condutas menos ofensivas que todos os outros crimes; e isto em uma perspectiva de um direito penal mínimo é, sem dúvida, um primeiro critério pragmático de despenalização” (FERREJOLI, 2002, p. 575).

Assim, a Lei de contravenções penais torna o “jogo do bicho” uma infração penal, por ser esta atividade considerada um *jogo de azar*, ou seja, jogos em que a perda e o ganho decorreriam basicamente da sorte. Frisa-se que os bens jurídicos tutelados para a contravenção penal do jogo do bicho se enquadrariam a partir da ideia dos *bons costumes*. Ocorre que tal justificativa pode ser relativizada, uma vez que a própria institucionalização dessa atividade se dá como reflexo de uma prática culturalmente aceita nas mais diversificadas camadas populares (cf. LABRONICI, 2012, 2014). Seria então o jogo do bicho em si atentatório contra os *bons costumes*? Tal questão se complexifica, justamente pelas consequências do ponto de vista social de tal proibição, que comporta como promoção de tal atividade ilícita outros crimes de considerável potencial ofensivo, tais como sonegação de impostos, corrupção passiva, lavagem de dinheiro, crimes contra a economia popular e em alguns momentos até atentados contra a vida.

Outra questão que se coloca é justamente em relação ao princípio da adequação social, que restringe não só a interpretação da lei, bem como a limitação da tipificação de condutas que, por seu aspecto prático, deveriam ser adequadas àquelas socialmente aceitas (WEZEL, 1987, p. 66 & PRADO, 2006, p. 143 – 144). Nesse sentido, passaremos a refletir a respeito das consequências práticas da lógica repressiva, no que concerne à gestão de atividades no espaço público, decorrentes da tipificação da conduta na ilegalidade. O jogo do bicho se

¹⁷ Ver: BITENCOURT, 2002, p.32, ROXIN, 1997, p. 65, BATISTA, 2007, pp. 84-90 & SARRULE, 1998, p. 98.

¹⁸ “Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objetos de outros ramos do Direito.” (MUÑOZ CONDE, 1975, p. 59-60)

¹⁹ “Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis” (COPETTI, 2000, p. 87).

concretizou do ponto de vista econômico, se institucionalizou nas esquinas, ruas e calçadas, porém quase sempre de forma oficiosa. Assim, buscamos problematizar a tutela penal do jogo do bicho a partir de uma perspectiva prática das ruas.

Bicho enjaulado é brabo

Mesmo quando ainda não se havia estabelecido precisamente as bases legais de proibição dos jogos de azar, o inesgotável debate entre regulação versus proibição impedia a criação de um consenso legal que desse a devida jurisprudência para as prisões que se estabeleceram inicialmente no jogo do bicho. As lideranças policiais e políticas, esporadicamente, adotaram fortes medidas e vigorosas campanhas na tentativa de acabar com o bicho, contendo em sua prerrogativa um grande peso moral e relativamente baixo teor punitivo²⁰.

O antropólogo Roberto Damatta (1999) apresenta uma hipótese que faz da repressão um dos fatores (paradoxais) de institucionalização do jogo, algo que teria criado condições para uma unificação de bases consolidadas na ilegalidade. “A repressão inaugura uma nova fase no jogo do bicho: a de consciência institucional de si mesmo” (1999 p.83-84). Seguindo essa linha, o historiador Luiz Bezerra (2010) e os jornalistas Chico Otávio e Aloy Jupiará (2016) vão além ao afirmar que a repressão do período ditatorial (64-85) foi um fator determinante para a consolidação do poder dos grandes banqueiros, de suas bases e de sua organização clandestina.

Assim, é possível afirmar que a repressão foi um dos fatores que desencadeou a expulsão de banqueiros amadores, e que se deu a partir de processos lentos e graduais. Apesar disso, a dinâmica de distribuição e divisão de pontos de jogo não se dava exclusivamente por conta de disputas e conflitos. O controle do jogo do bicho, em determinadas regiões, era pautado por uma divisão de banqueiros que possuíam uma lógica de compra de pontos para a revenda²¹, assim como por uma autorregulação dos donos do jogo.

Para se tornar um grande banqueiro, não bastava já ter algum envolvimento com o jogo ou ser um pequeno banqueiro²². As relações entre parentes e suas redes de alianças eram essenciais para um fortalecimento dos negócios. Além disso, era necessário um extraordinário senso de oportunidade, habilidade para superar uma eventual escassez de capital, recurso à violência - quando necessário - cobertura política/policial. Este último, um dos fatores centrais para a manutenção de um andamento “estável” do jogo, criando um sistema de proteção aos agentes subordinados a alguns banqueiros. Desta maneira, a relação com o poder público

²⁰ Em artigo apresentado ao XI CONLAB (Congresso Luso Afro Brasileiro) pude examinar esta oscilação da repressão durante o acompanhamento com bicheiros nas ruas da cidade. Ver: (LABRONICI, 2011).

²¹ Isso evidencia o potencial econômico do jogo do bicho e a alta lucratividade envolvida. (BEZERRA, 2010, p. 34)

²² Ver: (BEZERRA, 2010)

se fez necessária, pois somente assim o bicho teria um ambiente seguro e com estabilidade para dar continuidade às apostas. Sobre a relação do jogo do bicho com o poder público, Chinelli e Silva afirmam:

Aqui, trata-se de “politizar a repressão” através de acordos e propinas que minimizassem seus efeitos e garantissem a convivência, e através de uma influência política mais ampla, capaz de influir na ‘filosofia’ ou orientação geral da ação policial (CHINELLI, & SILVA, 1993, p.48).

O fator de uma cobertura política através de acordos diretos com banqueiros atua em prol de uma convivência aparentemente estável e pacífica entre o bicho e o poder público. Assim, estes acordos com os próprios policiais muitas vezes contribuíam para reprimir qualquer um que tentasse bancar seu próprio ponto, evitando que houvesse a necessidade do recurso explícito direto de violência e de uma constante disputa entre banqueiros. A semelhança do jogo com um negócio demandando: gestão de recursos financeiros, obtenção de proteção policial e coordenação de pessoal, nos mostra como seria difícil para um banqueiro de bicho começar de baixo e se tornar bem-sucedido sem o estabelecimento de bases de sustentação dentro e fora do poder público.

Entretanto, é somente a partir dos anos 40 que se pode pensar numa competição entre os donos do jogo. Uma competição pautada pela lei do mais forte e com o objetivo de concentrar os pontos de jogo em torno de alguns poucos, porém fortes, banqueiros. Esta competição nem sempre se deu pelos meios da concorrência capitalista. Em alguns momentos, as balas foram o meio para se ganhar mais pontos. De tal modo, o jogo se constitui enquanto um mercado ilícito, segmentado, competitivo e perigoso. Conflitos armados entre banqueiros durante as décadas de 50 e 60 já tomavam conta das páginas policiais do país. Os conflitos envolviam organizações de pistoleiros – chamados pela imprensa de “Sindicato do Crime” – e de suas redes familiares, numa verdadeira “sangrenta sucessão de lutas de proporções alarmantes” (O Dia, 26.1.1961, *apud* MISSE, 2007, p.4).

Estas disputas criaram uma representação social sobre a figura do banqueiro, que reflete até mesmo o posicionamento de trabalhadores do jogo do bicho nas ruas da cidade. O bicheiro “Zé”, que trabalhava em um ponto de jogo na região central da cidade, afirma que, em determinadas localidades, a presença de um bicheiro é considerada um anteparo contra eventuais assaltos ou roubos.

- (...) a vagabundagem tem medo e não mexe com a gente não, eles acham que tem algum vigia, ou coisa parecida. Esse dinheiro todo aqui ó! [me mostrando um bolo de notas] não é nosso [referindo-se a quem trabalha nas ruas]. E se não é nosso, ele tem que ser de alguém. Quando eu trabalhava na Penha, o dono do boteco que eu trabalhava próximo vivia pedindo para eu ficar na porta do bar dele. As pessoas sabem que vagabundo tem medo de bicheiro.

Por conta disso ao longo dos pontos de jogo espalhados pela cidade não se tem a necessidade constante de uma proteção extensiva. A representação social do banqueiro vai além de um simples marginal ou fora da lei. Sua força não está inserida exclusivamente no indivíduo. As redes e influências são fatores de peso na representação de tais figuras. A simples suposição de uma constituição de redes influentes de banqueiros, se levarmos em conta o horizonte de possibilidade a respeito das práticas associadas ao jogo, constitui uma esfera subjetiva que envolve respeito e temor. Tal esfera se estabelece nas atitudes das pessoas diante do poder exercido pela figura do banqueiro em conjunto com seus parentes e amigos influentes.

As lutas e conflitos entre banqueiros pelo controle de pontos na cidade do Rio de Janeiro, iniciadas na década de 1940 até final dos anos 1970, foram, segundo o sociólogo Michel Misse (2007), um importante “fator de representação social da violência na cidade, mas foi a ligação que se estabeleceu entre esse mercado ilícito e a “proteção” policial o principal responsável pela representação crescente de corrupção policial (...)” (MISSE, 2007, p. 5). Tais redes sociais passavam não apenas a explorar o jogo do bicho, mas também nas chamadas “mercadorias políticas²³”, interligando mercados legais, ilegais, formais e informais.

As disputas entre banqueiros e as tomadas de pontos de jogo mostram como estes conflitos favoreceram determinados banqueiros. O historiador Luiz Bezerra apresenta uma possível apropriação pela força de diversos pontos, o que chama de: “tomada no peito” (2010, p.34), como quando o banqueiro Anísio Abraão fortaleceu sua liderança no jogo e no município de Nilópolis. O acontecimento causou surpresa a todos na cidade, devido a sua abrupta e inesperada ascensão. Em uma entrevista, “Carlinhos”, bicheiro de Niterói, conta como se deu a ascensão do igualmente reconhecido Capitão Guimarães.

- O Capitão Guimarães veio pra Niterói pra combater o jogo. Na época da ditadura, ele era capitão mesmo, do exército, por isso o título de Capitão. Só que ele viu que dava muito dinheiro, mais do que no quartel (risos). Ele veio e saiu pegando esse monte de ponto de bicho. Pegou e começou a montar o jogo dele. Começou a pegar um montão de ponto. Ponto, ponto, ponto, ponto. Dinheiro a “pampa” saiu [do exército] e veio pro jogo de bicho. Ele era do Rio e na época começou essa guerra, era um matando o outro. Você poderia estar escrevendo um joguinho ali e vinha um e te dava um tiro. Aí, então, vieram e pegaram os coroas mesmo. Os antigos, o Capitão Guimarães, o Castor de Andrade, o Piruinha, o Anísio (...). [disseram] Ó gente, vamos parar com isso. Vamos fazer uma divisão pra

²³ O conceito de “mercadorias políticas” cunhado pelo sociólogo Michel Misse (2007), está ligado à repressão de determinados mercados. A partir deste contexto repressivo, bens públicos (pertencentes ao Estado) são apropriados por funcionários do Estado e transformados em um bem privado, que será trocado por dinheiro ou favores. A mercadoria se torna política, pois o seu valor depende de uma correlação de poder e de forças entre as partes durante a transação (troca) e o seu preço é fixado a partir desta dimensão política e sua dimensão econômica.

gente acabar com esse negócio? Se não ficava até hoje como se fosse uma boca de fumo, que cada um invade o outro. Então ficou acertado, agora isso é isso, e isso é isso. Porque eles viram que tava dando dinheiro, é uma coisa lucrativa. É um jogo que são dez mil milhares!

Assim, como apontou “Carlinhos”, a estrutura desse mercado permaneceu segmentada em territórios rivais até o final dos anos 70, quando se estabeleceu a “cúpula do jogo do bicho²⁴”. Movimentos de maior ou menor tensão entre banqueiros pautados por alianças voláteis, de um lado, e conflitos armados de outro, marcavam a representação da macropolítica dos donos do jogo. A cúpula foi criada no início dos anos 80 de modo a estabilizar a aliança entre os grandes banqueiros da cidade, sob a liderança incontestada de Castor de Andrade, filho de banqueiros dos anos 40 e 50, até então no controle da grande maioria de pontos em Bangu e Padre Miguel.

As lideranças do bicho, desde os municípios adjacentes da baixada fluminense até as zonas mais nobres da cidade, foram divididas entre o controle pelos grandes banqueiros, que são caracterizados por serem membros da cúpula, e dos banqueiros menores. Estes, em geral possuíam menos influência e poder econômico além de necessitarem de uma permissão para trabalhar. Quanto a isso, o bicheiro “Carlinhos” explica um pouco como funcionaria esta dinâmica entre grandes e pequenos banqueiros:

- (...). No governo não tem o primeiro escalão? Depois o segundo, o terceiro? Então, você não pode tomar conta de tudo, porque você vai se perder. O segundo escalão é (...). Por exemplo: você vai lá pra Araruama, povo pequeno, aí o banqueiro deixa o cara entrar naquela área. Vai deixar aquele cara sobre o aval dele. Ele nem precisa prestar conta pra ele não. Se eu o conheço, eu vou preferir que ele fique lá do que um outro que eu não conheço, não é? O outro pode querer começar a crescer e invadir a minha área. Então, assim, ele vira o segundo escalão. O banqueiro deixa ele lá trabalhando, mas com a consciência de que está sobre o aval do banqueiro. Vai ter que trabalhar do jeito que ele quer. Porque se deixar qualquer um, vai virar bagunça. É assim que funciona. Você não tem como tomar conta de tudo.

Como dito anteriormente, as relações de confiança e as redes de aliança são essenciais para que os pontos de uma localidade permaneçam sob o controle de determinado banqueiro. Um apadrinhamento de banqueiro para banqueiro permite que os demais possam usufruir das outras áreas. Apesar das

²⁴ No final da década de 1980 a antropóloga Simone Simões Soares (1993) realiza uma entrevista com “Zinho”, o porta-voz do jogo na época e que traz uma imagem de como a dinâmica entre banqueiros funciona. Os sete representantes estavam divididos em cinco áreas: Zona Sul, Centro, Zona Norte, Baixada e interior. Cada zona tinha três representantes, eram 15 representantes e com uma reunião todo mês com a cúpula. A cúpula não decidia, quem decidia era a maioria dos representantes numa votação democrática (SOARES, 1993, p. 75-6).

institucionalidades do jogo do bicho, com a criação da cúpula, as relações não são exclusivamente mediadas pela formalidade. A cúpula se transforma, então, no palco de discussão e deliberação das futuras ações do bicho. Uma das principais questões inerentes à deliberação coletiva da cúpula se estabelece no pertencimento de áreas de jogo. As relações de fronteira são preocupações constantes, tanto na vida de um banqueiro, quanto na dos demais trabalhadores do bicho. Pois, quanto a isso, banqueiros dividem a cidade em uma verdadeira colcha de retalhos. A distribuição dos pontos, em geral, respeita acordos previamente estabelecidos e definidos. Inicialmente, a divisão segue uma estrutura formalizada entre os já concretizados “grandes banqueiros”, cujos nomes hora ou outra pululam as páginas do noticiário policial.

A distribuição dos pontos de cada banqueiro respeita a delimitação de cada área. Cada um tem a sua área e pode distribuir, dar, vender ou conceder concessões de seus pontos como bem entender. Em zonas fronteiriças, esta regra pode parecer um tanto confusa, pois pode haver pontos próximos de banqueiros diferentes. Na zona central da cidade é onde isso é mais evidente. O bicheiro “Domingos”, por exemplo, que trabalha no centro da cidade há mais de 40 anos, conta que esta região é dividida por mais de dez banqueiros diferentes, podendo haver uma banca em cada esquina de banqueiros distintos. As zonas fronteiriças das áreas de cada banqueiro não são estritamente definidas, deixando margem para o surgimento de pequenas concorrências entre pontos de diferentes banqueiros. O bicheiro “Carlinhos” explica como se dá esta divisão:

- No Centro tem muita gente, o volume de jogo é muito maior. E por isso é muito mais vigiado, toda hora passa um policial. Aqui não, como é um jogo mais de bairro, fica mais fácil. Mas, apesar da vigia, lá também tem as máquinas [caça-níqueis], só que fica tudo escondido. Os caras têm tudo um acordo um com o outro. Você não vai colocar a maquininha aqui, porque pra isso também tem um acordo, tem uma divisão. Tem banqueiro só de maquininha caça-níquel. E que também dá bastante dinheiro. Aquela área ali é dele e ele coloca as máquinas escondidinhas pra não ter problema.

Desta forma, conseguimos ver o aparecimento de diferentes funções de banqueiros do bicho. Grandes e pequenos banqueiros coexistem sem que haja a possibilidade de concorrência desleal, que atrapalharia a dinâmica de suas relações. Noções de respeito, disciplina e hierarquia formam a base de sustentação de um funcionamento pacífico da estrutura hierárquica do jogo.

O que se percebe, por meio dos dados em relação à prática do jogo do bicho, é justamente que os períodos de maior violência na disputa e institucionalização dos pontos de apostas se deu concomitante à efetivação da tutela penal. Os maiores índices de violência institucional do jogo coincidem com os períodos de maior repressão, ou seja, a tutela penal e as características da atuação do sistema penal brasileiro, que, por meio de seus agentes, praticam violações à legalidade e

aos direitos humanos, parecem ampliar a necessidade de ponderação a respeito do sentido da proibição. Percebe-se também que, mesmo a partir disso, os agentes do jogo conseguiram estabelecer bases próprias de regulação da atividade.

Conclusão

Assim, discutimos, de forma breve, as funções do Direito Penal, com o intuito de provocar o leitor a respeito de ideias e de sua realização prática. Desde então, permaneceu a tentativa de alinhar questões pertencentes à teoria que justifica a atuação repressiva/punitiva do Estado e seus reflexos na realidade social. Deste modo, é possível afirmar que na prática a proibição do jogo do bicho como contravenção penal, contribuiu com o estabelecimento de uma série de redes oficiosas e oficiais, que se conciliam com outros crimes (cometidos por indivíduos dentro e fora da administração pública). Além disso, a forma como o Estado regula o espaço público se desenvolve de forma assimétrica entre os responsáveis por regular e aqueles que nela exercem suas atividades. A questão é que o espaço público é particularizado por aqueles que detêm a prerrogativa de acessar redes relacionais garantidoras de sua permanência, já que as regras para o uso não são partilhadas universalmente (KANT DE LIMA, 1995, 2001). Em outras palavras, o espaço público no Brasil é considerado propriedade do Estado e não da coletividade. Portanto, a possibilidade e a forma de utilização do espaço público sempre estarão condicionadas à vontade do Estado, que, por sua vez, goza de prerrogativas que garantem sua supremacia.

Por outro lado, o jogo do bicho escapa, tanto política quanto economicamente, das mãos dos investidores privados e do poder público, pois nunca se apresentou inteiramente confinado a tais amarras. Ao invés disso, os jogos de azar se apresentaram com uma apropriação de capitalistas e governantes que se aproveitaram da realidade socioeconômica e de infraestruturas existentes. “A desobediência do jogo do bicho por parte dos ‘banqueiros’ é pautada pelos mesmos fins lucrativos dos opulentos industrialistas” (CHAZKEL, 2007, p. 553). A ambiguidade das leis perante o bicho o deixava em uma posição intermediária entre o permitido e o proibido, legal e ilegal. A súbita transição legal do jogo mascarada por uma moralidade consensual permite uma aplicação seletiva da lei. Em ocasiões, deixa o bicho solto, e em outras, o enjaula.

Referências bibliográficas

- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11º Ed., Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2007.
- BEZERRA, Luiz Anselmo. **A família Beija-Flor**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História (PPGHS). Niterói, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Vol. 1. 13ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

- CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CHAZKEL, Amy. Beyond Law and Order: The Origins of the *Jogo do Bicho* in Republican Rio de Janeiro. *Journal of Latin American Studies*. nº 39 Cambridge University Press – UK 2007.
- CHINELLI, Filipina. & SILVA, Luiz Antônio Machado da. **O vazio da ordem**: Relações políticas e organizacionais entre escolas de samba e o jogo do bicho. *Revista do Rio de Janeiro*, 1 [5], Rio de Janeiro UERJ/CEP Rio 1993: 42-52
- COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- DAMATTA, Roberto; SOÁREZ, Elena. **Um estudo antropológico do jogo do bicho**. Rio de Janeiro; Rocco, 1999.
- EDMUNDO, Luís. **O Rio de Janeiro do meu tempo**. Ed: Senado Federal, Brasília ([1938], 2011).
- FOUCAULT, Michel. Trad. VASSALO; Lígia M. Ponde. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel; 42. ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Editora Impetus, Niterói, 2013.
- FERREJJOLI, Luigi. **Direito e razão – Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- KANT DE LIMA, Roberto. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. Carnaval, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In: GOMES, Laura Graziela; BARBOSA, Lívia; DRUMONDO, José Augusto (Org.) **O Brasil não para principiantes**. Rio de Janeiro: FGV, 2001.
- LABRONICI, Rômulo Bulgarelli. **O leão bipolar**: mudanças impositivas de atuação estatal frente ao jogo do bicho. Apresentação ao XI CONLAB (Congresso Luso Afro Brasileiro), UFBA, 2011.
- _____. **Para todos, vale o escrito**: uma etnografia do jogo do bicho, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012 (dissertação de mestrado).
- _____. Sorteio de bicho: uma análise do lazer para fora da lei. Recorde: **Revista de História do Esporte**. jul-dez-2014, Vol. 7 Issue 2, p1-31. 31p.
- MAGALHÃES, Felipe Santos. Ganhou Leva...Do Vale Impresso ao Vale ao escrito. **Uma história social do jogo do bicho no Rio de Janeiro. (1890-1960)** Tese de doutorado apresentada ao PPGHS – UFRJ; Rio de Janeiro, 2005.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MISSE, Michel. Mercados Ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro. **Estudos Avançados**. Vol.21 no.61 São Paulo, 2007.
- MUÑOS, Conde Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975.
- OTÁVIO, Chico & JUPIARA, Aloy. **Os porões da contravenção. Jogo do bicho e ditadura militar**: a história da aliança que profissionalizou o crime organizado. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2016
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal – Parte Geral**. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. **Política criminal y sistema del derecho penal**, 2Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.21.
- SARRULE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificación)**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.
- SOARES, Simone Simões Ferreira. **Jogo do bicho, um fato social brasileiro**. Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 1993.

WEZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Perez. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Editora Revan, Rio de Janeiro, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro — vol.1. Rio de Janeiro**: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011.

Legislações utilizadas:

BRASIL. **Lei nº 2.321, de 30 de dezembro de 1910**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-2321-30-dezembro-1910-586767-publicacaooriginal-110408-pl.html>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº: 6.259 de 10 de fevereiro de 1944**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del6259.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

BRASIL. **Lei nº: 9.215, de 30 de abril de 1946**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del9215.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

Tratados e convenções internacionais recepcionados pelo Brasil para a preservação do meio ambiente

Thiago Jordace¹
Leslie Arthou²

Resumo

Considerando o novo paradigma de diálogo entre os povos iniciado a partir da segunda metade do século XX, o meio ambiente vem sendo objeto de discussões internacionais acerca de sua necessária preservação. A análise dos principais tratados e convenções internacionais recepcionados pelo Brasil para a preservação do meio ambiente é o início e fundamento para pensar em políticas públicas preservacionistas, favorecendo não apenas a nação brasileira, mas o mundo globalizado. Dessa forma, as principais normas internacionais e seus elementos mais importantes são analisados neste trabalho, objetivando inaugurar um espaço de debate acerca da normatividade ambiental.

Palavras-chave: Meio ambiente; tratados e convenções internacionais; direito internacional ambiental.

Abstract

Considering the new paradigm of dialogue between peoples started to the second half of the twentieth century, the environment has been the subject of international discussions about its necessary preservation. The analysis of the main international treaties and conventions welcomed by Brazil for the preservation of the environment is the beginning and foundation to think of preservationist policies, favoring not only the Brazilian nation, but the globalized world. In this way, the main international standards and its most important elements are analyzed in this work, aiming to open a space for debate about the environmental normativity.

Keywords: Environment; international treaties and conventions; International Environmental Law.

Designações terminológicas dos documentos internacionais

Os documentos internacionais recebem uma designação específica dependendo do seu propósito, partes envolvidas e abrangência, tendo como

¹ Doutor e Mestre em Direito pela UERJ, Graduado em Direito pela UFRJ, professor da UFRRJ, FESO, FEMPERJ, IBMEC e advogado. E-mail: thiagojordace@hotmail.com

² Acadêmica de Direito pela FESO. E-mail: les.arthou@gmail.com

nomenclaturas “tratado”, “convenção”, “acordo”, “protocolo”, “agenda”, “convênio” e “resolução”. Muitas vezes, estes termos são usados de forma indistinta, como sinônimos, algo que dificulta a identificação de plano dos mesmos, rechaçando a técnica para angariar melhor compreensão. Entretanto, é importante determinar cada designação para facilitar a compreensão do padrão internacional.

Segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), recepcionada pelo Brasil pelo decreto 7030/2009, há designação do termo “tratado” como sendo “(...) um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. Francisco Rezek³ define este documento internacional como “(...) todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos”. O artigo 1º/k, da lei 6/2010 do Timor Leste, trata o mesmo como “(...) qualquer acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional Público, destinado a produzir efeitos jurídicos e regulado pelo Direito Internacional Público.”. Não são conceitos precisos, pois sua amplitude abarca qualquer tipo de acordo formal em âmbito internacional, não setorizando cada categoria legislativa em seu devido padrão de nomenclatura, parecendo melhor trabalhar com o indicado na Convenção de Viena (1969).

O tratado internacional é um acordo bilateral ou multilateral de especial relevância política, mas não institui – normalmente – regras de conduta para os Estados partes. Já a “convenção” também é documento formal internacional, sendo erroneamente confundido como espécie daquele; não há relação de gênero e espécie por serem padrões de acordos distintos. Esta nomenclatura é para designar os atos multilaterais, advindos do diálogo internacional acerca de interesses comuns das nações, objetivando estabelecer normas internacionais de condutas de pessoas jurídicas de direito público externo⁴. Excepcionalmente, há acordos deste padrão em âmbito bilateral, sendo o caso, por exemplo da Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria dos impostos sobre a renda⁵.

O “acordo” é termo utilizado como expressão livre para designar os atos internacionais com pouca aderência numérica de Estados, sem alto grau de importância em relação aos já supra analisados. Aquele se difere destes por permitir um ajuste de vontades não apenas entre Estados, mas também entre organizações

³ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional público - curso elementar*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

⁴ Informação obtida no site: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/apresentacao/tipos-de-atos-internacionais/>>

⁵ Decreto 87976/1982 - disponível no site: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao-1/argentina/decreto-no-87-976-de-22-de-dezembro-de-1982>>

internacionais, objetivando cooperarem acerca de determinado objetivo comum. O conteúdo dos acordos internacionais giram em torno das matérias política, economia, cultura, ciência e meio ambiente⁶.

O acordo internacional recebe o nome de ajuste ou acordo complementar quando efetiva a execução concreta de outro acordo já vigente. Portanto, visam apenas efetivar algo estabelecido anteriormente⁷.

“Protocolo” é o documento que expressa intenções efetivas ou um plano de medidas para serem levadas a efeito pelas partes envolvidas no acordo. Normalmente, é utilizado como uma ata de reunião em que todos se comprometem a traçar diretrizes a serem levadas a efeito, sendo algo menos formal que um tratado. É muito comum sua utilização nas práticas diplomáticas brasileiras como um relatório final de uma conferência entre os Estados, formalizando as intenções e acordos efetivados no encontro⁸.

Tratados e Acordos internacionais ambientais receptionados pelo Brasil em espécie

Perpassando a análise das designações terminológicas dos documentos internacionais, passa-se ao estudo dos atos internacionais acerca do meio ambiente receptionados pelo Brasil de forma específica, podendo ser indicados os mais relevantes: a) Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, Especialmente para o Habitat de Aves Aquáticas; b) Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio; c) Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios; d) Convenção Interamericana para a Proteção e Conservação das Tartarugas Marinhas; e) Convenção de Roterdã sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos; f) Convenção Internacional para Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo (OPCR-90); g) Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América; h) Convenção Internacional para a Conservação do Atum e Afins do Atlântico; i) Acordo Constitutivo do Instituto Interamericano para Pesquisa em Mudanças Globais (Ata de Montevideú); j) Convenção sobre Diversidade Biológica; k) Acordo sobre Meio-Ambiente do Mercosul; l) Convenção sobre comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção; m) Convenção da Basiléia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito; n) Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos países afetados por seca grave e/ou desertificação, particularmente na África; o) Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial; p) Convenção

⁶ Informação obtida no site: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/apresentacao/tipos-de-atos-internacionais/>>

⁷ *Loc. cit.*

⁸ *Loc. cit.*

de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes; q) Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica; r) Protocolo de Quioto à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas.⁹

A Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente para o Habitat de Aves Aquáticas, também conhecida como Convenção de Ramsar, instituída em 02 de fevereiro de 1971, recepcionada pelo Brasil em 16 de maio de 1996, pelo Decreto 1905, objetiva proteger as zonas úmidas e as aves aquáticas. Aquelas são “(...) áreas de pântano, charco, turfa ou água, natural ou artificial, permanente ou temporária, com água estagnada ou corrente, doce, salobra ou salgada, incluindo áreas de água marítima com menos de seis metros de profundidade na maré baixa.”. Estas são “(...) pássaros ecologicamente dependentes de zonas úmidas”¹⁰.

Os Estados partes acordaram a efetivar a Convenção de Ramsar objetivando proteger o meio ambiente, considerando especificamente a relevante importância das zonas úmidas e sua fauna para o planeta, podendo ser indicados: são reguladoras naturais dos fluxos de águas doces e salgadas; mantêm inúmeros *habitats* da flora e da fauna; apresentam em suas áreas nichos de valores científico, cultural, recreativo e econômico.

Por intermédio do documento internacional em comento, as partes desejam cessar a progressão da destruição das zonas úmidas e a perda da fauna e flora, mediante uma cooperação global para a preservação de relevante espaço geográfico. As políticas inseridas no texto visam a ações coordenadas e um somatório de forças entre as nações, pois reconhecem ser de suma importância tais atos, considerando toda a complexidade do empenho a ser efetivado. Para tanto, as ações serão por intermédio de um planejamento para o uso sustentável das regiões, mediante vigilância e conservação do terreno e das aves marinhas.

A Convenção de Ramsar conta hoje com cento e cinquenta e nove Estados partes, todos agindo em cooperação para preservar mil e oitocentos e setenta e uma zonas, totalizando cento e oitenta e quatro milhões e dez hectares¹¹. Somente pela simples observação do número de adeptos do acordo internacional e do tamanho geográfico da área de proteção, verifica-se claramente a importância do ato.

Ao assinarem a Convenção de Ramsar, os Estados partes assumiram obrigações de ordem programática e concreta. As primeiras se diferem das segundas por serem objetivos ainda a serem alcançados, ou seja, diretrizes para o futuro, enquanto estas são planos imediatos a serem levados a efeito logo da assinatura do acordo.

As obrigações programáticas compreendem os deveres de promover a conservação das zonas úmidas, mediante planejamento e administração das regiões

⁹ Informação obtida no site: < <http://4ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/tratados-internacionais>>

¹⁰ Decreto 1905/96, Convenção de Ramsar, artigo 1, 1; disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1905.htm>

¹¹ Um hectare equivale a mil metros quadrados.

catalogadas ou não, bem como promover a exploração racional das mesmas - na medida do possível. Quando não for real a possibilidade preservacionista, deve-se criar espaços de compensação de manutenção da natureza, ou seja, criação de reservas naturais para equalizar a agressão levada a efeito. Também é traçado como diretriz o fomento à pesquisa científica referente à região protegida, objetivando incentivar iniciativas técnicas para melhor tutela do espaço. Todos os atos devem estar voltados para o incremento da população das aves aquáticas nas zonas úmidas.

Quanto às obrigações concretas, os Estados partes deverão efetivar o zoneamento pormenorizado das zonas úmidas, com o registro das espécies da fauna e da flora, sendo o mais precisos possível, objetivando ter total conhecimento e controle de manutenção e de eventuais impactos ambientais. Quando uma parte vier a assinar a Convenção de Ramsar, deverá indicar pelo menos uma área úmida de proteção para ser responsável por ela, estabelecendo atos protetivos a serem concretizados. Além disso, o documento internacional indica a não é de proteção somente das regiões de proteção.

Quanto à fiscalização para a preservação das zonas úmidas listadas, o documento prevê a formação de especialistas e técnicos para estudo, gestão e proteção das áreas, bem como o estabelecimento de banco de dados para a obtenção de informações acerca da situação atual da região. Estas deverão ser atualizadas periodicamente e quando houver interferência humana, sendo importante apresentar relatórios nos encontros trienais do grupo de tutela internacional.

É importante salientar que, diferentemente de outros documentos internacionais multilaterais, a Convenção de Ramsar não é filiada ao sistema ONU de tratados, ou seja, todos os 159 (cento e cinquenta e nove) Estados partes da Convenção sobre Zonas Úmidas aderiram ao acordo mediante um diálogo de necessidade de preservação do meio ambiente, e não por algo imperativo apresentado por países desenvolvidos e detentores do poder. Por este motivo, os encontros trienais são efetivados sem a participação do órgão internacional, sendo algo independente.

A Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e o Protocolo de Montreal foram recepcionados pelo Brasil pelo decreto 9928, de 6 de junho de 1990, referente ao instrumento de adesão aos atos internacionais depositados em Nova York/ 19 de março de 1990, o qual dispõe sobre as diretrizes e compromissos firmados pelos Estados partes para solucionar a crescente destruição da camada de ozônio¹²⁻¹³. Esta é definida pelo legislador como “(...) a camada de ozônio

¹² “(...) camada de ozônio atmosférico acima da camada planetária limite.”

¹³ Protocolos adicionais: [decreto 181](#) - Ajuste ao Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio; [decreto 2699](#) - Emenda ao Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio; [decreto 2679](#) - Emendas ao Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio; [decreto 5280](#) - Emendas ao Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, aprovadas em Montreal, em 17 de setembro de 1997, ao término da nona reunião das partes, e, em Pequim, em 3 de dezembro de 1999, por ocasião da décima primeira reunião das partes.

atmosférico acima da camada planetária limite”¹⁴, a qual tem a função de proteger a superfície terrestre, absorvendo as radiações advindas do sol, principalmente a ultravioleta A (UVA), por intermédio do gás ozônio (O₃)¹⁵.

A Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e o Protocolo de Montreal sobre substâncias que destroem a Camada de Ozônio foram documentos internacionais de cooperação ratificados por vinte e oito países em 1985, tendo a participação efetiva brasileira somente em 1990. Os Estados partes firmaram obrigações concretas e programáticas para a solução da questão ambiental acerca da destruição do filtro atmosférico, envolvendo pesquisa, monitoramento, compartilhamento de informações e medidas para controle dos poluentes.

Das obrigações concretas, as partes firmaram acordo para angariar o maior número de adeptos para os documentos, bem como cooperar com os principais organismos internacionais. Também acordaram na efetivação de pesquisas científicas sobre a camada de ozônio e os efeitos do gás CFC (cloro flúor carbono) na degradação desta, no compartilhamento de informações mediante reuniões periódicas sobre o tema e no compromisso de solucionar controvérsias científicas da forma mais eficiente possível, tudo objetivando uma melhor eficiência na solução da questão.

Quanto às obrigações programáticas, os Estados partes se compromissaram a efetivar medidas adequadas na proteção da saúde humana e do meio ambiente, protegendo-os das modificações danosas da camada de ozônio. Para tanto, os países cooperarão em políticas de compreensão acerca da questão, mediante estudos científicos sobre os efeitos dos poluentes emitidos na atmosfera. Além disso, se comprometem a legislar e administrar os prováveis atos lesivos, objetivando controlar, limitar, reduzir ou evitar tais atividades danosas ao meio ambiente aéreo. É uma obrigação aberta, devendo ser entendida como um compromisso de efetivar uma tutela jurídica severa, mediante criação de penalidades, medidas proibitivas e penas, tal como pode ser verificado nas disposições da resolução CONAMA 267/2000¹⁶ e

¹⁴ Artigo 1, 1, Decreto 99280/90.

¹⁵ Informação obtida no site: <http://eco.ib.usp.br/lepac/conservacao/ensino/des_ozonio.htm>, acesso em 05.03.2016

¹⁶ resolução CONAMA 267/2000 - art. 3º: Ficam restritas, a partir de 1º de janeiro de 2001, as importações de CFC-11 (triclorofluormetano), CFC-12 (diclorodifluormetano), Halon 1211 (bromoclorodifluormetano) e Halon 1301 (bromotrifluormetano) como se segue:

I - as importações máximas de CFC-12 sofrerão reduções gradativas em peso, por empresa importadora/produtora, obedecendo ao cronograma constante das alíneas “a” a “g” deste inciso e tendo como base a quantidade de CFC-12 importada/produzida no ano de 1999, não podendo exceder à média de importação/produção dessa substância, por empresa, no período de 1995 a 1997:

- a) quinze por cento no ano de 2001;
- b) trinta e cinco por cento no ano de 2002;
- c) cinquenta e cinco por cento no ano de 2003;
- d) setenta e cinco por cento no ano de 2004;
- e) oitenta e cinco por cento no ano de 2005;
- f) noventa e cinco por cento no ano de 2006; e

da lei 9.605/98¹⁷. Neste ponto, o Brasil foi muito bem sucedido, pois antecipou a proibição do gás CFC em 2007 - bem antes da meta que seria em 2010.

g) cem por cento no ano de 2007.

II - ficam proibidas as importações de CFC-12 a partir de 2007;

III - as importações de CFC-11 serão permitidas apenas para suprir os consumos das empresas cadastradas junto ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA e que tenham projetos de conversão às tecnologias livres dessa substância, em processo de implantação, ou em vias de apresentarem propostas para tal finalidade, até doze meses a partir da data de publicação desta Resolução;

IV - para o atendimento das aplicações apontadas como de (uso essencial), definidas no art. 4º desta Resolução.

¹⁷ Lei nº 9605/98 - Da Poluição e outros Crimes Ambientais

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

(...)

Pena - reclusão de um a cinco anos.

Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente.

Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem abandona os produtos ou substâncias referidos no *caput*, ou os utiliza em desacordo com as normas de segurança.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - abandona os produtos ou substâncias referidos no **caput** ou os utiliza em desacordo com as normas ambientais ou de segurança;

II - manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento.

§ 2º Se o produto ou a substância for nuclear ou radioativa, a pena é aumentada de um sexto a um terço.

§ 3º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Art. 61. Disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (grifos do autor)

Os ordenamentos jurídicos nacional e estrangeiro tratam especificamente da poluição causada por óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas. O Direito brasileiro prevê sanções administrativas para a conduta de degradação por petróleo e seus derivados nas seguintes normas: Lei nº 9966/2000¹⁸, Decreto 79.437/1977¹⁹ e Decreto 4136/2002²⁰. Os principais documentos internacionais acerca desta questão são: MARPOL 73/78 - Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios, concluída em Londres, em 2 de novembro de 1973, alterada pelo Protocolo de 1978, concluído em Londres, em 17 de fevereiro de 1978, e emendas posteriores, ratificadas pelo Brasil²¹; Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por óleo, 1969 – ratificada pelo Brasil²².

Como as convenções internacionais supracitadas foram ratificadas pelo Brasil, pode-se considerá-las como legislação nacional. Além disso, as leis oriundas do Congresso Nacional fazem referência a estes documentos. Sendo assim, todas as sanções administrativas previstas nas normas supracitadas podem ser aplicadas no território brasileiro, sob a jurisdição nacional.

Considerando-se a necessidade de prevenção, controle e punição de atos degradantes das águas, todo o arcabouço legal supracitado objetiva contribuir para a proteção do meio ambiente marinho contra a degradação por óleo e seus derivados. Segundo à legislação, esse objetivo será alcançado por medidas preventivas e sancionatórias.

As medidas preventivas têm o objetivo de controlar, prevenir e amenizar a poluição por óleo e seus derivados. Estas consistem em fiscalizar navios petroleiros, equipamentos e todos os instrumentos de extração e distribuição do petróleo pela via náutica.

As sanções administrativas previstas na Lei 9966/2000 são: multa diária (art. 25, I), multa (art. 25, II), retenção do navio até que a situação seja regularizada

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 9.966/00, de 28 de abril de 2000.** Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, p. 1, ed. extra, 29 abr. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9966.htm>. Acesso em 09 de março de 2016.

¹⁹ BRASIL. Decreto nº **79.437, de 28 de março de 1977.** Promulga a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por óleo, 1969. *Diário Oficial da União*. Brasília, 29 mar. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D79437.htm>. Acesso em 09 de março de 2016.

²⁰ BRASIL. Decreto nº **4.136/02, de 20 de fevereiro de 2002.** Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às infrações às regras de prevenção, controle e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional, prevista na Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 2, 21 fev. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9966.htm>. Acesso em 09 de março de 2016.

²¹ INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE PREVENTION OF POLLUTION FROM SHIPS. *Protocol of 1978*. 1978.

²² CONVENÇÃO Internacional sobre a responsabilidade civil de danos causados por poluição por óleo. Bruxelas, 1969.

(art. 25, III), suspensão imediata das atividades da empresa transportadora em situação irregular (art. 25, IV).

Quanto à multa diária (*astreintes*) e multa simples, não há grandes considerações a serem apresentadas, uma vez que estas sanções já foram estudadas no presente capítulo. O único aspecto excepcional deste diploma legal é o valor da prestação pecuniária, sendo o mínimo de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais)²³.

A retenção do navio até a regularização da situação é prevista no art. 25, III, da lei 9966/2000, que prevê a conduta de obstruir a circulação da embarcação irregular até a manutenção da regularidade. Trata-se de medida de prevenção, significativa tanto para a sociedade – pois não vai haver o perigo de poluição das águas – como para o empreendedor, que não vai sofrer prejuízos com uma possível multa por degradação marítima.

A suspensão imediata das atividades da empresa transportadora em situação irregular, penalidade prevista no art. 25, IV, da lei 9966/2000, é medida tanto preventiva como punitiva, e é mais gravosa que a multa. A interrupção de uma empresa acarreta a impossibilidade de produção, atingindo diretamente seu objetivo de lucro. Assim, ela deve ser levada a efeito em último caso, somente quando esgotadas todas as possibilidades sancionatórias e preventivas.

O Decreto 79.437/1977 promulga a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por óleo, 1969. Tanto no documento de ratificação, como nesta Convenção, não há medidas sancionatórias administrativas, e sim tão somente a previsão da Responsabilidade Civil para reparação do *status quo ante* quando advier dano ocasionado por óleo²⁴.

O Decreto 4136, de 20 de fevereiro de 2002, dispõe sobre as especificações das medidas preventivas e das sanções administrativas pela prática de degradação marítima ocasionada por óleo e outros componentes nocivos e perigosos. O diploma legal dispõe de forma minuciosa as especificidades indicadas na Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios – MARPOL – e na Lei nº 9966/2000, que são normas gerais, enquanto aquela é especial²⁵.

²³ Lei 9966/2000, art. 25, § 2º (BRASIL. **Lei nº 9.966/00, de 28 de abril de 2000**. Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, p. 1, ed. extra, 29 abr. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9966.htm>. Acesso em 09 de março de 2016.).

²⁴ BRASIL. Decreto nº 79.437, de 28 de março de 1977. Promulga a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por óleo, 1969. *Diário Oficial da União*. Brasília, 29 mar. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D79437.htm>. Acesso em 09 de março de 2016.

²⁵ BRASIL. **Decreto nº 4.136/02, de 20 de fevereiro de 2002**. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às infrações às regras de prevenção, controle e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional, prevista na Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 2, 21 fev. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9966.htm>. Acesso em 09 de março de 2016.

As sanções administrativas previstas no Decreto 4136/2000 são previstas em seu art. 9º: I – advertência; II – multa simples; III – multa diária; IV – apreensão do navio; V - destruição ou inutilização do produto; VI – embargo da atividade; VII – suspensão parcial ou total das atividades; VIII – restritiva de direitos²⁶.

A sanção administrativa restritiva de direitos, prevista no art. 9º, VIII, do Decreto 4136/2000 é especificada no § 8º do mesmo dispositivo, englobando as seguintes restrições: I – suspensão de registro, licença, permissão ou autorização; II - cancelamento de registro, licença, permissão ou autorização; III - perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais; IV - perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; e V - proibição de contratar com a Administração Pública pelo período de até três anos²⁷.

A Convenção Interamericana para a Proteção e Conservação das Tartarugas Marinhas, celebrada em Caracas/Venezuela, em 1996, tendo como objetivo a proteção, recuperação e conservação das diversas espécies de tartarugas marinhas e seus habitats, foi ratificada pelo Brasil em 22 de novembro de 1999, entrando em vigor em 02 de maio de 2001. É importante instrumento americano, não mundial, de cooperação para a preservação da fauna marinha.

Para atingir o objetivo de tutela do meio ambiente marinho, especificamente as tartarugas marinhas, os Estados partes adotaram as seguintes medidas: a) proibição da captura, aprisionamento, morte e comércio das tartarugas marinhas, de seus ovos e partes ou produtos advindos de fora prejudiciais à fauna marinha; b) cumprimento das obrigações estabelecidas na Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas da Fauna e da Flora Silvestres (CITES), referentes às tartarugas marinhas, seus ovos, partes ou produtos advindos delas; c) restrição das condutas humanas que possam lesionar severamente as tartarugas marinhas, especificamente durante os períodos de acasalamento, procriação e migração; d) proteção, conservação e restauração do habitat como medidas compensatórias, bem como a dos locais de desova das espécies em comento, estabelecendo restrições e zonas necessárias à utilização dessas áreas, mediante estabelecimento de reservas de proteção ambiental ou qualquer território de exploração restrita; e) incentivo à pesquisa científica das tartarugas marinhas e seus habitats, promovendo o compartilhamento de informações reais e úteis para a efetivação de medidas protecionistas; f) promoção de pesquisa sobre reprodução experimental, criação e reintrodução das tartarugas marinhas em seus habitats, objetivando aumentar as populações; g) promoção da educação ambiental e a integração para o estímulo da participação das instituições públicas, privadas e da população em geral de cada Estado, especialmente das comunidades envolvidas na proteção, na conservação e na recuperação das populações de tartarugas marinhas e de seus habitats; h) redução da captura, retenção, do dano ou da morte acidentais das tartarugas marinhas durante as pescas regulamentadas,

²⁶ *Loc. cit.*

²⁷ *Loc. cit.*

desenvolvendo, aprimorando e utilizando técnicas apropriadas, com dispositivos de escape para tartarugas, bem como a promoção de treinamento dos pescadores para a preservação natural.

A Convenção de Roterdã sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos, adotada em 10 de setembro de 1998, tendo sua entrada em vigor no Brasil nesta mesma data, objetiva efetivar medidas de responsabilização e cooperação de esforços para proteger a saúde humana e o meio ambiente contra possíveis danos advindos de produtos tóxicos ou perigosos. Além disso, visa ao uso ambientalmente correto dessas substâncias químicas, promovendo o compartilhamento de informações e diretrizes entre os Estados partes.

O documento internacional em comento estabelece um rol de diretrizes técnicas para o manuseio, comércio e descarte de substâncias químicas, inclusive agrotóxicos. Em outras palavras, é uma medida preventiva, não sancionatória, a qual efetiva uma série de cuidados para esses produtos²⁸.

A Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América entrou em vigor em 12 de outubro de 1940, sendo ratificada pelo Brasil via decreto 58.054, de 23 de março de 1966. Esta tem por objetivo a proteção e conservação da fauna e da flora indígenas, bem como das aves migratórias, dos locais extensos de seus *habitats*, das paisagens de grande beleza e das formações geológicas extraordinárias.

Os Estados partes assumiram o compromisso de efetivar políticas protecionistas de ordens programáticas e concretas: quanto às primeiras, há a obrigatoriedade de promoção imediata de estudos para a criação de reservas, parques e monumentos naturais em territórios dos membros participantes, a fim de manter áreas de preservação mais estáveis. Também há a iniciativa de efetivação de medidas para a proteção de aves migratórias de valor econômico ou esteticamente belas ou com o objetivo de evitar a extinção de determinada espécie.

Quanto às obrigações concretas, os Estados partes acordaram nas seguintes políticas: (a) promoção da integração do ser humano aos parques nacionais de preservação, objetivando a promoção do lazer e da educação ambiental; (b) cooperação entre os membros da Convenção para o alcance dos objetivos desta, mediante prestação de todo auxílio necessário, desde que seja compatível com a legislação nacional de cada ente; (c) cooperação científica com a disponibilização de pesquisas e relatórios para todos os cooperados; (d) caso não seja possível a criação de reservas, parques e monumentos naturais nos padrões da Convenção, efetivação de um estudo imediato para a escolha de regiões com importância secundária para a criação de reservas naturais; (e) compromisso de informar à União Pan-americana sobre as áreas de proteção criadas, legislação e políticas públicas adotadas no viés protecionista acordado; (f) manutenção, o máximo possível, das áreas verdes virgens, exceto se for para efetivação de estudos científicos

²⁸Não será efetivado um estudo mais profundo, pois não é o objetivo do presente trabalho.

ou inspeção oficial; (g) obrigação de legislar sobre os objetivos da Convenção, no intuito de regulamentar as atividades inerentes às regiões preservadas; (h) promoção de medidas importantes para a regulamentação e administração de transações comerciais referentes às espécies animal e vegetal protegidas.

Em 1966, na cidade do Rio de Janeiro, foi elaborada a Convenção Internacional para a Conservação do Atum e Afins do Atlântico, sendo ratificada pelo Brasil em 20 de maio de 1969, via decreto 65.026. O documento internacional tem o intuito de promover uma política de pesca de atuns e espécies afins de forma sustentável. O objeto do documento é bem específico: manutenção do peixe atum e espécies correlatas (*escombriformes*, com exceções indicadas no diploma) no oceano Atlântico, em áreas marinhas bem delineadas via determinação específica de latitudes e longitudes no globo.

O objetivo preservacionista do atum e espécies afins será alcançado mediante um plano estratégico efetivado pelos quarenta e oito Estados partes: (a) fornecimento e disponibilização de todas as informações científicas sobre o objeto de tutela da convenção; (b) criação e manutenção da Comissão Internacional para a Conservação do Atum e Afins do Atlântico - órgão que unifica as diretrizes a serem efetivadas para a proteção das espécies; (c) envio a cada dois anos ou a qualquer tempo, desde que haja requisição, de informações científicas; (d) permissão de que a Comissão obtenha diretamente com as companhias pesqueiras ou com os pescadores locais informações sobre o objeto de tutela, quando os serviços oficiais nacionais não puderem contribuir com eventual requisição de informação.

O Acordo Constitutivo do Instituto Interamericano para Pesquisa em Mudanças Globais, também conhecido como Ata de Montevideú, foi ratificado pelo Brasil em 14 de abril de 1998, via decreto 2.544, teve origem com ideia apresentada na Conferência da Casa Branca sobre Pesquisa Científica e Econômica em Mudanças Globais, ocorrida em 1990. O documento internacional em comento tem o objetivo de trocar informações científicas acerca de estudos sobre mudanças climáticas globais, sendo o fim último uma compreensão mais específica e completa sobre a real situação do planeta em relação a suas transformações negativas.

Seus dezenove membros acordaram nas seguintes diretrizes: (a) promoção de cooperação em estudos científicos para a compreensão melhor do problema e propostas de soluções; (b) incentivo a programas e projetos científicos para a busca de soluções; (c) efetivação da capacitação técnica e científica, bem como promoção de possibilidades estruturais para a pesquisa; (d) disponibilização das informações obtidas pelas pesquisas para a sociedade, aos governos e aos empresários, objetivando possibilitar planos para as mudanças climáticas; (e) obrigação de possibilitar a livre circulação de pessoas credenciadas para a efetivação de estudos científicos nos territórios dos Estados partes.

No Brasil, os estudos climáticos são realizados pelo INPE - Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais - órgão técnico e científico responsável pelos estudos do

objeto do documento internacional em comento. Ressalte-se que não há nenhum mecanismo de controle ou implementação e de relatórios acerca da problemática.

Em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, foi celebrada a Convenção sobre Diversidade Biológica, sendo ratificada pelo Brasil em 16 de março de 1998, via decreto 2.519. Este documento internacional versa sobre a necessária conservação e gestão da diversidade biológica, seu uso sustentável e o fracionamento dos benefícios advindos de derivados dos recursos genéticos oriundos da natureza.

O documento internacional em comento visa, ainda, a medidas de uso sustentável dos componentes da diversidade biológica, bem como seu monitoramento e sua identificação. Para tanto, mesmo considerando a soberania dos Estados para uso dos componentes situados em seus territórios, todos acordaram em fracionar os direitos de cada um, promovendo acesso igualitário a todos. Também prevê em suas disposições pesquisa, educação ambiental, conscientização da sociedade e treinamento para melhor preservação e uso sustentável dos produtos advindos das reservas naturais. Quanto à pesquisa técnica e científica, há previsão de cooperação para compartilhamento de dados por todos, reforçando as possibilidades de entender e efetivar medidas protecionistas.

Em 2001, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai celebraram o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul, também conhecido como Agenda comum de meio ambiente no âmbito do Mercosul. Este entrou em vigor em 17 de setembro de 2004, via decreto 5208, tendo como objeto fixar diretrizes comuns para a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável.

Para atingirem o objetivo de preservação ambiental, os países signatários acordaram no seguinte sentido: (a) utilização dos recursos naturais da forma mais eficiente possível, pautando políticas em princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio; (b) todas as políticas ambientais devem ser unificadas para o fortalecimento das medidas a serem efetivadas; (c) foco em desenvolvimento sustentável mediante cooperação entre os Estados partes; (d) prioridade às causas dos problemas ambientais como foco das políticas protecionistas; (e) coleta e trocas recíprocas de informações acerca do meio ambiente; (f) incentivo a políticas de gestão ambiental; (g) padronização das normas ambientais, considerando os diversos ambientes geográficos; (h) busca de fontes de financiamentos para uma política ambiental sustentável; (i) promoção de políticas de desenvolvimento sustentável do trabalho, compatibilizando a necessária preservação e o avanço econômico; (j) incentivo a processos, serviços e atividades produtivas não lesivas ao meio ambiente; (k) fomento do avanço tecnológico limpo; (l) prestação de informações acerca de desastres naturais afetos aos Estados partes; (m) promoção da educação ambiental; (n) manutenção sempre que possível dos aspectos culturais da população local quando da iniciativa pública de preservação.

Apesar das diretrizes supracitadas serem bem-vindas, estas são mais que meras políticas programáticas, sem diretrizes concretas para a proteção ambiental. Assim, o documento é uma mera declaração de intenções sem uma necessária carga de concretude.

Em 1973, foi celebrada a Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção, sendo ratificada pelo Brasil em 17 de novembro de 1975, via decreto 76.623, a qual tem o objetivo de regulamentar e limitar as transações comerciais de animais e plantas que estejam em risco de extinção.

O documento internacional em questão apresenta uma série de diretrizes administrativas e jurídicas para o controle e regulamentação do comércio de espécies da flora e da fauna com risco de extinção, sendo considerado um avanço louvável para a proteção ambiental. Dentre elas, destacam-se as seguintes: (a) controle administrativo via necessária emissão de licença e certificados, por parte da autoridade competente, para exportação e importação de espécies previstas no rol de controle; (b) obrigação dos Estados partes de efetivarem medidas para assegurar o cumprimento das disposições do Acordo, podendo ser via efetivação de sanções penais e confisco ou devolução das espécies ao Estado de origem; (c) instituição de rígido controle alfandegário para a entrada e saída dos seres vivos com risco de extinção; (d) compartilhamento de informações técnicas e científicas para todos os membros, objetivando compreender a situação e efetivar políticas de controle.

Em 19 de julho de 1993, a Convenção da Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito entrou em vigor no Brasil, tendo como objetivo regulamentar a situação de lixos de alto risco, pautando-se em duas premissas: soberania dos Estados para gerenciar o fluxo em seus territórios e os dejetos devem ser depositados nas origens geográficas de suas gerações.

O objeto do acordo internacional em comento é o controle de resíduos perigosos, devendo estes serem entendidos como todo material definido no anexo I do documento internacional ou qualquer que seja a definição da legislação nacional. Caso haja inserção de algum dejetos que não faça parte do rol internacional, mas tão somente das normas internas, o Secretariado *United Nations Environment Programme* deverá ser informado a respeito, objetivando incluir também o lixo no ordenamento internacional.

Quanto às obrigações assumidas pelos Estados partes, as principais são da seguinte ordem: (a) reduzir a quantidade de geração de rejeitos tóxicos à menor quantidade possível; (b) isolar os dejetos perigosos em locais mais distantes possíveis, observando um descarte racional dos mesmos; (c) reduzir ao máximo a migração de resíduos perigosos, evitando eventuais efeitos lesivos desse movimento - ressaltando ser possível, excepcionalmente, a exportação dos resíduos perigosos caso o Estado exportador não tenha capacidade técnica para solucionar a questão, mas sempre focando em descarte consciente; (d) implementar sanções legais e administrativas aos infratores das normas da Convenção; (e) analisar periodicamente a possibilidade de redução da poluição ocasionada pelo descarte de lixo perigoso; (f) adequar à legislação nacional o rol de rejeitos perigosos à Convenção; (g) impedir importação ou exportação

de lixo perigoso quando houver indícios de o rejeito não ser gerido de forma sustentável.

Em 20 de agosto de 1998, a Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos países afetados por seca grave e/ou desertificação, particularmente na África, entrou em vigor no Brasil via decreto 2741, a qual visa planejar e combater o desgaste da terra, prevenindo e reduzindo sua deterioração, via implementação de políticas de desenvolvimento sustentável. O documento internacional foi elaborado para dar eficiência às políticas de baixa eficácia elaboradas no Plano de Ação das Nações Unidas para o combate à desertificação, planejados na Conferência das Nações Unidas sobre desertificação, 1977.

Para atingir o objetivo de recuperação das terras, as partes acordaram em implementar uma política integrada, via somatório de esforços ao unificar todos os meios necessários: capital, mão de obra e conhecimentos técnicos/científicos. Quanto ao recurso financeiro indispensável, os Estados irão contribuir com um fundo, na medida de suas capacidades econômicas, colocando à disposição dinheiro para custear as medidas preservacionistas. A necessidade de mão de obra será suprida mediante a participação da população local; quando for necessário capital humano especializado, haverá políticas de promoção da capacitação, objetivando fortalecer a possibilidade de cooperação local. Os conhecimentos técnicos e científicos serão compartilhados e colocados à disposição de todos os países signatários, considerando o relevante fator contributivo de que a tecnologia é capaz de trazer soluções e contribuições importantes para o encerramento da questão²⁹.

Em 17 de outubro de 2003, a Convenção para a Salvaguarda do patrimônio Cultural Imaterial foi adotada em Paris/França e assinada em 3 de novembro de 2003, entrando em vigor no Brasil em 12 de abril de 2006, via decreto 5753. Seu objetivo é proteger o patrimônio cultural e imaterial, promovendo o respeito ao patrimônio cultural e imaterial das comunidades, grupos e indivíduos integrantes das sociedades dos Estados partes, a conscientização em todos os âmbitos e sem fronteiras da importância do objeto do documento internacional, de seu reconhecimento por todas as nações envolvidas e da cooperação internacional mútua para sua salvaguarda.

Como o objeto de proteção do acordo internacional em comento é fluido e impreciso, o documento apresentou uma definição específica para facilitar a identificação e limites de tutela jurídica internacional³⁰:

²⁹ Para ilustrar, Israel desenvolveu a técnica do gotejamento, a qual faz o uso racional da água para viabilizar a agricultura em ambientes áridos. A técnica consiste em levar até as plantas água suficiente - com desperdício mínimo - diretamente para as raízes das plantas, conduzindo apenas a quantidade necessária para viabilidade das culturas agrícolas. Para maiores informações, acesse: <file:///C:/Users/Thiago/Downloads/-upload-20121023200444israel_e_a_tecnologia_de_irrigacao_por_gotejamento___igor_freitas.pdf>

³⁰ Decreto 5753, de 12 de Abril de 2006, disponível no site: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5753.htm>, acesso em 23.03.2016.

Artigo 2: *Definições*

Para os fins da presente Convenção,

1. Entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável.

2. O “patrimônio cultural imaterial”, conforme definido no parágrafo 1 acima, se manifesta em particular nos seguintes campos:

- a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial;
- b) expressões artísticas;
- c) práticas sociais, rituais e atos festivos;
- d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo;
- e) técnicas artesanais tradicionais.

Pela iniciativa de conceituação de “patrimônio cultural e imaterial”, o documento internacional já merece aplausos, pois em muitos países não há a definição ou ela é demasiadamente imprecisa. Além disso, iniciou um debate mais profundo acerca da necessidade de tutela do objeto da presente Convenção.

As principais obrigações assumidas pelos Estados partes envolvem cooperação de vigilância, incentivos em estudos científicos, técnicos e artísticos, manutenção de um fundo para gastos necessários e educação. Quanto à fiscalização, há o acordo de fortalecimento das instituições fiscais para a defesa dos patrimônios, mediante adoção de medidas jurídicas, técnicas, administrativas e financeiras para uma melhor gestão da tutela conjunta entre as nações envolvidas. A iniciativa de fomento a estudos técnicos, científicos e artísticos envolvem a necessária contribuição da ciência e habilidades para restauração, catalogação e ações específicas de preservação do objeto do presente diploma internacional. Já na educação, considerando esta como aspecto de maior relevância para a preservação, haverá a promoção de reconhecimento, respeito e valorização do patrimônio cultural imaterial por parte da sociedade, mediante programas de disseminação do conhecimento para o público em todos os níveis, com foco nos jovens, por serem o futuro das nações. Como toda política pública envolve verba, nada mais justo e necessário que a previsão de formação de um fundo comum para custear estas

promoções, tal como é previsto no acordo internacional, tendo a contribuição de todos na medida de suas possibilidades.

O decreto 5472 de 20 de junho de 2005, ratificou a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes, criada em 22 de maio de 2001, nesta cidade sueca, tendo como objetivo efetivar políticas de extinção gradativa de emissão de poluentes orgânicos persistentes. Estes são produtos químicos tóxicos e bioacumulativos degradantes dos ecossistemas aéreo, terrestre e aquático, indicados no rol de substâncias dos anexos do documento internacional.

Os Estados partes assumiram compromissos de envidar esforços para a diminuição contínua, até a extinção total, do uso e conseqüente eliminação dos produtos elencados no documento internacional, mediante: 1. utilização de substitutivos sustentáveis aos materiais poluentes; 2. manutenção e controle dos estoques de componentes químicos tóxicos; 3. efetivação de medidas sustentáveis para o manejo, coleta e migração dos componentes em questão; 4. promoção de estudos específicos em locais contaminados por estes materiais, adotando estratégias para uma solução viável; 5. conscientização e educação da população para lidar com o problema de forma racional; 6. disponibilização de informações públicas entre as nações acerca da situação; 7. treinamento dos profissionais que lidam diretamente com as substâncias tóxicas, tanto em âmbito nacional como internacional, objetivando melhor gerenciamento das situações; 8. fomento e desenvolvimento de pesquisas técnicas e científicas, mediante cooperação entre as partes, objetivando possibilitar soluções científicas; 9. tutela jurídica e administrativa de proibição e fiscalização necessárias a eliminar produção, importação, exportação e utilização dos elementos químicos descritos nos anexos do documento internacional; 10. cronograma de metas e estratégias eficazes no combate à problemática.

O Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica foi ratificado pelo Brasil via decreto 5705 de 16 de fevereiro de 2006. Celebrado na cidade de Montreal, em 29 de janeiro de 2000, o Protocolo regulamenta a migração entre os Estados partes de organismos vivos modificados³¹ geneticamente pela biotecnologia moderna³². Considerando a necessidade, controle e conservação da biodiversidade, podendo trazer o desequilíbrio ecológico o manejo de seres modificados, as nações assumiram compromissos importantes acerca da questão.

³¹ Decreto 5705, artigo 3º, *b*: “por ‘organismo vivo’ se entende qualquer entidade biológica capaz de transferir ou replicar material genético, inclusive os organismos estéreis, os vírus e os viroides.”.

³² Decreto 5705, artigo 3º, *i*: “por ‘biotecnologia moderna’ se entende:

- a. a aplicação de técnicas *in vitro*, de ácidos nucleicos inclusive ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante e injeção direta de ácidos nucleicos em células ou organelas, ou
- b. a fusão de células de organismos que não pertencem à mesma família taxonômica, que superem as barreiras naturais da fisiologia da reprodução ou da recombinação e que não sejam técnicas utilizadas na reprodução e seleção tradicionais.”.

Dentre as obrigações assumidas, as que se destacam são: (a) criação de arcabouço legislativo para a tutela jurídica e administrativa como vias necessárias a darem eficiência no cumprimento das políticas adotadas; (b) desenvolvimento e aperfeiçoamento de todas as técnicas de manipulação, migração e estudos de todos os organismos vivos modificados; (c) promoção da educação e conscientização dos riscos e benefícios com o trato do objeto da proteção internacional; (d) fiscalização administrativa das nações, mediante o uso do poder de polícia para resguardo da coletividade; (e) todos os acordos e ajustes bilaterais, regionais e multilaterais deverão ser informados por intermédio do Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança.

Em 1997, na cidade de Quioto/Japão, foi elaborado o Protocolo de Quioto à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, sendo ratificado pelo Brasil via decreto 5445, de 12 de maio de 2005, o qual estende os objetivos e parâmetros traçados na UNFCCC – *The United Nations Framework Convention on Climate Change* – acerca da problemática do aquecimento global e suas consequências. É um documento internacional de extrema importância, que evidencia o risco do efeito estufa para o planeta, estabelecendo obrigações concretas para a defesa das gerações presentes e futuras.

O objetivo do Protocolo de Quioto é bem claro: diminuir a emissão de gases ofensivos ao efeito estufa por parte dos países desenvolvidos, excepcionando os poluentes já controlados pelo Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio - ora já esposada no presente estudo. Ressalte-se que o compromisso de redução da poluição é por parte dos países desenvolvidos, pois estes são os maiores emissores e/ou detêm poderio econômico que possibilite arcar com tal responsabilidade.

Os países desenvolvidos acordaram em atingir a meta de redução de, no mínimo, cinco por cento dos níveis de poluição, tendo como parâmetro o ano de 1990. Para cumprirem a obrigação, as nações deveriam fazer uma transição econômica, política e tecnológica toda voltada para reduzir a utilização de combustíveis fósseis, angariando alternativas sustentáveis. A meta deveria ser atingida entre os anos de 2008 e 2012 - deveria, pois nem todos os países conseguiram atingir tal objetivo.

Os países não incluídos no anexo I do Protocolo de Quioto, também se obrigaram a efetivar políticas de redução de poluentes, da seguinte ordem³³:

A) formular, quando apropriado e na medida do possível, programas nacionais de monitoramento da qualidade da emissão dos gases de efeito estufa, dos dados da atividade e dos modelos locais para preparação dos inventários nacionais de emissão e remoção destes gases, provavelmente já visando a um estabelecimento de banco de dados para eventual compromisso futuro que estes países possam vir a ter, bem como verificar

³³ Informação obtida no site do Ministério Público Federal: < <http://4ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/tratados-internacionais/docs/formato-tabela-ProtQuioto.pdf>>

se estão conseguindo, ainda que não obrigados, reduzir suas emissões; B) formular, implementar, publicar e atualizar regularmente programas nacionais que contenham medidas para mitigar a mudança do clima, bem como facilitar uma adaptação adequada à mudança do clima, envolvendo, dentre outros, os setores de energia, transporte, indústria, agricultura, florestas e tratamento de resíduos; C) cooperar na transferência de tecnologia, nas pesquisas científicas e em programas de educação e treinamento que possam auxiliar na implementação dos objetivos do Protocolo.

O documento internacional em análise prevê dois mecanismos suplementares para atingir a meta de redução de emissão de poluentes: (a) mercado de transações de carbono, o qual consiste na transferência ou aquisição de outro Estado parte em unidades de poluição de carbono; (b) mecanismo de desenvolvimento limpo, sendo a possibilidade dos países (especificados no anexo I do acordo) a adquirirem de outros (não inseridos no anexo I) reduções especificadas de emissões de CO² - fruto de políticas implementadas nestes.

Conclusão

Um dos elementos mais importantes para o desenvolvimento de uma sociedade pacífica é o diálogo entre os povos, sendo uma experiência recente, a partir da segunda metade do século XX, pós Segunda Guerra Mundial. A terceira dimensão de direitos humanos apresentou o viés de fraternidade entre as nações quando do início de diálogo, respeitando as diversidades históricas, sociais, políticas e culturais. Os documentos internacionais evidenciam essa nova fase globalizada de tratativas acerca dos assuntos mais sensíveis para a humanidade, tendo sido destacado neste trabalho o meio ambiente - direito fundamental a ser defendido por todos para a perpetuação da presente e das futuras gerações.

Apesar de não serem as expectativas totalmente favoráveis à preservação ambiental, quando consideramos as políticas públicas ambientais em concreto, é possível ressaltar certo otimismo nas normatividades ambientais a nível internacional, pois, em curto espaço de tempo de diálogo, as nações avançaram de forma significativa para sistematizar uma tutela internacional da natureza. Para chegar ao ponto de concretização das medidas jurídicas ora já comprometidas em documentos internacionais, é preciso levar os compromissos a sério, vinculando a perspectiva de FERDINAND LASSALLE³⁴ quando de uma óptica constitucional da “(...) soma dos fatores reais de poder que regem um país.”, ou seja, a norma deve ser vinculada à realidade concreta, do contrário a lei não teria nenhuma validade e perderia o seu fundamento e motivo de existência.

³⁴ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?*, Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933, Tradução: Walter Stönnner, e-book disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>>.

Referências bibliográficas

- BRASIL. Lei nº 9.966/00, de 28 de abril de 2000. **Diário Oficial**, Brasília, p. 1, ed. extra, 29 abr. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9966.htm>.
- BRASIL. Decreto nº 79.437, de 28 de março de 1977. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 mar. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D79437.htm>.
- BRASIL. Decreto nº 4.136/02, de 20 de fevereiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 2, 21 fev. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9966.htm>
- CONVENÇÃO Internacional sobre a responsabilidade civil de danos causados por poluição por óleo. Bruxelas, 1969.
- Decreto 1905/96, Convenção de Ramsar, artigo 1, 1; disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1905.htm>
- Decreto 5753, de 12 de Abril de 2006, disponível no site: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5753.htm>
- Decreto 87976/1982 - disponível no site: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao-1/argentina/decreto-no-87-976-de-22-de-dezembro-de-1982>>
- INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE PREVENTION OF POLLUTION FROM SHIPS. *Protocol of 1978*. 1978.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?**, Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933, Tradução: Walter Stönnner, e-book disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicaool.html>>.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, portal oficial: <<http://4ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/tratados-internacionais/docs/formato-tabela-ProtQuioto.pdf>>
- Resolução CONAMA 267/2000
- REZEK, José Francisco. **Direito Internacional público - curso elementar**, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994.

Prejulgamento induz suspeição de juiz criminal

Christiano Fragoso¹

Resumo

O autor discute a importância de que o juiz, principalmente na área criminal, mantenha uma atitude imparcial frente à causa que lhe é posta, sustentando que, na hipótese de prejulgamento, deve o juiz ser excluído da condução do feito.

Palavras-chave: Imparcialidade; suspeição de juiz; prejulgamento; garantia do juiz natural

Abstract

The author argues that it is important for the judge, especially in the criminal area, to maintain an impartial attitude towards the case before him, arguing that, in the event of prejudgment, the judge should be excluded from conducting the deed.

Keywords: Impartiality; suspicion of a judge; prejudice; guarantee of the natural judge.

Introdução

Uma das tarefas mais delicadas para o advogado é, sem dúvida, a decisão quanto à arguição da suspeição de um magistrado. Mesmo entre advogados antigos, muitos jamais opuseram a respectiva exceção processual; outros, após décadas de atividade profissional, somente a opuseram raras vezes, em uma ou, no máximo, duas oportunidades.

É notório que os juízes se revelam excessivamente parcimoniosos no reconhecimento da suspeição de seus pares, havendo relatos importantes de que uma recusa de juiz costuma suscitar uma alta solidariedade dos juízes que a decidirão.² Basta compulsar os repositórios de jurisprudência para que se verifique a escassez de exceções de suspeição e, em especial, o quase absoluto fracasso dos parques advogados que ousam opô-las. Muitos juízes reputam que a declaração da suspeição seria vexatória para o colega, supondo que declarar procedente a exceção seria apor-lhe grave pecha. Não há qualquer sentido nesta suposição, pois, como afirma CLITO FORNACIARI JUNIOR, “*a iniciativa de afastamento do Juiz (...) não se põe uma pecha*”; ademais, deve-se ter em mente que “*em jogo está o valor maior da imparcialidade da Justiça, que não pode, de modo algum, ser sequer arranhado*”.³

¹ Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da UERJ. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogado Criminal. E-mail: christiano.fragoso@gmail.com

² TEPLITZ, Neue Juristische Wöchenschrift 1962, p. 2044, *apud* KÜHNE, **Strafprozessrecht**, 8.^a ed., 2010, p. 444.

³ FORNACIARI JUNIOR, Da necessária releitura do fenômeno da suspeição, ago. 1999, p. 66-67

O eminente Ministro MARCO AURÉLIO, ao qual aqui se presta merecida homenagem, foi, há exatos 20 anos, relator de um dos primeiros precedentes em que os nossos tribunais excluíram um juiz, que, claramente, prejudicou a causa que presidia; por ocasião do julgamento do HC n.º 74.203/DF, relatado pelo homenageado, vigorou o entendimento de que, tendo “*o magistrado emitido juízo de valor sobre a controvérsia antes do momento propício, forçoso é concluir pelo respectivo impedimento, a teor do disposto no artigo 36, inciso III, da Lei Orgânica da Magistratura. Isso ocorre quando, no julgamento de embargos infringentes, revela convencimento sobre matéria que lhe é estranha, porquanto somente passível de ser examinada uma vez provido o recurso e apreciada a apelação que a veiculou*” (2.^a T., j. 17.12.1996, DJ 22.09.2000, p. 69).

Frequentemente, todavia, os juízes exceptos consideram-se pessoalmente alvejados pelo audaz advogado que teve a ousadia de desconfiar de sua isenção para presidir o feito.⁴ Não é incomum que alguns juízes, reputando-se ofendidos pela mera arguição de parcialidade (ainda que meticulosamente esculpida pelo advogado em linguagem respeitosa, comedida e técnica), cheguem até a requerer a responsabilização criminal do causídico.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *ad exemplum*, já teve ocasião de conceder *habeas corpus* a advogado que, por iniciativa do juiz supostamente ofendido, respondia a processo criminal por pretensa calúnia, que consistiria em dizer, nos autos, que certa conduta do juiz chegaria às raias do art. 135, V, CPC⁵; a Corte declarou, por maioria, inexistir crime.⁶ Esta decisão merece encômios, uma vez que tal afirmação evidentemente não constitui crime, mesmo porque se situa dentro das apreciações que podem ser licitamente feitas pelos patronos em uma lide judicial; de outro lado, a circunstância de o magistrado ter se julgado ofendido bem demonstra a suscetibilidade de certos juízes nesta matéria.

Deve-se ter a consciência de que a arguição sóbria e respeitosa de impedimento ou de suspeição de um juiz é uma discussão acerca de um requisito de validade de um processo, tal como uma questão relativa à citação, à capacidade da parte ou à competência do Juízo. Não deve tal arguição ser causa de melindres ou de retaliações, devendo ser encarada, sempre, com naturalidade.

⁴ Em 1942, o juiz GUILHERME ESTELLITA, ao ser arguida sua suspeição por estar “*particularmente interessado na decisão da causa*” (como estabelecia o art. 185, III, do CPC), produziu ampla peça de refutação, publicando-a, em forma de livro, cujo nome foi “*Em defesa do meu nome de juiz*”. Ao explicar as razões da publicação, cita palavras de um outro juiz: “*O dever do juiz de defender a sua isenção, a sua imparcialidade, é o mais ingente, o seu dever indeclinável, intransferível, indivisível, visto que a suspeição do juiz, na elegante frase de Saredo, ‘concerne la persona medesima’.*” HANS-HEINER KÜHNÉ relata que, também na Alemanha, os juízes reagem como se sua honra profissional estivesse sendo solapada, e que o Tribunal da Baviera chegou a decidir que, em regra, a recusa de um juiz significa a diminuição do juiz (**Strafprozessrecht**, 8.^a ed., 2010, p. 443).

⁵ O art. 135, V, CPC declara suspeito o juiz “*interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes*”.

⁶ HC 1998.059.00505, 7.^a Câ. Crim., Des. CLÁUDIO TAVARES DE OLIVEIRA, j. 09.06.1998.

Os juizes s˜ao igualmente humanos, sujeitos ˆas paix˜oes terrenas e, portanto, podem sim, em casos excepcionais, n˜ao conseguir manter a imparcialidade necessˆaria ao exercˆcio da atividade judicante. Isto n˜ao representa nenhum demˆerito ou agravo ˆa pessoa do magistrado, mas t˜ao somente a reafirmaa˜o de sua humanidade. ˆE extremamente adequada a observaa˜o de VINCENZO MANZINI: “*los jueces no deben considerar injuriosa la sospecha cuando no resulte totalmente infundada, dirigiˆndose la exclusi˜on a elevar cada vez m˜as su funci˜on y no a humillarla*”.⁷ Certamente muitos juizes prefeririam que o juizo quanto ˆa prˆpria imparcialidade coubesse t˜ao somente a eles mesmos, n˜ao podendo tal quest˜ao ser submetida a outros juizes. Este ˆe o sistema adotado nos Estados Unidos da Amˆrica, em que a “*palavra final sobre a abstena˜o ou n˜ao abstena˜o cabe ao prˆprio juiz, sem nenhum controle de quem quer que seja*”.⁸

A doutrina processual tˆambem contribui para a inibia˜o do advogado em suscitar a suspeia˜o de um magistrado. Tanto os processualistas civis, quanto os processualistas penais frequentemente ensinam que n˜ao hˆa casos de suspeia˜o fora da lei, que nesta matˆeria a interpretaa˜o ˆe sempre restritiva, e que, apesar do art. 126 do antigo CPC e do art. 3.ˆo CPP, n˜ao se permite o emprego de analogia. Tais fatores, aliados ao justificˆavel temor de que seu constituinte seja prejudicado pelo juiz excepto, explicam a avareza dos advogados na oposia˜o de excea˜o de suspeia˜o.

Deve haver maior flexibilidade no reconhecimento da suspeia˜o de juizes, uma vez que se busca unicamente prevenir decis˜oes injustas, evitar situaa˜oes embaraçosas para o juiz e manter a confiança da populaa˜o na administraa˜o da justiça, eliminando causas que poderiam dar lugar a crıticas e a malignidades. ˆE ainda de MANZINI a advertˆencia de que “*hasta las apariencias se deben cuidar, cuando se trata de la justicia*”.⁹

No processo penal, avulta a importˆancia de se conceder maior liberdade de recusa do juiz principalmente ˆa defesa, que representa o cidadˆao e que, frente ao Estado, constitui a parte mais fraca e dˆebil da relaa˜o processual. Neste ponto, ˆe perfeita a observaa˜o de FERRAJOLI: “*si para la acusaci˜on esta recusabilidad tiene que estar vinculada a motivos previstos por la ley, debe ser tan libre como sea posible para el imputado*”.¹⁰ Ressalta ALBERTO BINDER que “*modernamente se tende a abrir los sistemas [de recusa de juizes] puesto que los de numerus clausus resultan muy estrechos*.”¹¹

⁷ MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, II, 1951, p. 207

⁸ BARBOSA MOREIRA, *Reflex˜oes sobre a imparcialidade do juiz*, 2001, p. 21.

⁹ MANZINI, ob. cit., 1951, p. 206.

¹⁰ *Derecho y raz˜on*, 1997, p. 581.

¹¹ BINDER, *Introducci˜on al derecho procesal penal*, 1999, p. 321.

A importância da imparcialidade do juiz

Um dos atributos elementares, verdadeira *conditio sine qua non*, para o legítimo exercício da atividade judicante é, indubitavelmente, a imparcialidade. As garantias constitucionais de que um cidadão só pode ser processado e sentenciado pelo juiz competente (art. 5.º, LIII, CF) e de que não haverá juízo ou tribunal de exceção (art. 5.º, XXXVII, CF) são emanações da exigência básica de imparcialidade do juiz.¹² É também para garantir a imparcialidade do julgador que a Constituição Federal confere aos juízes as garantias de vitaliciedade, de inamovibilidade e de irredutibilidade de subsídio (previstas nos incisos do art. 95, CF).

Diversos tratados internacionais de direitos humanos, já incorporados ao direito interno brasileiro, mencionam explicitamente a garantia de um juiz imparcial. É o que estabelecem, p.ex., a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹³, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (incorporado pelo Decreto n.º 592, de 06.07.1992¹⁴) e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (incorporada pelo Decreto n.º 678, de 06.11.1992¹⁵). Essa rede de garantias constante dos tratados internacionais adquire notável importância, na medida em que o respeito aos direitos humanos é um dos valores que devem reger nosso país em suas relações internacionais (art. 4.º, II, CF); além disso, se houver a aprovação necessária, tratados de direitos humanos podem ter validade equivalente à de emendas constitucionais (art. 5.º, § 3.º, CF).

É evidente que as garantias do juiz natural e funcionais dos juízes e a afirmação, feita em tratados internacionais, de que é assegurada a imparcialidade do juiz

¹² Assim também, DIDIER JR., **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1, 11.ª ed., 2009, p. 227.

¹³ Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948: “*Art. 10.º. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.*”

¹⁴ Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966: “*Art. 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.*”

¹⁵ Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969: “*Artigo 8.º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*”

ainda poderiam ser carentes de efetividade se não houvesse, na legislação interna infraconstitucional, outros dispositivos que, como corolários dessas declarações, indicassem, com maior densidade, hipóteses de risco à imparcialidade.

A importância da imparcialidade levou a que a própria Lei Orgânica da Magistratura (que, como se sabe, tem status de lei complementar: LC 35/1991) estabelecesse que é vedado ao magistrado manifestar-se sobre processo entregue ao seu julgamento.¹⁶ E, tradicionalmente, nossos Códigos de Processo Civil e Penal têm sempre proclamado as hipóteses em que há impedimento (art. 144, CPC e art. 252, CPP) ou suspeição (art. 145, CPC e art. 254, CPP) de juízes.

Imparcialidade não significa, de modo algum, neutralidade. O juiz, assim como qualquer outro cidadão, é um ser no mundo, estando, portanto, sujeito a condicionamentos políticos, sociais, econômicos, culturais etc. Não se poderia exigir que o juiz fosse neutro; mas, precisamente pela circunstância de ser um ser no mundo, é que se pode e se deve exigir que o juiz mantenha conduta de imparcialidade.

A relação processual é, como se sabe, uma relação *dinâmica*, e não estática. Um juiz imparcial pode, eventualmente, ao longo do processo, tornar-se parcial; todavia, bem mais difícil, do ponto de vista psicológico, é a situação contrária. A imparcialidade é condição que deve ser mantida ao longo de todo o processo, mormente no processo penal, que historicamente passou por terríveis deturpações relacionadas com a confusão entre as funções de acusador e de juiz e que, hoje, convive com graves problemas decorrentes de uma parte altamente invasiva da mídia, a qual transforma o drama penal em um espetáculo a ser consumido e que pode levar à contaminação indevida de juízes.

Uma das maneiras de um juiz criminal tornar-se parcial é, claramente, ele realizar um julgamento antecipado de uma acusação criminal feita a um cidadão. Isto é inaceitável, pois o respeito ao devido processo penal é condição mínima (porém, ainda não suficiente) de legitimidade de qualquer sentença penal condenatória. É imperioso discutir as consequências de um prejulgamento em matéria penal, eis que, como bem diz BADARÓ, sintetizando a absoluta importância da imparcialidade, “*a palavra juiz não se compreende sem o qualificativo de imparcial. Não seria exagerado afirmar que um juiz parcial é uma contradição em termos*”.¹⁷

O prejulgamento como causa de recusa de um magistrado no processo penal

O prejulgamento realizado pelo magistrado criminal tem inegável relevância. É inequívoco que, embora não precise ser neutro, o juiz não pode avançar sua

¹⁶ Na verdade, o citado dispositivo é até mais amplo: “Art. 36. É vedado ao magistrado: (...) III – manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”.

¹⁷ **Juiz natural no processo penal**, 2014, p. 30-31.

convicção acerca da culpa ou inocência de um acusado em um processo criminal. Em todo o caso, não é inteiramente pacífico que o prejulgamento possa ser invocado como causa de recusa de um juiz criminal.

Em nosso país, nem o Código de Processo Penal, nem o Código de Processo Civil, preveem *explicitamente* a possibilidade de recusa do juiz por prejulgamento. O Código de Processo Civil, todavia, prevê no art. 145, IV, que: “*Art. 145. Há suspeição do juiz: (...) IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.*”¹⁸ PONTES DE MIRANDA ensinava que o interesse do juiz no julgamento da causa pode ser de natureza material ou moral, e, quanto a esse último, afirmava: “*O interesse moral pode ser o interesse na repercussão ética, não somente porque a tal interesse pode corresponder direito, pretensão, ação ou exceção. O interesse moral pode consistir em pressão psíquica sobre o juiz, como o interesse material. A lei não distinguiu. São de repelir-se os julgados que o eliminam como causa de suspeição.*”¹⁹ Esse dispositivo tem sido, por isso, invocado para fundamentar a recusa de juízes que incidam em prejulgamento.

No Código de Processo Penal, não há um dispositivo semelhante, muito embora, recentemente, o art. 449, III, CPP, que cuida do procedimento perante o Tribunal do Júri, tenha ganhado nova redação, estatuinto: “*Art. 449. Não poderá servir o jurado que: (...) III – tiver manifestado prévia disposição em condenar ou absolver o condenado.*”²⁰ Não há nenhum motivo para que esta norma não possa ser estendida aos juízes togados; a circunstância de eles – diferentemente dos jurados – estarem jungidos à obrigação de fundamentar suas decisões não elide o fato de que o prejulgamento leva à suspeição de parcialidade, até porque a experiência mostra que, na maioria dos casos, há relativa facilidade para fundamentar uma decisão num sentido ou em outro diametralmente oposto.

A propósito da tramitação do projeto de novo Código de Processo Penal, RENÉ ARIEL DOTTI formulou sugestão, aprovada pela Comissão Especial de Estudo do Projeto de Novo Código de Processo Penal, do Conselho Federal da OAB, no sentido da inserção da possibilidade de recusa de juiz criminal “*quando [ele] se manifestar, antecipadamente, por qualquer meio de comunicação social ou em autos sob sua jurisdição, acerca do mérito da causa.*”²¹ Essa sugestão nada mais é do que uma sanção à proibição, consagrada no já mencionado art. 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n.º 35, de 1979), que muitas vezes também é invocada como fundamento para recusar um juiz criminal.

Considerando as normas jurídicas já existentes (art. 145, IV, CPC; art. 449, III, CPP; e art. 36, III, LOMAN), embora ainda não haja previsão legal explícita, deve ser possível, ao meu sentir, a arguição de suspeição na hipótese em

¹⁸ Com redação quase idêntica, esse dispositivo já existia no antigo CPC: “*Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: (...) V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.*”

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, II, 1998, p. 429.

²⁰ Nova redação dada pela Lei n.º 11.689, de 09.06.2008.

²¹ DOTTI, A suspeição do Juiz no Projeto do Código de Processo Penal, in **Revista do Advogado**, set. 2011, p. 124.

que qualquer magistrado criminal prejudgue a causa, ou seja, em que manifeste açodadamente seu convencimento acerca da demanda que lhe é submetida.

Vários sistemas jurídicos estrangeiros contemplam a possibilidade de recusa do juiz que realizou prejudgamento. Alguns preveem explicitamente o prejudgamento como causa que propicia a recusa do Juiz, como ocorre na Itália; em outros países, como a Alemanha, há cláusulas genéricas que, na pacífica interpretação doutrinária, abarcam o prejudgamento como causa de recusa do juiz.

O *Codice de Procedura Penale*, de 1988, está assim redigido, no art. 37, alínea b, in verbis: “37. *Recusazione*. – 1. *Il giudice può essere ricusato dalle parti: (...) b) se nell’esercizio delle funzioni e prima che sai pronunciata sentenza, egli ha manifestato indebitamente il proprio convencimento sui fatti oggetto dell’ imputazione*”. CONSO-GREVI noticiam que se pode falar de uma indébita manifestação de convencimento judicial quando se esteja diante de uma antecipação sobre o mérito da imputação, operada seja no próprio procedimento objeto dessa imputação, seja em procedimento diverso, sempre que tal manifestação seja gratuita, vale dizer privada de nexó funcional com o ato que ocasionou a tomada de posição do juiz; ademais, a Corte Constitucional italiana tem admitido que a recusa se baseie em apreciação de mérito, sobre o mesmo fato, ocorrida no âmbito de outro procedimento, ainda que não penal.²²

A *Strafprozessordnung* alemã, de 1877, permite, no § 24, a recusa de um juiz, “por receio de suspeição”, “quando exista uma razão que seja apta a justificar desconfiança quanto à imparcialidade de um juiz”.²³ Em fins da década de 1960, o EBERHARD SCHMIDT, discípulo de v. LISZT, exemplificava a aplicabilidade deste dispositivo precisamente com uma hipótese de prejudgamento: “de acordo com o § 24, II, StPO, um juiz pode ser recusado por uma das partes processuais, tanto nos casos em que, por força de lei, ele é excluído, como quando a parte processual, por uma consideração razoável, não possa estar convencida da imparcialidade do juiz. (...) Por exemplo: não pode o juiz, ainda antes do fim da audiência, no momento em que o defensor faz suas alegações finais (§ 258, StPO), já estar redigindo a sentença”.²⁴ Mesmo KARL PETERS, processualista penal alemão profundamente ligado à autoritária ideologia nazista, não deixava de reconhecer, embora já na década de 1980, que “uma tomada de posição unilateral sobre a matéria da acusação justifica a desconfiança quanto à imparcialidade do juiz”.²⁵ Mais recentemente, UWE HELLMANN completa, com razão, que não é necessária a certeza de atuação parcial do juiz, bastando a mera dúvida fundada em causa razoável para tornar peremptória a sua recusa.²⁶

²² CONSO-GREVI, *Compendio di Procedura Penale*, 2008, p. 48.

²³ Esta é a redação do § 24, 2, na língua original: “§ 24. *Ablehnung eines Richters; Besorgnis der Befangenheit*. (1) *Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden*. (2) *Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen*”.

²⁴ SCHMIDT, *Deutsches Strafprozessrecht*, 1967, p. 39, itens 57 e 58.

²⁵ PETERS, *Strafprozess*, 1985, p. 149, § 20, III, 1.

²⁶ HELLMANN, *Strafprozessrecht*, 1998, p. 183-184, menciona, textualmente, “*einseitige Stellungnahme zu der Anklagesache vor der Eröffnung des Hauptverfahrens*”.

Sob o argumento de que as hipóteses de impedimento e de suspeição seriam taxativas, há julgados que levantam obstáculos à recusa de um juiz que tenha prejulgado uma causa criminal. No que toca ao impedimento, é razoável que as hipóteses devam tender a ser taxativas²⁷, até mesmo pelas consequências relativas à impossibilidade de ser saneado o impedimento e pela possibilidade de desconstituição da coisa julgada, embora haja doutrina respeitável no sentido de que o rol seria exemplificativo. No que toca à suspeição, todavia, o rol não pode ser taxativo; é impossível prever taxativamente todas as hipóteses em que um magistrado pode ser ou se tornar suspeito de parcialidade.²⁸ A falta de previsão expressa não pode ser óbice ao exame, no caso concreto da existência, ou não, de imparcialidade.

Para além do art. 145, IV, CPC (que pode ser usado por analogia no Processo Penal), do art. 449, III, CPP (que pode ser estendido aos juízes togados) e do art. 36, III, LOMAN, a lei processual penal e a jurisprudência criminal têm, em diversos momentos, manifestado preocupações com o risco de prejulgamento.

No procedimento do Tribunal do Júri, o § 1.º do art. 413, determina que “*a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena*”. Esse dispositivo, inserido pela lei 11.689, de 2008, integra, ao texto do CPP, caudalosa jurisprudência que tradicionalmente veda excessos de linguagem na decisão de pronúncia que configurassem prejulgamento.²⁹ E, como se não bastasse (mesmo que o art. 413, § 1.º, CPP fosse descumprido), a mesma ordem de preocupação fez com que a lei proscrisse a possibilidade de que, nos debates em Plenário, as partes sequer façam

²⁷ Esse é o entendimento atual do STF; confira-se, por todos, o acórdão no HC 92.893-5/ES, rel. Min. R. LEWANDOWSKI, Pleno, j. 02.10.2008; no STJ, HC 324.206/RJ, rel. MIN. MARIA THERESA DE ASASIS MOURA, 6.ª T., j. 04.08.2015, DJe 17.08.2015.

²⁸ Nesse sentido, com razão, LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal...**, II, p. 506.

²⁹ *Ad exemplum*, veja-se decisão do STF, anterior à lei 11.619/2008, que assim se orientava: “É certo que a pronúncia, decisão que declara a viabilidade da acusação, deve, sob pena de nulidade, ser redigida em linguagem sóbria e comedida, evitando a análise valorativa da prova que possa influenciar o conselho de sentença” (2.ª T., HC 84.547/MS, MIN. ELLEN GRACIE, DJ 18.03.2005, p. 74, j. 01.03.2005). Mesmo recentemente, o STF já teve ocasião de reafirmar suas preocupações com eventual avanço antecipado indevido no mérito de imputações penais; a título de exemplo, vejam-se os trechos do seguinte aresto: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de gerar nulidade absoluta o defeito de fundamentação na sentença confirmatória da pronúncia, passível de anulação, sob pena de afronta ao princípio da soberania dos veredictos”; “Assentou-se neste Supremo Tribunal que Juízes e Tribunais, ao pronunciar os réus, devem submeter-se à dupla exigência de sobriedade e de comedimento no uso da linguagem, sob pena de ilegítima influência sobre o ânimo e a vontade dos membros integrantes do Conselho de Sentença, excedendo os limites da competência legal o órgão judiciário que, descaracterizando a natureza da decisão confirmatória da pronúncia, converte-a de juízo fundado de suspeita em inadmissível juízo de certeza” (2.ª T., RHC 122.909/SE, MIN. CARMEN LÚCIA, DJe 11.12.2014, j. 04.11.2014)

referência “à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado”, e ao “silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo” (art. 478, I e II, CPP, também incluído pela lei 11.619, de 2008).

Idêntico temor de prejulgamento é argumento para estabelecer uma suposta inconveniência na exigência de fundamentação da decisão de recebimento da denúncia e de apreciação da resposta preliminar.³⁰ Ora, se o mero temor de prejulgamento justificaria total arbítrio no recebimento da denúncia, é claro que o prejulgamento consumado deve produzir necessariamente consequências severas, dentre as quais, ao que me parece, deve figurar a exclusão do juiz.

Nossos Tribunais, todavia, têm sido parcimoniosos na aferição do prejulgamento e, também, na declaração de que o prejulgamento da causa representaria hipótese de suspeição.

Há cerca de vinte anos, o antigo Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro, apreciando arguição de prejulgamento da causa em favor da defesa, considerou que um juiz que rejeitara uma denúncia por atipicidade dos fatos imputados, ficaria, se o tribunal dá provimento a recurso para receber a denúncia antes rejeitada, impedido de prosseguir à frente do processo criminal. É o que se decidiu na Exceção de Suspeição n.º 54, de 1995, assim ementada: “*Queixa-crime rejeitada de plano, com decisão aferindo o mérito e antecipando o julgamento, gera impedimento do julgador para prosseguir no julgamento, uma vez recebida a queixa por decisão do Tribunal que julgou recurso em sentido estrito atacando a mencionada rejeição da queixa. Havendo antecipado o julgamento, é desaconselhável que o mesmo juiz continue no julgamento, pois prejudicou a causa, devendo, assim, remeter os autos ao seu substituto. Provimento do recurso, ou do incidente do processo*” (rel. JUIZ VALDIR RAMOS CAVALCANTI, 2.ª C. Crim., j. 06.06.1995). Esse caso não configurava, propriamente, um prejulgamento, eis que, em tese, é inteiramente lícito ao juiz rejeitar liminarmente uma denúncia (ou uma queixa) por inexistir tipicidade penal. Ou seja, o juiz não prejudicou, mas, sim, julgou a causa. A circunstância de, posteriormente, o Tribunal, no âmbito de um recurso, reverter sua decisão liminar não significa que tenha havido, de sua parte, prejulgamento. É de se reconhecer, todavia, por coerência, que, ante às circunstâncias, o juiz não poderá presidir o feito: isto só corrobora a complexidade das hipóteses que podem levar à perda de imparcialidade e que, portanto, merecem atenção.

Muito mais grave é, indubitavelmente, a situação contrária, em que um juiz, *ante tempus*, faz afirmações peremptórias no sentido da procedência da imputação criminal versada em um processo ainda em curso. É evidente que, muito comumente (e principalmente para deferir medidas cautelares), os juízes

³⁰“*A motivação acerca das teses defensivas apresentadas por ocasião da resposta escrita deve ser sucinta, limitando-se à admissibilidade da acusação formulada pelo órgão ministerial, evitando-se, assim, o prejulgamento da demanda.*” (RHC 43.884/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, 5.ª T., j. 03/02/2015, DJe 11/02/2015).

precisam fazer, antes da prolação da sentença, algumas afirmações sobre aspectos de mérito de imputações penais (normalmente, sobre a existência do crime e indícios de autoria³¹): isto é normal e não vulnera a garantia de imparcialidade do juiz, desde que ele se cinja dos pressupostos legais da respectiva cautelar e evite, tanto quanto possível, afirmações peremptórias (embora haja diversos autores que defendam que o juiz que prende ou decreta outras medidas cautelares não possa sentenciar o caso).

O uso de verbos no subjuntivo e de expressões que denotam a provisoriade do pronunciamento (p.ex., supostamente, alegadamente, em tese etc.) pode ser o diafragma que separa uma decisão regular de um prejulgamento intolerável. Ainda que as decisões em cautelares contenham o risco de prejulgamento, os julgadores, em regra, conseguem motivar sem prejudicar; em outros casos, “*o que se presencia é uma condenação disfarçada de decisão interlocutória*”.³²

Em junho de 2002, o TJRJ deu provimento à exceção de suspeição de magistrada que, ao receber uma denúncia do Ministério Público e decretar a prisão preventiva dos réus, adotou motivação “*reveladora de juízo antecipado*”. Neste julgado, proferido pela 7.^a Câmara Criminal, a Corte chegou a condenar a juíza a pagar as custas do processo, o que indica ter-se considerado que se tratou de “*caso de erro inescusável*” (cf. art. 101, CPP³³). No caso específico, a magistrada afirmou, ao decretar a prisão preventiva, no liminar do feito, o seguinte, em síntese: “*dessume-se dos autos que, indubitavelmente*”, os acusados “*cometeram práticas ilícitas de formação de quadrilha e reiteradas falsidades ideológicas e utilização de documentos falsos*”, e que eles “*vêm, agindo dolosamente, em associação permanente há 4 anos*”. E a juíza ainda arrematava: “*a certeza da impunidade era tamanha que os réus assim agiram por longo período, certos de que não seriam alcançados pela ação da Justiça*” (Exc. de Suspeição n.º 2000.056.0004, rel. DES. ALBERTO MOTTA MORAES, j. 09.04.2002).

Recentemente, em caso de grande repercussão, o TRF da 2.^a Região decidiu, de modo irretocável, que “*a violação ao princípio da imparcialidade do juiz restou devidamente demonstrada nos presentes autos, conforme se observa dos documentos trazidos pelo excipiente, que comprovam que o juiz excepto emitiu juízo de valor sobre o acusado e sua personalidade, antecipou decisões à imprensa e revelou à mídia dados cobertos pelo sigilo bancário e fiscal do acusado e de seus familiares, ferindo frontalmente o comando contido no artigo 36 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.*” (2.^a Turma Especializada, proc. 0042659-64.2014.4.02.5101, rel. Des. MESSOD AZULAY, v. u., j. 03.03.2015).

Há, ainda, todavia, grande resistência dos tribunais em proclamar a suspeição de seus colegas, por já terem se manifestado anteriormente sobre o

³¹ Isto ocorre com relação às prisões cautelares (art. 311, CPP) e a medidas cautelares de sequestro, arresto, especialização de hipoteca, etc.

³² LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal...**, v. II, 2011, p. 506.

³³ “*Art. 101. Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável; rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa de duzentos mil-réis a dois contos de réis.*”

meritum causae. O STJ, por exemplo, não vislumbrou qualquer problema para que um juiz que atuou em processos administrativos perante o CNJ julgue feitos criminais relativos aos mesmos fatos³⁴; ademais, o STJ também decidiu que poderia ser mantida como relatora de um processo criminal uma Ministra que deu entrevistas a uma revista mensal com considerações sobre os fatos, sob o argumento de que “*as entrevistas concedidas buscaram tão somente demonstrar e esclarecer a existência de provas suficientes para a decretação da prisão preventiva, sem que isso possa significar qualquer prejulgamento da causa*”.³⁵ Esses últimos julgados indicam que ainda há um extenso caminho a percorrer na busca pela garantia de que a imparcialidade efetiva e a própria aparência de imparcialidade (ambos valores importantes para a justiça) sejam garantidas efetivamente no processo penal brasileiro.

Conclusão

É natural que o juiz, à primeira leitura de um processo, forme um juízo provisório acerca dos fatos. Qualquer pessoa o faz. Esse juízo provisório tem um valor muito elementar e temporário. O que não se pode admitir, todavia, é que esse juízo provisório se converta em um emocional preconceito de tese, que fascine o juiz e, pelo poder da autossugestão, o torne daltônico para as outras possíveis teses.³⁶

O juiz que demonstrou certeza prévia quanto ao objeto do processo, está psicologicamente condicionado a não apreciar bem as teses opostas e a ratificar seus pré-conceitos. É o que já lecionava, em meados do século XIX, JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, o MARQUÊS DE SÃO VICENTE: “*O amor próprio de sua previdência convidará a que não aprecie bem as contradições ou razões opostas, a que faça triunfar sua penetração: ele julgará antes de ser tempo de julgar*”.³⁷ Por isso, para além de representar violação de garantias constitucionais, o prejulgamento é, também, um terrível fator produtor de *erros judiciários*.

Numa sociedade, como a atual, em que os cidadãos (e, naturalmente, os juízes) são diuturnamente soterrados por publicidade opressiva em casos eleitos pela mídia, a possibilidade, sempre existente, de prejulgamento, se adensa perigosamente. Em virtude dessa opressão midiática, os juízes de casos de repercussão, muito provavelmente (e mesmo que procurem evitar), já se acercam dos autos influenciados pela visão que a mídia, que não cumpre, necessariamente, o compromisso de isenção, veicula ou quer veicular.

³⁴ HC 324.206/RJ, rel. MIN. MARIA THEREZA DE ASASIS MOURA, 6.^a T., j. 04.08.2015, DJe 17.08.2015.

³⁵ STJ, AgRG na ExSusp 120/DF, Corte Especial, rel. MIN. FÉLIX FISCHER, j. 06.03.2013, DJe 15.03.2013. No caso, as palavras da Ministra na entrevista foram as seguintes: “*Ouvi os grampos, sei do que estou falando, não sou uma doida irresponsável de mandar prender inocentes. Não sabem, sei do que eu sei, quem tinha apartamento de dois quartos é porque era viciado em jogo. Essas pessoas integravam uma quadrilha organizadíssima, que roubou por anos. Tinham lanchas, ilhas apartamentos*”. A frase grifada indica, claramente, prejulgamento.

³⁶ ALTAVILLA, *Psicologia Judiciária*, II, p. 512-4.

³⁷ PIMENTA BUENO, *Apontamentos...*, 1857, p. 87

O prejulamento em que incorre um magistrado transforma o processo em um jogo de cartas marcadas, conspurcando a obra de realização da justiça, de que somos todos operários. O juiz deve presidir a instrução do processo com absoluta isenção e imparcialidade, formando paulatinamente, ao longo do devido processo legal, seu convencimento, o qual só deve ser ultimado e manifestado no instante final do pronunciamento em sentença.

Referências bibliográficas

- ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. Volume II. 3ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1982.
- BADARÓ, Gustavo. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. **Temas de Direito Processual (Sétima Série)**. S. Paulo: Saraiva, 2001.
- BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Compendio di Procedura Penale**. 4ª ed. Pádua: CEDAM, 2008.
- CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1995.
- DOTTI, René Ariel. A suspeição do Juiz no Projeto do Código de Processo Penal, *in* **Revista do Advogado**, set. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madri: Trotta, 1997.
- FORNACIARI JUNIOR, Clito. Da necessária releitura do fenômeno da suspeição. **Revista dos Tribunais**. vol. 766. São Paulo: RT, ago. 1999.
- HELLMANN, Uwe. **Strafprozessrecht**. Berlin: Springer, 1998.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Volume I. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. tomo II. Trad. Sentis Melendo e A. Redín. Buenos Aires: Ed. Jur. Europa-América, 1951.
- PETERS, Karl. **Strafprozess – ein Lehrbuch**. 4ª ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1985.
- PIMENTA BUENO, José Antonio. **Apontamentos sobre o processo criminal**. Rio de Janeiro: Empresa nacional do Diário, 1857.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 3ª ed. tomo II, atualizado por Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SCHMIDT, Eberhard. **Deutsches Strafprozessrecht**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.

Este livro foi impresso em junho de 2017 por
Editar Editora Associada Ltda.
Juiz de Fora/MG – Tel.: (32) 3213-2529
www.editar.com.br

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira mais uma edição da Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes dos corpos docente e discente de nossas faculdades. A edição do presente número expressa a preocupação da Faculdade de Direito de Valença no sentido de oferecer um espaço para a discussão e o diálogo interdisciplinares, fato que permite ao leitor o contato com diferentes saberes e diferentes posições doutrinárias.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 30 de junho de 2017.

José Rogério Moura de Almeida Filho

Presidente da Fundação Educacional D. André Arcoverde