



Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE



Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

COMPOSIÇÃO

Diretor

Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico

Desembargador Cezário Siqueira Neto

Subdiretora de Administração

Ana Patrícia Souza

Subdiretores de Curso

Ilma Suzana Teles S. Macedo

Angelo Ernesto Ehl Barbosa





REVISTA DA ESMESE

Revista da ESMESE Nº 13, 2010



©REVISTA DA ESMESE
ISSN 1679-785X

Conselho Editorial e Científico

Presidente: Juiz José Anselmo de Oliveira

Membros: Desembargador Netônio Bezerra Machado

Juiz João Hora Neto

Desembargador Cezário Siqueira Neto

José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Angelo Ernesto Ehl Barbosa

Revisão: José Ronaldson Sousa e José Mateus Correia Silva

Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva

Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares

Impressão: Nossa Gráfica Editora.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Superior da Magistratura de Sergipe
Centro Administrativo Desembargador Antonio Goes
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-080- Aracaju – Sergipe
Tel. (79) 3214-0115. Fax: 3214-0125
[http: www.esmese.com.br](http://www.esmese.com.br)
e-mail: esmese@tjse.jus.br

R454 Revista da Esmese.
Aracaju: ESMESE/TJ, nº 13, 2010.

Semestral

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)

Homenagem

A *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, ao publicar mais um número, não poderia deixar de prestar uma homenagem à Desembargadora Clara Leite de Rezende, que aposentou-se quando exercia também a função de Diretora da Esmese em mais uma gestão, sendo uma das mais entusiasmadas defensoras da nossa *Revista*.

Foi em sua primeira gestão que a *Revista da Esmese* tomou corpo e forma de revista científica, sendo indexada e possuindo o ISSN, passando a refletir o pensamento jurídico da magistratura sergipana e da comunidade jurídica do nosso Estado, pois advogados e membros do Ministério Público também colaboram em suas edições.

A Desembargadora Clara Leite de Rezende, além de ser um exemplo de magistrada comprometida com a elevada função de julgar, pelo seu modo de tratar as partes, advogados e demais sujeitos do processo, revelou-se também uma vocacionada pedagoga, com uma visão contemporânea e que foi responsável pela introdução de temas na *Escola da Magistratura* que possibilitaram a transversalidade e interdisciplinaridade entre o direito e a psicologia, a história, a cultura, a sociologia, a filosofia e a arte.

Um bom juiz é aquele que conhece culturalmente o seu meio e que tendo plasmado o seu conhecimento técnico jurídico com base no humanismo se percebe e percebe que por trás dos autos de um processo, existem histórias de seres humanos, seres que enquanto únicos em sua individualidade, refletem o pluralismo da sociedade e do multiculturalismo.

A contribuição da Desembargadora Clara Leite de Rezende à formação e ao aperfeiçoamento dos magistrados sergipanos não poderá jamais ser esquecida.

Assim, nos somamos a todos os colaboradores, professores e alunos da Esmese para registrar o carinho e o respeito conquistado pela Desembargadora Clara Leite ao longo desses anos, na certeza de que doravante continuaremos contando com a sua presença sempre bem-vinda.

A *Revista da Esmese* também parabeniza a eleição do Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho para a direção da *Escola Superior da Magistratura de Sergipe* e deseja que sua gestão seja sinônimo de sucesso e que continue possibilitando cada vez mais o crescimento e o aperfeiçoamento da magistratura sergipana.

Aracaju, julho de 2010.

Juiz José Anselmo de Oliveira

Presidente do Conselho Editorial e Científico

MENSAGEM

Fala-se que o século XXI é o século de prevalência do Poder Judiciário como o foi o Poder Legislativo no século IX e o Executivo no século XX. Se assim o é, teremos que repensar o Poder Judiciário Brasileiro, para que possa desempenhar, com justeza, o papel que lhe é atribuído pelas constituições contemporâneas. No sistema de “Check of Balance”, os poderes se equilibram, resguardadas as peculiaridades do modelo de democracia e a forma de governo adotados e ainda segundo as tradições culturais e políticas de cada povo.

No Brasil, o Poder Executivo tem sido tradicionalmente um super poder. A sua hipertrofia está inserida no sistema presidencialista brasileiro, que concentra no presidente da República, a predominância dos poderes políticos e econômicos. O Legislativo tem renunciado, constantemente, a prerrogativa de legislar, permitindo a interferência política constante do Poder Executivo, gerando um número excessivo de medidas provisórias que lhes restringe a representatividade, estabelecendo uma relação de troca de subvenções para os respectivos Estados que lhe desprestigia e diminui a funcionalidade.

De outra parte, os interesses sociais prejudicados são constantemente reclamados diretamente ou por meio de órgãos representativos, os quais, utilizando-se dos novos mecanismos ofertados pela Constituição, reivindicam o resgate de tais direitos ao Poder Judiciário. Nesse contexto, observam-se duas vertentes no comportamento do sistema político de governo com relação ao Judiciário: o chamado fenômeno da Judicialização, que se traduz pela utilização excessiva do Poder Judiciário, consubstanciado no direito de propositura ampla; e o segundo se concretiza por meio do acesso à decisão judicial de direitos que deveriam ter sido definidos por outros poderes, mas que na sua omissão vieram à interpretação do Poder Judiciário.

Nos últimos tempos vem ocorrendo um ajuizamento intenso de ações de interesse social e político junto ao Judiciário, em todas as instâncias, destacando-se aqueles que são da competência dos tribunais superiores, especialmente, as ações que foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal. Entende a sociedade e uma boa parte dos juristas

brasileiros, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Demarcatória da Reserva Indígena Raposa do Sol, ao estabelecer o seu Relator, Ministro Meneses Direito, as condições e limites do direito declarado estaria, claramente, exercendo um ativismo judicial que significa a interferência do Poder Judiciário em atribuições que seriam do Poder Legislativo. Repete-se o fenômeno no pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral no caso da imposição da fidelidade partidária.

Não sendo a questão regulamentada explicitamente pelo ordenamento jurídico, fundando-se nos princípios democráticos da moralidade e da impessoalidade, concluíram os senhores julgadores pela infidelidade partidária com perda de mandato para aqueles mandatários que mudaram de partidos após terem sido eleitos. O ativismo assim exercido e assistido por toda a nação brasileira através da TV Justiça tem tido vasta receptividade, mas, sofre também críticas. Diante dessa realidade, o Judiciário terá que bem se conscientizar dos perigos de um julgamento nessa circunstância, que não esteja fundado na Constituição, que expresse uma vontade política própria, para que o sistema não venha a se transformar em uma ditadura judicial, maculando a democracia brasileira.

É preciso que cada magistrado tenha a exata compreensão dos resultados benéficos dessa postura pró-ativa que se encontra obrigado a assumir para atender aos direitos assegurados na Carta Magna, mas sem perder de vista os limites a que estará submetido para não ultrapassar a linha tênue de sua função judicante na distribuição da justiça.

A revista que ora estamos a oferecer aos nossos leitores, não abordou o tema ao qual nos referimos, mas a toda evidência se encaixam no conceito de modernidade que leva ao operador do direito transgredir o sistema vigente para adentrar numa nova concepção de reconhecimento de direitos que a Constituição ofertou à sociedade brasileira, mas que ainda não foram explicitados, devidamente, em normas específicas, os quais exigiram do seu aplicador o conhecimento da exata dimensão do benefício a ser auferido.

Desembargadora Clara Leite de Rezende

SUMÁRIO



Sumário

APRESENTAÇÃO.....	13
DOCTRINA.....	15
ASPECTOS PRÁTICOS DA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA Cláudia do Espírito Santo.....	17
POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA PARA PESSOAS DOENTES MENTAIS OU COM DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO Alessandro Araújo Mendes & Kátia Regina Lopes Costa.....	33
O DIREITO DE INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA DO SUL: UMA ANÁLISE DA VALIDAÇÃO DE DIPLOMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EXPEDIDO POR UNIVERSIDADE ESTRANGEIRA INTEGRANTE DO MERCOSUL André Luiz Vinhas da Cruz & Arthur Cezar Azevedo Borba & Márcio Leite de Rezende.....	43
ASPECTOS DA LEGITIMIDADE PARA A COMPOSIÇÃO E DESIGNAÇÃO DE JUÍZES DE TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO COMPARADO André Ribeiro Leite.....	91
O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO PROCESSO PENAL, LIBERDADE DE IMPRENSA E A TELEVISÃO: UMA ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo.....	115
A REAL EFETIVIDADE DOS MECANISMOS TRAZIDOS PELA LEI MARIA DA PENHA Flávia Franco do Prado Carvalho.....	181

A COISA JULGADA OBJETIVA LEGITIMADORA DA PRONTA INTIMAÇÃO DO DEMANDADO: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER NAS AÇÕES TEMÁTICAS
Genésia Marta Alves Camelo.....207

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA UMA INCIDÊNCIA IMEDIATA
Simielle Barros dos Santos.....235

A REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Daniela Protásio dos Santos.....267

A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS
Fábio Víctor de Aguiar Menezes.....293

O SISTEMA CROSS EXAMINATION NA REFORMA PROCESSUAL
Jayme Walmer de Freitas.....311

A POLITICIDADE DO ATO JURISDICIONAL COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL
Netônio Bezerra Machado.....319

ABOLIÇÃO DO PROTESTO POR NOVO JÚRI
Patrícia Cunha B. de Carvalho.....339

O ARBITRAMENTO DA PENSÃO DECORRENTE DOS DANOS FÍSICOS INCAPACITANTES
Bianco S. Morelli.....351

VIOLÊNCIA FÍSICA CONTRA O IDOSO: UM ESTUDO NO AMBIENTE DOMÉSTICO EM ARACAJU
Gicélia Oliveira de Santana.....385

A VALIDAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS EM PROL DOS DESIGUAIS
Saraí Araujo Alves.....419

APRESENTAÇÃO

Eis mais um número da REVISTA DA ESMESE, edição iniciada na administração da Desembargadora Clara Leite de Rezende, e que tenho a honra de lançá-la agora, na condição de novo Diretor da ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE.

A revista serve a quem gosta da boa leitura e a quem quer se atualizar com o que há de mais recente na doutrina e na jurisprudência pátrias, além de difundir as opiniões de louvados articulistas sobre matérias de relevante interesse público.

Com esta nova edição, a revista quer ampliar o seu sempre crescente número de leitores, contribuindo para que o estudo da Ciência do Direito seja cada vez mais técnico, dinâmico e atual.

Outro propósito dos que compõem a Revista da Esmese, é o de estreitar o relacionamento entre os que a fazem e os que a leem, para que desta salutar interação, surjam novos e proveitosos frutos em prol dos operadores do Direito, a quem a publicação serve.

Estimular o estudo e a pesquisa da Ciência do Direito, a troca de ideias sobre textos de lei e a interpretação das decisões judiciais, constitui outra meta da revista que se quer estimular e difundir, entre seus inúmeros leitores, para que dessas discussões sejam encontradas formas de viabilizar a aplicação da lei, sem descaracterizá-la, visando, sobretudo, sua finalidade social.

Uma Revista de Direito, como esta, pode e deve ser leitura obrigatória de magistrados, membros do Ministério Público e advogados, que cuidam das lides forenses, diariamente, mas deve ter também a finalidade de fixar pontos controvertidos sobre os quais se debruçam os que operam com o Direito, e, dessa forma sua abrangência ultrapassa a simples leitura para se transformar em

material necessário em qualquer boa estante particular ou pública.

Assim, aproveitem todos de mais esta nova edição da Revista da Esmese e desfrutem-na com imenso prazer, porque esta publicação é um dos alicerces que sustentaram a estrutura dos que integram a ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE.

Boa leitura.

Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho

Diretor da ESMESE

DOCTRINA



ASPECTOS PRÁTICOS DA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Cláudia do Espírito Santo, Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, pós-graduada pela Universidade Federal de Santa Catarina em Direito Processual, Magistrada com atuação na 11ª Vara Criminal de Aracaju. Especializada em Grupos Vulneráveis.

RESUMO: A Lei nº 11.340/2006 trouxe diversas opiniões contraditórias sobre seu alcance e interpretação, demandando cuidadosa análise dos efeitos práticos das posições adotadas.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha; Lei 11.340/2006; violência doméstica; mulheres, aplicação; interpretação; alcance.

ABSTRACT: Law nº 11340/2006 brought many conflicting views about its scope and interpretation, requiring careful analysis of the practical effects of the positions taken.

KEYWORDS: Maria da Penha Law, Lei 11.340/2006; domestic violence; women; practice; version; range.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Requisitos para aplicação da LMP; 3. Causas da violência doméstica; 4. Medidas protetivas; 5. Representação da vítima; 6. Aplicação da suspensão do processo nos delitos da LMP; 7. Equipe multidisciplinar; 8. Considerações finais; 9. Referências bibliográficas; 10. Anexo.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340/2006, ou Lei Maria da Penha, batizada com o nome da vítima da violência a que visa coibir - a praticada contra a mulher no âmbito doméstico - objetiva devolver a cidadania e dignidade a milhares

de mulheres que são vítimas de condutas baseadas no preconceito de que ela deve se submeter à violência do homem com quem mantenha relação íntima de afeto, seja marido, companheiro, pai, filho ou irmão.

E não poderia ser diferente, uma vez que a lei tem suas origens na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ratificada pelo Brasil em 1984); a Recomendação nº 19 da referida Convenção (CEDAW); na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; na “Convenção de Belém do Pará”(inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 1995 e na Declaração e Plataforma de Ação da *IV Conferência Mundial* sobre a Mulher ratificada pelo Brasil em 1995).

No Brasil, o sistema de proteção aos direitos humanos das mulheres teve início em 1988, quando a Constituição Federal proclamou a igualdade entre homens e mulheres no art. 5º, inciso I e demonstrou preocupação com a violência doméstica no parágrafo 8º, do art. 226, e mais recentemente sofreu avanço depois da publicação, em 16/04/2001, do Relatório nº 54 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que, dentre outras providências, condenou o Brasil por negligência pelo tratamento dispensado na condução do processo criminal que, somente após quase vinte anos, condenou o agressor de Maria da Penha Maia Fernandes.

De fato, o Brasil, para se enquadrar nas exigências de todos aqueles diplomas normativos, teve que editar lei específica para proteção da integridade física e moral das mulheres no âmbito doméstico porquanto faz parte das origens do povo brasileiro a ideia preconcebida de ser a mulher propriedade do homem. Não se pode esquecer que nossa colonização se baseou no homem europeu que vinha a esta terra sem sua família, de forma que aqui suas relações com o universo feminino se davam entre “senhor de engenho” e escrava/mucama, pensamento que se manteve até os dias de hoje, nada obstante as bases da família brasileira tenham se alterado ao longo dos séculos. Nas palavras de Nilo Batista “a mulher brasileira e negros escravos foram vítimas do mesmo poder punitivo doméstico ditatorial”¹.

Precisamos dessa lei também por que aplicadores e fiscais da lei muitas vezes se esquivaram das peculiaridades dos delitos de gênero praticadas no âmbito doméstico, seja por estarem imbuídos do pensamento de que a mulher deve se submeter ao homem em detrimento de sua integridade

moral ou física, ou por entenderem que o Estado não deve interferir na intimidade familiar, ainda que em seu âmbito esteja se praticando delitos.

No entanto, necessário observar que a mulher não pode ser tomada como ser incapaz tal como era considerada pelo legislador do Código Civil revogado. Se a LMP tem por objetivo proteger os direitos fundamentais da mulher, deve em primeiro lugar respeitar sua liberdade de escolha. A ninguém é dado decidir em lugar da mulher vítima de agressão doméstica que ela deve sair daquela situação, abandonando seu companheiro, marido, namorado, filho, até por que tais condutas muitas vezes integram a rotina normal daquela a quem a lei visa a proteger, fazem parte de seu mundo. Então, cabe ao Estado dar à mulher a possibilidade de mudar sua vida caso o deseje, mas jamais impor uma mudança, até porque os exemplos que se vê no universo forense é que muitas das intervenções estatais são, do ponto de vista da vítima, mais danosas do que as agressões morais ou até físicas que se visava coibir. Não se pode obrigar a mulher a deixar de ser vítima, até porque tal não é possível: se não partir dela o desejo de mudança, estar-se-á apenas mudando de agressor. Não se pode esquecer que o preconceito muitas vezes mora dentro da mulher, que acaba por repassá-lo a seus filhos, perpetuando-o pelas gerações.

E não se pode olvidar que o combate ao preconceito, sinônimo de ignorância, dá-se principalmente pela educação e não pelas penas de prisão.

A LMP veio conferir legitimidade ao Estado para interferir na vida doméstica das pessoas a fim de evitar que mulheres sejam vítimas da violência de gênero, e, pelos motivos expostos, sua atuação deve sofrer temperamentos. Embora retrate avanço no que pertine ao tratamento a ser dispensado a delitos de que são vítimas as mulheres no ambiente doméstico, a Lei Maria da Penha também contém inconsistências que se manifestam como verdadeiros obstáculos a sua correta e, sobretudo, justa aplicação.

2. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA LMP

Uma das dificuldades na aplicação da Lei 11.340/2006 é identificar as condutas que caracterizam a violência doméstica contra a mulher.

Segundo a Lei, no artigo 5º, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe

cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, familiar ou relações íntimas de afeto, independente de orientação sexual.

Observe-se que, a despeito de o legislador não ter delimitado o alcance da lei com detalhes, é possível conhecê-lo se a situarmos no sistema jurídico atual, sempre tendo em mente os objetivos da lei: a proteção da integridade física, psíquica, moral, patrimonial e sexual da mulher.

Assim, como primeira condição para aplicação da LMP, a violência deve ser de gênero e contra a mulher. Disso restam excluídas agressões entre pessoas de mesmo sexo e as praticadas contra o homem, ainda que causadas por outro homem. É certo que o parágrafo único do artigo 5º da LMP diz que as relações pessoais enunciadas no artigo independem de orientação sexual, mas tal dispositivo serve para dizer que o homem agressor pode ter qualquer orientação sexual, assim como a vítima mulher.

Outro entendimento não é cabível. Ressalte-se que a violência entre casais homossexuais não são motivadas pela diferença de gênero, tampouco alimentadas pelo pensamento de que a mulher assemelha-se a coisa de propriedade do homem.

Outrossim, como bem observa a Juíza fluminense Adriana Ramos de Mello, a aplicação da Lei Maria da Penha a relações homoafetivas pode se dar desde que haja efetiva mudança de sexo, preservando o critério da violência de gênero:

“(...) não seria possível, por questão de proteção à segurança das relações jurídicas, que cada indivíduo tivesse a liberdade de se autoafirmar homem ou mulher (...). É necessário haver uma circunstância objetiva que possa oferecer a mínima margem de segurança para a autoridade policial.

Nesse ponto, uma possível solução seria garantir a proteção da Lei Maria da Penha àqueles que já tenham solicitado a mudança de nome e alteração de registro, e exibam tais documentos à autoridade policial ou em juízo”.

De maneira diversa pensa Luiz Flávio Gomes para quem basta que

a mulher esteja no pólo passivo para que mereça a aplicação da LMP, independente de quem seja o agressor².

No I FONAVID ocorrido em novembro de 2009 na cidade do Rio de Janeiro, a proposta de incluir enunciado prevendo a inclusão de casais homossexuais na esfera de proteção da lei em comento foi rejeitada quase à unanimidade.

Dessa forma, resta excluída a violência entre casais homossexuais da abrangência da Lei Maria da Penha, ainda que aquela se dê no âmbito doméstico ou que o homem se identifique psicológica ou fisicamente como mulher, salvo se tal condição – a alteração da identidade sexual – já houver sido reconhecida administrativa ou juridicamente.

Outra condição é que a violência contra a mulher deve se referir às relações domésticas e afetivas daquela. Então, não importa o grau de parentesco nem se há coabitação, mas que o agressor se valha das relações domésticas e afetivas. Esse requisito exclui as empregadas domésticas quando sofram agressões de gênero no local de trabalho, pois em regra, embora haja convivência doméstica, não há o vínculo afetivo. Contudo, na hipótese de a empregada integrar o quadro afetivo dos membros da família para quem trabalha, o que ainda é comum no Brasil, e ser vítima de violência de gênero por um daqueles, deve-se-lhe estender, excepcionalmente, a proteção conferida pela Lei Maria da Penha.

Também não se compreende na abrangência da lei, a agressão praticada contra a mulher por parentes que não façam parte da intimidade doméstica dessa. Assim, não basta que seja praticada entre parentes, mas que esses tenham relação afetiva e partilhem de relações domésticas, o que somente se dá, em regra, entre cônjuges, companheiros, enteados, pais, filhos, irmãos, padrastos e em alguns namoros. Se algum parente do sexo masculino vai residir com a mulher ou participar de sua intimidade doméstica por visitas frequentes, a violência que pratique contra ela resta abrangida pela lei, que contempla até os delitos praticados por “agregados” (artigo 5º, I, LMP).

Frise-se quanto a esse tópico que as relações domésticas, por vezes, extrapolam a residência da mulher, pois por vezes diversas residências de pessoas de uma mesma família se encontram fixadas em um mesmo terreno, de forma a propiciar proximidade entre seus membros, característica da vivência doméstica.

Por outro lado, exclui-se da aplicação da lei a violência praticada por

aqueles que simplesmente disputam direitos patrimoniais, a exemplo do que se dá nas brigas entre herdeiros, exemplos recorrente nas Varas e Juizados Especializados em Violência Doméstica contra a Mulher. A tais casos não se aplica a proteção prevista na Lei Maria da Penha se não houver, na época da agressão, relações domésticas entre mulher agredida e parente agressor e tais casos devem ser remetidos para as varas criminais comuns.

Não há que se aplicar a LMP à violência praticada por homem contra mulher que não mais tenham relações domésticas e afetivas, ainda que tais requisitos tenham existido no passado. Extintas as relações afetivas e a convivência doméstica, a lei não merece aplicação quando ocorra violência de gênero por questões diversas, como por exemplo, discussões sobre pensão alimentícia ou guarda de filhos ou aquelas praticadas por irmão contra irmã ou pai contra a filha que não mais residam sob o mesmo teto e não partilhem mais da vida doméstica.

Por outro lado, a LMP abrange namoros mais íntimos, pois, embora não configurem união estável por não pretenderem a formação de uma família, caracterizam, além das relações de afeto, intimidade doméstica.

Em conclusão, são quatro os requisitos para aplicação da LMP:

- 1 – que a violência tenha sido cometida por um homem;
- 2 – que a vítima seja mulher;
- 3 – que haja entre vítima e agressor relações de afeto;
- 4 – que exista entre agressor e agredida relações domésticas.

3. CAUSAS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Toda mulher vítima de violência doméstica sujeita à aplicação da LMP tem em seu agressor uma vítima do preconceito. Embora não tenha o Estado propiciado meios ao combate do preconceito, valeu-se, até por imposição internacional, o que deveria ser a última medida: a lei penal.

Como se sabe, o preconceito só se pode combater com educação, não com lei, tampouco com a ameaça de pena de prisão.

E não se pode esquecer de uma variável que compõe as causas de violência doméstica: o uso de drogas ilícitas e até mesmo lícitas. Embora alguns considerem o uso de drogas apenas como um vetor da violência,

em verdade vê-se que na prática constituem causa das condutas violentas. Estudo dos perfis de agressores viciados em drogas como o crack demonstram que, ainda que possuam preconceito de gênero, jamais o externariam de forma violenta contra a mulher se não fosse pelo efeito causado pelas drogas.

Por outro lado, vê-se que o uso do crack gera violência de toda ordem, contra todos os membros de uma família, porém muitas vezes lhe falta a motivação de gênero, uma vez que sua conduta não é alimentada pelo preconceito, mas mero efeito da droga.

Em qualquer dos casos, a lei, por mais rigorosa que possa ser, não é efetiva para dissuadir os agressores, e a dependência química de entorpecentes constitui caso a ser resolvido pela saúde pública, não pelo Judiciário.

Ademais, a punição do autor de violência doméstica com penas restritivas de liberdade em nada contribui para a reestruturação da família afetada. Ao contrário, por vezes dissolve-a definitivamente, para prejuízo de todos seus membros e, por vezes, contra a vontade da vítima.

4. MEDIDAS PROTETIVAS

As medidas protetivas de urgência possuem a natureza das medidas cautelares do Processo Civil e são específicas para proteção da mulher vítima de violência doméstica, conforme previsão nos artigos 18, 19, 23 e 24 da Lei nº 11.340/2006. Podem ser concedidas de imediato, independente da audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, assim como podem ser revistas a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, de acordo com a necessidade da ofendida, seus familiares ou seu patrimônio e são provisórias.

Seu procedimento é guiado pelo princípio da informalidade, tanto que o pedido de medidas protetivas não precisa atender às formalidades exigidas a uma petição inicial, denúncia ou queixa-crime. Nada obstante, não exime a requerente de demonstrar a existência dos pressupostos da medida, como indícios de autoria e materialidade de um crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, pois embora se pretenda o máximo de eficácia, o abuso ao direito de outrem deve ser mínimo. Também não bastam meras suposições de sua necessidade, mas indícios efetivos dessa.

E não poderia ser diferente, já que o deferimento da medida ora requerida constitui restrição de direitos fundamentais do suposto autor do fato. Desta forma, o pedido deve estar assentado em suporte probatório que indique a necessidade de seu deferimento.

Outrossim, tais medidas não podem constituir antecipação de tutela penal, antecipando efeitos decorrentes de uma sentença condenatória penal ou da própria pena criminal sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Como leciona Geraldo Prado³, meras declarações registradas em Boletim de Ocorrência não são suficientes para privar outrem de seus direitos e garantias fundamentais, pois, ao lado das declarações da vítima, deve haver outros indícios que corroborem sua versão, já que o princípio da presunção de inocência não é compatível com a presunção de veracidade de uma simples e por vezes leviana alegação.

De fato, é considerável o número de feitos em que as mulheres provocam a atuação da polícia e do Judiciário visando a obter, por vias transversas, a posse de bens ou o afastamento do acusado do convívio dos filhos como forma de vingança. Isso fica evidente durante a instrução processual, principalmente quando as supostas vítimas admitem tais práticas, ressaltando-se que nem sempre assim agem por má-fé, mas por desconhecerem o funcionamento do Poder Judiciário. Tais práticas indevidas abarrotam a vara especializada e a põe mais distante de seus reais destinatários: a mulher vítima de violência doméstica.

Por outro lado, sabe-se que a mulher que verdadeiramente sofre ameaças contra a sua vida não se socorre da polícia ou do Poder Judiciário até porque não se dispõe hoje de políticas públicas que garantam sua manutenção e segurança caso saiam do convívio com o agressor. É fato: as medidas protetivas inibem tão apenas aqueles que possuem um mínimo de respeito às normas legais e sociais, não servindo de escudo contra aqueles de elevada periculosidade e dos usuários de drogas. Contra esses, não há freios legais, morais ou sociais que contenham seus impulsos e só um tratamento aliado à ressocialização e reinserção no lar poderão talvez conter o agressor.

Dessa forma, devem ser fortemente coibidas as tentativas de se utilizar dos institutos trazidos pela LMP para fins ilegais, devendo o julgador estar atento para pedidos de afastamento do suposto agressor da família que em verdade oculta tentativa de alienação parental.

Outrossim, a aplicação das medidas protetivas não deve causar ao suposto agressor a privação de bens e direitos sem que haja justificativa suficiente para tanto, sob pena de se estar malferindo o devido processo legal, já que tal medida também é frequentemente buscada por supostas vítimas que veem nas medidas protetivas uma verdadeira oportunidade para se beneficiar do patrimônio do acusado.

Identificadas tais condutas indevidas por parte da vítima, não deve o magistrado hesitar em determinar a apuração do delito de denúncia caluniosa, pois o que se vê é a necessidade de se moralizar a aplicação da LMP a fim de que atenda a seus objetivos e evitar que seus institutos sejam utilizados como instrumento de vingança, chantagem ou locupletamento indevido.

5. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA

Um dos temas mais polêmicos tem sido a discussão travada em torno da interpretação do artigo 41 da LMP, porquanto referido artigo simplesmente afasta a Lei nº 9.099/95.

Assim, interpretações mais precipitadas são no sentido de que a não aplicação da Lei nº 9.099/95 aos casos abrangidos pela LMP implicaria impedimentos quanto à composição civil dos danos, à suspensão condicional do processo e à transação penal. Com todo o respeito devido a doutrinadores como Damásio Evangelista de Jesus e a Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴, que partilham desse entendimento, tal não pode prevalecer.

Como se sabe, a Lei nº 9.099/95 não se restringiu a instituir os Juizados Especiais Criminais e seu rito processual, mas também trouxe institutos que se aplicam a todo o ordenamento jurídico e, portanto, aplicáveis à Lei 11.340/06, como a exigência de representação para delitos de lesões corporais leves e a incidência dos institutos despenalizadores, salvo a proibição contida no artigo 17 daquela.

Pensar diferente implica na quebra do princípio constitucional da igualdade e porquanto prevê tratamento diferente a vítimas em idêntica situação.

Por outro lado, a aplicação de ritos diversos de acordo com a natureza do delito não vulnera qualquer das garantias constitucionais e, no caso da LMP, o afastamento do rito sumaríssimo em nada prejudica o

acusado, com exceção para o fato de que as investigações tornam-se mais morosas porquanto sujeitas às formalidades do inquérito policial.

Conforme ensina L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho: “Seria o caso de estabelecer-se uma interpretação conforme a Constituição para entender-se que a única interpretação coerente com o texto constitucional é que a proibição do artigo 41 dirige-se unicamente para os aspectos processuais penais da Lei nº 9.099/95”²⁵.

No que pertine especificamente à necessidade de representação, forçoso concluir não se tratar de mera formalidade processual, mas de garantia em favor do suposto autor do fato e, no caso, da própria vítima.

Poderia parecer, em princípio, que a Lei Maria da Penha, por visar à proteção da mulher nas relações familiares, tornaria dispensável a representação, para facilitar à vítima a tutela jurisdicional para sua proteção e, em contrapartida, a punição do sujeito ativo. Porém, a prática revela que tal entendimento é contraproducente, haja vista o artigo 16 da Lei nº 11.340/06 permitir à vítima retratar-se da representação perante o juiz, revelando ser a natureza da ação penal condicionada à representação.

Em sendo a exigência de ser a retratação manifestada somente perante o juiz norma de maior rigor, exatamente em benefício mulher, porquanto a vontade livre da vítima será aferida por aquele, é que se deve condicionar o andamento da ação penal à vontade da vítima de ver o autor do fato processado, tratando-se de verdadeira condição de procedibilidade.

Conforme se deixou claro alhures, a razão maior da Lei Maria da Penha é garantir às mulheres o respeito a seus direitos fundamentais, dentre eles, o da liberdade. Se a mulher vítima de violência se reconciliou com o parceiro após momentos de crise, a dispensa da representação em casos que tais obrigaria ao prosseguimento da ação penal, até a, agora indesejada, condenação do réu. Ademais, a dispensa de representação contraria a nova filosofia do Direito Penal que busca sua humanização com base na conciliação. E não se diga que a mulher fica cerceada em seu direito de agir, pois querendo, basta representar e, assim mesmo, como acontece nos crimes sexuais, a representação não exige formalismo algum.

Outrossim, o artigo 12 da LMP concede à vítima o direito de representar, caso deseje, nos seguintes termos: “Em todos os casos

de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I- ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada”.

A expressão “se apresentada” nos termos do citado artigo significa que a representação pode ou não ser oferecida e que a ação dependente de representação. Tal artigo da lei, em combinação com o teor do artigo 16, permite concluir que, nos crimes de lesão corporal de natureza leve, a ação será pública condicionada à representação.

Por fim, destaque-se o teor do voto do Ministro Arnaldo Esteves no julgamento do Habeas Corpus nº 110.965/RS: “o processamento do ofensor, mesmo contra a vontade da vítima, não é a melhor solução para as famílias que convivem com o problema da violência doméstica, pois, repita-se, a conscientização, a proteção das vítimas e o acompanhamento multidisciplinar com a participação de todos os envolvidos são medidas juridicamente adequadas, de preservação dos princípios do direito penal e que conferem eficácia ao comando constitucional de proteção à família: ‘A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado’ (art. 226, *caput*, da CF)”.

6. APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO NOS DELITOS DA LMP

Além do que já foi considerado no tópico anterior, por não ser a pena de prisão eficaz para neutralizar agressões domésticas é que não se pode deixar de considerar aplicáveis os institutos despenalizadores. Deles, o de maior adequação por permitir a restauração do universo familiar e evitar a estigmatização tem sido a suspensão do processo, pois sua concessão, quando cabível, mantém o acusado de agressão, por dois anos, sob a ameaça do prosseguimento do processo caso não observe a boa conduta.

Além disso, permite a imposição de condições adequadas ao perfil do agressor. Se for usuário de drogas, uma das condições deve ser sua frequência a centros de tratamento ou desintoxicação, já que o Estado não mantém instituições de internação obrigatória, devendo o acusado buscar voluntariamente tratamento, o que somente se obtém se ele se

obrigar a tanto.

Uma vez iniciada a ação penal, nada melhor do que a suspensão do processo para estimular o agressor a buscar ajuda.

A suspensão só não se mostra eficaz quando concedida a agressores de alta periculosidade, mas lembre-se que, para esses, nem a pena de prisão causa efeito, pois voltam a delinquir quando em liberdade ou até mesmo enquanto confinados.

O que se exige é que as condições impostas sejam adequadas ao caso, lembrando que a lei já prevê a inadequação da prestação de cestas básicas ou o pagamento isolado de multa (artigo 17).

De igual modo, a substituição da pena de prisão por restritivas de direitos é cabível, desde que observadas as ressalvas do já citado artigo 17 da LMP.

7. DA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR

Em face das peculiaridades que envolvem a violência de gênero contra a mulher no ambiente doméstico é que a LMP previu a necessidade de intervenção da equipe multidisciplinar a fim de acompanhar vítimas, agressores, crianças e adolescentes que integrem o núcleo familiar atingido pela agressão.

Ressalte-se ser essa intervenção condição imposta pela lei para que, por meio de medida protetiva, possa-se privar o agressor do direito de visita aos filhos, porquanto deve restar comprovado que o agressor também ofereça ameaça àqueles, pois trata-se de medida radical e por isso deve ser concedida com temperamentos sob pena de se agravar o problema familiar já existente e vulnerar direitos fundamentais do suposto autor do fato.

Outrossim, à equipe multidisciplinar incumbe acompanhar o agressor e a vítima visando a tratamento psicológico na rede municipal e a grupos como alcoólicos e narcóticos anônimos, medidas que dependem de atuação efetiva da Administração Pública, o que demonstra que o espírito da LMP é de restaurar os indivíduos e as famílias, ficando a punição pela pena restritiva de liberdade em último plano.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os entendimentos expostos acima ainda não são pacíficos na doutrina, tampouco na jurisprudência, porém devem prevalecer caso se tenha em mente que a LMP busca resguardar os direitos fundamentais das mulheres, devendo-se, portanto, dar-lhes voz e respeitar sua vontade caso seja livre e consciente. Agir de forma diversa significa fugir ao dever imposto ao Judiciário: a pacificação dos conflitos sociais.

Notas

¹ *Comentários à lei de violência doméstica contra a mulher*. Mello, Adriana Ramos. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. Xii.

² *Competência criminal da lei de violência doméstica contra a mulher*. Disponível em www.lfg.com.br.

³ *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2ª edição, p. 122

⁴ in *A Lei Maria da Penha na justiça*, fls. 114

⁵ In *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*, p. 175.

9. BIBLIOGRAFIA

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5ª ed, Editora Revan.

CUNHA, Rogério Sanches e Pinto, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Comentada artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. Rio de Janeiro, 2006.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *Competência criminal da lei de violência doméstica contra a mulher*. Disponível em www.lfg.com.br.

MELLO, Adriana Ramos de. *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Votos e Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça.

10. ANEXO

ENUNCIADOS APROVADOS NO IFONAVID (RIO DE JANEIRO – NOV/2009)

ENUNCIADO 1 - Para incidência da Lei Maria da Penha não importa

o período de relacionamento entre vítima e agressor(a), nem o tempo decorrido desde o seu rompimento, bastando que reste comprovado que a violência foi decorrente da relação de afeto.

ENUNCIADO 2 - Inexistindo coabitação ou vínculo de afeto entre agressor(a) e ofendida, deve ser observado o limite de parentesco dos arts. 1.591 a 1595, do Código Civil, quando a invocação da proteção conferida pela Lei 11.340/06 decorrer exclusivamente das relações de parentesco.

ENUNCIADO 3 - A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações relativas a direito de família serem processadas e julgadas pelas Varas de Família.

ENUNCIADO 4 - A audiência prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06 é cabível, mas não obrigatória, somente nos casos de ação penal pública condicionada à representação, independentemente de prévia retratação da vítima.

ENUNCIADO 5 - A competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher está condicionada à existência de notícia crime ou representação criminal da vítima.

ENUNCIADO 6 - A Lei 11.340/06 não obsta a aplicação das penas substitutivas previstas no CP, vedada a aplicação de penas de cesta básica, prestação pecuniária ou pagamento isolado de multa.

ENUNCIADO 7 - O sursis de que trata o art. 77 do Código Penal é aplicável aos crimes regidos pela Lei 11.340/06, quando presentes os requisitos.

ENUNCIADO 8 - O art. 41 da Lei 11.340/06 não se aplica às contravenções penais.

ENUNCIADO 9 - A notificação/intimação da vítima acerca da concessão de soltura do agressor pode ser feita por qualquer meio de comunicação.

ENUNCIADO 10 - A Lei 11.340/06 não impede a aplicação da suspensão condicional do processo nos casos que esta couber.

ENUNCIADO 11 - Poderá ser fixada multa pecuniária no caso de descumprimento de medida protetiva de urgência.

ENUNCIADO 12 - Em caso de absolvição do réu ou de extinção da punibilidade do agressor, cessará o interesse de agir em sede de medidas protetivas de urgência.

ENUNCIADO 13 - Poderá a equipe multidisciplinar do juízo proceder o encaminhamento da vítima para atendimento pela rede social, independente de decisão judicial.

ENUNCIADO 14 - Os Juízos com competência para processar e julgar os processos de violência doméstica e familiar contra a mulher deverão contar com Equipe Multidisciplinar.

ENUNCIADO 15 - A Equipe Multidisciplinar poderá elaborar documentos técnicos solicitados pelo Ministério Público ou Defensoria Pública mediante autorização do Poder Judiciário.

ENUNCIADO 16 - Constitui atribuição da Equipe Multidisciplinar conhecer e contribuir com a articulação, mobilização e fortalecimento da rede de serviços de atenção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.



POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA PARA PESSOAS DOENTES MENTAIS OU COM DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO

Alessandro Araújo Mendes: Advogado, Especialista em Metodologia e Didática do Ensino Superior, Mestrando em Ciências da Educação. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Inclusão Escolar da Pessoa com Deficiência da Universidade Federal de Sergipe.

Kátia Regina Lopes Costa: Pedagoga e Psicopedagoga, professora da rede estadual de ensino. Coordenadora do Curso de Pedagogia da Faculdade Atlântico. Mestranda em Ciências da Educação. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Inclusão Escolar da Pessoa com Deficiência da Universidade Federal de Sergipe.

RESUMO: Muitas pessoas com algum tipo de deficiência estão sendo tratadas da mesma forma que eram tratadas na Idade Média. Não se respeitam os direitos destas pessoas; são subjugadas e ignoradas pela sociedade e pelo Estado. Por mais que se criem leis e políticas públicas de proteção aos deficientes, a verdade é que, na prática, muito pouco se faz para tratá-los da mesma forma que se trata os cidadãos que não possuem deficiências. Quando se fala em deficiência, pensa-se logo em deficiência física; na verdade ela também pode ser sensorial e intelectual. É nesta que iremos trabalhar. Pessoas com deficiências mentais ou intelectuais são julgadas e colocadas em manicômios judiciários como se fossem doentes mentais. Independentemente de ser deficiente ou doente mental, os mesmos só devem ser colocados em medidas de segurança se não houver nenhum outro meio para seu tratamento; quando todas as outras formas de tratamento não tiverem surtido efeito, quais sejam: tratamento em domicílio, postos de saúde ou internação em estabelecimentos próprios

para cuidar de pessoas com deficiência e doença mental. Estas pessoas, em tese, não são responsáveis pelos crimes que cometem, assim, não se devem absolver estas pessoas e ao mesmo tempo impor medidas de segurança; que são verdadeiras prisões perpétuas.

PALAVRAS-CHAVE: Doença mental; deficiente mental; inimputabilidade; medida de segurança; prisão perpétua.

ABSTRACT: A lot of people with some deficiency type is being been in the same way that you/they were treated in the Medium Age. The these people's rights are not respected; they are subdued and ignored by the society and for the State. No matter how much laws and public politics of protection are created to the faulty ones, the truth is that, in the practice, very a little it is made her to treat them in the same way that is the citizens that don't possess deficiencies. When it is spoken in deficiency, he/she thinks him soon in physical deficiency; actually she can also be sensorial and intellectual. It is in this that we will work. People with mental or intellectual deficiencies are judged and placed in judiciary insane asylums as if they were sick mental. Independently of being faulty or sick mental, the same ones should only be placed in measures of safety if there is not any other middle for its treatment; when all the other treatment forms have not taken effect, which you/they are: treatment in home, put of health or internment in own establishments to take care of people with deficiency and mental disease. These people, in thesis, are not responsible for the crimes that make, thus, he/she/it should not acquit these people and at the same time to impose measures of safety; that are true perpetual prisons.

KEYWORDS: Mental disease; faulty mental; penal irresponsibility; measure of safety; perpetual prison.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem abrangência não só na área jurídica, mas também na área educacional; onde pessoas com diversos tipos de deficiência são tolhidas da educação e segregadas da sociedade, deixadas em suas casas, em instituições de tratamento, etc. São colocadas longe da sociedade para não atrapalhar a “normalidade”; sem nenhuma

preocupação do poder público com a inclusão.

Mesmo quando as pessoas com deficiência são colocadas em instituições de internação ou outros locais congêneres, deve-se promover a educação para elas; na medida de suas limitações e capacidades; e quem vai dizer esse limite é a própria pessoa com deficiência, mas nunca o Estado. É assim que deveria ser, mas isto é a utopia de uma sociedade justa e perfeita, como escreveu Montesquieu em sua obra com o mesmo nome: Utopia.

Antes de adentrarmos nas considerações feitas pelo Código Penal a respeito do assunto em tela, cabe-nos fazer uma breve abordagem sobre alguns conceitos sobre deficiência, doenças, transtornos, etc. que sempre causam dúvidas nos leitores e para melhor compreensão do presente trabalho.

O artigo 1º da Convenção de Guatemala definiu o que vem a ser deficiência:

“O termo deficiência significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”.

Deficiência também pode ser compreendida como toda a perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gera incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para ser humano.

Deficiência permanente é aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter baixa probabilidade de que se altere apesar de novos tratamentos.

Incapacidade é uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meio ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias, seu bem-estar pessoal e o desempenho de funções ou atividades a serem exercidas.

Advertimos que esta incapacidade que acabamos de tratar não tem nada a ver com a incapacidade civil ou penal. Estas têm seu limite na idade, qual seja, até que se complete 18 anos de idade. A partir de então, inicia-se, em regra, a capacidade civil e penal do cidadão; contraem-se

responsabilidades e direitos até então latentes.

O termo “Pessoa Portadora de Deficiência” (PPD) é muito utilizado em meio acadêmico e no setor público para se referirem às pessoas com deficiências.

Pessoas com necessidades especiais (PNE) não necessariamente possuem alguma deficiência; é um termo utilizado para pessoas que precisam de uma atenção especial em virtude de seu estado fisiológico com reflexos em seu estado físico-corpóreo. Por exemplo: hemofílicos, doentes renais, diabéticos, obesos, etc. Estas pessoas precisam de atendimento especial, mas não apresentam, necessariamente, uma deficiência física, visual ou auditiva, mental ou múltipla. Logo, este termo não é correto para se referir a pessoas deficientes.

Segundo a Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva – PNEE - (MEC, 2008), pessoas com deficiência são

“àqueles que têm impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que em interação com diversas barreiras podem ter restringidas sua participação plena e efetiva na escola e na sociedade”.

Transtorno mental ou global como coloca a PNEE, são aqueles que apresentam alterações qualitativas das interações sociais recíprocas e na comunicação, um repertório de interesses e atividades restrito, estereotipado e repetitivo. Incluem-se nesse grupo as pessoas com autismo, síndromes do espectro do autismo e psicose infantil.

Exemplos de transtornos: dislexia, disortografia, disgrafia, discalculia, transtorno de atenção, hiperatividade, etc.

2. POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA PARA PESSOAS DOENTES MENTAIS OU COM DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO

O Código Penal usa a terminologia pessoa com doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26). Há de salientar que o Código Penal é datado de 1940, apesar do art. 26 ter sofrido alterações em 1984.

A ênfase, hoje, é dada não naquilo em que a pessoa que possui alguma deficiência NÃO PODE fazer, mas sim naquilo em que a

pessoa deficiente PODE fazer – isto nada mais é que a INCLUSÃO da pessoa com deficiência. Hoje, não é o deficiente que tem que se adaptar à sociedade; ao contrário, a sociedade é que tem que se adaptar aos deficientes, para que haja oportunidades e tratamentos igualitários entre todos os indivíduos que a compõe (princípio da isonomia).

Para o Código Penal, na época da sua criação, “pessoas retardadas”, nesse linguajar antigo e preconceituoso, seriam aqueles que tinham, por exemplo, mongolismo (hoje chamado de Síndrome de Down).

O preconceito deve ser deixado de lado e incluir as pessoas deficientes na sociedade, deixando-as livres para que possam atingir seus próprios limites ou, até mesmo, superá-los; não ficando estagnados na ignorância, desinformação e preconceito da sociedade.

Pessoas com algum tipo deficiência mental, como: esquizofrenia, paranoia, epilepsia, etc, podem provocar algum prejuízo na capacidade de entendimento (compreensão) ou volição (vontade: culpa ou dolo) do indivíduo.

Entendimento, para o Código Penal, significa entender o caráter ilícito do fato. Volição consiste na capacidade de comportar-se de acordo com esse entendimento. São coisas distintas. Às vezes, por exemplo, a pessoa entende o caráter ilícito do fato, mas a vontade de praticá-lo é mais forte (volição). Isto pode ocorrer por causa de alguma sociopatia, deficiência mental, ou por ato de própria vontade do indivíduo (dolo).

O Código Penal consigna que as pessoas que possuem doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado que no momento da prática do ato delituoso eram inteiramente incapazes de entender o que estavam fazendo (caráter ilícito do fato) ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ficarão isentas de pena por serem absolutamente incapazes – são inimputáveis; inimputabilidade penal.

Logo, exige-se a absoluta incapacidade quando da prática do ato ilícito; nenhum entendimento do que estava fazendo na data e momento do fato criminoso, pois o art. 26 do Código Penal diz: “ao tempo da ação ou omissão”.

Destacamos o aludido artigo 26 do Código Penal:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto

ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único: 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 (Vade Mecum compacto; ed. 1ª; Saraiva, 2009; p. 511).

Portanto, a doença mental deve determinar o comportamento no momento do fato ou data do fato para o indivíduo ser isento de pena.

Se a pessoa tinha uma doença mental, mas no dia do fato (no momento do ato), não estava em crise, isto é, sabia o que estava fazendo, não será considerado imputável.

Outrossim, se uma pessoa que era sã, que tinha seu juízo perfeito, pratica um ato ilícito, mas só após o seu cometimento é que se apresenta a doença mental, também não ficará isenta de pena; logo, será responsabilizada penalmente. Mas o que devemos salientar é que para o Processo Penal, quando acontece um caso semelhante ao citado, o processo ficará suspenso até que retome seu juízo. Mesmo assim, poderá sofrer medida de segurança a critério do magistrado.

Reza o art. 96 do CP:

As medidas de segurança são:

I - internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único: Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Sendo assim, o efeito do reconhecimento da inimputabilidade é a isenção de pena (exclusão da culpabilidade), conseqüentemente, absolvição; o doente mental será absolvido se ao tempo da ação ou omissão era absolutamente incapaz de entender o que estava fazendo. Para isso, o fato que praticou deve ser típico e ilícito.

Necessária uma observação: a terminologia empregada pela imprensa para se referir a crimes sexuais contra menores, qual seja: pedofilia, trata-se de uma doença mental. Sendo assim, o agente seria inimputável e o máximo que poderia sofrer como resposta do Estado seria uma medida de segurança. Portanto, deve-se ter muito cuidado ao se utilizar essa terminologia, vez que nem todos os indivíduos que praticam crimes sexuais contra menores são doentes mentais.

Continuando o raciocínio, se um doente mental está sendo julgado por ter agredido alguém e fica configurado que agiu em legítima defesa será absolvido por haver exclusão de ilicitude (art. 23, II, CP); e não por ser inimputável (art. 26, CP). Essa tese de defesa é mais favorável ao doente mental, que é réu no processo, conforme explicaremos a seguir.

Uma pessoa que é absolvida por inimputabilidade, supõe-se que ela tenha praticado um fato típico (previsto pela lei como crime) e ilícito (ato que vai de encontro com a previsão legal). Se fosse capaz, a pessoa seria condenada (na excludente de ilicitude o fato é típico, mas não ilícito – a lei o protege: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal) – fato típico e lícito (art. 23, CP).

No entanto, quando o doente mental apresenta periculosidade para a sociedade, seja por conta da agressividade ou por colocar a sua própria vida em risco e, por conseguinte, colocar a vida de outras pessoas em risco também, por exemplo, esta absolvição é chamada de **ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA**.

Recebe este nome porque o condenado (doente mental que apresenta periculosidade social) é submetido à medida de segurança (art. 96, CP).

O pensamento jurídico tradicional diz que essa pessoa que praticou um fato típico e antijurídico em razão da doença mental pode apresentar perigo para a sociedade, devendo, por isso, ser submetida a um tratamento compulsório, de **PRAZO INDETERMINADO**, chamado **MEDIDA DE SEGURANÇA**.

Se o crime praticado for apenado com **DETENÇÃO**, o doente mental será encaminhado para tratamento ambulatorial - a pessoa se apresentará regularmente em um hospital ou centro de tratamento.

Se o crime for punível com **RECLUSÃO**, o doente mental será

internado em uma casa de custódia e tratamento, manicômio judiciário, ou outro estabelecimento congênere (art. 97, CP); afastando-o do contato com a sociedade (segregação – FOUCAULT).

O Código Penal, em seu artigo 97, §1º, informa que esse tratamento de internação terá um prazo mínimo de um a três anos. Dentro desse período, o juiz determina quando se dará o primeiro exame pericial para verificar se a pessoa está apta ou não para voltar ao convívio social – a perícia poderá ser realizada após um ano, dois anos ou ao final do terceiro ano, por exemplo.

A partir do primeiro exame pericial, a ser realizado por uma equipe de multiprofissionais da saúde (psicólogos, psiquiatras, etc), caso o doente mental não esteja apto a voltar ao convívio social, continuará internado e os exames periciais subsequentes serão repetidos apenas de ano em ano; no entanto, o juiz poderá determinar que seja realizado em qualquer tempo (art. 97, §2º, CP).

Se ficar caracterizada que a periculosidade cessou, o doente mental será desinternado, ficando livre para conviver em sociedade e prosseguir com a sua vida. No entanto, a depender de parecer pericial, que aconselha tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar sua desinternação e submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Uma vez desinternado, ficará o doente mental submetido a uma espécie de período de prova de duração de um ano (art. 97, §3º, CP); caso fique constatado ao longo desse período que a periculosidade persiste, deverá a situação de internação ser restabelecida.

Portanto, poderá haver progressão de um regime de internação para ambulatorial e vice-versa.

Outro ponto importante é que estando o doente mental apto a voltar para o seio social, sendo desinternado, não estará obrigado a cumprir pena alguma por ato ilícito que tenha praticado, não possuirá nenhum antecedente criminal, tampouco será réincidente caso venha a cometer futuro delito.

O Código Penal brasileiro adotou o SISTEMA VICARIANTE, que significa substituição; consiste do réu ser submetido a uma pena (para imputáveis) ou uma medida de segurança (para inimputáveis).

Devemos falar ainda da figura do semi-imputável. Este indivíduo não é considerado imputável e nem inimputável, estaria no meio termo (parágrafo único do art. 26, CP).

O semi-imputável é aquele que não era inteiramente capaz de entender a ilicitude do fato; logo, tinha uma capacidade parcial de entender o fato ilícito, o seu ato. Mesmo assim, o tratamento jurídico dado ao semi-imputável será o de imputável, mas com pena reduzida de um a dois terços. Sendo assim, é apenas um caso de redução de pena, não obstante de estar inserta no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, o qual trata do inimputável.

Apesar destas considerações, temos no artigo 98 do mesmo diploma legal, a informação de que, nos casos de semi-imputabilidade, a pena poderá ser substituída por medida de segurança. O juiz tem uma alternativa: poderá aplicar uma pena reduzida ou aplicar uma medida de segurança se a pessoa condenada precisar de tratamento ou for perigosa para a sociedade.

Um doente mental sendo ABSOLVIDO pela prática de um crime e sendo submetido à medida de segurança, ele vai, na verdade, ser CONDENADO a uma espécie de PRISÃO PERPÉTUA. Ela será internada em casa especializada e dificilmente se recuperará, ficando eternamente em uma “prisão perpétua”.

Desta feita, concluímos que uma pessoa doente mental submetida a medida de segurança (mesmo que absolvida), tem menos direitos do que pessoas sãs condenadas. Estas têm direitos à: progressão de regime, detração penal, prescrição, *sursis*, livramento condicional, liberdade provisória com ou sem fiança, etc.

Tratamos nossos doentes mentais com mais rigor do que tratamos os nossos criminosos, pois o criminoso é aquele que pode optar pela prática ou não de um crime, mas opta em praticá-lo; já a pessoa portadora de deficiência mental não teve essa opção, mesmo assim, o ordenamento jurídico brasileiro (sistema criminal) é mais rigoroso com eles.

Na verdade, a absolvição não é uma absolvição. É um eufemismo, já que se absolve o indivíduo por ser inimputável, mas o “condena” a uma “prisão perpétua” a um manicômio judiciário.

Portanto, não há absolvição, mas sim condenação.

Não duvidamos da necessidade de uma proteção social; mas a questão da pessoa estar presa ou ser posta em liberdade não perpassa por nenhuma ideologia; o que se põe em questão é que nenhuma pessoa deve ser solta antes que esteja preparada para o convívio social e nem ser mantida “presa” quando não for mais o momento para isso.

Deve-se adotar a medida de segurança quando necessária, mas não ser analisada sob um ESTIGMA penal, com um sentido de punir, de prender, de segregar uma pessoa, um portador de deficiência mental; deixando-a *ad infinitum* trancafiada em um manicômio judiciário; tendo em vista que no Brasil, seja a quantidade de pena que for (cem, duzentos, quinhentos anos), uma pessoa que não possui doença mental só ficará presa, no máximo, por 30 (trinta) anos (temos doentes mentais internados há quarenta, cinquenta anos, ou mais, isso quando conseguem sobreviver ao ambiente hostil daqueles lugares).

Deve-se afastar a natureza penal e adotar o caráter de tratamento, de cuidados na internação, no tratamento clínico ou ambulatorial; adotar a interdição do Direito Civil, a figura do curador e tutor, ou quaisquer outros meios eficazes de evitar, ao máximo, de colocar pessoas com deficiências mentais que praticaram algum ilícito em casas de custódia para tratamento mental, manicômios judiciários ou congêneres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTO, Luiz; ARAUJO, David. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo, RT, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF: Senado, 1988.

_____. *Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na Idade Clássica*. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2007.

_____. *Os anormais*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAZZOTTA, Marcos José Silveira. *Educação especial no Brasil: história e políticas públicas*. 5ª ed., São Paulo: Cortez, 2005.

STAINBACK, Susan, STAINBACK, Willian. *Inclusão: Um guia para educadores*. Tradução MAGDA França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1999.

<http://www.unit.br/setores_drh_portadores.asp> Acessado em 09/10/2009.

<http://WWW.araraquara.sp.gov.br/participacaopopular/pagina_indice.asp?iditem=212> Acessado em 09/10/2009.

O DIREITO DE INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA DO SUL: UMA ANÁLISE DA VALIDAÇÃO DE DIPLOMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EXPEDIDO POR UNIVERSIDADE ESTRANGEIRA INTEGRANTE DO MERCOSUL

André Luiz Vinhas da Cruz, Procurador do Estado de Sergipe, advogado, Professor de Direito Empresarial da Faculdade de Negócios e Administração de Sergipe (FANESE) e da Faculdade São Luís de França (FSLF) e Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ).

Arthur Cezar Azevedo Borba, Procurador do Estado de Sergipe, advogado, Professor de Direito do Trabalho da Faculdade Pio Décimo e Especialista em Direito Público pela Universidade Tiradentes (UNIT).

Márcio Leite de Rezende, Procurador do Estado de Sergipe, advogado, Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Sergipe (FaSe) e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Tiradentes(UNIT).

Monografia apresentada em conjunto, na disciplina “Seminario IV: Derecho de la Integración”, ministrada pelo Prof. Dr. Jorge Horacio Schijman, a título de cumprimento parcial de créditos no Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA).

RESUMO: O presente trabalho visa fixar um breve quadro histórico-jurídico do processo integrativo da América Latina, dando especial enfoque ao surgimento do Tratado de Assunção como marco inicial

do Mercosul, bem como ao sistema de regulamentação da educação superior realizada através de tratados internacionais entre os Estados partes, especificamente em matéria de validação de títulos de cursos de pós-graduação no âmbito da comunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da integração; América do Sul; Mercosul; Tratados Internacionais; Educação Superior; reconhecimento de títulos por instituições de ensino superior de pós-graduação.

ABSTRACT: This work aims to establish an analysis of existing legal arrangements for guardianship in order to defend the rights of citizens, especially those rights relating to the honor and image, according to the freedom of speech and press under Magna Carta.

KEYWORDS: Constitutional law and civil procedure; freedom of speech and press; right to the honor and image; limits of the exercise of the right; legal guardianship procedural restrictions.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 1.1. Breviário histórico-jurídico da integração na América Latina; 2. O Tratado de Assunção e a criação do Mercosul; 3. A educação no Mercosul; 3.1. A Educação Como Ferramenta de Integração Regional; 3.2. Setor Educacional do Mercosul; 3.3. Ensino Superior no Mercosul; 4. Diploma de Doutorado expedido por Universidade estrangeira integrante do Mercosul (Universidad Del Museo Social Argentino). Reconhecimento obrigatório, pelo Brasil, para fins de pesquisa e docência, desde que preenchidos os requisitos legais; 4.1. Do Acordo Internacional firmado; 4.2. Do ingresso do acordo internacional no ordenamento jurídico brasileiro; 4.3. Dos efeitos do ingresso do acordo internacional no ordenamento jurídico brasileiro; 4.4. Do preenchimento dos requisitos pelo Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad Del Museo Social Argentino para registro do título de doutor no Brasil; 5. Conclusões; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

1.1 BREVIÁRIO HISTÓRICO-JURÍDICO DA INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA LATINA

O processo de integração regional dos Estados soberanos e independentes no mundo, e, em especial, na América Latina, é algo relativamente recente, e que decorre de diversas circunstâncias e acontecimentos internos e externos, passados e presentes, nos dizeres de Mario Midón¹.

A partir da segunda metade do século XX, o panorama da comunidade internacional e de suas relações político-econômicas passou a se alterar, de maneira profunda e rápida, de sorte que os Tratados de Roma e Paris, com a criação da Comunidade Europeia, representam o marco inicial de uma nova política de relacionamento internacional após a 2ª Guerra Mundial.

Em 27/03/1957, foi firmado em Roma o acordo de criação da Comunidade Econômica Europeia, destinada a eliminar entre os Estados-membros as tarifas aduaneiras, restrições quantitativas e outras medidas semelhantes sobre a importação e a exportação de bens².

Por certo, como bem salientado por Raúl Granillo Ocampo, ainda se tratavam de grande blocos econômicos desregulamentados, sob o viés jurídico, mas com enorme poderio econômico, financeiro, tecnológico e político.³

A ideia inicial de integração econômica, que sedimentou o surgimento da comunidade europeia, em princípios da década de 50, passou a servir de pano de fundo para a construção teórica da integração latino-americana, com o aparecimento da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL)⁴.

Levando-se em conta o papel secundário da América Latina no concerto das nações mundiais, enquanto órgão meramente exportador de matérias-primas, observou-se que, para o seu desenvolvimento, mister se faria a utilização de um mecanismo de protecionismo coletivo, tendente à substituição das importações, acordada a nível regional e orientada à industrialização induzida.

A ideia era, portanto, tentar criar blocos regionais, a exemplo de sindicatos de empregados⁵, que gerassem um marco para o livre

intercâmbio de bens, serviços, pessoas e capitais dentro da região latino-americana.

A Cepal teria por missão a industrialização por intermédio do desenvolvimento de indústrias complementares na região, observando-se as vantagens comparativas que possuem cada país, aliado a uma adequada proteção alfandegária regional.

Tal concepção foi muito mal recepcionada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), pelo GATT (*General Agreement on Tariffs and Trades*)⁶ e pelos Estados Unidos da América, principalmente após o advento da Revolução Cubana de 1959. Tal fato, em especial, levou o governo ianque a apoiar, escancaradamente, a formação do Mercado Comum Centro-Americano, em detrimento da CEPAL; assim como o estímulo, mais tarde, à geração do NAFTA⁷ e da ALCA⁸.

Neste exato momento histórico, a América Latina ostentava um preocupante quadro de intensa instabilidade política e ausência de viés democrático dos governos militares em voga, um clima de desconfiança mútua entre os países componentes da região, bem como um exacerbado nacionalismo, fatores extremamente prejudiciais ao processo de integração.

Apesar do insuflado sentimento nacionalista que imperava entre as nações latino-americanas, a convicção gerada sobre os benefícios da integração econômica, assim como ocorria na Europa, permitiu alguns avanços no processo integrativo, a exemplo da criação, respectivamente, em 1960 e 1961, da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC)⁹ e do Mercado Comum Centro-Americano (MCCA)¹⁰.

Louváveis foram as tentativas de integração promovidas, no Brasil, respectivamente, por Juscelino Kubitschek e Jânio Quadros¹¹, como na Argentina, por Juan Domingo Perón e Arturo Frondizi.

Apesar disto, de um modo geral, no caso latino-americano, os governos dos países mais desenvolvidos, dentre eles o Brasil, a Argentina e o México, primordialmente, não se comprometeram com o processo de integração iniciado pela ALALC, o que o diferenciou, decisivamente, da formação da Comunidade Europeia.

Enquanto lá, o processo integrativo passou por um alto grau de formalização, com a criação de instituições do porte da Corte de Justiça, na América Latina, não houve consenso quanto ao estabelecimento de organismos de defesa do processo nem de mecanismos supranacionais.

Em verdade, os acordos assinados pelos países integrantes do recém-formado bloco econômico eram solenemente descumpridos.

Em 16/08/1966, alguns membros da ALALC (Chile, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela) firmaram a “Declaração de Bogotá”, com a posterior criação de uma comissão mista, visando projetar um acordo de integração subregional, que mais tarde redundou na gestação da Comunidade Andina de Nações (CAN), com a inclusão da Bolívia e a retirada temporária do Chile (que retornou, na condição de mero membro associado, apenas em 2006) e definitiva da Venezuela.¹²

O marco institucional da CAN está inserido no Sistema Andino de Integração (SAI), e tem por marca distintiva dos demais ordenamentos comunitários a obrigatoriedade automática das decisões aprovadas pelo Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores ou pela Comissão da Comunidade Andina, e publicadas no *Diário Oficial do Acordo*.¹³

O momento propício para a expansão da política integracionista surgiu tão-somente, por volta do fim da década de 80 e começo dos anos 90, com o apogeu da recuperação da democracia em todo o continente e a aplicação de políticas econômicas pró-mercado, de forma homogênea (desregulação da economia, privatização, abertura, eliminação de restrições ao comércio internacional, dentre outras medidas).

A par do Mercosul, enquanto grandioso projeto de evolução da integração latino-americana, e que será esmiuçado adiante, não se pode olvidar um dos mais recentes esforços em prol deste objetivo integracionista que foi a criação, em 2004, da UNASUL (União de Nações Sulamericanas)¹⁴.

A UNASUL tem por agenda prioritária a atuação na melhoria do diálogo político, integração física, meio ambiente, integração energética e de telecomunicações e mecanismos financeiros sul-americanos, valendo-se das estruturas já existentes do Mercosul, ALADI, SELA¹⁵, BID¹⁶, OTCA¹⁷, CARICOM¹⁸ e CEPAL.

2. O TRATADO DE ASSUNÇÃO E A CRIAÇÃO DO MERCOSUL

Como continuação dos esforços integrativos na América do Sul, e com o manifesto estancamento experimentado pela ALADI, em meados dos anos 80, a Argentina e o Brasil iniciaram movimentos bilaterais de formação de uma comunidade sub-regional, a exemplo do Acordo de Entendimentos Operativos-Jurídicos Itaipu e Corpus, celebrado em

Porto Stroessner (Paraguai), em 19/10/1979.

Com diversas semelhanças ocorridas no processo histórico-social destes dois países¹⁹, a exemplo da redemocratização, a herança maldita da hiperinflação e a adoção de planos heterodoxos de combate à crise econômica, a emissão da Declaração de Iguazu, em 30/11/1985, e o Ato para a Integração Argentino-Brasileira, em 29/07/1986, assinada em Buenos Aires, são os marcos antecedentes imediatos do surgimento do Mercosul.

Tais protocolos de integração bilateral, centrados no *Programa de Integração e Cooperação Econômica* (PICE), fixaram os lineamentos para uma política de reindustrialização, tendente a gerar vantagens competitivas através da modernização tecnológica, e versavam sobre diversos temas, desde o trigo até o mercado de capitais²⁰.

Em 28/11/1988, Argentina e Brasil firmaram o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, com a intenção de remoção completa e gradual das barreiras alfandegárias, num prazo de 10 (dez) anos.

Em julho de 1990, tais países assinam o Ato de Buenos Aires, pelo qual o processo de formação de um mercado comum deveria estar definitivamente formado até 31/12/1994. Tal fato fez com que o Paraguai e o Uruguai solicitassem sua incorporação ao processo de integração regional. Foi o chamada “período de transição”, que se iniciou com a assinatura do Acordo de Complementação Econômica nº 18 (ACE nº 18).²¹

Tal aceitação ao ingresso desses países ao bloco econômico culminou com a assinatura, em 26/03/1991, do Tratado de Assunção, marco inicial da existência oficial do Mercosul.

O Mercosul, como é conhecido o Mercado Comum do Sul, é a união aduaneira (livre comércio intrazona e política comercial comum) de cinco países da América do Sul, e que primacialmente foi regulado pelo Tratado ALADI, e, depois, adquiriu regulamentação própria e uma estruturação mínima, com um Conselho do Mercado Comum(CMC), o Grupo Mercado Comum(GMC), a Secretaria Administrativa (SAM) e uma Comissão Parlamentária Conjunta.

O Conselho do Mercado Comum (CMC) é o órgão superior, criado em 1991, e composto por oito membros: os ministros de Economia e

de Relações Exteriores dos Estados partes. Reúnem-se ordinariamente, uma vez por ano, com a participação dos Presidentes das Nações, sendo que a Presidência do CMC se alterna entre os quatro membros efetivos.

O Grupo Mercado Comum (GMC) é o órgão executivo e possui a faculdade de iniciativa para a marcha da instituição. Está integrado por quatro membros titulares e quatro alternados por cada país, que representam os Ministérios de Economia e Relações Exteriores e o Banco Central respectivos.

A Comissão de Comércio tem por objetivo vigiar a aplicação da política comercial comum. A Comissão Parlamentária foi substituída em 2005 pelo Parlamento do Mercosul²², que começou a funcionar em 07/05/2007, com o estabelecimento do Foro Econômico e Social como órgão de consulta com representantes da atividade privada.

Por último, existe a Secretaria Administrativa (SAM), com sede em Montevideu, criada em 1994, e o Tribunal Administrativo Laboral do Mercosul, para conflitos com o pessoal da entidade internacional, criado em 2003.

Em sua formação original o bloco era composto por quatro países: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Desde 2006, a Venezuela depende de aprovação dos congressos nacionais para que sua entrada seja aprovada.

As discussões para a constituição de um mercado econômico regional para a América Latina remontam ao tratado que estabeleceu a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) desde a década de 1960.

Com a adesão do Paraguai e do Uruguai, os quatro países se tornaram signatários do Tratado de Assunção (1991), que estabelecia o Mercado Comum do Sul, uma aliança comercial visando a dinamizar a economia regional, movimentando entre si mercadorias, pessoas, força de trabalho e capitais.

A primeira grande incorporação institucional do Mercosul foi constituída pela aprovação de um sistema de resolução de conflitos, aprovado através do Protocolo de Brasília (1991), que criou um sistema de tribunais arbitrais *ad hoc*, cujos laudos são obrigatórios e inapeláveis e cuja função é a de dirimir as controvérsias que surjam entre os Estados membros.

Inicialmente foi estabelecida uma zona de livre comércio, em que

os países signatários não tributariam ou restringiriam as importações um do outro.

Entre 14 e 17/12/1994, foi firmado o Protocolo de Ouro Preto, que dotou o Mercosul de personalidade jurídica internacional, com a definição de uma estrutura institucional estabilizada do organismo, com a criação da Comissão de Comércio e do Foro Consultivo Econômico e Social.

A partir de 1 de janeiro de 1995, esta zona converteu-se em união aduaneira, na qual todos os signatários poderiam cobrar as mesmas quotas nas importações dos demais países (tarifa externa comum).

No ano seguinte, a Bolívia e o Chile adquiriram o status de associados. O Peru se tornou associado em 2003, enquanto a Colômbia, Venezuela e o Equador se associaram em 2004.²³

Outras nações latino-americanas manifestaram interesse em entrar para o grupo, mas, até o momento, somente a Venezuela levou adiante sua candidatura, embora sua incorporação ao Mercosul ainda dependa da aprovação dos congressos nacionais do bloco.

Em 2003, por meio da Decisão CMC nº 11, se criou a Comissão de Representantes Permanentes do Mercosul (CRPM), que outorga a seu Presidente a representação do Mercosul perante terceiros, sendo este eleito por mandato de dois anos, com sede em Montevidéu (Uruguai).

Em 01/01/2004, entrou em vigor o Protocolo de Olivos (Buenos Aires, em 18/02/2002), fruto de reunião do Conselho de Mercado Comum (CMC), que criou o Tribunal Arbitral Permanente de Revisão do Mercosul, com sede na cidade de Assunção (Paraguai). Uma das fontes de insegurança jurídica nesse bloco de integração era a falta de um tribunal permanente.

Tal tribunal é um órgão que será composto por cinco árbitros, designados por cada Estado membro, com mandato de dois anos, renováveis por não mais que dois iguais períodos. O quinto membro será designado para um mandato de três anos, sem possibilidade inicial de prorrogação, sendo eleito por unanimidade dos Estados membros, de uma listagem²⁴.

Muitos sul-americanos veem o Mercosul como uma arma contra a influência dos Estados Unidos na região, tanto na forma da Área de

Livre Comércio das Américas (ALCA) quanto na de tratados bilaterais.

Uma prova disso é a criação da Universidade do Mercosul, que vai priorizar a integração regional no modelo de educação, algo iniciado com a edição da Decisão CMC nº 7/91, que estabeleceu a Reunião de Ministros de Educação, com a missão de propor medidas que tendam a coordenação de políticas educativas dos Estados do Mercosul²⁵.

3. A EDUCAÇÃO NO MERCOSUL

3.1 A EDUCAÇÃO COMO FERRAMENTA DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

Rattner²⁶ conceitua o fenômeno da globalização como, *verbis*:

“(...) o resultado de um processo histórico cujos fatores dinâmicos são a concentração-centralização do capital, o desenvolvimento dos meios de comunicação e o despertar da consciência sobre o destino comum da humanidade.”

Indo além, a chamada globalização decorreria, de igual, *litteris*:

“(...) da difusão de padrões de organização econômica e social, de consumo, de formas de lazer e de expressão cultural-artística, enfim, de um estilo de vida decorrente das pressões competitivas do mercado, que aproximam culturas, políticas e práticas administrativas e difundem e generalizam os mesmos problemas e conflitos ambientais.”

O Mercosul, do que se discutiu acima, é a versão sul-americana do movimento de globalização que vem dominando a atual ordem mundial.

Os governos dos quatro Estados Partes – Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai -, subscreveram o Tratado de Assunção com o propósito de acelerar os processos de desenvolvimento econômico, com justiça social, na Região, através da integração; criar um mercado comum que amplie as atuais dimensões de seus mercados nacionais, mediante a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países e

o estabelecimento de tarifas externas comuns; alcançar uma adequada inserção internacional para os quatro países, mediante a consolidação de um grande espaço econômico; promover esforço progressivo no sentido da integração da América Latina, conforme os objetivos do Tratado de Montevideu de 1980; promover o desenvolvimento científico-tecnológico dos Estados Partes; modernizar as economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens e serviços disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida das populações.

Já foi dito, com razão, que, em sua peculiaridade histórica, a instituição de um *mercado* integrado entre países do cone sul americano derivaria de

“uma tentativa de países da América do Sul de se organizarem, após os longos anos de ditadura militar, para enfrentar conjuntamente as constantes crises políticas, econômicas e sociais que afetam a vida do cidadão sul-americano”²⁷.

Na lição de Muñoz²⁸, *verbis*:

“a integração é uma esperança frustrada dos países da América Latina, mas continua sendo um instrumento essencial para assegurar o crescimento das economias latino-americanas e o bem-estar dos cidadãos. A integração é, sem dúvida, um processo de construção paciente, um caminho longo que, agora, nos novos tempos, torna-se mais possível do que nunca na história moderna das Américas.”

O sucesso, ainda que mitigado, de um tal empreendimento estaria, ao que parece, muito mais relacionado ao bom êxito e à continuidade de políticas de integração, do que, fundamentalmente, da certeza histórica da globalização em si.

Ou seja, a globalização, mormente em sede de mercados marcadamente empobrecidos ou, para sofismar, em desenvolvimento, como o Mercosul, não é um fim inexorável em si, mas, ao contrário, uma

estratégia de aceleração político-econômica fortemente dependente de um plano contínuo e racional de métodos de integração.

Nessa esteira, poder-se-ia arriscar uma equivalência conceitual filosófica entre globalização e integração. Aquela seria esta materializada em ambientes internacionais de cultura política e econômica aproximada.

Posto dessa forma, o fenômeno teria sua permanência condicionada à identificação e ao desenvolvimento de ações que propiciem suporte e continuidade ao processo de integração.

A formação de uma consciência social favorável ao processo de integração, o investimento em capacitação de recursos humanos para contribuir para o desenvolvimento local, e, ainda, a harmonização dos sistemas educativos talvez possam ser localizadas como algumas das mais relevantes dessas ações.

Todas elas, em proporções aproximadas, guardam relação com o tema educacional, pois não há que se falar em edificação de consciência, individual ou coletiva, nem muito menos em capacitação qualitativa de pessoas e compatibilização de métodos de ensino, senão dentro de um esforço planejado em termos de políticas educacionais.

A educação viria consagrada, por conseguinte, como o valor estratégico mais determinante do processo de integração regional, já que dela dependeria a formatação qualitativa do elemento de maior importância nesse cenário: o homem.

Como ensina Lampert²⁹:

“a educação, como um dos aparelhos reprodutores do Estado, assume papel decisivo na globalização da economia, porém necessariamente terá que ser redimensionada de acordo com o olhar dos neoliberais para que o projeto global de lucratividade e de exclusão social não sofra muitas resistências. Todo desencadeamento que ignora os diferentes segmentos sociais perde legitimidade, confiabilidade e credibilidade popular, porém a integração entre os povos, sem perder a sua identidade cultural, é condição e realidade na sociedade hodierna.”

Segundo referido autor, a educação, em termos históricos, sempre foi identificada como aparelho ideológico apto a servir à reprodução, à

manutenção e/ou transformação da dinâmica social.

Afirma Lampert, *verbo ad verbum*:

“(...) nos últimos anos, tanto no período pré-globalização, décadas de 50 a 80, e mais intensamente após o aparecimento da globalização, devido à importância que o conhecimento assume na hierarquia capitalista, o valor da educação reascende no cenário internacional. O investimento na educação é calculado em termos de retorno econômico e não mais pelo mérito de formar cidadãos ativos, corajosos, críticos, produtivos, capazes de criar projetos alternativos de mudança paradigmática. A educação é vista como treinamento de habilidades, algo materialista, pragmático, útil e rentável ao mercado e por sua vez desprovido de ética, moralidade e solidariedade.”

Independentemente do foco ideológico que a matéria possa inspirar, eis que difícil a purificação da temática, focando-a tão somente em sentido histórico, há que se confirmar a conclusão de que a educação, enquanto política de qualificação pessoal e social, constantemente revelou-se na base, ou no princípio, de qualquer fenômeno de transformação econômica e social.

Com a globalização não seria diferente.

Voltando-se os olhos para os países do Cone Sul, o fator cultural ascende como vertente delineadora do tema educacional. Referidos países expõem, na sua própria cultura, os nexos necessários e suficientes para serem um conjunto de povos que têm uma trajetória histórica compartilhada e que podem ter um destino comum. Nessas condições e com essas características, pode-se dizer que esses países constituem uma comunidade “natural” que se singulariza frente a outros blocos que se organizam a partir de razões econômicas, comerciais, estratégicas ou geográficas³⁰.

Referidas características comuns não afastam, porém, o foco de que os países que integram o Mercosul têm suas peculiaridades, das quais decorrem situações e problemas diversos e, portanto, soluções também diversas. E justamente um dos graves problemas a serem resolvidos neste contexto de globalização sul-americana é o de ajustamento dos padrões de ensino relativos aos países do Mercosul.

Como é interesse dos Países Partes o incremento do intercâmbio de profissionais, em nível empresarial e acadêmico, será imprescindível que os currículos universitários sejam ajustados ou compatibilizados.

Já foi apurado que as situações dos sistemas educacionais dos países do Mercosul mais ou menos se equivalem, ou seja, teria havido uma aceleração no número de matriculados em universidades sem que estas se ajustassem corretamente ao que precisa ter como mínimo de preparação curricular.

Em um tal cenário, o problema que ascende é o de como dar crédito a diplomas outorgados pelas universidades dos distintos países a partir de normas ou mecanismos de controle de cumprimento das mesmas, combinadas entre si.

O presente trabalho, em seu foco específico, tal qual tratado no item 5, à frente, enfrenta, em circunstância própria, referida hipótese.

3.2 SETOR EDUCACIONAL DO MERCOSUL

A partir de protocolo assinado pelos ministros da Educação dos Países Partes, se inseriu na estrutura do Mercosul o Setor Educacional – SEM³¹.

Desde sua criação reconheceu-se a importância da educação como estratégia para o desenvolvimento da integração econômica e cultural do Mercosul e o peso da informação para se alcançarem esses objetivos, o que culminou com a criação do Comitê Coordenador Técnico do Sistema de Informação e Comunicação.

De acordo com o Plano Estratégico 2006-2010 do SEM, as principais linhas de ação do SIC são:

- Criação e atualização dos espaços virtuais para publicar os materiais e produtos surgidos nos diferentes encontros e seminários;
- Elaboração de indicadores de Educação Tecnológica pertinentes e, incorporação à publicação do sistema de Indicadores do Mercosul Educacional;
- Publicação dos Indicadores de Educação Básica, Média e Educação Superior;

- Elaboração de um glossário relativo à Educação Técnica e a Educação Tecnológica;
- Difusão dos programas de intercâmbio existentes e as equivalências e protocolos acordados;
- Difundir as ações do SEM nos sistemas educacionais nacionais, nas jurisdições responsáveis pela gestão escolar, nas comunidades educacionais e no conjunto da sociedade;
- Favorecer a circulação do conhecimento: manter atualizada a informação promovida pelo órgão e usar os espaços de comunicação e difusão para o setor educacional;
- Fortalecer os laços nacionais do SIC;
- Contar com políticas de informação, comunicação e gestão do conhecimento, no âmbito educacional regional.

A RME é a instância máxima decisória do SEM, responsável pela definição das políticas a serem implementadas na área educacional para apoiar o processo de integração regional. O CCR segue como instância responsável por propor políticas de integração e cooperação no âmbito da educação, de assessorar a RME e de coordenar o desenvolvimento da atuação do SEM.

No novo Plano de Ação se considera fundamental a vinculação do mundo produtivo com a educação especialmente com a formação profissional, especialmente neste momento, devido às mudanças que se operam na região. Perante as mesmas, os países parte dão destaque à Educação Tecnológica como uma ferramenta de desenvolvimento e integração entre os povos.

Criaram-se três Comissões Regionais Coordenadoras de Área (CRC), por área de ensino (Educação Básica, Educação Tecnológica e Educação Superior), que têm a seu cargo a incumbência de assessorar o CCR na definição das estratégias de ação do SEM e de propor mecanismos para a implementação dos objetivos e linhas de ação definidas no Plano de Ação do Setor.

Para a elaboração e implementação desses projetos, serão convocados Grupos Gestores de Projetos (GGP), constituídos como instâncias temporárias específicas convocadas *ad hoc* pelo CCR, vinculados à CRC ou ao próprio CCR. A instância à qual o GGP estará vinculado será

responsável pelo acompanhamento da gestão e da execução do projeto.

Na área da Educação Básica, o tratamento integral dos objetivos estratégicos do SEM dá ênfase aos problemas fundamentais compartilhados e às políticas educativas nacionais que a elas se referem. Nesse sentido, reverter o fracasso escolar que afeta especialmente os primeiros anos de escolaridade e os correspondentes à transição de ciclos e/ou níveis, constitui o desafio comum da área.

Os grupos vulneráveis aos que se dará atenção educativa prioritária para garantir seu acesso à educação, permanência e promoção são, entre outros, os integrados por meninos e meninas com necessidades especiais de aprendizagem, em situações de pobreza, marginalização urbana e rural, grupos indígenas e outros setores populacionais em situação de marginalidade social, cultural e econômica.

Consideram-se as escolas do Mercosul como um espaço onde culturas e identidades regionais podem constituir-se e atuar no sentido de uma efetiva consciência de integração regional e de suas correspondentes práticas sociais.

Foram estabelecidos blocos temáticos que orientarão os projetos correspondentes à Educação Básica:

- A aprendizagem como um processo cultural: Língua, História, Geografia, Cultura e Novas Tecnologias. A incorporação de projetos e atividades relativos ao ensino das Línguas, da História e da Geografia do Mercosul, que utilizem as novas tecnologias na educação, reconhecendo a importância da dimensão política dessas áreas para a integração regional.
- Melhoramento da qualidade da educação para todos, dando ênfase na aprendizagem e gestão participativa contextualizada. Esse processo está ligado à flexibilidade e pertinência curricular e a participação está vinculada à autonomia dos atores na construção das aprendizagens.

Foram fixadas as seguintes metas que se terão presentes na definição dos projetos a serem executados por esta área:

- Constituir uma rede de instituições que permita o intercâmbio de experiências e a criação de um banco de informação sobre educação inclusiva;
- Implementar um curso de capacitação regional para professores de História e Geografia;

- Implementar um programa de intercâmbio para docentes;
- Criar intercâmbios entre docentes;
- Consolidar o ensino sistemático do idioma oficial estrangeiro em todos os países;
- Consolidar um sistema de homologação de créditos e mobilidade de professores das Línguas oficiais (Português e Espanhol) entre os países do Mercosul;
- Gerar mecanismos de difusão do conhecimento produzido nos diferentes países;
- Desenvolver seminários bienais sobre o ensino da História e Geografia, integrando docentes de outras áreas, Línguas e Cultura;
- Produzir materiais didáticos e experiências pedagógicas bem-sucedidas de todos os países;
- Garantir a mobilidade dos estudantes da região e obter um acordo com essa finalidade, por meio do convênio Andrés Bello;
- Promover o intercâmbio institucional por meio de redes e a criação de políticas educativas, para reverter o fracasso escolar em nível regional;
- Constituir uma rede de intercâmbio de estratégia de gestão, experiências educativas, docentes e recursos didáticos que atendam ao problema do fracasso escolar.

No âmbito da educação superior, a necessidade de espaço acadêmico regional, a melhoria de sua qualidade e a formação de recursos humanos constituem os elementos essenciais para estimular o processo de integração.

A área de educação superior desenvolverá suas atividades em três blocos temáticos:

- Um sistema de reconhecimento de carreiras como mecanismo de homologação de títulos facilitará a mobilidade na Região, estimulará os processos de avaliação para elevar a qualidade educativa e irá favorecer a comparação entre os processos de formação para a qualidade acadêmica;
- A criação de um espaço comum regional para a educação superior tem um dos seus pilares no desenvolvimento de programas de mobilidade. Esse programa irá envolver projetos e ações de gestão acadêmica e institucional, a mobilidade estudantil, sistema de transferência de créditos e intercâmbio entre docentes e pesquisadores. Uma primeira etapa está

em desenvolvimento com a recuperação de programas existentes na região, com vistas a fortalecê-los e promover a criação de novos âmbitos de cooperação, expandindo a relação entre universidades e associações de ensino.

- Os atores centrais do processo de integração regional em matéria de educação superior são as próprias instituições universitárias. Nesse sentido, considera-se de fundamental importância a recuperação das experiências já desenvolvidas, para promover e estimular novas ações. A ênfase será dada nas ações conjuntas de desenvolvimento de programas colaborativos de graduação e pós-graduação, em programas de pesquisas conjuntas, na criação de redes de excelência e no trabalho conjunto com os outros níveis educacionais, em matéria de formação docente.

Foram fixadas as seguintes metas, para a definição dos projetos a serem executados:

- Colocar em funcionamento o Mecanismo Experimental de Reconhecimento para as carreiras de graduação em Agronomia, Engenharia e Medicina;
- Aumentar a sua aplicação para as outras carreiras;
- Aprovar um acordo de reconhecimento de cursos de graduação;
- Implementar um programa de capacitação de pares avaliadores;
- Aprovar um acordo de mobilidade;
- Colocar em funcionamento um programa de mobilidade de estudantes, docentes, pesquisadores e administradores;
- Eliminar as restrições legais que dificultam a implementação do Programa de Mobilidade;
- Implementar um programa de pós-graduação em políticas públicas;
- Operar um banco de dados de programas de pós-graduação na região;
- Consolidar os programas de pós-graduação da região no marco do Protocolo de Integração Educativa para a Formação de Recursos Humanos em nível de Pós-graduação entre os países-membros do Mercosul;
- Coordenar junto à reunião especializada em Ciência e Tecnologia do Mercosul, em desenvolvimento de atividades de interesses comuns;

- Implementar ações conjuntas na área de formação docente, com a Comissão Regional Coordenadora de Educação Básica;
- Aprovar um acordo de reconhecimento de títulos de nível terciário no universitário para a continuidade de estudos nos países do Mercosul.

Na Educação Tecnológica os esforços se orientaram para atender aos desafios propostos pelos avanços científico-tecnológicos, as transformações produtivas e a necessidade de uma educação continuada e de qualidade para todos. Nesse sentido é necessário gerar conhecimento, atitudes, valores, competências que conduzem à profissionalização das pessoas e que permita inseri-las ativamente na sociedade e interagir na região.

Estabeleceram-se os seguintes blocos temáticos:

- A educação técnico-profissional perante a transformação dos cenários do setor produtivo;
- O espaço da educação nos valores e na formação técnico-profissional;
- As oportunidades de formação profissional ao longo da vida;
- O novo papel do docente na educação técnico-profissional.

Foram fixadas as seguintes metas, tendo em conta a definição dos projetos a serem executados para esta área:

- Adequar o perfil profissional nas 6 áreas, entre os anos de 2001 a 2005;
- Ter docentes atualizados técnica e pedagogicamente em relação aos perfis adequados;
- Dispor de experiências inovadoras de capacitação, qualificação e profissionalização na área de formação profissional de adultos, orientadas à empregabilidade, conforme a demanda de cada país, entre os anos de 2001 a 2005;
- Consolidar processos de disseminação de experiências bem-sucedidas que ligam escolas ao setor produtivo;
- Contar com indicadores de qualidade que levem em conta os perfis adequados, a atualização tecnológica, a vinculação com o setor produtivo, a mobilidade da força de trabalho e inserção de egressos ao mundo do trabalho;
- Materiais didáticos, informações e experiências, produzidos e compartilhados entre os anos de 2001 a 2005.

Há, de igual, o projeto de “Escolas de Fronteira”, em fase de ampliação. A estratégia foi definida durante a *XXXI Reunião de Ministros da Educação do Mercosul*, em Belo Horizonte.

A iniciativa promove a integração do Mercosul Educacional com a implementação da educação bilíngue no ensino fundamental voltado para alunos de escolas públicas. Em março, será realizada uma reunião técnica para elaboração deste projeto.

Inicialmente, o projeto envolvia as escolas na região de fronteira do Brasil com a Argentina. Com a ampliação, as escolas e os Ministérios da Educação dos países integrantes do Mercosul Educacional terão a oportunidade de vivenciar a integração de culturas diferentes a partir do aprendizado do idioma do país vizinho.

No âmbito da Educação Básica, os Ministros da Educação anunciaram ainda a criação de um comitê para discutir a produção de materiais didáticos sobre direitos humanos no Mercosul Educacional.

A medida atende ao primeiro objetivo colocado no *Plano de Ação 2006-2010* que pretende contribuir com a integração regional dos países estabelecendo e executando políticas educativas que promovam uma cidadania regional, uma cultura de paz e o respeito à democracia, aos direitos humanos e ao meio ambiente.

3.3 ENSINO SUPERIOR NO MERCOSUL

Como visto até aqui, a educação, em seus diversos níveis, assume papel de destaque na viabilização e consolidação dos processos de integração regional.

Se é verdade que os ensinos básico e médio atuam na formação inicial de um ambiente social apto ao desenvolvimento econômico sustentável em termos de integração regional, é igualmente procedente a constatação de que, sem educação superior, referido processo não evolui ou mesmo involui, sob força de uma limitação qualitativa científica, historicamente onipresente na América do Sul.

Como bem preconiza Lampert³²:

“(...) considerando que o Mercosul é uma realidade desafiante, cujos aspectos favoráveis e desfavoráveis estão implícita e explicitamente presentes, e que há necessidade de rever, construir e/ou reconstruir caminhos, cabe às universidades públicas, comumente engajadas nos problemas políticos, econômicos, sociais e culturais, participar dessa integração”

E nesta senda, nos relata Silva³³:

“(...) a universidade pública já provou historicamente que desenvolvem a sensibilidade de ler a realidade do homem, além, muito além, do discurso oral e escrito, fazendo incursões profundas procurando decifrar e medir a capacidade de assimilação com o acervo teórico acumulado a partir da leitura de diferentes alternativas metodológicas, as regiões fronteiriças deverão ser consideradas efetivamente laboratórios vivos e abertos. No papel de aprendiz o estudante será também o informante de seu processo educativo, isto é, formativo.”

Miranda³⁴, abordando o novo paradigma de conhecimento e políticas educacionais na América Latina, assinala que, *litteris*:

“(...) a centralidade do conhecimento (da informação, da produção do conhecimento e de sua difusão) e a implícita mudança da concepção de conhecimento parecem ser uma ideia para a qual convergem todos os discursos, todas as propostas, todos os chamados atores sociais. Afinal, não se pode negar que o impacto da globalização, associado à revolução tecnológica, impõe um novo padrão de conhecimento: menos discursivo, mais operativo; menos particularizado, mais interativo, comunicativo; menos

intelectivo, mais pragmático; menos setorizado, mais global; não apenas fortemente cognitivo, mas também valorativo. Não haverá necessidade de acumular muitos conhecimentos, porque estes podem ser buscados a qualquer momento, graças aos novos recursos tecnológicos. É requerido, no entanto, que se saiba como buscá-los corretamente como informação que, para ser acessada, necessita ser permanentemente produzida. Assim, a pesquisa e a produção do conhecimento de modo geral assumem um papel fundamental, como também os processos de organização e distribuição de informação.”

A falta de conhecimento apurado dos sistemas educativos está entre as limitações que dificultam o intercâmbio mútuo de edificação de uma política de cooperação e de desenvolvimento congregado no âmbito da educação no Mercosul e que permita viabilizar pautas reais e concretas para as ações conjuntas.

Isto tem vez em um momento de reconhecido isolamento entre os sistemas educativos dos quatro países, devido aos processos de desenvolvimento divergentes no campo econômico e social, ausência de políticas conjuntas e a falta de conhecimento e comunicação das experiências, ainda que inegáveis as semelhanças históricas continentais.

Até mesmo a diversidade de língua, quando estigmatizada culturalmente, pode contribuir para a lentidão do processo de integração. Aliás, a diversidade cultural tem atuado como fator histórico de rejeição política e social, mesmo nos tempos atuais, quando já se pode falar da existência de uma consciência de preservação dos elementos culturais globais.

Este cenário de eventual isolamento interfere na circulação monetária, na mobilidade da população, na ampliação dos mercados de bens e serviços e na possibilidade de se alcançar metas desenvolvimentistas sincronizadas para os países signatários do Tratado do Mercado Comum do Sul.

Em verdade, a conclusão que salta aos olhos, sob uma perspectiva analítica histórica, é a de que o processo de integração do Mercosul, ainda que fruto de um desejo político legítimo e de uma necessidade

econômica inegável, carece de uma compatibilização das normas que regem os sistemas sociais na Região, em especial os educacionais.

Sob a consciência de que a questão educacional é prejudicial a qualquer outro esforço de congregação político-econômica, os quatro integrantes do mercado sul-americano têm se dedicado ao tema.

Na *X Reunião de Ministros da Educação*, realizada em junho de 1996, aprovou-se, como pontuado no item anterior, a formatação do chamado Sistema Educacional, inaugurando-se o fórum político-administrativo adequado para a investigação e implementação de ações voltadas à integração educacional da região.

Cada país tem trabalhado, individualmente, nas informações nacionais de cada nível de ensino e, conjuntamente, nas informações comuns: organização de informações sobre as negociações no âmbito da Reunião de Ministros da Educação e sobre os sistemas educacionais nacionais; realização de Oficinas sobre Estatística Educacional e sobre Gestão da Informação; e constituição de uma rede regional de informações em Educação, Ciência e Tecnologia.

Seu objetivo é de tornar acessível a informação educacional dos países do Mercosul para apoiar a tomada de decisões a nível setorial, disseminar dados educacionais relevantes que permitam a definição de políticas regionais coordenadas e de programas conjuntos de médio e longo prazos que integram o Mercosul Educacional.

Visa ainda intensificar a cooperação acadêmica, promovendo a circulação de informação sobre os diferentes projetos, pesquisas e demandas de grupos acadêmicos, universidades ou centros de pesquisa.

Apesar do esforço e do marco político referido, as iniciativas nessa área, até aqui, são reconhecidamente acanhadas, na medida em que enfatizam aspectos formais e conceituais, não dando ênfase ao conteúdo próprio da educação.

Diante da irreversibilidade do processo de equalização do ensino dos países conformadores do Mercosul, o ajuste necessário dos currículos escolares deve acontecer com a maior rapidez possível, sendo igualmente necessário que novas alternativas passem a compor o debate e as práticas educacionais no âmbito do processo de integração dos países do Mercosul.

Iniciativas como a inclusão, no ensino médio, de disciplinas como o

espanhol, no caso do Brasil, e do português, para os demais países do Grupo, representam esforço útil no rumo da integração educacional.

A iniciativa, no entanto, deve espalhar-se ao nível superior de ensino, diante de seu papel definidor na consolidação das políticas de integração.

A criação de novas e melhores universidades estatais, e uma rápida compatibilização dos cursos profissionalizantes é certamente um caminho, mas é preciso que sejam afastados os preconceitos nas esferas discentes e docentes. É aqui que o elemento cultural precisa ser trabalhado, ainda que sob o ponto de vista normativo.

Paradigmas educacionais devem ser repensados e reformulados. Como vaticina Lampert³⁵, *verbis*:

“se, sob um prisma, focam no poder central as decisões e políticas públicas e deixam, através dos discursos, transparecer a importância da escolaridade para o desenvolvimento dos países, contrariamente, nas ações concretas, descentralizam e transferem à comunidade escolar as obrigações de manutenção, infraestrutura e investimentos educacionais. Há a premissa por parte dos países do Mercosul de lutar por uma educação de qualidade e equidade em todos os níveis de ensino, capaz de formar profissionais críticos que, além de exercer a cidadania, produzam conhecimentos para aumentar a capacidade produtiva/organizacional e responder com solidez e de forma mais ética aos desafios que a competitividade econômica impõe à sociedade hodierna. Cabe à educação preparar os indivíduos das classes marginalizadas para inserção ativa na sociedade, de maneira a transformá-la e adequá-la em consonância com os interesses e necessidades do cidadão. A universidade deverá desenvolver projetos e alternativas tecnológicas, a fim de fortalecer empresas nacionais para garantir a propriedade da economia interna e um equilíbrio na concorrência econômica do Mercosul; direcionar pesquisas para resolver questões relativas a saneamento básico; privilegiar a ecologia, saúde e educação; reforçar a identidade cultural dos países latino-americanos, levando-os a se assumirem sem criar dependências ideológicas em relação aos países do primeiro

mundo; colaborar para a criação de novos campos e frentes de trabalho através da formação coerente de profissionais para o mercado. A participação em campanhas de conscientização na sociedade relativas a diferentes áreas é alternativa da universidade para equacionar as principais questões que afetam a sociedade dos países componentes do Mercosul”.

Em suma, quando se tem em foco o ensino superior enquanto elemento propulsor da integração regional sul-americana, o caminho a seguir é longo e desafiador.

A harmonização universitária, sob a forma de compatibilização de currículos e reconhecimento de diplomas, no âmbito do Mercosul é elemento que condiciona, ao que se crê, a sobrevivência de todo o empreendimento político e econômico até aqui em curso.

Sem interação na área do ensino superior, o Mercosul será um pseudomercado, limitado a negócios de segunda linha, que prescindam de mão-de-obra qualificada e apuração tecnológico-científica.

É preciso se investir em uma moldagem educacional inter-regional entre os Países Partes, assentada em valores de apuração profissional científica, para a superação dos problemas econômicos, sociais e políticos crônicos.

4. DIPLOMA DE DOUTORADO EXPEDIDO POR UNIVERSIDADE ESTRANGEIRA INTEGRANTE DO MERCOSUL (UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO). RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO, PELO BRASIL, PARA FINS DE PESQUISA E DOCÊNCIA, DESDE QUE PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS

4.1 DO ACORDO INTERNACIONAL FIRMADO

Os Governos da República da Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai celebraram, para os fins de que trata o Tratado de Assunção, acordo de admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades acadêmicas nos seus respectivos Estados, quando referido título e/ou

grau universitário tenha sido obtido em outro Estado Parte do Mercosul.

O acordo firmado em 11 de junho de 1997, em Assunção, e seu Anexo firmado em 15 de dezembro de 1997, em Montevideu, foi fruto das deliberações da *X Reunião de Ministros da Educação dos Países Signatários do Tratado do Mercado Comum do Sul*, realizada em Buenos Aires, Argentina, no dia vinte de junho de mil novecentos e noventa e seis, em que restou recomendada a preparação de um protocolo sobre a admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades acadêmicas nas instituições universitárias da Região.

O Acordo em comento substituiu o Protocolo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL, feito na cidade de Assunção, capital da República do Paraguai, aos quatorze dias do mês de junho do ano de mil novecentos e noventa e nove.

Cumprindo a deliberação mencionada, foi celebrado o acordo que teve por base e fundamento o reconhecimento, pelos Estados Partes, de que a educação exerce um papel central na consolidação do processo de integração regional e de que promover o desenvolvimento harmônico da Região, nos campos científico e tecnológico, é essencial à preparação para responder aos desafios impostos pela nova realidade socioeconômica do continente.

Para o cumprimento do desiderato proposto (integração através do processo educacional) foi reconhecido ser o intercâmbio de acadêmicos entre as instituições de ensino superior da Região um mecanismo eficiente para a melhoria da formação e da capacitação científica, tecnológica e cultural e para a modernização dos Estados Partes.

Não obstante este reconhecimento, o acordo celebrado registrou que a conformação de propostas regionais nessa área deve ser pautada pela preocupação constante em salvaguardar os padrões de qualidade vigentes em cada país e pela busca de mecanismos capazes de assimilar a dinâmica que caracteriza os sistemas educacionais dos países da Região, que correspondem ao seu contínuo aperfeiçoamento.

Em decorrência desta salvaguarda, o Acordo celebrado não gera o pronto reconhecimento dos títulos de graduação e de pós-graduação obtidos em outros Estados Partes, para todos os fins. O reconhecimento

é pleno e irrestrito unicamente para os fins de exercício de atividades de docência e pesquisa nas instituições de ensino superior no Brasil, nas universidades e institutos superiores no Paraguai e nas instituições universitárias na Argentina e no Uruguai.

O reconhecimento do direito ao exercício das atividades de docência e pesquisa nas instituições nele referidas deve ser realizado por meio dos organismos competentes dos Estados Partes, devendo o reconhecimento de títulos para qualquer outro efeito que não estes, reger-se pelas normas específicas dos Estados Partes.

Fixando os limites interpretativos do que seja considerado, para os fins previstos no Acordo, títulos de graduação e de pós-graduação, de plano foi estabelecido que os títulos de graduação são aqueles obtidos em cursos com duração mínima de quatro anos e duas mil e setecentas horas cursadas, e os títulos de pós-graduação tanto os cursos de especialização com carga horária presencial não inferior a trezentas e sessenta horas, quanto os graus acadêmicos de mestrado e doutorado.

Como requisito de validade capaz de obrigar um Estado Parte a reconhecer os títulos de graduação e de pós-graduação de outro Estado Parte para os fins de que trata o Acordo, foi fixado ser indispensável que tais títulos estejam devidamente validados pela legislação vigente no Estado Parte de origem.

Para assegurar a efetividade do quanto pactuado foi fixada regra isonômica assecuratória aos postulantes dos Estados Partes do Mercosul o direito à submissão de regras idênticas previstas para os nacionais do Estado Parte em que pretendem exercer atividades acadêmicas.

A previsão tem por escopo conferir cumprimento ao objetivo integrativo de inspira a avença.

4.2 DO INGRESSO DO ACORDO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É consabido que em face das transformações mundiais recentes surgiu a necessidade de união de países em blocos. Este processo guarda em si característica dicotômica: enaltece a importância do direito internacional e põe em xeque o conceito do exercício da soberania.

Da necessidade de colaboração internacional surge o Direito Internacional como o complexo de normas que regulam a conduta recíproca dos Estados que são sujeitos específicos³⁶, o que culmina, não há dúvida, por desgastar os poderes tradicionais do Estado soberano, sendo indispensável a reavaliação deste conceito de soberania.

Todavia, não se pode deixar de considerar que não há verdadeiro conflito entre a ordem internacional e a ordem interna, na medida em que um ato internacional somente terá força normativa se referendado pelo Estado integrante da relação internacional.

A Constituição do Brasil erige a soberania como um dos fundamentos da nossa República Federativa (Art. 1º, I), ao tempo em que, no seu Art. 4º, parágrafo único, pontifica que:

“o Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

Ao assim proceder, o Constituinte fixou como regra para a nossa República, a necessidade de buscar a integração regional. Tal integração não pode, sob pena de violar princípio fundamental da República Brasileira, ofender a soberania nacional, sendo indispensável, portanto, a ratificação interna dos acordos internacionais firmados.

Ao proceder a tal ratificação, o país demonstra, internamente, concordar com os termos da diretriz internacional previamente fixada, preservando sua soberania e possibilitando a integração programaticamente estabelecida.

Este procedimento harmoniza a distribuição interna entre os Poderes Constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário). Senão vejamos:

De acordo com a previsão constitucional, compete à União a manutenção das relações com os Estados (art. 21, I), que se perfaz através do Presidente da República (art. 84, VII), a quem foi atribuída a competência para celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII³⁷).

A celebração do tratado, convenção e atos internacionais, contudo, não ingressam imediatamente no ordenamento jurídico brasileiro. Necessário se torna, ainda, que estes sejam referendados pelo Congresso Nacional e promulgado o Decreto Presidencial.

Ao apreciar o referendo ao ato internacional, não pode o Congresso Nacional adentrar no seu mérito, limitando-se à aprovação ou rejeição do mesmo. Esta a participação do Poder Legislativo.

Referendado o ato internacional, ao Poder Executivo compete, ainda, promulgar Decreto do Presidente da República. Trata-se de ato jurídico de natureza unicamente interna, através do qual o governo afirma a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para a sua conclusão, ordenando a sua execução dentro dos limites a que se estende a competência estatal.

Esta a participação do Poder Executivo.

Ao Poder Judiciário, logicamente, não compete participar da celebração, do referendo ou da ratificação dos atos internacionais, mas sim o controle de adequação do ato internacional à Constituição Federal, o que se dá ou de forma difusa através dos seus órgãos, ou de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal.

No Brasil, cada uma das etapas para o reconhecimento e validade do **ACORDO DE ADMISSÃO DE TÍTULOS E GRAUS UNIVERSITÁRIOS PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES ACADÊMICAS NOS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL**, firmado em 11 de junho de 1997, em Assunção, e seu Anexo firmado em 15 de dezembro de 1997, em Montevidéu, foi devidamente cumprida.

Celebrado o Acordo em apreço, o Congresso Nacional Brasileiro, através do Decreto Legislativo 800/03, aprovou o seu texto.

O Presidente da República, através do Decreto Presidencial 5518/05, promulgou o Acordo, decretando, após tecer os considerandos de que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 800, de 23 de outubro de 2003, o texto do Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul, celebrado em Assunção em 14 de junho de 1999; que o Governo brasileiro depositou seu instrumento de ratificação em 21 de maio de 2004; que o referido Acordo entrou em vigor internacional e para o Brasil em 20 de junho de 2004, que: O acordo será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém; ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do mencionado Acordo ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição; e que o Decreto entra

em vigor na data de sua publicação.

Referido Decreto Presidencial 5518/05 foi publicado no *Diário Oficial da União*, edição do dia 24/08/2005, passando, a partir desta data, a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, produzindo seus feitos, contudo, a partir de 20/06/2004, em face de sua expressa previsão.

Sistematizando, temos que o Brasil aprovou o Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes através do Decreto Legislativo nº 800/03 que, posteriormente, foi ratificado mediante a edição do Decreto Presidencial de número 5.518/05, que fixou como marco inicial de vigência para o Brasil, o dia 20/06/04.

4.3 DOS EFEITOS DO INGRESSO DO ACORDO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Fixado que o Acordo ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, impera estabelecer, agora, quais as consequências deste ingresso, notadamente no diz respeito à Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei Ordinária Federal nº 9.394/96.

O Acordo Internacional pode tratar de forma diversa o quanto previsto na Lei de Diretrizes e Bases (LDB)? O nó górdio deste questionamento remonta à discussão sobre a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação interna do país.

Um levantamento da historiografia constitucional brasileira leva-nos a constatar que as Constituições brasileiras de outrora não fixavam normas para a aplicação dos tratados internacionais como, inovadoramente, realizou a Constituição Federal de 1988.

Como decorrência da previsão inculpada no já mencionado parágrafo único do artigo 4º e com as limitações impostas nos incisos vinculados ao caput, a Constituição Brasileira inovou seu texto, incluindo previsão expressa de que o rol dos direitos e garantias individuais previsto no artigo 5º pode ser ampliado, fazendo-se constar outros direitos e garantias individuais resultantes de tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Consequência lógica desta previsão, em ocorrendo aparente conflito entre a norma interna infraconstitucional e o tratado internacional, a

prevalência é do tratado internacional, que altera a lei anterior e não podem ser revogados por lei posterior.

Neste sentido a lição de Rosembuj³⁸:

“Los tratados internacionales no pueden derogarse, modificarse o suspenderse sino en la forma prevista en los propios tratados, o de acuerdo com las normas generales del Derecho Internacional. Así, como afirma Santaolalla, una norma posterior, incluso una ley aprobada por las cortes no puede prevalecer sobre lo dispuesto en un tratado... los tratados y convenios internacionales tienen primacia sobre las leyes y demás fuentes del Derecho Interno.”

O raciocínio tem fundamento sob a ótica de que os tratados internacionais não se comparam às leis federais. Estas são editadas para regular os aspectos relativos à União na qualidade de Ente Federado enquanto os tratados internacionais que são firmados, referendados e ratificados na qualidade de representante da Nação, ou seja, como representante de todos os Entes Federados.

Luís Roberto Barroso³⁹, ao analisar os pronunciamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, concluiu ser a orientação deste preclaro Sodalício a de que o tratado é incorporado ao direito interno em nível hierárquico idêntico ao nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado em matéria de exegese normativa: havendo conflito e não se tratando de questão relativa à dicotomia regra geral versus regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior.

E complementa sua afirmação, citando categoricamente:

“...existem apenas duas ordens de exceções a essa equiparação entre tratado e lei ordinária na jurisprudência do Supremo. A primeira dá-se em matéria fiscal, onde o Código Tributário Nacional (art. 98), como visto, é expreso quanto à prevalência da norma internacional. A segunda exceção colhe os casos de extradição, onde se considera que a lei interna (Lei 6.815 de 19.8.1980), que é regra geral, cede vez ao tratado, que é regra especial.”

Por força da Emenda Constitucional 45/04, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três-quintos dos votos dos respectivos membros, equivalem às emendas constitucionais, sendo, portanto, hierarquicamente superiores à lei ordinária.⁴⁰

Pode-se concluir, então, que no caso do Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul, este ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária, publicada em 24/08/2005 e produzindo seus efeitos desde 20/06/2004, por expressa previsão.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, nº 9.394, de 20/12/1996, também é lei ordinária anterior à incorporação do Acordo ao ordenamento jurídico brasileiro.

Neste toar, tendo o multicitado Acordo sido ratificado e passando a ter eficácia no Brasil, observando-se o quanto estabelecido pelo art. 40 do Protocolo de Ouro Preto, restam revogadas as disposições de leis ordinárias (inclusive as da Lei 9.394/96) antecedentes à ratificação que disponham em contrário ao Acordo.

Efetuada estas considerações iniciais, passemos a realizar a análise comparativa específica entre o texto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira e o Acordo celebrado.

Estabelece o Artigo 48, § 3º, da LDB:

“Art. 48 – [...]

§ 1º Os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação.

[...]; § 3º Os diplomas de Mestrado e de Doutorado expedidos por universidades estrangeiras só poderão ser reconhecidos por universidades que possuam cursos de pós-graduação reconhecidos e avaliados, na mesma área de conhecimento e em nível equivalente ou superior.”⁴¹

Da leitura do dispositivo em comento, depreende-se que antes do ingresso do Acordo no ordenamento jurídico brasileiro, os títulos de mestrado e doutorado expedidos por universidades estrangeiras só poderiam ser reconhecidos se a universidade brasileira possuísse cursos de pós-graduação reconhecidos e avaliados, na mesma área de conhecimento e em nível equivalente ou superior.

Era necessário, portanto:

1. Reconhecimento por universidade brasileira;
2. A universidade brasileira deveria possuir cursos de pós-graduação reconhecidos e avaliados;
3. Os cursos deveriam ser da mesma área de conhecimento; e
4. O nível do curso deveria ser equivalente ou superior.

Havia, portanto, um procedimento de avaliação a ser realizado pela universidade brasileira, que precisava reconhecer o título expedido da universidade estrangeira. Para tal reconhecimento, deveria observar os requisitos constantes do citado § 3º, do Art. 48, da LDB.

A ratificação do Acordo que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária com vigência a partir de junho/04 e, portanto, em data posterior à edição da Lei 9.394 que é de dezembro/96, modificou a forma e o procedimento para o reconhecimento dos títulos de pós-graduação, mestrado e doutorado expedidos por universidades integrantes de outros Estados Partes do MERCOSUL, para os fins acadêmicos de docência e pesquisa nas entidades de ensino superior do Brasil.

Em situações deste jaez não mais se aplica a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, mas sim o Acordo ratificado pelo Decreto Presidencial nº 5.518/05, que estabelece:

“Artigo Primeiro - Os Estados Partes, por meio de seus organismos competentes, admitirão, unicamente para o exercício de atividades de docência e pesquisa nas instituições de ensino superior no Brasil, nas universidades e institutos superiores no Paraguai, nas instituições universitárias na Argentina e no Uruguai, os títulos de graduação e de pós-graduação reconhecidos e credenciados nos Estados Partes, segundo procedimentos e critérios a

serem estabelecidos para a implementação deste Acordo.

Artigo Segundo - *Para os fins previstos no presente Acordo, consideram-se títulos de graduação aqueles obtidos em cursos com duração mínima de quatro anos e duas mil e setecentas horas cursadas, e títulos de pós-graduação tanto os cursos de especialização com carga horária presencial não inferior a trezentas e sessenta horas, quanto os graus acadêmicos de mestrado e doutorado.*

Artigo Terceiro - *Os títulos de graduação e pós-graduação referidos no artigo anterior deverão estar devidamente validados pela legislação vigente nos Estados Partes.*

[...]

Artigo Nono - *O presente Acordo, celebrado sob o marco do Tratado de Assunção, entrará em vigor, para os dois primeiros Estados que o ratifiquem 30 (trinta) dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação. Para os demais signatários, aos trinta dias do depósito respectivo e na ordem em que forem depositadas as ratificações.”*

Assim, para o reconhecimento dos títulos de pós-graduação, mestrado e doutorado cursados em universidades integrantes de outros Estados Partes do MERCOSUL, para fins únicos de docência e pesquisa, o Brasil deve observar os seguintes requisitos:

1. Curso presencial;
2. Carga horária de aula não inferior a 360 (trezentas e sessenta horas);
3. Validação dos títulos pela legislação vigente no Estado Parte de origem;
4. Haver ratificação do acordo pelos Estados Partes de origem do título e de destino.

Preenchidos estes 4 (quatro) requisitos, o registro dos títulos de pós-graduação, mestrado e doutorado afigura-se obrigatório, não sendo permitido à universidade em que fora solicitado o registro, indeferir-lo ou solicitar documentos, criando pressupostos não constantes do elenco normativo.

Tem-se, portanto, que não obstante o Art. 48, § 3º, da Lei 9.394/96

contenha previsão de uma 'revalidação' do diploma estrangeiro, a norma do acordo internacional, de mesma hierarquia normativa e reforçada pela especialidade, é a que se aplica ao caso, tornando despicienda a revalidação quando se tratar de diploma oriundo de um dos Estados Partes.

Aos detentores destes títulos e para os fins que especifica o Acordo, basta a adoção da norma aplicável aos nacionais: aquela preconizada pelo § 1º, do Artigo 48, da LDB, que prevê o simples registro do diploma como tal, ainda que com a anotação de que esse registro somente vale para as atividades acadêmicas de docência e pesquisa.

4.4 DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PELO CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO PARA REGISTRO DO TÍTULO DE DOUTOR NO BRASIL

Consoante afofado em linhas anteriores, para que um título de doutoramento obtido em universidade originária de outro Estado Parte do MERCOSUL seja reconhecido e registrado no Brasil, é imprescindível observar os seguintes requisitos:

1. Curso presencial;
2. Carga horária de aula não inferior a 360 (trezentas e sessenta horas);
3. Validação dos títulos pela legislação vigente no Estado Parte de origem;
4. Haver ratificação do acordo pelos Estados Partes de origem do título e de destino.

O curso de Doutorado em Ciências Sociais e Jurídicas é ministrado nas dependências da Universidad Del Museo Social Argentino, na Cidade Autônoma de Buenos Aires, em 4 (quatro) módulos concentrados de 15 (quinze dias), um módulo por semestre, com aulas de segunda a sábado, sendo, de segundas-feiras às sextas-feiras, das 08:00h às 20:00h, com intervalo das 12:00h às 15:00h e aos sábados das 08:00h às 12:00h, perfazendo um total de 98 (noventa e oito) horas-aula por módulo, num

total de 392 (trezentas e noventa e duas) horas-aula.

Preenchidos, portanto, os requisitos estabelecidos nos itens 1 e 2 acima apontados: Curso presencial com duração superior a 360 (trezentas e sessenta) horas de aulas.

A verificação de reconhecimento e validade, pelas autoridades públicas argentinas, do curso de doutorado em referência pode ser pesquisada através de sítios da internet, notadamente as resoluções da CONEAU - Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria, do Ministerio de Educación Ciencia y Tecnología, da República Argentina.

A resolução da CONEAU que reconheceu a validade do Doutorado em Ciências Sociais e Jurídicas da UMSA foi a de número 510/00 que, em seu Artigo primeiro, expressamente pontifica reconhecer o doutorado em apreço, muito embora, em seu Artigo segundo faça diversas recomendações. Verifique-se a parte dispositiva da Resolução:

“Artículo 1º.- ACREDITAR Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Museo Social Argentino por un período de tres años.

Artículo 2º.- RECOMENDAR:

- *Celebrar convenios de intercambio institucional o educativo con otros centros científicos o universidades extranjeras para enriquecer el acervo de la carrera.*
- *Complementar la carrera “estructurada” con un plan de mayor “personalización” y seguimiento del doctorando en cada caso, de conformidad con el espíritu estatutario del propio reglamento de la carrera.*
- *Establecer un método de evaluación del desempeño docente.*
- *Crear estímulos para que los alumnos finalicen sus tesis en el plazo establecido.*
- *Incorporar a los requisitos de admisión en la carrera el conocimiento de algún idioma extranjero, por lo menos a nivel de comprensión de textos.*
- *Reducir la desproporción entre la masa crítica docente y el bajo número de inscriptos y de graduados.*
- *Constituir cuanto antes el Comité Académico de la carrera.”*

Esta a Resolução que reconheceu, inicialmente, o curso de doutorado, datada de 14 de agosto de 2000 e que tem como prazo de sua validade, consoante previsão constante da parte final do Artigo 1º, 3 (três) anos de validade.

Por seu turno, a CONEAU no ano de 2001 editou a Resolução 534/01 que disciplina a validade dos reconhecimentos dos cursos de pós-graduação.

Estabelece o Artigo 3º da citada Resolução 534/01 que os cursos de pós-graduação que tenham sido reconhecidos por resoluções anteriores da CONEAU e cujas vigências são posteriores à data constante do inciso *c* do seu Artigo 1º, ficam prorrogadas até que haja uma convocação de reconhecimento específica para elas, realizada pela CONEAU.

Leiam-se os mencionados dispositivos da Resolução 534/01:

“ARTÍCULO 1º.- Convocar para su acreditación a las siguientes carreras de posgrado de especialización, maestría y doctorado:

[...]; c) Carreras y proyectos de carreras que fueron acreditados en anteriores convocatorias y cuyo plazo de validez se cumplió antes del 1 de enero de 2000.

[...]; ARTÍCULO 3º.- La validez de las acreditaciones ya otorgadas, cuyo plazo de vigencia venció después de la fecha mencionada en el inciso c del artículo 1º o venga más adelante, queda prorrogada hasta la próxima convocatoria que haga para ellas la CONEAU.”

A situação do curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad Del Museo Social Argentino enquadra-se perfeitamente na moldura legal delineada pelo Artigo 3º da Resolução 534/01.

O reconhecimento do curso operou-se em 14/08/2000, com validade de 3 (três) anos, portanto, até 14/08/2003. O Artigo 3º da Resolução 534/01 estabelece que a validade dos reconhecimentos de cursos que já foram outorgados e cujos prazos de vigência venceram depois de 01/01/2000 ou vencerão em data posterior a esta, ficam automaticamente prorrogados até que seja realizada uma convocação

específica pela CONEAU.

Referida convocação específica (terceira convocação para o reconhecimento de cursos de pós-graduação para as carreiras de Ciências Econômicas, Jurídicas e Sociais) foi realizada pela CONEAU através da Resolução 741/07, datada de 18 de dezembro de 2007 que, em sua parte conclusiva expressa:

“ARTÍCULO 1º.- *Convocar para su acreditación a las carreras de posgrado de especialización, maestría y doctorado pertenecientes al área disciplinar de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales que reúnan las siguientes características:*

- a) Carreras que nunca fueron evaluadas a los fines de su acreditación.*
- b) Carreras que solicitaron su acreditación en anteriores convocatorias sin haberla obtenido.*
- c) Carreras que fueron acreditadas en anteriores convocatorias y cuyo plazo de validez caducó antes de la fecha de aprobación de la presente resolución.*
- d) Posgrados que obtuvieron el reconocimiento oficial provisorio del título en el marco de la Res. Ministerial 532/02 y que se han implementado, siendo por lo tanto carreras en funcionamiento.*

ARTÍCULO 2º.- *Organizar la convocatoria según se establece a continuación:*

- a) Formalización de la participación en la convocatoria y presentación de los planes de estudio de las carreras de posgrado comprendidas en el ARTÍCULO 1º.-: 21 de mayo de 2008.*
- b) Presentación de las solicitudes de acreditación y las autoevaluaciones de las carreras de posgrado pertenecientes a los CPRES Sur, Centro-Oeste, Centro-Este, Noroeste y Noreste: 27 de agosto de 2008.*
- c) Presentación de las solicitudes de acreditación y las autoevaluaciones de las carreras de posgrado pertenecientes a los CPRES Metropolitano y Bonaerense: 3 de diciembre de 2008.*

ARTÍCULO 3º.- *La formalización de la participación*

en la convocatoria será ratificada por la máxima autoridad de la institución, de acuerdo con el formulario electrónico que se encontrará disponible en la página de la CONEAU en Internet.

ARTÍCULO 4º.- *Prorrogar la validez de todas las acreditaciones ya otorgadas y cuya vigencia caduque después de la fecha de emisión de la presente resolución hasta la próxima convocatoria que haga para ellas la CONEAU.”*

Nesta oportunidade, o curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad Del Museo Social será avaliado. Tudo o quanto aqui se defende encontra respaldo e é ratificado pela declaração fornecida pelo Dr. Luis M. Fernandez, Vice-Presidente da CONEAU, a pedido do Vice-Reitor de Pós-graduação e Investigação da UMSA, Dr. Eduardo Sisco, datada de 11/11/2008.

Na referida declaração, é afirmado que o reconhecimento do curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais da UMSA foi realizado pela Resolução 510/00, da CONEAU, que se encontra em pleno vigor até que nova resolução, decorrente da terceira convocação para reconhecimento da carreira de pós-graduação de que trata a Resolução 741/07, seja expedida.

O curso em apreço, destarte, preenche o terceiro dos requisitos do Acordo ratificado pelo Brasil pelo Decreto Presidencial 5.518/05, qual seja, ser reconhecido e válido no Estado Parte de origem.

Resta, por fim, o preenchimento do quarto e último dos requisitos: ter, Brasil e Argentina, ratificado o Acordo celebrado. Dúvidas não restam de que o Acordo foi ratificado pelo Brasil através do Decreto Presidencial 5.518/05.

Conforme reconhecido pela sentença judicial proferida no Processo **2007.70.00.018550-1/PR**, movido por Vilson José Masutti versus Universidade Federal do Paraná, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a Argentina depositou seu instrumento de ratificação em 26.04.2002, cumprindo o último dos requisitos.

5. CONCLUSÕES

Desde a assinatura do Tratado de Assunção, em 1991, já se reconhecia a importância da educação como estratégia para o desenvolvimento da

integração econômica e cultural do Mercosul e o peso da informação para se alcançarem esses objetivos, o que culminou com a criação do Setor Educacional (SEM) e de um Comitê Coordenador Técnico deste sistema. Dentre as diversas metas dos projetos desenvolvidos pelo referido setor do Mercosul, uma das principais era a aprovação de um acordo de reconhecimento de títulos de nível terciário no universitário para a continuidade de estudos nos países do Mercosul.

Uma das mais instigantes questões que hoje se põe em discussão é o reconhecimento da validade jurídica dos títulos de pós-graduação, em especial de doutoramento, obtidos em Estados-partes do Mercosul por alunos estrangeiros, a exemplo de brasileiros em cursos argentinos. Como consequência lógica da análise realizado do ordenamento jurídico brasileiro, as regras a serem aplicadas para o registro, no Brasil, dos cursos de doutorado ministrados na Argentina, são aquelas preconizadas pelo Decreto Presidencial 5.518/05 que ratifica o Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul, concomitante com o § 1º, do Artigo 48, da Lei 9.394/96.

No caso particular apreciado, o curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad Del Museo Social Argentino, preenche todos os requisitos fixados no citado Decreto Presidencial, tornando-se compulsório o seu registro por quaisquer das universidades brasileiras, para fins acadêmicos de docência e pesquisa em instituições de ensino superior no Brasil. Por outro viés e realizando-se interpretação a contrário senso, o reconhecimento para quaisquer outros fins que não os especificados no Acordo do MERCOSUL, deverá observar o quanto estabelecido pelo § 3º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (9.394/96).

Notas

¹ MIDÓN, Mário A. R. Derecho de la integración. *Aspectos institucionales Del Mercosur*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 23 e ss.

² ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de direito internacional público*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 215.

³ GRANILLO OCAMPO, Raúl. *Derecho público de la integración*. 1ª ed. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007, p. 437.

⁴ A Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) foi criada pela Resolução nº 106, de 25/02/1948, editada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas com o objetivo

de incentivar a cooperação econômica entre os seus membros. Um dos grandes incentivadores de sua criação foi o Dr. Raúl Prebisch, depois um de seus diretores. Ela é uma das cinco comissões econômicas da Organização das Nações Unidas (ONU) e possui 43 Estados e oito territórios não independentes como membros. Além dos países da América Latina e Caribe fazem parte da CEPAL, o Canadá, França, Japão, Países Baixos, Portugal, Espanha, Reino Unido e Estados Unidos da América. Cf. GRANILLO OCAMPO, Raúl. Ob. Cit., pp. 518-521.

⁵ Tal comparação, apesar de forte, reflete, com fidelidade, a noção que se almejou passar, consoante feliz lição de Miguel Ekmekdjian. Cf. EKMEKDJIAN, Miguel Á. *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*. Buenos Aires: Depalma, 1996, passim.

⁶ O GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) foi estabelecido em 1947, tendo em vista a busca da harmonização das políticas aduaneiras dos Estados signatários. É um organismo contemporâneo do Banco Mundial e do FMI, enquanto organizadores do sistema regulatório dos aspectos financeiros, monetários e comerciais do mundo ocidental. Está na base da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), enquanto consequência do Acordo de Marrakesh (1994). É um conjunto de normas e concessões tarifárias, criado com a função de impulsionar a liberalização comercial; combater as práticas protecionistas e regular, provisoriamente, as relações comerciais internacionais. O artigo XXIV do GATT regula a formação de uniões aduaneiras e zonas de livre comércio, bem como, mais tarde, durante a Rodada Tóquio (28/11/1979), a Cláusula de Habilitação, se transformaram nos grandes propulsores do surgimento dos acordos regionais, a exemplo da ALALC, na América Latina. Cf. GRANILLO OCAMPO, Raúl. Ob. Cit., pp. 476-478; VALVERDE URRUTIA, Álvaro. *Iniciativa para las Américas: El sistema de la ALADI y el GATT*. In *Integración Latinoamericana*, nºs. 171-172, Intal, Buenos Aires, setembro-outubro 1991, pp. 26-38.

⁷ O Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (*North American Free Trade Agreement*) ou NAFTA é um pacto, firmado em 12/08/1992, através do Tratado de Livre Comércio da América do Norte (TLC) envolvendo Canadá, México e Estados Unidos da América e tendo o Chile como associado, numa atmosfera de livre comércio, com custo reduzido para troca de mercadorias entre os três países. O NAFTA entrou em vigor em 1º de janeiro de 1994. Em 1988, os EUA e o Canadá assinaram um Acordo de Liberalização Econômica, formalizando o relacionamento comercial entre aqueles dois países. Em 13 de agosto de 1992, o bloco recebeu a adesão dos mexicanos. O atual NAFTA entrou em vigor em 1994, com um prazo de 15 anos para a total eliminação das barreiras alfandegárias entre os três países, estando aberto a todos os países da América Central e do Sul. As opiniões sobre este acordo dividem-se: enquanto que alguns consideram que consolidou o comércio regional na América do Norte, beneficiou a economia mexicana e ajudou-a a enfrentar a concorrência representada pelo Japão e pela União Europeia, outros defendem que apenas transformaram o Canadá e o México em “colônias” dos EUA, piorou a pobreza no México e aumentou o desemprego nos EUA. Restrições também deviam ser removidas de várias categorias, incluindo veículos automotores e peças automotivas, computadores, tecidos e agricultura. O tratado também protegeu os direitos de propriedade intelectual (patentes, copyrights, e marcas registradas) e esboçou a remoção de restrições de investimento entre os três países. Medidas relativas à proteção do trabalhador e do meio ambiente foram adicionadas mais tarde em consequência de acordos suplementares assinados em 1993. Este acordo foi uma expansão do antigo “Tratado de livre comércio Canadá-EUA”, de 1989. Diferentemente da União Europeia, a NAFTA não cria um conjunto de corpos governamentais supranacionais, nem cria um corpo de leis que seja superior à lei nacional. A NAFTA é um tratado sob as leis internacionais. Sob as leis dos Estados Unidos ela é classificada melhor como um acordo congressional-executivo do que um tratado, refletindo um sentido peculiar do termo “tratado” na lei constitucional dos Estados Unidos que não é seguida pela lei internacional ou pelas leis de outros estados. Cf. GRANILLO OCAMPO, Raúl. Ob. Cit., pp. 529-536.

⁸ A **Área de Livre Comércio das Américas** (ALCA) é um acordo comercial idealizado pelos Estados Unidos. Este acordo foi proposto para todos os países da América, exceto Cuba, segundo o qual seriam gradualmente derrubadas as barreiras ao comércio entre os estados-membros e prevê a isenção de tarifas alfandegárias para quase todos os itens de comércio entre os países associados. Este acordo foi delineado na Cúpula das Américas, realizada em Miami(EUA), em 9/12/1994. O projeto é resultado da tendência, no contexto da globalização, de estreitamento das relações comerciais entre os países por meio de uma integração mais efetiva, onde as trocas comerciais possam acontecer de forma menos burocrática e com maiores incentivos. A ALCA seria composta por 34 países americanos, na prática os mesmos que integram a Organização dos Estados Americanos (OEA), exceto Cuba (os EUA alegam que o país da América Central pratica atos antidemocráticos e de desrespeito aos direitos humanos, além de ser acusado de crimes políticos e humanitários). Sua população ficaria com aproximadamente 800 milhões de habitantes e com o PIB superior a US\$ 13 trilhões. Na Cúpula de Miami(EUA), realizada em novembro de 2003, diante de graves divergências entre os EUA e o Mercosul(capitaneado por Argentina e Brasil), quanto à negociação de subsídios agrícolas e abertura de licitações governamentais, o processo integrativo quase que parou de avançar, diante do unilateralismo praticado pelos EUA, estando a ALCA praticamente fora de vigor. Cf. GRANILLO OCAMPO, Raúl. *Ob. Cit.*, pp. 540-541.

⁹ Em verdade, a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) foi uma tentativa não bem-sucedida de integração estritamente comercial da América latina na década de 60. Os membros, com enormes disparidades de desenvolvimento econômico, eram Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai. Pretendiam criar uma área de livre comércio na América Latina. Para tanto, os mesmos celebraram o Tratado de Montevidéu, em 18/02/1960, que, em seu art. 54, previa a constituição de um Mercado Comum Latino-americano, com a fixação de um prazo de doze anos para o atingimento da zona de livre comércio (art. 2º). Na prática, a ALALC se limitou a ser um meio através do qual se realizavam negociações de redução de impostos, produto a produto, com a confecção de listas comuns, especialmente formadas de matérias-primas e importações não-competitivas. Em 1967, a ALALC se expandiu com a adesão de novos membros: Bolívia, Colômbia, Equador, e Venezuela. Em 12/08/1980, novamente em Montevidéu, se tornou Associação Latino-americana de Integração (ALADI), que permitiu acordos multilaterais e sem prazos rigidamente fixados, com o estabelecimento de preferências tributárias regionais. Permaneceu com essa composição até 06/11/1998, quando Cuba passou a ser membro. Os motivos de seu fracasso se ligam aos ambiciosos e irrealizáveis objetivos fixados, que não se detiveram à disparidade econômica existente entre seus membros. De mais a mais, nem a ALALC tão pouco a ALADI previram a existência de um direito comunitário próprio, o que dificultou o processo integrativo. Cf. ARNAUD, Vicente G. **Mercosur, Unión Europea, NAFTA y los procesos de integración regional**. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 123; RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. **Mercosur, integración y derecho**. Buenos Aires: Intercontinental-Ciudad Argentina, 1998, p. 187; GRANILLO OCAMPO, Raúl. *Ob. Cit.*, pp. 468-474; EKMEKDJIAN, Miguel Á. *Introducción al derecho...*, p. 122; VACCHINO, Juan M. *Integración latinoamericana. De la ALALC a la ALADI*. Buenos Aires: Depalma, 1983, pp. 215 e ss.

¹⁰ O Mercado Comum Centro-Americano (MCCA) adveio da Carta de San Salvador (14/10/1951), com a criação da Organização de Estados Centro-americanos (ODECA), ratificada em 1962, e é formado até hoje pelos países fundadores, quais sejam: Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicarágua e El Salvador. Nasceu da tentativa de promover a paz na região, afetada por graves conflitos bélicos, como a Guerra do Futebol. Em Tegucigalpa, em 1958, foi firmado o Tratado Multilateral de Livre Comércio e Integração Econômica Centro-americana. Em 4 de junho de 1961 foi assinado em Manágua, o Tratado Geral de Integração Centro-Americana, com o objetivo de criar um mercado comum nessa região. Na mesma época foi criado o Parlamento Centro-Americano (Parlacen) e

a Corte Centro-Americana de Justiça, que ainda não possui caráter permanente. Em junho de 1990, numa reunião presidencial realizada em Antigua (Guatemala), se aprovou o Plano de Ação Econômica para a América Central (PAEAC). Hoje, os Estados-Membros do MCCA designaram um grupo de trabalho para preparar o processo de constituição da União Centro-Americana, nos mesmos moldes da União Europeia. Surgiu, então, o Protocolo de Tegucigalpa (1991), que criou o Sistema de Integração Centro-americana (SICA), sediado em São Salvador. O bloco reúne uma população de 33,7 milhões de habitantes, possuindo um PIB de US\$ 59,2 bilhões, com exportações no valor de US\$ 18,0 bilhões e importações alcançando os US\$ 24,3 bilhões. Cf. CASTRILLO ZELEDÓN, M. *El régimen de libre comercio en Centroamérica*. São José da Costa Rica: EDUCA, 1970, passim; ZAPATA, R.; PÉREZ, E. *Pasado, presente y futuro del proceso de integración centroamericano*. México: CEPAL, 2001, passim.

¹¹ O projeto de maior colaboração, nesta época, entre o Brasil e a Argentina, foi o firmamento de uma declaração política conjunta em 1961 e um Convênio de Amizade e Consulta (novembro do mesmo ano), que tiveram a intenção de fortalecimento dos laços entre os dois países vizinhos e da região como um todo. Cf. LANÚS, Juan A. *De Chapultepec al Beagle*. Buenos Aires: Emecé, 1984, pp. 290 e ss.; GRANILLO OCAMPO, Raúl. *Ob. Cit.*, p. 450.

¹² A **Comunidade Andina de Nações (CAN)** é um bloco econômico sul-americano, dotado de personalidade jurídica internacional, formado por 4 membros efetivos: a Bolívia, Colômbia, Equador e Peru. Na condição de membros associados, estão o Brasil, Argentina, Chile, Paraguai e Uruguai. Em 19/04/2006, a Venezuela retirou-se do bloco, sob a alegação de prejuízos causados por acordos firmados pela CAN com os EUA. Tal país aderiu ao Mercosul no mesmo ano. O bloco foi chamado **Pacto Andino** até 1996 e surgiu em 1969 com o *Acordo de Cartagena das Índias*. A cidade-sede da secretaria é Lima, no Peru. A comunidade andina possui 120 milhões de habitantes, em uma área de 4.700.000 quilômetros quadrados, com um produto interno bruto nominal de 280 bilhões de dólares. Em 8 de dezembro de 2004, os países membros da Comunidade Andina assinaram a Declaração de Cuzco, que lançou as bases da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL), entidade que unirá a Comunidade Andina ao Mercosul, em uma zona de livre comércio continental. O Acordo de Cartagena prevê o desenvolvimento de um programa de liberação do intercâmbio comercial mais avançado que os compromissos assumidos e derivados do Tratado de Montevidéu (1960). Cf. SANABRIA SILVA, J.; NÚÑEZ, G. *El Grupo Andino: origen, evolución y situación actual*. In *Comercio Exterior*, v. 35, nº 1, Cidade do México, 1985; AVERY, W.; COCHRANE, J. *Subregional integration in Latin America: the Andean Common Market*. In *Journal of Common Market Studies*, v. XI, Oxford, 1972, pp. 85 e ss.; GRANILLO OCAMPO, Raúl. *Ob. Cit.*, p. 454.

¹³ A propósito, o Conselho Presidencial Andino é o órgão máximo do SAI e está conformado pelos Chefes de Estados dos países membros do Acordo de Cartagena, tendo sido criado em 23/09/90 em reunião feita em Machu Picchu (Peru) e incorporado formalmente ao SAI através do Protocolo de Trujillo, de 1996. MORALES MOLINA, H. *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. In *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino, la CEE, el CAME y la ALADI*. Lima: JUNAC, 1983, passim; GRANILLO OCAMPO, Raúl. *Ob. Cit.*, pp. 465-466.

¹⁴ A União de Nações Sul-Americanas (UNASUL), anteriormente designada por Comunidade Sul-Americana de Nações (CSN), será uma zona de livre comércio continental que unirá as duas organizações de livre comércio, Mercosul e Comunidade Andina de Nações, além do Chile, Guiana e Suriname, nos moldes da União Europeia. Foi estabelecida com este nome (CSN) pela Declaração de Cuzco, assinada em 08/12/2004, e teve sua denominação alterada durante a Reunião de Margarita, realizada entre 16 e 17/04/2007. De acordo com entendimentos feitos até agora, a sede da União será localizada em Quito, capital do Equador, enquanto a localização de seu banco, o Banco do Sul será na capital da Venezuela, Caracas. O seu parlamento será localizado em Cochabamba, na Bolívia. A integração completa entre esses dois blocos foi formalizada durante a reunião dos

presidentes de países da América do Sul, no dia 23 de maio de 2008 em Brasília. Cf. GRANILLO OCAMPO, Raúl. *Ob. Cit.*, pp. 512-514; EKMEKDJIAN, Miguel Á. *Introducción ao derecho...*, p. 128.

¹⁵ O Sistema Econômico Latinoamericano (SELA) foi criado em 1975, sob a iniciativa do então Presidente do México, Luis Echeverría, mediante a celebração do Convênio do Panamá, subscrito por 20 países latinoamericanos e do Caribe, com a nítida intenção de estabelecer um fórum de discussão autenticamente latinoamericano e caribenho, sem a presença marcante dos EUA. Cf. TAMAMÉS, Ramón. *Introducción a la economía internacional*. Madrid: Alianza, 1983, pp. 183 e ss.

¹⁶ O **Banco Interamericano de Desenvolvimento** ou BID (em inglês *Inter-American Development Bank, IDB*) é uma organização financeira internacional com sede na cidade de Washington, E.U.A., e criada no ano de 1959 com o propósito de financiar projetos viáveis de desenvolvimento econômico, social e institucional e promover a integração comercial regional na área da América Latina e o Caribe. Atualmente o BID é o maior banco regional de desenvolvimento a nível mundial e serviu como modelo para outras instituições similares a nível regional e sub-regional. Possui atualmente 43 membros (todos os países americanos, a exceção de Cuba, e mais a Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Itália, Japão, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça e Iugoslávia). Ainda que tenha nascido no seio da Organização de Estados Americanos (OEA) não guarda nenhuma relação com essa instituição pan-americana, nem com o Fundo Monetário Internacional (FMI) ou com o Banco Mundial, os quais dependem da Organização das Nações Unidas. Em 2005, o capital ordinário do banco atingiu a importância de 101000 milhões de dólares estado-unidenses. Cf. GRANILLO OCAMPO, Raúl. *Ob. Cit.*, p. 528.

¹⁷ A **Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA)** pretende proporcionar a preservação do patrimônio natural da Amazônia através dos princípios de desenvolvimento sustentável. Seus países membros são: Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela. A OTCA surgiu em decorrência do Tratado de Cooperação Amazônica, que foi assinado em 3 de julho de 1978. Os objetivos do tratado são a preservação do meio ambiente e o uso racional dos recursos naturais da Amazônia. Em 1995, as oito nações decidiram criar a OTCA para fortalecer e implementar os objetivos do Tratado. O protocolo de emenda ao TCA foi assinado em Caracas, capital venezuelana, em 14 de dezembro de 1998. A OTCA tem a convicção que a Amazônia, por possuir um dos mais ricos patrimônios naturais do Planeta, é estratégica para impulsionar o futuro desenvolvimento de nossos países e da região; um patrimônio que deve ser preservado, mas essencialmente, promovido, em consonância com os princípios de desenvolvimento sustentável.

¹⁸ A **CARICOM**, antigo **Comunidade e Mercado Comum do Caribe** e atual **Comunidade do Caribe**, é um bloco de cooperação econômica e política, criado em 1973, formado por quatorze países e seis territórios da região caribenha. Estabelecido em 4 de Julho de 1973 pelo Tratado de Chaguaramas (Trinidad e Tobago) e com sede em Georgetown (Guiana), a CARICOM veio substituir a CARIFTA (Associação de Livre Comércio do Caribe), que existia desde 1965, gerada pelo Tratado de Dickenson Bay, modificado em 1968 pelo Tratado de St. John's. O bloco foi formado por 15 ex-colônias de potências europeias que, após a sua independência, viram-se na contingência de aliar-se para suprir limitações decorrentes da sua nova condição e acelerar o seu processo de desenvolvimento econômico. São elas: Trinidad e Tobago, Guiana, Jamaica, Barbados, Antigua e Barbuda, Bahamas, Belize, República Dominicana, Granada, Montserrat, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname e Haiti. Além de incentivar a cooperação econômica entre os membros, a organização participa da coordenação da política externa e desenvolve projetos comuns nas áreas de saúde, educação e comunicação. Este bloco de integração regional visa promover o livre comércio, o livre movimento do trabalho e do capital; coordenar a agricultura, a indústria e política estrangeira entre os seus países membros. Desde 1997 defendem o tratamento diferenciado para economias pouco desenvolvidas, incluindo prazos maiores para o cumprimento de futuros acordos de comércio. Em 1998, Cuba foi admitida

como observadora do Caricom. O bloco marcou para 1999 o início do livre comércio entre seus integrantes, mas a decisão não se efetivou. Em maio e em julho de 2000 a República Dominicana e Cuba, respectivamente, firmam acordos de livre comércio com o bloco. Na cúpula da Caricom, em julho, ficou estabelecida a criação de uma Corte Caribenha de Justiça e foi marcada para dezembro a finalização da estruturação do livre comércio entre os membros. Os países da Caricom têm no turismo uma de suas principais fontes de renda, recebendo cerca de 15 milhões de turistas por ano. A CARICOM tem uma população de 14,6 milhões de habitantes, um PIB de US\$ 28,1 bilhões, exportações girando em torno dos US\$ 12,6 bilhões e importações alcançando os US\$ 15,9 bilhões. Representa 0,25 % do PIB total dos blocos econômicos que negociam a formação da Alca. Cf. GRANILLO OCAMPO, Raúl. *Ob. Cit.*, pp. 488-491; BOXILL, I. *Ideology and Caribbean Integration*. Kingstown: Consortium Graduate School of Social Sciences, 1980, passim.

¹⁹ MIDÓN, Mario. *Ob. Cit.*, p. 29; ARNAUD, Vicente G. *Ob. Cit.*, p. 131; RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. *Ob. Cit.*, pp. 256 e ss.

²⁰ HALPERIN, Marcelo. *Dilemas jurídicos e institucionales en el proceso de integración entre Argentina y Brasil*. In Revista de Derecho Industrial, ano 13, nº 38, maio-agosto de 1991, Depalma, Buenos Aires, pp. 268 e ss.

²¹ BARBOZA, Julio. *Derecho internacional pública*. 2ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 2008, p. 660.

²² Este órgão veio a institucionalizar a necessidade de contar com um governo de democracia representativa para poder formar parte do Mercosul, o que tem gerado problemas para o enquadramento da Venezuela como membro efetivo. Cf. BARBOZA, Julio. *Ob. Cit.*, p. 662.

²³ O status de membro associado se adquire por acordos bilaterais, denominados “Acordos de Complementação Econômica”, firmados entre o Mercosul e cada país associado. A Venezuela formalizou sua associação, juntamente com Colômbia e Equador, mediante a assinatura do Acordo CMC nº 59/2004. A Venezuela ratificou o protocolo de entrada em 04/07/2006, sendo firmado o protocolo para se converter em Estado membro (CMC nº 29/05), ainda não ratificado. Cf. BASSO, Maristela. *Mercosul: do Passado ao Futuro*. In BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 25.

²⁴ DREYSIN DE KLOR, Adriana. *El Protocolo de Olivos*. In Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, t. 2003-1, p. 615.

²⁵ DROMI, Roberto et all. *Derecho Comunitario*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 569-570.

²⁶ RATTNER, H. *Globalização: em direção a um mundo só?* Brasília, v. 15, n. 65, pp.19-30, jan./mar. 1995. Apud LAMPERT, Ernani. *Educação e Mercosul: Desafios e Perspectivas*. Revista da Faculdade de Educação, v. 24, n. 02, dez./1998, São Paulo.

²⁷ LAMPERT, Ernani. *Ob. Cit.*, passim.

²⁸ MUÑOZ, H. *A nova política internacional*. São Paulo: Alfa Omega, 1996, p. 121.

²⁹ LAMPERT, Ernani. *Ob. Cit.*, passim.

³⁰ Cf. *A equalização do ensino visando o Mercosul*. Disponível em: <http://members.tripod.com/educacao/Cap3E.htm> Acesso em 07 fev 2009.

³¹ Disponível em http://www.sic.inep.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=52&Itemid=75. Acesso em Jan. 2008.

³² LAMPERT, Ernani. *Ob. Cit.*, passim.

³³ SILVA, P. C. *A preparação do professor de espanhol no âmbito do Mercosul: uma questão de investimentos*. In CASTELLO, I.R. et al. (Org.) *Práticas de integração nas fronteiras*: temas para o Mercosul. Porto Alegre: UFRGS, Instituto Goethe/ICBA, 1998, pp. 212-216.

³⁴ MIRANDA, M. G. *Novo paradigma de conhecimento e políticas educacionais na América Latina*. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n.100, p.49-56, mar. 1997.

³⁵ LAMPERT, Ernani. *Ob. Cit.*, passim.

³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Armênio Amado Editor, [], p. 427.

³⁷ Eis a sua redação, *litteris*: “VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.” Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial* [da União], Brasília, [s. d.], [s. v.].

³⁸ ROSEMBUJ, Tulio. *Elementos de derecho tributário*. Barcelona: Editorial Blume, 1982, p. 55, *apud* Hugo de Brito Machado. Isenções Tributárias no Mercosul, IOB, junho/97, nº 11/97, caderno 1, p. 268.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 19.

⁴⁰ O primeiro (e, até o momento, o único) tratado aprovado conforme este rito é a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, juntamente com o seu Protocolo Facultativo, celebrada em Nova Iorque em 30 de março de 2007 e referendada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008.

⁴¹ BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei Federal nº 9.394, de 1996. *Diário Oficial* [da União], Brasília, [s. d.], [s. v.].

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de direito internacional público*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARNAUD, Vicente G. *Mercosur, Unión Europea, NAFTA y los procesos de integración regional*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

AVERY, W.; COCHRANE, J. *Subregional integration in Latin America: the Andean Common Market*. In *Journal of Common Market Studies*, v. XI, Oxford, 1972.

BARBOZA, Julio. *Derecho internacional público*. 2ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASSO, Maristela. *Mercosul: do passado ao futuro*. In BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial* [da União], Brasília, [s. d.], [s. v.].

_____. Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei Federal nº 9.394, de 1996. *Diário Oficial* [da União], Brasília, [s. d.], [s. v.].

BOXILL, I. *Ideology and caribbean integration*. Kingstown: Consortium Graduate School of Social Sciences, 1980.

CASTRILLO ZELEDÓN, M. *El régimen de libre comercio en Centroamérica*. São José da Costa Rica: EDUCA, 1970.

- DREYSIN DE KLOR, Adriana. *El Protocolo de Olivos*. In Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, t. 2003-1.
- DROMI, Roberto et all. *Derecho comunitario*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- EKMEKDJIAN, Miguel Á. *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- HALPERIN, Marcelo. *Dilemas jurídicos e institucionales en el proceso de integración entre Argentina y Brasil*. In Revista de Derecho Industrial, ano 13, nº 38, maio-agosto de 1991, Depalma, Buenos Aires.
- GRANILLO OCAMPO, Raúl. *Derecho público de la integración*. 1ª ed. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Armênio Amado Editor, [].
- LANÚS, Juan A. *De Chapultepec al Beagle*. Buenos Aires: Emecé, 1984.
- MIDÓN, Mário A. R. *Derecho de la integración. Aspectos institucionales Del Mercosur*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1998.
- MIRANDA, M. G. *Novo paradigma de conhecimento e políticas educacionais na América Latina*. In Cadernos de Pesquisa, nº 100, março de 1997, São Paulo.
- MORALES MOLINA, H. *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. In *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino, la CEE, el CAME y la ALADI*. Lima: JUNAC, 1983.
- MUÑOZ, H. *A nova política internacional*. São Paulo: Alfa Omega, 1996.
- RATTNER, H. *Globalização: em direção a um mundo só?* Brasília, v. 15, nº 65, pp.19-30, jan./mar. 1995. Apud LAMPERT, Ernani. Educação e Mercosul: *Desafios e Perspectivas*. Revista da Faculdade de Educação, v. 24, n. 02, dez./1998, São Paulo.
- ROSEMBUJ, Tulio. *Elementos de Derecho Tributario*. Barcelona: Editorial Blume, 1982, apud Hugo de Brito Machado. Isenções Tributárias no Mercosul, IOB, junho/97, nº 11/97, caderno 1.
- RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. *Mercosur, integración y derecho*. Buenos Aires: Intercontinental-Ciudad Argentina, 1998.
- SANABRIA SILVA, J.; NÚÑEZ, G. *El Grupo Andino: origen, evolución y situación actual*. In *Comercio Exterior*, v. 35, nº 1, Cidade do México, 1985.
- SILVA, P. C. A preparação do professor de espanhol no âmbito do

Mercosul: uma questão de investimentos. In CASTELLO, I.R. et al. (Org.) *Práticas de integração nas fronteiras: temas para o Mercosul*. Porto Alegre: UFRGS, Instituto Goethe/ICBA, 1998.

TAMAMÉS, Ramón. *Introducción a la economía internacional*. Madrid: Alianza, 1983.

VACCHINO, Juan M. *Integración latinoamericana. De la ALALC a la ALADI*. Buenos Aires: Depalma, 1983.

VALVERDE URRUTIA, Álvaro. *Iniciativa para las Américas: El sistema de la ALADI y el GATT*. In *Integración Latinoamericana*, nºs 171-172, Intal, Buenos Aires, setembro-outubro 1991.

ZAPATA, R.; PÉREZ, E. *Pasado, presente y futuro del proceso de integración centroamericano*. México: CEPAL, 2001.



ASPECTOS DA LEGITIMIDADE PARA A COMPOSIÇÃO E DESIGNAÇÃO DE JUÍZES DE TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO COMPARADO

André Ribeiro Leite, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, mestrando em Direito Judiciário e Organização Judiciária pela Universidade do Minho – Portugal, e Procurador do Município de Nossa Senhora do Socorro/SE.

RESUMO: O artigo trata sobre aspectos da legitimidade para a composição e designação de juízes de Tribunais Constitucionais no direito comparado, como o processo de escolha e mandato. Apresenta o sistema adotado por diversos países.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comparado; designação de juízes; tribunal constitucional; legitimidade.

ABSTRACT: The article is a comparative law study about the legitimacy of the procedure for the appointment of judges in Constitutional Courts. Many points are discussed, like the tenure of its members. It is also presented the procedure adopted in several countries.

KEYWORDS: Comparative law; appointment of judges; constitutional court; legitimacy.

1. INTRODUÇÃO

A composição e designação de juízes de Tribunais Constitucionais representa matéria que ainda porta certa controvérsia, mormente porque se relaciona com a aceção de legitimidade para o exercício do poder, que nas sociedades contemporâneas decorre do princípio democrático, segundo o qual o titular da soberania, o povo, exerce-a através de representantes escolhidos em processo de sufrágio.

No entanto, em razão de sua particular natureza, a função jurisdicional demanda conhecimento especializado, o que impossibilita seu exercício por indivíduos desprovidos de formação jurídica. Como consequência, restringe-se o âmbito de escolha de seus membros, o que pode acarretar desarmonia entre a vontade dos titulares do poder e o pequeno segmento social que o exerce, em evidente ameaça à ideia de legitimidade.

Em sentido oposto, caso adotado sistema de escolha direta de juízes via amplo processo eleitoral, emergirá o risco de politização do Poder Judiciário, haja vista a possibilidade de subversão de sua estrutura a dados grupos ou segmentos políticos, além do potencial advento de severos danos à independência que deve possuir a magistratura para a efetiva defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Sob estes parâmetros, o presente artigo propõe-se a abordar as soluções encontradas para a questão da legitimidade em diversos ordenamentos jurídicos no que se relaciona à composição e designação de juízes dos Tribunais Constitucionais, órgãos a que incube a função de guardião da Constituição e, quiçá por isto, a mais importante atribuição do Poder Judiciário. Nesse contexto, exemplificar-se-ão os sistemas adotados por diversas nações na Europa, América e África.

2. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ÓRGÃO DE NATUREZA JURISDICIONAL

Questão inicial a ser enfrentada refere-se à natureza que porta um Tribunal Constitucional, ou seja, identificar se constitui ou não órgão jurisdicional. Tal dilema relaciona-se com a função de controle de constitucionalidade que lhe é inerente, em especial o abstrato, motivo pelo qual se chegou a formar doutrina que o classificava como órgão de natureza legislativa. É o que assim salienta SEGADO, ao expor que

La construcción kelseniana del control de la constitucionalidad de la leyes iba a desembocar en um órgano ad hoc que no se iba a presentar propiamente como un órgano jurisdiccional, en tanto en cuanto no aplicaba normas previas a hechos concretos, sino que limitaba su función a declarar si una ley era o no compatible con la

Constitución, eliminando las no compatibles; de ahí que el Tribunal que Kelsen diseñara era (...) más un órgano legislativo que jurisdiccional; se trataba en realidad de un órgano legislativo que abrogaba leyes hasta esse momento perfectamente eficaces; en definitiva, de un legislador negativo.¹

Sobre o assunto, a doutrina costuma indicar solução fundamentada nos próprios textos da Constituição e legislação em vigor². Em Portugal, por exemplo, a fórmula não é diversa. Nesse sentido, destaca-se CANOTILHO, que a despeito de reconhecer que “a CRP não especifica concretamente a posição jurídico-constitucional do Tribunal Constitucional (TC)”³, considera “(...) indiscutível tratar-se de um “tribunal” (cfr. arts. 209.º/1 e 221.º), com as características de um órgão constitucional, institucional e funcionalmente autônomo (cfr. art. 221.º)”⁴. Ideia da qual compartilha COSTA⁵, mas que a justifica com argumentos mais robustos, ao expor que o Tribunal Constitucional integra o Judiciário e representa seu órgão de cúpula

(...) em razão da competência cassatória de que dispõe relativamente às decisões de todos os outros tribunais (sem excluir o Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Administrativo), em matéria de constitucionalidade das normas que a estes caiba explicar e matérias equiparadas (infra, II, 2.1). Competência cassatória essa – acrescente-se – cujo exacto âmbito lhe pertence, em último termo, e em exclusivo concretizar, como resulta do disposto no art. 76º, nº 4 LTC.⁶

Com efeito, são essas características que, caso observadas pelos diversos ordenamentos jurídicos, possibilitam classificar o Tribunal Constitucional - quando existir - como órgão de natureza jurisdiccional.

3. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ÓRGÃO DE SOBERANIA E SUA NATUREZA POLÍTICA

Por possuir natureza de órgão jurisdiccional, o Tribunal Constitucional igualmente se apresenta como órgão de soberania. Afinal, necessário recordar que o poder soberano do Estado é uno e indivisível, mas

seu exercício ocorre pela prática de três diferentes manifestações, usualmente designadas de funções ou poderes⁷, que seriam: a função legislativa, a função administrativa e a função jurisdicional⁸. Como se percebe, a jurisdição representa uma dessas funções, daí porque o órgão que titularizar o respectivo exercício será caracterizado como órgão de soberania. Opinião da qual compartilha CANOTILHO, para quem “os tribunais são órgãos constitucionais aos quais é especialmente confiada a função jurisdicional exercida por juízes. Organizatória e funcionalmente, o poder judicial é, portanto, “separado” dos outros poderes: só pode ser exercido por tribunais (...)”⁹.

Deste modo, em razão de o Tribunal Constitucional, como órgão jurisdicional que é, representar diretamente uma das funções do poder soberano do Estado, incide a particularidade aludida por COSTA de que lhe caberia, “(...) logo pela natureza e relevância das matérias de sua jurisdição, e, depois, pela competência cassatória acabada de assinalar, o lugar de topo na hierarquia dos tribunais”¹⁰, o que também finda por lhe evidenciar natureza política¹¹. Como consequência, poderá praticar atos especiais, os quais são classificados como atos políticos, conforme assim explana QUEIRÓ, ao expor que

(...) nem tudo na acção do Estado se confina a legislar, a julgar e a administrar – havendo ainda uma quarta, meio misteriosa, dificilmente discernível, função estadual: a “função política” ou “função governamental”. Meio misteriosa e dificilmente discernível, dizemos, porque, realmente, o seu conteúdo não é fácil de reduzir a uma categoria homogênea de actos.

Em primeiro lugar, há que salientar que os actos de que aqui se trata são actos das competência de órgãos superiores do Estado, quer daqueles que são expressamente configurados pela Constituição como “órgãos da soberania” quer dos agentes e entidades organizatórias, constituídas dentro desses órgãos, que se verifica terem, na estrutura constitucional, uma individualidade e independência tais que se justifica concebê-los juridicamente como agentes e órgãos constitucionais autônomos.

Isto significa que a competência para a prática de actos políticos é, se só pode ser, conferida pela Constituição, a órgãos e agentes que, por isso mesmo, se hão de considerar órgãos e agentes supremos do Estado. (...).¹²

Não obstante, talvez a mais perceptível vertente política do Tribunal Constitucional relaciona-se com o próprio controle de constitucionalidade¹³. Afinal, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, assume o papel de legislador negativo, pois a lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional vigente é imediatamente retirada do ordenamento jurídico, sem que isso necessariamente corresponda à resolução de qualquer controvérsia concreta. Deste modo, exerce a mesma atribuição delegada comumente ao Legislativo, só que em sentido inverso. Não é por outra razão, aliás, que CANOTILHO, ao tratar do Tribunal Constitucional português, ressalta que ao

(...) exercer a função jurisdicional de controlo dos actos normativos segundo o parâmetro normativo da Constituição, o Tribunal acaba, de facto, por se transformar em “legislador constituinte” através da via da concretização das normas constitucionais.¹⁴⁻¹⁵

Também SEGADO, ao discorrer sobre o Tribunal Constitucional espanhol, compartilha dessa opinião de que “(...) el Tribunal es la verdadera “corporeización” de la Constitución, tanto para su garantía y protección como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo. En este sentido, es un verdadero “comisionado” del “poder constituyente” (...)”¹⁶. E de modo diverso não ocorre na Áustria, pois, consoante ressalta HINTERAUER em harmonia com os citados autores português e espanhol,

a la vista de las competencias múltiples del Tribunal Constitucional austríaco, que acabamos de descubrir, resulta manifiesta la significación política de sus decisiones”. Aquí debe recordarse brevemente que, entre otras cosas, es también competencia suya la de interpretar auténticamente

los preceptos competenciales de la Constitución federal con fuerza vinculante general y – prescindiendo de su modificación por médio de ley constitucional federal – de modo inmutable y en forma de precepto jurídico, así como declarar con fuerza vinculante general la nulidad leyes y decretos por vícios, respectivamente, de constitucionalidad o de legalidade.¹⁷

Outrossim, ainda se verifica vertente política indireta - talvez melhor classificada como relevância política -, vez que não raro o presidente do Tribunal Constitucional integra órgãos políticos como o Conselho da República ou o Conselho do Estado, o que bem demonstra a influência dos magistrados desse órgão em assuntos inerentes ao Governo. Em Portugal, por exemplo, o presidente do Tribunal Constitucional possui assento como membro nato de órgão de consulta política do Presidente da República, que é o Conselho de Estado (CRP; art. 142º, c). Também assim ocorre em Cabo Verde (art. 249º), Angola (art. 76º), Moçambique (art. 164º, 2, c), Guiné-Bissau (art. 74º, 1, c) e São Tomé e Príncipe (art. 88º).

4. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ACORDO COM AS FÓRMULAS DE COMPOSIÇÃO

Ao representar a função jurisdicional do poder soberano, ou seja, em razão de ser órgão de soberania e assim possuir natureza política – mesmo que na acepção ampla do termo: como componente orgânico do Estado enquanto construção política –, o Tribunal Constitucional, tal como os demais órgãos de soberania que titularizam poder ou umas das funções do poder soberano, imprescinde de instância de legitimação. É o que alerta ROMÃO, ao lecionar que “o poder necessita de se alicear numa legitimidade, de modo a ser reconhecido enquanto tal e os seus governantes aceites pela comunidade que pretendem chefiar”¹⁸.

Nesse sentido, questão relevante condiz com o acesso aos cargos de juízes componentes do Tribunal Constitucional. Reporta-se, pois, aos critérios que conferem a legitimidade que os respectivos magistrados necessitam possuir enquanto representantes do poder soberano do

povo. Aliás, não somente no que tange a esse órgão jurisdicional, mas a todo o Poder Judiciário, cujos cargos são em regra preenchidos por via diversa do que a escolha direta pela população através de sufrágio.

Para tanto, deve-se inicialmente atentar que a legitimidade do Judiciário nas sociedades contemporâneas que adotam o princípio democrático enfrenta problema que não é, pelo menos aparentemente, compartilhado pelas demais funções do poder soberano. Isso porque, ao contrário do Legislativo e Executivo, cujas atribuições precípua são a de representar os nacionais e defender seus novos anseios e demandas, ao Judiciário compete a aplicação do direito posto, o que deve fazer de modo a harmonizar os inúmeros preceitos normativos vigentes sem, porém, sacrificar nenhum dos diversos e muitas vezes contraditórios valores encontrados na sociedade¹⁹. Implica, como se percebe, indissociável aspecto técnico, o que impossibilita a escolha de pessoas sem formação específica. É o que salienta RODRÍGUEZ-AGUILERA, ao aduzir que

La participación del pueblo en la Administración de justicia sigue siendo un hecho polémico, más que nada a la hora de determinar las formas de esta participación. Si la soberanía radica (en el Estado moderno) en la comunidad, parece natural que corresponda a ésta una participación en el ejercicio de todos los poderes y funciones del Estado; mas como la aplicación del Derecho tiene un importante aspecto técnico, la coordinación de funciones del juez profesional y del juez lego se convierte en la más importante de los problemas de la participación del pueblo en la Administración de justicia.²⁰

Alguns sistemas jurídicos adotam a participação popular através do sistema de jurados. Todavia, no que se refere aos órgãos de cúpula²¹ do Judiciário como o Tribunal Constitucional, a questão se dificulta. Afinal, além do aspecto técnico já salientado – o qual é maior devido à alta complexidade das demandas tratadas por esse órgão –, há também outro problema mencionado pelo citado autor espanhol, segundo o qual, caso dado juiz seja escolhido por “(...) designación democrática, (...) puede convertirlo en una “expresión directa de la clase política dominante”²².

Observa-se, mormente em decorrência do último comentário, que a legitimidade do Poder Judiciário também se encontra relacionada com a garantia de independência que ele deve possuir para bem executar suas funções. Com efeito, o Judiciário, a despeito da referida atribuição de realizar o direito posto, assim o deve fazer em respeito à pluralidade cultural que constitui a sociedade. Daí o alerta efetuado por QUEIRÓZ sobre a necessidade de se evitar que a dita “(...) verdade única, que é típica de concepções totalitárias e fundamentalistas de Estado, possa penetrar no Estado constitucional²³”. O Poder Judiciário, enquanto órgão de soberania, não representa um segmento social, mas sim a vontade conjunta de toda a sociedade, a qual é declarada através das leis. Ideia compartilhada por ALMEIDA, para quem a jurisdição constitucional

(...) não pode dispensar a existência de tribunais próprios, cuja legitimação democrática seja evidente para o poder político e cuja composição assegure o pluralismo, em resultado de uma opção transparente e não como mero fruto do acaso²⁴.

Contudo, enquanto eleições democráticas para os cargos do Poder Judiciário podem representar a expressão direta de uma classe dominante, a escolha de juízes por outros poderes ou funções do poder soberano também pode atingir o mesmo efeito, qual seja, de vincular os órgãos julgadores a um determinado segmento político.

É nesse contexto que diversos sistemas jurídicos apresentam fórmulas com a intenção de combater o dilema de legitimidade do qual padece a função jurisdicional e, deste modo, garantir sua independência, em especial de seu órgão máximo, o Tribunal Constitucional²⁵. Tais fórmulas variam desde a adoção de um sistema complexo de nomeação que se vale de atos conjuntos dos Poderes Executivo e Legislativo, até a estipulação de mandato para os juízes, o que permitiria o rodízio e a consequente desvinculação ideológica desses magistrados face dada administração. No entanto, aspecto que ganha relevo – e também constância nos vários ordenamentos – é a possibilidade de nomeação de pessoas estranhas aos quadros da magistratura, mas não por isso libertas da exigência de sólidos conhecimentos jurídicos²⁶.

Um dos modelos indicados no parágrafo anterior e que pode ser considerado relevante para a atribuição de legitimidade quanto à

nomeação de juizes do Tribunal Constitucional é a manifestação do órgão a que compete a função legislativa do poder soberano no processo de designação. Haveria, a partir daí, participação indireta da população na escolha dos integrantes do tribunal, o que ocorreria através de seus representantes diretamente eleitos. É o que dispõe COSTA ao tratar do caso português, para quem o órgão judicial desse país

(...) se diferencia pelo modo singular da sua composição e da designação dos seus juizes – a qual não se inscreve no quadro e nos procedimentos comuns de designação dos juizes dos restantes tribunais. É uma tal singularidade ditada pela natureza daquela particular função e pelo propósito de conferir a quem vai exercê-la uma qualificada legitimação – e são seus traços característicos a intervenção directa de um órgão político (emergente do sufrágio universal) na designação dos juizes do Tribunal e o facto de o campo de recrutamento destes não estar circunscrito à carreira ou ao corpo dos magistrados judiciais. Todavia, no reconhecimento de que a justiça constitucional, não obstante a sua especificidade, é ainda uma parcela da função judicial (e não já uma actividade essencialmente política), não deixa a Constituição de exigir, como requisito para o desempenho desse múnus, a posse de uma adequada qualificação académica ou profissional para o exercício de actividades jurídicas.²⁷

Entretanto, a simples participação do órgão legislativo não é, por si só, garantia de legitimidade. Para que esta exista, o processo de seleção também deve possuir mecanismos aptos a impedir a partidarização. Nesse sentido, uma das soluções usualmente encontradas é o estabelecimento de quórum qualificado. Consoante leciona TRÄGER a respeito do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, “la necesidad de una mayoría de dos tercios para la elección impide una selección partidarista de los magistrados y obliga, normalmente,

a un entendimiento entre las diversas tendencias políticas, tanto en el Bundestag como en el Bundesrat²⁸.

A legitimação igualmente pode decorrer da estipulação de mandato para os juízes integrantes do Tribunal Constitucional, bem como da vedação de reeleição, o que se justifica em face de a criação de um sistema de rodízio natural e ideologicamente desvincular os magistrados de um Governo. É o que ainda argumenta TRÄGER sobre o órgão de cúpula judicial alemão, ao afirmar que

La duración de las funciones del magistrado es de doce años, siendo el límite de edad para el ejercicio de las funciones el de sesenta y ocho años. Queda excluida la posibilidad de reelección inmediata o mediata. A través de las renovaciones sucesivas se otorga nuevo impulso al Tribunal – así se afirma en la exposición de motivos del proyecto de ley de reforma de la Ley del Tribunal Constitucional federal -, a la que no debe renunciar la jurisprudencia constitucional, que debe seguir el cambio de las situaciones. Una designación vitalicia de los jueces – que en algún tiempo se daba para parte de ellos – sería contradictoria con el principio democrático que exige que los órganos constitucionales o sus representantes elegidos sólo puedan tener una legitimación temporal. La posibilidad de reelección queda excluida por los peligros que podría representar para la independencia de los magistrados. Por otra parte, la duración del mandato – doce años – permite dar una importante continuidad a la jurisprudencia.²⁹

Contudo, conforme se alerta ao final do comentário supra, o mandato deve ser fixado de forma a possibilitar a construção de jurisprudência sólida, sob pena de o Tribunal Constitucional não firmar a sensação de segurança jurídica perante a população, ponto igualmente fundamental para sua legitimidade. Afinal, constantes alterações na interpretação de dispositivos constitucionais podem gerar a incongruência de julgados

em situações fáticas idênticas, especialmente porque as decisões do Tribunal Constitucional orientam os demais órgãos jurisdicionais, quando não diretamente os vinculam. A consequência nefasta poderia ser a busca de meios alternativos – extrajudiciais ou vedados por lei – para a resolução de demandas, bem como a perniciosa sensação à qual alerta LÚCIO, de que muitas vezes, “(...) vale mais um mau acordo do que uma boa demanda”³⁰.

Outrossim, em sentido contrário, um mandato de curta duração poderia minar a independência do Tribunal Constitucional, pois, consoante aduz ALMEIDA em crítica ao sistema português antes do advento da quarta revisão constitucional,

(...) Seis anos é, efectivamente, muito pouco tempo para se ser juiz constitucional, porque o exercício dessas funções não pode traduzir apenas um momento, ainda que privilegiado, de uma carreira político-profissional, antes tem de ser assumido como um objectivo em si. A independência do juiz é, pelo menos nas aparências, claramente diminuída e afectada, quando ele exerce as suas funções como um hífen de uma carreira política ou de uma carreira profissional.³¹

Não obstante as ponderações teóricas acima expostas sobre possíveis fórmulas de composição do Tribunal Constitucional, imprescindem-se considerar que sua legitimidade sempre estará sujeita a questão subjetiva, qual seja, a própria postura de independência que o órgão julgador assumirá no desenvolver de suas atribuições. Isso porque, diga-se, nem sempre a total liberdade de escolha por um ente do Governo implicará submissão do respectivo magistrado indicado, bem como a nomeação advinda de um ato complexo lavrado por dois ou mais poderes, como o Executivo e o Legislativo, significará independência para o exercício das funções judicantes. Não há, pois, fórmula perfeita e única para todos os Estados.

Com efeito, basta recordar-se da França, que muito embora não possua um Tribunal Constitucional, criou o Conselho Constitucional, o qual, entre outras atribuições, detém a competência para exercer o

controle de constitucionalidade, o que permite equipará-lo aos Tribunais Constitucionais, ao menos nesta seara. Assim, conforme destacam SEGORBE e TRABUCO, inicialmente

Um factor de desconfiança em relação ao Conselho Constitucional foi sempre o da total liberdade que caracteriza a escolha dos seus membros pelas autoridades políticas a quem compete a sua designação. Contrariamente ao que acontece em outros países, nomeadamente em Portugal, onde a própria Constituição assinala requisitos que devem ser reunidos pelos membros dos tribunais constitucionais, em França não lhes é sequer exigida qualquer condição de qualificação jurídica, (...) ³²

No entanto, a despeito da ausência de ditos critérios técnicos e a mencionada total liberdade quanto à indicação, SEGORBE e TRABUCO relatam que “(...) a legitimação da actividade do Conselho Constitucional não tem resultado, assim, do texto constitucional, mas da sua própria actividade e da forma como esta tem sido acolhida pela opinião pública” ³³.

Já em países como o Brasil, que assim como a França, não possui um Tribunal Constitucional, mas em verdade um órgão de natureza similar - o Supremo Tribunal Federal -, não é a complexidade do ato de nomeação de seus juizes – indicação pelo Presidente da República e posterior ratificação pelo Senado – suficiente para lhe garantir independência. Primeiro, porque o Senado brasileiro quase sempre aparenta assumir postura subserviente às indicações da presidência ³⁴, o que finda por desintegrar a ideia de legitimação popular via ato praticado por representantes eleitos. Segundo, porque são comuns na imprensa brasileira denúncias sobre parcialidade e suposta fidelidade dos juizes ao chefe de Estado que os indicou, o que demonstra estar a ser constantemente questionada a legitimidade do Tribunal ³⁵.

5. CONCLUSÃO

Sob a ótica das breves considerações aqui feitas, observa-se que a criação de fórmulas para a composição de Tribunal Constitucional

com a intenção de garantir a imparcialidade e conseqüente legitimidade para esse órgão julgador de nada servirá caso seus integrantes não assumam postura isenta e que possibilite ao Tribunal angariar aludida legitimidade. Afinal, consoante adverte BRITO, mesmo se se realizasse sua composição via sufrágio universal, deve-se perceber que esse instituto, por si só,

(...) não assegura o carácter democrático da decisão. De outro modo, todas as decisões do povo ou dos órgãos designados pelo povo seriam democráticas, independentemente do conteúdo. O carácter democrático duma decisão depende, por um lado, da sua adopção directa ou indirecta pela maioria, mas depende também da sua conformidade com as próprias razões do princípio democrático, com a democracia como sistema de princípios. E é isto que nos leva aos direitos do homem.³⁶

A legitimidade não é, pois, conquistada apenas pelo estabelecimento de regras objetivas, mas sim pelo regular exercício de quem titulariza o poder, o que implica não somente adequação aos preceitos legais, mas também publicidade, transparência e acesso ao público³⁷ via direito de petição, por exemplo. Não é por outra razão, aliás, que ROMÃO salienta que

A linha, fundamental e histórica, para o Ocidente, em que assenta a legitimidade política também no nosso tempo, é a de que a relação entre uma colectividade, agregada, e o seu líder, (...), não pode ser arbitrária, mas deve obedecer a determinadas regras, conhecidas e respeitadas por todos. (...). A legitimidade não é apenas a “razão de estar” de um determinado poder, é a “razão de ser” desse poder. Baseia-se numa relação de confiança fundamental, originária e permanente entre o governante e o seu povo – quebrada, por algum motivo, essa relação, certamente que o

governante depressa se tornará ilegítimo, e, como tal, insuportável à comunidade²³⁸.

Daí porque se conclui que, para a aquisição de legitimidade, mais importante do que o estabelecimento das regras – as quais são necessárias, evidente - é o seu cumprimento, bem como a percepção do respectivo conteúdo pela população. Afinal, a legitimidade advém da transparência, vez que, conforme sintetiza o já citado ROMÃO, “(...) aparece mais clara a percepção de que o universo da legitimidade transcende o da legalidade (...)”²³⁹.

6. FÓRMULAS DE COMPOSIÇÃO E DESIGNAÇÃO DE JUÍZES, TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS OU ÓRGÃOS COM FUNÇÕES JURISDICIONAIS SEMELHANTES PELO MUNDO

6.1 TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

6.1.1 PORTUGAL

O Tribunal Constitucional português é composto por treze juízes (art. 222º, nº 1), cujo mandato será de nove anos e não renovável (art. 222º, nº 3). Do total de membros, dez são designados pela Assembleia da República, que os elegerá mediante a concordância de dois terços dos deputados presentes, desde que tal número seja superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções (art. 163º, h). Os três membros restantes são cooptados pelos juízes eleitos pela Assembleia (art. 222º, nº 1). No entanto, seis de entre os juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais são escolhidos entre juristas (art. 222º, nº 2). O Presidente do Tribunal é eleito pelos respectivos juízes (art. 222º, nº 4).

6.1.2 ESPANHA

O Tribunal Constitucional da Espanha é composto por doze membros nomeados para mandato de 09 anos e escolhidos entre magistrados, fiscais, professores universitários, funcionários públicos e

advogados, com a particularidade de que haverá a renovação de terça parte de sua composição a cada três anos. As escolhas são repartidas entre Congresso, Senado, Governo e Conselho Geral do Poder Judiciário, respectivamente em número quatro indicações para os dois primeiros e duas para os restantes (art. 159). As escolhas feitas pelo Congresso e Senado devem contar com a aceitação de maioria de três quintos de seus membros. O Presidente do Tribunal Constitucional será nomeado pelo Rei após indicação do Plenário. Cumprirá o período de três anos (art. 160).

6.1.3 ALEMANHA

A Corte Constitucional Federal da Alemanha é composta por juízes e outros membros estranhos à magistratura. Metade deles são eleitos pelo Parlamento (Bundestag) e a outra metade pelo Conselho Federal (Bundesrat). Eles não podem ser membros de nenhuma dessas duas Casas, do Governo Federal ou de quaisquer órgãos correspondentes aos Estados (Länder) (art. 94, 1). A organização da Corte é delegada à lei (art. 94, 2).

6.1.4 ÁUSTRIA

A Corte Constitucional da Áustria é composta por um presidente, um vice-presidente, doze membros adicionais e mais seis substitutos (art. 147, 1). Destes, o presidente, o vice-presidente, seis membros adicionais e três substitutos são indicados pelo Presidente da Federação, sob recomendação do Governo Federal. Tais integrantes devem ser selecionados de entre juízes, oficiais administrativos e professores titulares de cadeira em Direito. Os seis outros membros e os três substitutos restantes são indicados pelo Presidente da Federação com base em recomendações de lista de três candidatos por cada vaga submetidas pelo Conselho Nacional para três membros e dois substitutos e, pelo Conselho Federal, para três membros e um substituto. Três membros e dois membros substitutos devem ter domicílio fora da Capital Federal, Viena (art. 147, 2). O presidente, o vice-presidente e os outros membros adicionais e substitutos devem ter por completo seus estudos em Direito e Ciência Política e, há pelo menos dez anos, ter

exercido alguma profissão da área (art. 147, 3). Não podem ser membros da Corte Constitucional integrantes dos Governos Federal e Estadual, dos Conselhos Nacional e Federal, ou qualquer representante do povo até o término do pertinente mandato, bem como pessoas empregadas ou que possuam cargo em partido político (art. 147, 4). Quem, nos últimos quatro anos, haja exercido tais funções, não pode ser nomeado Presidente ou Vice-Presidente da Corte Constitucional.

6.1.5 CABO VERDE

O Tribunal Constitucional de Cabo Verde, a despeito de ainda não instalado, encontra-se previsto no art. 219º, da Constituição. É composto pelo mínimo de três juízes eleitos pela Assembleia Nacional de entre personalidades de reputado mérito, competência e de reconhecida probidade, exigida a formação em Direito (art. 219º, 3). Para a eleição, exige-se a maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que tal número seja superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções (art. 180º, 1). O mandato de seus membros será de nove anos e é vedada a renovação (art. 219º, 5). Seu presidente é eleito pelos respectivos juízes (art. 219º, 4).

Como não foi instalado, suas atribuições são exercidas pelo Supremo Tribunal de Justiça (art. 290º), o qual atualmente é composto por cinco membros, conforme assim estabelecido por resolução da Assembleia Nacional, sob proposta do Governo. Destes, um é nomeado pelo Presidente da República, um é eleito pela Assembleia Nacional de entre magistrados ou juristas e três são designados pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial de entre magistrados que não sejam, salvo por inerência, membros desse Conselho (art. 290º).

Para o exercício da função, os designados ainda devem ser cidadãos nacionais de reputado mérito, licenciados em Direito e no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos, bem como, que à data da designação, tenham exercido pelo menos durante cinco anos atividade profissional na magistratura ou em qualquer outra atividade forense ou de docência de Direito, além de preencher requisitos a serem eventualmente previstos em lei (art. 290º, 4).

6.1.6 ANGOLA

O Tribunal Constitucional de Angola encontra previsão no art. 134º, da Lei Constitucional nº 23, de 16 de setembro de 1992, que fixa sua composição no número de sete juízes indicados entre juristas

e magistrados para mandato de sete anos. Das pertinentes indicações, três cabem ao presidente da República, três à Assembleia Nacional mediante acordo da maioria de dois terços dos deputados em efetividade de funções e, por fim, um eleito pelo Plenário do Tribunal Supremo (art. 135º). O presidente da República indica o Presidente do Tribunal (art. 135º, 1, a).

O Tribunal foi recentemente implantado após o início da vigência da Lei nº 2, de 17 de junho de 2008, a qual instituiu através do seu art. 12º condições para exercício da função. Para tanto, o membro do Tribunal deve ser cidadão angolano com idade não inferior a 35 anos, possuir licenciatura em Direito legalmente reconhecida há pelo menos 15 anos, ter idoneidade moral, estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos e, por fim, não haver sido punido por crime doloso com pena de prisão maior.

6.1.7 CHILE

O Tribunal Constitucional do Chile é composto por dez membros, com mandato de nove anos, com a particularidade de que sua composição renovar-se-á por parcialidades a cada três anos. Três de seus membros são designados pelo Presidente da República, quatro eleitos pelo Congresso Nacional - dois propostos pelo Senado e dois pela Câmara de Deputados, que deverá ser ratificado posteriormente pelo Senado. Em ambas as casas exige-se a concordância de dois terços dos membros em exercício - e três eleitos pela Suprema Corte em votação secreta que será especialmente convocada para tal finalidade (art. 92).

A Constituição estabelece que os indicados devem possuir ao menos quinze anos de título de advogado, haver se destacado na atividade profissional, universitária ou pública, além de não possuírem impedimento algum que os inabilite para desempenhar o cargo de juiz. O exercício da função de juiz do Tribunal Constitucional é incompatível com o exercício da advocacia (art. 92º, c).

6.1.8 BOLÍVIA

Em fevereiro de 2009, foi promulgada nova Constituição na Bolívia, cujo texto porta patentes alterações na sistemática legal daquele país, pois se fundamenta no conceito de Plurinacionalidade.

O novo texto maior cria o Tribunal Constitucional Plurinacional, que será composto por magistrados eleitos com critérios de plurinacionalidade, com representação primária entre o sistema ordinário e o sistema indígena originário campesino (art. 198, I).

Atribui também à nova Assembleia Legislativa Plurinacional a função de pre-selecionar as candidaturas e os candidatos para a constituição do Tribunal (art. 159, I, 5). Os magistrados do Tribunal Constitucional Plurinacional serão eleitos mediante sufrágio universal segundo o procedimento, mecanismos e formalidades do Tribunal Supremo de Justiça (art. 199). Não podem pertencer a partidos políticos ou fazer campanha a favor de seus nomes (art. 183, III). Lei a ser sancionada 180 dias após a promulgação da Constituição definirá as regras do processo (Segunda Disposição Transitória).

Como requisito será exigido, além daqueles pertinentes ao serviço público, haver cumprido trinta e cinco anos. Os postulantes que provierem do sistema ordinário deverão possuir o título de advogado, bem como haver desempenhado com honestidade e ética funções judiciais, a profissão de advogado ou cátedra universitária durante oito anos. Igualmente não poderão contar com sanção de destituição do Controle Administrativo Disciplinar da Justiça. Os postulantes que provierem do sistema indígena originário campesino deverão haver exercido a qualidade de autoridade originária sob seu sistema de justiça (art. 200). As candidaturas serão propostas por organizações sociais das nações e povos indígenas originários campesinos e da sociedade civil em geral.

O art. 201 confere ao Tribunal Constitucional Plurinacional o mandato para seus membros igual ao aplicado aos magistrados do Tribunal Supremo de Justiça, ou seja, seis anos (art. 184, I).

6.2 CONSELHOS CONSTITUCIONAIS

6.2.1 FRANÇA

Na França, um órgão chamado Conselho Constitucional faz as vezes de Tribunal Constitucional. É composto por nove membros com mandato de nove anos que admite prorrogação. A composição do

Conselho é renovada a cada três anos em um terço de seus componentes. Três membros são indicados pelo presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional e três pelo presidente do Senado. O presidente do Conselho Constitucional é nomeado pelo presidente da República, seu voto é de qualidade e sua voz é preponderante em caso de impasse. Ex-presidentes da República Francesa também integrarão o Conselho (art. 56).

Há incompatibilidade entre as funções de membro do Conselho Constitucional e as de ministro ou membro do Parlamento. Ato institucional poderá fixar outras incompatibilidades (art. 57).

6.2.2 MOÇAMBIQUE

Moçambique também adotou Conselho Constitucional, cuja composição é de sete juízes conselheiros. Um deles é um nomeado pelo presidente da República e será o presidente do órgão (art. 242º), mas tal nomeação deverá ser ratificada pela Assembleia da República (art. 179º, 2, h). A Assembleia também designará outros cinco segundo o critério da representação proporcional e, por fim, um será designado pelo Conselho Superior da Magistratura (art. 242, 1). O mandato é de cinco anos e renovável. Como exigências para a investidura no cargo, deve-se possuir à data da designação idade igual ou superior a trinta e cinco anos além de, pelo menos, dez anos de experiência profissional na magistratura ou em qualquer atividade forense, incluída a docência em Direito (art. 242).

6.3 TRIBUNAIS SUPERIORES

6.3.1 BRASIL

O órgão que possui funções análogas aos de um Tribunal Constitucional no Brasil é o Supremo Tribunal Federal. É composto por onze ministros, escolhidos de entre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101). A nomeação compete privativamente ao presidente da República (art. 84), a qual, no entanto, subordina-se

a aprovação do Senado Federal (art. 84, XIV), que somente decidirá a favor da escolha pela maioria absoluta de seus membros (art. 101, parágrafo único).

6.3.2 ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos da América, a Seção 1 do artigo terceiro concede ao Poder Judiciário dos Estados Unidos a obrigação de ser investida em uma Suprema Corte e Cortes inferiores à medida que o Congresso, de tempos em tempos, considere pertinente. Esta é a única passagem constante na Constituição. A Suprema Corte é composta por nove juízes indicados pelo presidente dos Estados Unidos, a qual depende de aprovação de maioria dos senadores.

Notas

¹ SEGADO, Francisco Fernandez. *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: Dykinson. 1984, p. 51.

² É nessa direção que segue o próprio SEGADO, que sobre o Tribunal Constitucional de seu país, afirma sem hesitar que “(...) en España, no cabe duda alguna de que nuestro Tribunal Constitucional es un órgano de naturaleza jurisdiccional. Su procedimiento, el estatuto de sus miembros y el valor de sus decisiones, están (...) en la órbita de la jurisdicción. Incluso el art. 80 de LOTC determina la aplicación, con carácter supletorio de la propia LOTC, de los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley Enjuiciamiento Civil”. (SEGADO: 1984: 51).

³ CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina. 2003, p. 678.

⁴ Id. Ibid. p. 678.

⁵ Nesse sentido, consultar: COSTA, José Manuel M. da. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina. 2007, p. 22.

⁶ Id. Ibid. p. 23.

⁷ O termo “poder” só se revela adequado se compreendido como poder constituído, pois, conforme explanado, o poder soberano é uno, daí porque mais adequado o termo “função”.

⁸ Nesse sentido, consultar: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Tradução para o espanhol de Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus S.A. 2000, p. 368; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros. 16ª ed. 2000, p. 134.

⁹ CANOTILHO. J.J. Gomes. Op. cit. p. 657.

¹⁰ COSTA, José Manuel M. da. Op. cit. p. 23.

¹¹ O próprio COSTA, aliás, chega a classificar o Tribunal Constitucional de Portugal como um órgão de soberania à parte, conforme assim se percebe de sua lição: “Vistas as coisas, porém, de uma perspectiva organizatória, já o Tribunal Constitucional escapa ao “sistema” ou “sub-sistema judiciário” (à “organização dos tribunais”), pois que antes verdadeiramente se perfila como um sub-sistema a se, no quadro do sistema político global: a Constituição, de facto, ao autonomizá-lo em título próprio (o Título VI) da sua Parte III (relativa à Organização do poder político), não o trata simplesmente como uma outra ordem de jurisdição, ao lado ou em paralelo com as restantes (v.g., a jurisdição comum e a jurisdição administrativa), mas como um outro órgão de soberania,

a par (ou para além) dos classicamente enunciados (o Presidente da República, a Assembléia da República, o Governo e os Tribunais – todos e cada um – em geral) – em suma, como um outro dos “poderes” do Estado”. (COSTA: 2007: P. 23).

¹² QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo*. Coimbra. 1976, p. 72-73.

¹³ Nesse sentido, ao abordar o aspecto político do controle de constitucionalidade, COSTA deixa claro que “(...) Ao fim e ao cabo também ele contribui, ao seu nível e ao seu modo, para a formação da “vontade política” do Estado e participa nessa direcção superior deste”. (COSTA: 2007 : p. 103).

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Para uma teoria pluralística da jurisdição constitucional no estado constitucional democrático português*. Lisboa, 1988. p. 15.

¹⁵ O autor, a despeito do argumento, não classifica o Tribunal Constitucional como órgão político. No entanto, há que se ter em mente que, apesar de prevalecer a atividade jurisdicional, também exerce função política, consoante assim se discorre no presente trabalho.

¹⁶ SEGADO, Francisco Fernandez. Op. cit. p. 54.

¹⁷ HINTERAUER, Werner. *Tribunal constitucional de Áustria*. In: Tribunales Constitucionales Europeos y Autonomias Territoriales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional. 1985, p. 123.

¹⁸ ROMÃO, Miguel Lopes. *O conceito de legitimidade política na revolução liberal*. Coimbra: Coimbra Editora. 2001, p. 907.

¹⁹ Nesse contexto, ao relembrar a diversidade cultural que constitui as sociedades contemporâneas e a que o Judiciário deve permanecer atento, ensina QUEIROZ que “o Estado constitucional não conhece uma única forma de verdade, mas um conceito de verdade “no plural”. A “democracia pluralista” apela simultaneamente a um conceito “relativista” e “plural” de verdade” (QUEIROZ, Cristina. *A verdade e as formas jurídicas*. In: Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Vol. II, Coimbra: Almedina. 2002, p. 925).

²⁰ RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. *El poder judicial en la constitución*. Barcelona: BOSH Casa Editorial S.A. 1980, p. 47.

²¹ No presente artigo, o termo “cúpula” é utilizado para se referir aos tribunais superiores, que apesar de não possuírem poder hierárquico sobre as demais cortes, são a última instância de deliberação de causas na competência jurisdicional.

²² Id. Ibid. p. 48.

²³ QUEIROZ, Cristina. Op. Cit. p. 937/939.

²⁴ ALMEIDA, Luís Nunes de. Da politização à independência. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora. 1995, p. 245

²⁵ Consultar nota nº 6.

²⁶ Nesse aspecto, a recém promulgada Constituição da Bolívia (fevereiro de 2009), baseada no novo conceito de Plurinacionalidade – populações indígenas originárias e descendentes de colonizadores -, possibilita o acesso ao novo Tribunal Constitucional Plurinacional por sufrágio universal, o qual será composto “com representação primária entre o sistema ordinário e o sistema indígena originário campesino” (art. 198, I).

²⁷ COSTA, José Manuel M. da. Op. cit. p. 16.

²⁸ TRÄGER, Ernst. *Tribunal constitucional de la R. F. de Alemania*. In: Tribunales Constitucionales Europeos y Autonomias Territoriales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional. 1985, p. 69.

²⁹ TRÄGER, Ernst. Op. Cit. p. 70.

³⁰ LÚCIO, Álvaro Laborinho. *Palácio da Justiça*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. 2007, p. 16.

³¹ ALMEIDA, Luís Nunes de. Op. Cit. p. 253.

³² SERGOBE, Beatriz. TRABUCCO, Cláudia. *O conselho constitucional francês – Legitimidade e vias de legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Quarteto. 2002, p. 93.

³³ Id. Ibid. p. 62.

³⁴ Consoante relata MELLO FILHO, ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, ao longo

de mais de um século de história republicana brasileira, o Senado apenas rejeitou cinco indicações feitas pela presidência, todas elas, entretanto, durante o governo de Floriano Peixoto (1891 a 1894), o segundo presidente brasileiro, época em que não somente a própria República, mas também suas instituições eram incipientes. Por outro lado, com sistema semelhante ao brasileiro, nos Estados Unidos da América, entre os anos de 1789 e 2003, o Senado norte-americano rejeitou 12 (doze) indicações presidenciais para a Suprema Corte daquele país. (MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal Federal: Império e República*. Brasília: STF, 2007).

³⁵ Nesse sentido, consultar: PEGORARO, Joana Cristina. *A política na corte: uma análise da forma de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado em Filosofia e Ciências Humanas defendida perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2006, p. 87-96. Disponível em: (<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/8673>). Acesso em 13 de março de 2009.

³⁶ BRITO, José de Sousa. *Jurisdição constitucional e princípio democrático*. In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora. 1995, p. 42

³⁷ Sobre a conquista da legitimidade mediante a observância de regras que sejam claras e cognoscíveis a todos, bem como pela potencial ação de intervenção, mesmo que não no instante inicial de criação do sistema, consultar: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980. Já sobre a importância da transparência como fator de legitimação, consultar: LÚCIO, Álvaro Laborinho. Op. cit., p. 28-50.

³⁸ ROMÃO, Miguel Lopes. Op. cit. p. 907.

³⁹ ROMÃO, Miguel Lopes. Op. cit. p. 915.

BIBLIOGRAFIA

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. *Para uma Teoria Pluralística da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Democrático Português*. Lisboa, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Tradução para o espanhol de Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus S.A., 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel. 16ª ed. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros., 2000.

COSTA, José Manuel M. da. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina., 2007.

LÚCIO, Álvaro Laborinho. *Palácio da Justiça*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal Federal: Império e República*. Brasília: STF, 2007.

PEGORARO, Joana Cristina. *A Política na Corte: uma Análise da Forma de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado em Filosofia e Ciências Humanas defendida perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2006. Disponível em: (<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/8673>). Acesso em 13 de março de 2009.

QUEIRO, Afonso Rodrigues. *Lições de Direito Administrativo*. Coimbra, 1976.

QUEIROZ, Cristina. A Verdade e as Formas Jurídicas. In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2002.

RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. *El Poder Judicial en la Constitución*. Barcelona: BOSH Casa Editorial S.A., 1980.

ROMÃO, Miguel Lopes. *O Conceito de Legitimidade Política na Revolução Liberal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SEGADO, Francisco Fernandez. *La Jurisdicción Constitucional en España*. Madrid: Dykinson, 1984.

Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

Tribunales Constitucionales Europeas y Autonomias Territoriales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional, 1985.

SEGADO, Francisco Fernandez. *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: Dykinson, 1984.

Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

Tribunales Constitucionales Europeas y Autonomias Territoriales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional, 1985.



O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO PROCESSO PENAL, LIBERDADE DE IMPRENSA E A TELEVISÃO: UMA ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo, Mestrando em Direito Público na linha de Limites à Validade do Discurso Jurídico junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Ciências Criminais junto à Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Penal e Processo penal da Universidade Católica do Salvador, Professor de Direito Penal da Universidade Salvador - UNIFACS. Analista Previdenciário do INSS-BA junto à Procuradoria Federal Especializada.

RESUMO: A publicidade é valor caro à democracia. A publicidade é redimensionada na sociedade pós-moderna contemporânea. A publicidade cria uma realidade virtual mais real do que a real. A publicidade invade os lares e redesenha, através da tecnologia, a sociedade fluida, heterogênea, complexa, paradoxal e consumerista atual. A publicidade é amplificada pelas ondas do rádio, artificializada por meio dos sinais da televisão e “globalizada” através da internet, a qual insere o homem no “*ciberespaço*”, cria a aparência de inclusão para o excluído; constrói, destrói e reconstrói o significado de democracia; transforma o homem em produto descartável.

ABSTRACT: *Publicity* is a expensive value to democracy. Advertising is scaled in the contemporary post-modern society. Advertising creates a virtual reality more real than the real one. Advertising invades homes and designs in different ways, through technology, the fluid, heterogeneous, complex, contradictory and consumption actual society. Advertising is amplified by the radio waves, artificialized by signals of television and globalized through the internet, which puts man in “*cyberspace*”, creates

the appearance of inclusion to the excluded; constructs, destroys and reconstructs the meaning of democracy; transforms man in disposable product.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da publicidade; liberdade de imprensa; processo penal; análise transdisciplinar; sociedade contemporânea.

KEYWORDS: Principle of publicity, freedom of the press; criminal procedure; transdisciplinar analysis; contemporary society.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 1.1. O princípio da publicidade e sua relação com a liberdade de imprensa; 2. O princípio da publicidade na sociedade contemporânea: uma análise transdisciplinar; 2.1. O princípio da publicidade e o mal-estar da modernidade; 2.2. O princípio da publicidade e o mal-estar na pós-modernidade; 2.3. O princípio da publicidade e a televisão; 2.4. O princípio da publicidade e a sensação de insegurança; 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Estudar o princípio constitucional da publicidade nos dias atuais não é tarefa fácil. Isto porque tal princípio, concebido como norma¹, foi e continua a ser alvo de um intenso e açado processo de transformação social e de inovações tecnológicas. A intensidade e celeridade desse processo, que provoca nas pessoas a impressão de que, nunca antes na história da humanidade, a sociedade “evoluiu”² tão rápido e em tão pouco tempo, é que recomenda um novo olhar acerca do princípio da publicidade. Afinal, desde a promulgação da Constituição, em 1988, quando esta dedicou o inciso LX do artigo 5^o³ para tratar da matéria, já se passaram quase vinte anos até os dias de hoje. E não é demasiado asseverar que, nesses últimos vinte anos, o mundo experimentou mais inovações tecnológicas do que durante todo o século XIX⁴.

Nos últimos vinte anos, o homem descobriu a telefonia móvel, criou e incrementou a internet, aprimorou a comunicação via satélite,

aperfeiçoou a transmissão de dados por meio de cabos de fibra ótica e transformou a televisão em utensílio doméstico de primeira necessidade. Ou seja, nos últimos vinte anos, o homem revolucionou a sua maneira de se comunicar. Foi a revolução dos meios de comunicação e o aprimoramento dos meios de transporte que viabilizaram o incremento e a velocidade⁵ do processo de “globalização”. A globalização financeira⁶, ou melhor, a mundialização⁷, que, em 1988, era uma promessa posta em discussão, é, hoje, uma realidade inafastável. Constatar esta circunstância é admitir como lugar comum⁸, a um só tempo, a revolução dos meios de comunicação e a busca por uma nova concepção em torno do princípio da publicidade.

Esse é o binômio fundador: meios de comunicação e princípio da publicidade. Aplicar e/ou interpretar o princípio da publicidade, compreendido enquanto norma, hoje, exige uma nova concepção. Uma concepção que, por exemplo, por um lado, não ignore o efeito estigmatizante potencializado pela exploração sensacionalista promovida pela mídia acerca de um fato supostamente delituoso, e que, por outro, não presuma a citação do réu quando esta foi feita por edital⁹. Enfim, o novo quadro social que se apresenta reclama uma reconstrução do princípio da publicidade, quer para inibir a informação perniciosa aos direitos fundamentais¹⁰ (direito à imagem, à honra etc.), quer para potencializar a informação relevante às garantias fundamentais (o contraditório, a ampla defesa etc.).

É em meio à necessidade por uma nova concepção em torno do princípio da publicidade, que se faz mister destacar, também, que a revolução pela qual passa tal princípio, deve ser analisada com cautela. Isto porque, no mundo pós-moderno contemporâneo, tal revolução é marcada pela lógica da *performance*¹¹ e tem na velocidade¹² seu valor fundamental. Ou seja, a revolução pós-moderna do princípio da publicidade exige não apenas a máxima divulgação da informação, mas também a máxima velocidade desta. Isto ocorre porque, na sociedade pós-moderna, a informação é a nova moeda de troca da sociedade, do que se pode inferir que a televisão é meio de produção capitalista.

Neste cenário, então, a publicidade torna-se o melhor veículo para o consumo¹³ da informação, ao passo que a velocidade constitui-se garantia de satisfação do cidadão. Cidadão que, em verdade, tende a desaparecer e

a se transformar num novo agente social: o consumidor¹⁴. Isto se dá, pois, no mundo pós-moderno, o mesmo meio de comunicação que viabiliza a publicidade, intensifica a fragmentação social¹⁵ (o outro é visto como um estranho¹⁶), é o meio de comunicação que deveria promover a interação social, mas que, em verdade, acaba por potencializar o abismo existencial entre os indivíduos e fomentar a crise do sistema representativo democrático. Sendo assim, o cidadão tende a desaparecer à medida que o indivíduo desconfia do outro, que é intensificado o processo de fragmentação social, que a participação dá lugar à acomodação, que o desempenho torna-se o rótulo de qualidade do conhecimento produzido e a verdade¹⁷, por sua vez, é descartável.

Se é certo que tal cenário que caracteriza a pós-modernidade não encontra consenso entre os sociólogos¹⁸ e os filósofos¹⁹, que nem a própria pós-modernidade é um consenso (daí o emprego da locução modernidade tardia²⁰) entre eles, também é certo que a transformação pela qual está passando a publicidade, a partir de meados do século XX, é fato inegável. É a partir desse momento que o cidadão, até então aferrado às ondas do rádio e preso aos grillhões das letras de imprensa, deixa de ser o cidadão-leitor (ou cidadão-ouvinte) para se tornar, então, o cidadão-telespectador. A televisão reconstrói a relação do cidadão com a informação e a sua função na sociedade democrática. Não é demasiado afirmar que o surgimento da televisão é marco que divide a história da democracia contemporânea. É preciso refletir acerca das repercussões trazidas pela televisão para democracia.

Com efeito, se a televisão propiciou a deflagração do processo de metamorfose do princípio da publicidade, também é certo que a informática e, notadamente, a internet também contribuíram em muito para a velocidade desse processo. A combinação dos avanços proporcionados pela informática e pela televisão veio a desencadear uma nova lógica, qual seja, a do hiper-real²¹. Mas, antes de abordar esta, bem como outras questões relevantes, é necessário analisar o mal-estar produzido pela modernidade, sobre o qual disserta Sigmund Freud, e refletir em que medida o princípio da publicidade já reclamava, ou não, uma reconstrução sob o prisma da sociedade moderna e do mal-estar por esta causado. Tal reflexão ganha ainda mais importância quando

se põe em relevo, por mais uma vez, que a própria terminologia, qual seja, pós-modernidade, e a sua existência não são lugares comuns na seara acadêmica.

Portanto, compreender o princípio da publicidade é tarefa que requer uma abordagem transdisciplinar²², que recorte o aludido princípio seja a partir de um viés sociológico, seja com espreque num viés psicanalítico. E isso se faz indispensável tanto porque o Direito não se resume à Constituição, tomada em seu sentido formal, quanto porque o princípio da publicidade, nela inscrito, considerado enquanto norma, requer não apenas o exame do texto da lei, mas também e, sobretudo, a análise do fato da vida. Ora, se Direito é prudência²³ e se a norma não é lei, mas a síntese dual e pulsante de texto e fato voltada à resolução de um problema, o princípio da publicidade não pode ser exclusivamente apreciado sob o prisma jurídico, sob pena de o Direito afastar-se de sua razão legitimadora, qual seja, a realização da justiça.

Se Direito e Justiça não se confundem, mas este deve estar voltado a alcançar aquela, o princípio da publicidade, como norma que é, deve ser examinado sob a perspectiva sociológica, de sorte a melhor se compreender a sua repercussão no seio social e os usos e abusos que a aplicação deste princípio tem ocasionado nos dias atuais em nome da Justiça. Ou seja, a interpretação do princípio da publicidade nos dias atuais que não esteja atenta aos efeitos sociais por esse causados, é, antes de mais nada, uma interpretação deficitária, incompleta e que conduz à prática de injustiças.

Em outros termos, a aplicação e interpretação do princípio da publicidade alheia às consequências sociais, nefastas ou não, afronta a Constituição tomada em seu sentido material, isto é, colide com outros valores caros à Constituição, a exemplo da intimidade. Como salienta Eros Roberto Grau, não se deve interpretar a Constituição em tiras²⁴, ora, se assim é, não se deve interpretar o princípio da publicidade de forma isolada, descolado do contexto social no qual se situa a Constituição, os seus valores e o intérprete. Se a Constituição é um corpo harmônico de valores, a interpretação do princípio da publicidade deve ser sistêmica, à medida que este se encontra entrelaçado na teia de valores que é a Constituição material²⁵. Se a Constituição não é mera folha de papel²⁶, esta e o princípio da publicidade nela encerrado devem ser interpretados, teleológico e axiologicamente²⁷, de sorte a poderem ser compreendidos

enquanto sistema aberto²⁸ e mutável²⁹.

De outro lado, se o princípio da publicidade é norma, isto também implica que o estudioso do direito, ao interpretar a Constituição e as normas nelas insertas, não deve se ater apenas e tão-somente ao seu texto, mas deve também deter sua atenção para com o sujeito que realiza a interpretação, enquanto sujeito que conhece e que concebe a norma. Se assim é, força é convir que a refundação do princípio da publicidade exija que este seja apreciado também sob o ângulo psicanalítico, à medida que é tomado enquanto esforço de interpretação e ato ideologicamente controlado³⁰, e, nesse sentido, não pode se descuidar quer da pré-compreensão do intérprete³¹, quer do círculo hermenêutico³² no qual este se encontra envolto, quer do dilema que assalta a modernidade, decorrente da civilização, o embate entre segurança nas relações e liberdade individual.

Mas tais palavras iniciais não estariam completas sem antes delimitar mais precisamente o objeto do presente trabalho, qual seja, uma nova concepção do princípio da publicidade no processo penal face às inovações tecnológicas e ao papel marcante que a televisão desempenha nos dias atuais. Ou seja, o que se pretende, portanto, é propor uma nova concepção para o princípio da publicidade, diante dos malefícios que podem ser causados ao cidadão que responde a um inquérito policial ou a um processo penal em decorrência da exploração jornalística do fato. Em outros termos, o que motivou a realização da presente pesquisa é a circunstância de perceber como um suposto autor de um delito, mesmo antes do inquérito policial e do devido processo legal, mesmo abrigado pela presunção constitucional de inocência, pode ser transformado do dia para noite pelos meios de comunicação, em especial pela televisão, no inimigo número um de uma nação.

Portanto, uma nova concepção acerca do princípio da publicidade no processo penal demanda que se discuta com seriedade a maneira como as autoridades públicas divulgam as informações, bem como a forma como tais autoridades dão acesso à informação decorrente do inquérito ou do processo penal aos mecanismos de imprensa, em especial a televisão. As autoridades públicas, por um lado, não podem negar o acesso à informação de maneira injustificada, mas, por outro, não devem realizar o seu trabalho para a televisão ou em razão desta. Ou seja, as autoridades “publicitárias” não podem usar o processo penal como

forma de se promoverem perante a “opinião publicada”, de sorte a, no momento seguinte, pleitearem novos aumentos salariais e valorizarem as suas carreiras profissionais.

Ademais, estas mesmas autoridades não podem se “prostituírem” perante os meios de comunicação, na busca de sua autopromoção. Em outras palavras, neste jogo, no qual os meios de comunicação obtêm o “furo jornalístico” e com isso ganham preciosos segundos de audiência, ao mesmo tempo em que valorizam seu minuto publicitário, não se pode admitir a possibilidade das próprias autoridades públicas venderem o referido “furo” para os meios de comunicação e cobrarem caro por isso. Isto seria mais do que a espetacularização do processo penal, seria o cúmulo da falta de escrúpulo. Não se pode tolerar a possibilidade de o processo penal ser utilizado por suas autoridades contra o próprio Estado e os seus cidadãos como mecanismo de barganha, como, por exemplo, em negociação de planos de carreira. É preciso estabelecer um limite!

Neste cenário de situações tormentosas, não se quer restringir a liberdade de informação, o que se deseja é compatibilizá-la com o princípio da publicidade no processo penal, bem como com a inviolabilidade à honra e à vida privada e a proteção à imagem, todas também garantias constitucionais, sob pena de responsabilização do agente divulgador pelos danos materiais e morais. Não há direitos ou garantias absolutos. É bom lembrar que nenhum dos dispositivos constitucionais que se possa mencionar a esse respeito são normas, pois não passam de textos. Não se deve jamais esquecer disso!

Justamente por isso, não se visa, com uma nova concepção acerca do princípio da publicidade no processo penal, uma lei que restrinja a liberdade de informação jornalística, até mesmo porque esta acabaria sem qualquer utilidade prática. O que se busca é uma análise diferenciada de cada caso a partir de um prisma respaldado na equidade, afinal não existem soluções fáceis ou inquestionáveis. As decisões são sempre possíveis, persuasivas e argumentáveis.

Não se tem aqui a pretensão de proteger criminosos, mas a intenção de resguardar inocentes. Não se trata de um hino à impunidade, vez que qualquer cidadão pode se ver diante da circunstância de responder a um processo penal, mas de uma conclamação à racionalidade. Enquanto a televisão opera com a emoção com a finalidade de alcançar altos índices

de audiência, o processo penal subordina-se à lógica do devido processo penal. A televisão precisa de vilões e de heróis, as telenovelas são maior exemplo disso, mas o processo penal não pode ser palco para as câmeras, mas espaço para a racionalidade.

Diga-se, ainda, que não se tratará aqui do sigilo no inquérito policial em especial, mas no processo penal, tomado numa concepção ampla. Logo, não se aguarde que seja feita qualquer análise de artigo ou texto de lei, como, por exemplo, do artigo 20 do Código de Processo Penal: esse não é o escopo. A finalidade é reconstruir o princípio constitucional da publicidade no que toca à sua aplicabilidade no processo penal num sentido amplo.

De sorte a percorrer este caminho, buscar-se-á, primeiramente, esclarecer a relação do princípio da publicidade com a liberdade de imprensa e com a garantia de acesso à informação. Tal providência torna-se necessária seja para evitar que se faça qualquer confusão entre tais institutos jurídicos, seja para destacar que não se cometeu aqui o equívoco de tratar sobre o princípio da publicidade, quando, em verdade, dever-se-ia analisar a liberdade de imprensa, seja, ainda, para demonstrar os laços estreitos que tais institutos mantêm entre si. Por conseguinte, à medida que se examina a relação travada entre o princípio da publicidade e a liberdade de imprensa, dirimem-se dúvidas, evitam-se equívocos e confere-se consistência aos argumentos.

1.1 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E SUA RELAÇÃO COM A LIBERDADE DE IMPRENSA

Convém esclarecer, ainda, nessa introdução, que não se faz aqui o equívoco de confundir o princípio da publicidade com a liberdade de imprensa³³. Em verdade, o que se busca é estabelecer uma relação necessária e dialética entre ambos, de sorte a obter como resultado uma nova concepção acerca do princípio da publicidade que permita extrair desse outras consequências ainda não obtidas. Mas para que se possa estabelecer os limites desta relação, impõe-se como pressuposto precisar, ainda que de forma perfunctória, o que se entende por princípio da publicidade e por liberdade de imprensa.

A expressão *princípio da publicidade*, apesar de singela, contém uma densa carga semântica. Carga esta que possui caráter de norma e natureza

de garantia³⁴. Se assim é, impende extrair dessa circunstância algumas consequências. A primeira é que o princípio da publicidade, enquanto norma, é, simultaneamente, texto e fato. Mas, quanto a isto, não se faz necessário discorrer nesta ocasião, vez que algumas linhas prévias já foram escritas. Contudo, uma outra consequência também pode ser obtida a partir do princípio da publicidade, qual seja, este se trata de uma garantia e, como tal, uma norma assecuratória³⁵. Sendo assim, o princípio da publicidade é escudo que protege o direito. Mas qual seria este direito e de quem este deve ser protegido?

O direito que se protege depende do caso, de quem o exerce e contra quem ele é exercido. Nos limites do presente trabalho, o direito em questão é o da liberdade de imprensa. Por conseguinte, a liberdade de imprensa tem natureza jurídica de direito, direito este que tem como titulares imediato e mediato, respectivamente, a imprensa e a sociedade civil³⁶. Ora, se assim é, cada cidadão, enquanto elemento participativo integrante da sociedade civil é também titular do referido direito. Vê-se, desta forma, que a liberdade de imprensa não é direito de titularidade exclusiva, o que já contribui, portanto, para se perceber que a imprensa não pode exercer tal direito de forma totalitária. Mas, em que medida tal constatação encontra-se interligada ao princípio da publicidade? Bem, se o princípio da publicidade é garantia inserta no catálogo constitucional dos direitos e deveres individuais e coletivos³⁷, isto implica algumas decorrências.

A primeira delas é que a garantia da publicidade deve se dirigir a proteger o cidadão do Estado e, nesse sentido, obrigar o Estado, na prática de seus atos, a providenciar a publicação dos mesmos, seja durante a sua realização, seja quando de sua conclusão. Contata-se aí o princípio da publicidade como garantia individual, ou seja, o cidadão se protege do Estado. Contudo, entender o princípio da publicidade como uma garantia individual não significa que o Estado sempre deva conferir publicidade ampla e irrestrita aos atos que pratica, pois, do contrário, em nome de obedecer tal garantia, acabaria, na verdade, aniquilando-a.

Em outros termos, a garantia individual não pode ser exercitada contra aquele que é o seu titular, o indivíduo. Conferir a máxima efetividade à garantia individual da publicidade é ponderar de acordo com o caso concreto como esta deve ser exercitada, pois, em alguns casos, a otimização do princípio da publicidade irá significar a publicidade ampla e irrestrita dos fatos seja através do Estado, como, por exemplo, por

meio do Diário Oficial, seja com a vênia do Estado, ainda que implícita, como, por exemplo, através dos meios de comunicação.

Todavia, em outros casos, obter a máxima efetividade do princípio significará nada publicar acerca dos fatos ou publicar com restrições. Nada publicar ou publicar com restrições implicará, então, imposição a ser feita quer sobre o Estado quer sobre os meios de comunicação. Isto porque, tomado como garantia individual, o princípio da publicidade não pode ser desvirtuado, seja diretamente pelo Estado, seja com a sua vênia, ainda que tácita, através dos meios de comunicação, vez que, em qualquer caso, uma garantia individual estaria sendo utilizada para produzir um estigma em torno do cidadão que é o seu titular e que deveria, em nome dela, ser protegido.

Portanto, diante do exposto, o sigilo não é alheio ao princípio da publicidade, é decorrência deste. Em melhores palavras, se o sigilo é exceção à regra que é o princípio da publicidade, convém lembrar que toda exceção é um desdobramento da regra, ou seja, não são linhas paralelas, mas linhas que se cruzam³⁸. Insta destacar, ainda, que nada publicar ou publicar com restrições requer um aparato de fiscalização, quer com o escopo de conservar o sigilo, quer com o objetivo de preservar as restrições impostas. Do contrário, o princípio da publicidade não seria uma garantia, mas um monumento em ruína.

Não se desconhece o risco do qual o sigilo pode importar para a democracia, nem tampouco o passado totalitário da história da humanidade e a fragilidade do sistema democrático, por exemplo, na América Latina e na África. Não se compartilha aqui com este capítulo odioso da história. O que tal raciocínio acima desenvolvido busca pôr em evidência é que uma garantia individual, como é o princípio da publicidade, não pode ser desvirtuada de sorte a acabar estigmatizando cidadãos antes mesmo do devido processo legal. Isto é, o desvirtuamento de uma garantia constitucional, o princípio da publicidade, por meio da lógica que preside os meios de comunicação, não pode fazer tabula rasa de uma outra garantia constitucional, o princípio da presunção de inocência (a dimensão externa e material do princípio da presunção de inocência).

Ademais, convém destacar que o sigilo já é admitido em nosso ordenamento, seja no inquérito policial, seja no processo penal em juízo, na hipótese de defesa do interesse social, como, por exemplo, em

nome do sucesso das investigações. Logo, a defesa que aqui se faz é a da maximização da hipótese de aplicabilidade do sigilo no caso de defesa da intimidade do suposto autor do delito. Isto é, o que se busca é o mesmo respeito que se confere ao sigilo em nome da sociedade, argumento que guarda muito mais vínculo com os antigos sistemas totalitários, do que aquele que deva se fazer em nome do indivíduo. Afinal, lembre-se, uma vez mais, o princípio da publicidade é uma garantia individual.

Uma segunda consequência é a de que a garantia da publicidade deve se destinar a proteger o cidadão não apenas do Estado, mas de outro cidadão ou de uma pessoa jurídica de direito público ou privado³⁹. Ora, uma primeira razão para que assim se compreenda o referido princípio é a constatação de que se este se presta a proteger o cidadão frente aos possíveis abusos do Estado, deve ter também a capacidade de protegê-lo diante dos abusos que possam vir a ser perpetrados por entidades jurídicas de menor envergadura. Isto é, se protege contra o maior, o Estado, deve proteger também diante do menor, uma emissora de televisão. Outra razão que se pode arrolar é a que decorre da relação recíproca entre o referido princípio e a liberdade de imprensa. Se a liberdade de imprensa é direito que pode ser exercitado pelos meios de comunicação, também é verdade, como se destacou acima, que é direito que tem como titular toda a sociedade civil, logo, o próprio cidadão. Ora, se isso é verdade, não é possível que a liberdade de imprensa sacrifique um de seus titulares, o próprio cidadão, mesmo diante de hipóteses excepcionais como as do processo penal. Note-se que, se a liberdade de imprensa é um conquista da humanidade, a preservação da inocência e a aplicabilidade ponderada do princípio da publicidade também o são.

Mas os argumentos não se encerram aqui. A correlação entre o mencionado princípio e a citada liberdade fica mais evidenciada quando se vislumbra que uma nova concepção do princípio da publicidade demanda que haja uma fiscalização rigorosa em torno dos próprios agentes estatais encarregados da investigação criminal e do processo penal no sentido de como estes divulgam as informações referentes à suposta autoria do delito. É dizer, se o princípio da publicidade demanda do Estado que divulgue as informações dos atos que pratica, com maior razão, aquele também exige do Estado que não as divulgue de forma precipitada e manipulada. Por tudo isso, torna-se imperioso uma análise do princípio da publicidade no contexto da sociedade contemporânea e sob o enfoque transdisciplinar.

2. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: UMA ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR

Insta destacar, primeiramente, que abordagem que será feita nos itens subsequentes tem por finalidade analisar o princípio da publicidade a partir de uma perspectiva transdisciplinar. Ao se proceder desta forma, convém salientar que se buscará realçar a relação entre o princípio da publicidade no processo penal, a publicidade, enquanto ferramenta de expressão da liberdade de imprensa, e a televisão. A interação entre tais fatores permitirá compreender melhor este fenômeno complexo, bem como propiciará uma apreciação mais acurada das repercussões nocivas por ele produzidas no processo penal.

Por ter se feito aqui a opção por uma análise transdisciplinar é que, nos itens seguintes, analisar-se-á a relação do princípio da publicidade no processo penal e a publicidade (instrumento da liberdade de imprensa) tanto com o mal-estar produzido pela modernidade e pela pós-modernidade quanto com a televisão, bem como com a sensação de insegurança. Note-se que tal esforço é empreendido seja com o objetivo de desmascarar os efeitos criminológicos do princípio da publicidade, seja com o escopo de oferecer uma nova concepção deste a partir de uma perspectiva tópica e argumentativa.

2.1 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O MAL-ESTAR DA MODERNIDADE

Inicialmente, impõe-se consignar que fazer um esforço para desvelar os sintomas e as patologias do mal-estar na civilização e a relação destes com o princípio da publicidade no processo penal requer um exame de pelo menos três obras da lavra de Sigmund Freud. São elas: a) *Totem e Tabu* (1912-13) Vol. XIII⁴⁰; b) *Futuro de Uma Ilusão* (1927) Vol. XXI; e c) *O Mal-Estar na Civilização* (1930) Vol. XXI⁴¹. Tal esforço, ainda que de forma breve, se impõe no presente caso, pois tais obras refletem em grande medida problemas relevantes com os quais a sociedade contemporânea convive, e tais problemas, por sua vez, acabam por apresentar algumas de suas repercussões na seara da ciência penal, mais especificamente, no que toca ao princípio da publicidade.

Insta salientar, desde já, que os textos mencionados dizem respeito a um grupo de pensamentos que podem ser denominados como: “*Freud e as questões culturais, filosóficas e o processo de civilização dos seres humanos*”⁴². Não

se quer com isto traçar uma linha demarcatória precisa entre os trabalhos produzidos por Freud acerca do psiquismo e os voltados à cultura, vez que tal escopo restaria, desde sua origem, frustrado. O que se deseja é perceber em que medida tais nuances, na obra de Freud, permitem que se possa entrever uma relação de complementaridade entre as ditas obras e, mais que isso, em que medida tal relação repercute no Direito Processual Penal e no princípio da publicidade.

Em *Totem e Tabu*, o psicanalista austríaco desenvolve a ideia do *mito da horda priméva* mostrando a ligação do psiquismo humano com a cultura. Segundo tal mito, o homem “comedor”, dono da verdade e de todos os participantes da horda, é morto e “comido” por ela. De acordo com Freud, os humanos são descendentes tanto desse homem quanto dessa horda e, por tal razão, trazem dentro de si, simultaneamente, o desejo de comer a todos, mas também o desejo de não querer ser comido, além de saber o quão é ameaçador ter um só comendo a todos. Sendo assim, é possível afirmar que esse é o grande dilema que Freud tenta demonstrar na obra e que angustia o homem, qual seja, a ambivalência⁴³ inerente à condição humana e que, assim como marca o homem, impregna tudo aquilo que decorre dele, no presente caso, a ciência criminal e o princípio da publicidade. É, aliás, tal ambivalência que marca o princípio da publicidade no processo penal e que acabou por resultar na circunstância de que uma garantia individual viesse a ser transformada numa causa amplificadora dos estigmas decorrentes do processo penal.

Por sua vez, no que toca à obra *O Futuro de Uma Ilusão*, é possível asseverar que esta demarca bem o início das reflexões mais profundas que Freud viria a fazer acerca da cultura, bem como revela o tom de desencanto deste em torno da civilização. Aliás, como paradigma desta desilusão, Freud afirma que o trabalho revela, em vários momentos, o limite do ser humano, qual seja, o de ser um animal enclausurado na cultura. Nesse sentido é que, anos mais tarde, Foucault viria a consignar que o trabalho, em verdade, é um processo social de adestramento do homem⁴⁴. Diga-se por oportuno que, na mesma obra, Freud analisa a religião e a função que esta exerce na sociedade, após o que vem a concluir que a religião está relacionada com a ilusão, ou seja, com a civilização⁴⁵, e que, por isso, desempenha um papel estratégico na sociedade. Disto resulta perceber a relação que há entre o processo de civilização e o princípio da publicidade. Quanto mais públicos os atos se

tornam, mais estes são ditos civilizados. Contudo, como salienta Walter Benjamin⁴⁶, tanto maior a civilização, maior será a barbárie. Ou seja, a civilização traz em si o germen da barbárie, pois, à medida que aquela se torna mais complexa, essa se aperfeiçoa⁴⁷.

Convém esclarecer que, segundo Freud, todo indivíduo é virtualmente inimigo da civilização, embora suponha que esta constitui um objeto de interesse humano universal. Em outros termos, a civilização é um mal criado pelo homem na busca de resolver algumas de suas inquietações, mas é também o mal que enclausura o homem no cárcere criado por ele mesmo. Sendo assim, não é difícil perceber que o Direito, enquanto produto da civilização, não foge a tal regra e que esta se faz mais ainda sentida no que toca à ciência penal. Portanto, pode-se afirmar que a ciência penal, nesse sentido, é, a um só tempo, o maior depósito de ilusões do homem e o maior cárcere criado pelo próprio homem⁴⁸. E, mais que isso, que essa ilusão e/ou cárcere serão tanto maior quanto maior for a publicidade⁴⁹. Confere-se publicidade aos atos das autoridades públicas em geral para conferir maior segurança ao cidadão, mas essa mesma publicidade, no caso do processo penal, acaba por se tornar hoje fonte de uma crescente sensação de insegurança por parte da sociedade, bem como causa multiplicadora dos estigmas penais.

Na esteira desse raciocínio é que Freud averba que “há incontáveis pessoas civilizadas que se recusam a cometer assassinato ou a praticar incesto, mas que não se negam a satisfazer sua avareza, seus impulsos agressivos ou seus desejos sexuais, e que não hesitam em prejudicar outras pessoas por meio da mentira, da fraude e da calúnia, desde que possam permanecer impunes; isso, indubitavelmente, foi sempre assim através de muitas épocas da civilização. Se nos voltarmos para as restrições que só se aplicam a certas classes da sociedade, encontraremos um estado de coisas que é flagrante e que sempre foi reconhecido. É de esperar que essas classes subprivilegiadas invejem os privilégios das favorecidas e façam tudo o que podem para se liberarem de seu próprio excesso de privação”⁵⁰.

Percebe-se, assim, que o dilema que marca a existência do homem e que reverbera em todas as suas ações e (cri)ações (e o princípio da publicidade no processo penal é uma delas) é o que William Shakespeare retratou com tanta fidelidade na fala de Hamlet: “Ser ou não ser... Eis a questão. Que é mais nobre para a alma: suportar os dardos e arremessos

do fado sempre adverso, ou armar-se contra um mar de desventuras e dar-lhes fim tentando resistir-lhes?”⁵¹. Qual o mal maior para civilização: aplicar e interpretar o princípio da publicidade no processo penal como à época em que a Constituição foi confeccionada ou redimensionar tal procedimento?

Por isso a relação do homem com a ciência é uma relação tormentosa, como observou Freud, pois, ao mesmo tempo que identifica as limitações da ciência, constata que a mesma é a única estrada que leva a um conhecimento da realidade externa a si próprio, ainda que tal conhecimento não seja seguro, mas pelo menos proporcione ao homem um momento de ilusão, ou, por que não dizer, o frescor dessa sensação. Note-se que o princípio da publicidade, enquanto produto da civilização, sofre do mesmo mal, vez que se, por um lado, aparenta ser um caminho seguro, por outro, é também uma ilusão. Aliás, é esta ilusão que motiva o homem na sua busca voraz por mais informação e pelo máximo de publicidade. Perceba-se, no entanto, que a maximização da publicidade e inflação informativa são, a um só tempo, a dose de ilusão necessária para sanidade mental do homem e causa potencializadora da refutabilidade⁵² do conhecimento por ele produzido.

Mas é em meio a esta situação que o homem também, como salienta Freud, ao mesmo tempo em que convive com a ciência, cria para si a figura de “Deus”, ou seja, no mesmo instante que busca refúgio em tal figura, gaba-se de ter identificado este conceito mais elevado e puro como produto de sua capacidade. Por isso, Freud identifica que a religião e a figura de Deus têm um aspecto em comum com a ciência, qual seja, elas não são uma ilusão, pois os muros erguidos por elas se fazem sentir ao longo da vida do homem e, mais que isso, ambas são frutos da civilização. Contudo, adverte ainda Freud, que ilusão também é imaginar que aquilo que a civilização não pode dar ao homem, este pode conseguir de outra forma, ou seja, ilusão é acreditar na solução singela de que os problemas do homem diminuiriam na mesma proporção que este se destituisse da civilização. Ou seja, a civilização permite enxergar o horizonte, mas de forma turva. Todavia, sem ela, o homem nem sequer enxergaria o horizonte. O mesmo se dá no que toca ao princípio da publicidade, pois, se, de um lado, é inegável que este amplifica o acesso à informação, potencializa o espaço público, viabiliza a fiscalização da

discricionariedade do ato administrativo e possibilita o exercício da democracia, por outro, multiplica a refutabilidade do conhecimento, maximiza a fragmentação social, evidencia a crise da democracia, estigmatiza o acusado no processo penal⁵³, manipula o julgamento pelo Tribunal do Júri⁵⁴ e proporciona a criação de um simulacro⁵⁵.

São com estas linhas preparatórias traçadas por Freud – em *O Mal-Estar na Civilização* (1930) Vol. XXI – que o mesmo se indaga: “enfim, de que nos vale uma vida longa se ela se revela difícil e estéril em alegrias, e tão cheia de desgraças que só a morte pode ser recebida como uma libertação?”⁵⁶. Note-se que a indagação formulada pelo psicanalista austríaco é, em grande medida, a indagação intrínseca e crescente do homem moderno: se a vida é uma angústia contínua, um desenrolar de contradições complementares, não seria a morte o único momento de libertação do homem? Insta destacar, desde já, que tal indagação revela, a um só momento, diversas mensagens possíveis, a saber: a) o desencanto do homem moderno com a civilização e com tudo que desta decorre e b) a atração e o prazer que a morte exerce sobre o homem. Assinale-se, por oportuno, que a refundação do princípio constitucional da publicidade no processo penal não pode desconhecer o desencanto do homem moderno com a civilização, o qual será tanto maior quanto maior for a publicidade dos casos criminais, vez que o dimensionamento gradual da publicidade ao longo da Era Moderna, simultaneamente, estende as fronteiras do mundo civilizado (na Era Pós-Moderna, são diminutos os lugares do globo que não tenham sido tocados pela civilização⁵⁷), mas também aumenta o descontentamento do homem moderno para com a civilização. Isto permite, por um lado, melhor compreender o aumento dos casos de suicídio⁵⁸, a larga disseminação do uso de drogas⁵⁹ e a disseminação da prática de assassinatos em série pelo homem moderno e, por outro, entender que tal ciclo será tanto mais vicioso quanto maiores forem os estigmas produzidos pelo princípio da publicidade no processo penal.

Todavia, o mesmo Freud que se indaga sobre as agruras do viver é o mesmo que, no instante seguinte, reconhece a importância da civilização na vida do homem e que, ainda, consigna que a primeira e mais importante exigência da civilização é a justiça, isto é, a garantia de que uma lei, uma vez criada, não será violada em favor de um indivíduo. Sendo assim, Freud reconhece a importância da Justiça (bem como

do Direito) para o processo civilizatório e, ainda, consigna que a sua relevância, em verdade, torna-se ainda mais evidente à medida que o “curso ulterior do desenvolvimento cultural parece tender no sentido de tornar a lei não mais expressão da vontade de uma pequena comunidade, mas um estatuto legal para o qual todos - exceto os incapazes de ingressar numa comunidade - contribuiram com um sacrifício de seus instintos”⁶⁰.

Releva notar, contudo, que o homem, ao optar pela civilização, não abandona os seus instintos, mas apenas os reprime, pois está disposto a ceder a sua quota-parte de prazer em busca de segurança, de sorte, em tese, a não se ver à mercê da força bruta⁶¹. Ou seja, a civilização é compreendida, ainda que equivocadamente, como método de contenção da barbárie. Em suma, a civilização moderna é uma opção do homem pela segurança em prejuízo do prazer. Veja-se, assim, traçando-se um paralelo, que o princípio da publicidade no processo penal foi construído historicamente como estratégia de contenção dos excessos e abusos das autoridades públicas, mas, hoje, tem sido utilizado de forma desvirtuada como fonte de autopromoção daquelas e como causa amplificadora dos estigmas que recaem sobre o suposto autor do delito.

É em nome dessa busca pela segurança, se é que ela existe para poder ser buscada, que a civilização moderna reduz os espaços das liberdades (de locomoção, de vida íntima, dentre outras), o que faz, dentre outras formas, por meio da ampliação gradual da publicidade e pela redefinição da função social desempenhada por esta. Imagina-se o princípio da publicidade no processo penal como elemento multiplicador da justiça, à medida que aumenta o controle do ato, sem, no entanto, perceber que a amplificação desvirtuada de tal princípio é também causa que confere maior capacidade de castração à civilização à medida que dimensiona os estigmas decorrentes do processo penal.

Cumpre destacar, ainda, com espeque na lição de Freud, que, se a justiça⁶² desempenha um grande papel na civilização, vez que tenta proporcionar segurança ao homem, esta não cria o conceito de liberdade, em outras palavras, a liberdade não é uma dádiva da civilização⁶³. Ou seja, o princípio da publicidade no processo penal, ao mesmo tempo em que visa proporcionar segurança para o cidadão perante as autoridades públicas, reduz a sua autonomia diante da sociedade, que agora o etiquetará como excluído.

Se a liberdade foi maior antes da existência de qualquer civilização,

também é verdade que, naquele momento, aquela não possuía o valor que hoje possui, já que dificilmente o indivíduo se achava em posição de defendê-la⁶⁴. Convém lembrar, com apoio em Georg Simmel⁶⁵, que qualquer valor só é um valor graças à perda de outros valores que se tem de sofrer a fim de obtê-lo. Perceba-se, portanto, que o novo papel que, gradativamente, ao longo da Era Moderna, vai sendo atribuído ao princípio da publicidade, implica, neste momento, contenção das liberdades e apelo à segurança, o que acaba por conferir ao referido princípio uma função de destaque na sociedade, à medida que é meio para viabilização do valor posto em voga, qual seja, a segurança⁶⁶. Convém salientar, no entanto, que, na Era Pós-Moderna, o princípio da publicidade deixa de ser meio para se tornar um novo valor⁶⁷.

Sendo assim, sabe-se que o desenvolvimento da civilização impõe restrições à liberdade ao passo que o Direito exige que ninguém fuja dessas restrições⁶⁸. Estas restrições serão tanto mais vigorosas quanto mais estas se tornam controladas pelo princípio da publicidade. Desta forma, o que provoca o sentimento num agrupamento humano do desejo de liberdade pode ser tanto a sua revolta contra alguma injustiça existente⁶⁹, como, por exemplo, a exposição do suposto autor do delito à execução pública (e, desse modo, esse desejo pode se mostrar favorável a um maior desenvolvimento da civilização), quanto o prazer reprimido pelo mandamento de justiça da civilização⁷⁰, neste último caso, serve de exemplo a inflação de leis criminais que, auxiliada pelo princípio da publicidade, reduz, gradativamente, os espaços de autonomia privada. Seja como for, tanto no que refere à revolta contra a uma injustiça existente quanto no que toca ao prazer reprimido pelo mandamento de justiça da civilização, o certo é que o princípio da publicidade, em qualquer caso, colabora para amplificação dessa sensação⁷¹. Nesse sentido, então, a mesma publicidade que se volta pela busca da segurança será a mesma que provocará no homem pós-moderno o desejo incontido de liberdade.

Entretanto, o anseio por liberdade pode também originar-se dos remanescentes de sua personalidade original, que ainda não se acha domada pela civilização, e, assim, nela se torna a base da hostilidade à civilização. Nesse caso, então, constata-se que o impulso de liberdade é dirigido contra as formas e exigências específicas da civilização ou

contra a civilização em geral. Tal circunstância acaba por requerer um aprimoramento da civilização, ou seja, das técnicas de repressão do “*id*”⁷², vez que não é qualquer influência da civilização que tem a capacidade de induzir o homem a transformar sua natureza na de um “cão adestrado”⁷³, pois o homem, de acordo com Freud, e o capitalismo⁷⁴ bem soube se aproveitar desta circunstância, sempre defenderá sua reivindicação à liberdade individual contra a vontade do grupo. Note-se, assim, mais uma vez, a ambivalência da natureza humana e, por consequência, o caráter dual e pulsante do princípio da publicidade. O mesmo princípio da publicidade que protege o cidadão do Estado é o mesmo que reforça o adestramento do cidadão de acordo com as regras impostas pelo Estado e que viabiliza que o rótulo de excluído que recai sobre ele, caso não se ajuste às regras impostas.

É nesse quadro até aqui pintado que Freud se vale de uma metáfora entre pai e filhos, para, em seguida, afirmar que os filhos, sobrepujando o pai, descobriram que uma combinação pode ser mais forte do que um indivíduo isolado, ou seja, que a interação entre “sim” e o “não”⁷⁵ é mais frutífera do que a escolha por uma das duas opções. Nesse sentido, Freud pontua que “a cultura *totêmica* baseia-se nas restrições que os filhos tiveram de impor-se mutuamente, a fim de conservar esse novo estado de coisas. Os preceitos do *tabu* constituíram o primeiro ‘direito’ ou ‘lei’”⁷⁶. A vida comunitária dos seres humanos teve, portanto, um fundamento duplo: a compulsão para o trabalho, criada pela necessidade externa, e o poder do amor⁷⁷, que fez o homem relutar em privar-se de seu objeto sexual - a mulher - e a mulher em privar-se daquela parte de si própria que dela fora separada - seu filho. Ou seja, a metáfora trazida por Freud em muito é esclarecedora da nova concepção que o princípio da publicidade deve desempenhar na sociedade moderna, qual seja, o princípio da publicidade no processo penal não pode ser nem positivo nem negativo, nem segurança nem liberdade, deve ser dual, heterogêneo, ambivalente e complexo, à medida que também é fruto da civilização e produto da natureza humana.

Logo, os tabus, as leis e os costumes estabelecem novas limitações e acabam por induzir as ações tanto dos homens quanto das mulheres. Ademais, a estrutura econômica da sociedade também exerce função de destaque, pois essa acaba por limitar, segundo Freud, o espaço de liberdade remanescente. E, neste contexto, a mesma necessidade

econômica que manipula a sexualidade será aquela que condiciona o princípio da publicidade. Enfatize-se, o princípio da publicidade também se torna um fiel guardião do poder econômico e, ao mesmo tempo, o espaço de exploração da violência. O princípio da publicidade, então, passa a explorar economicamente os instintos, fato que, aliás, é habilmente executado pelas autoridades públicas (principalmente a polícia) em conjunto com a televisão contemporânea.

Portanto, é em meio a esse quadro, qual seja, da civilização, de seu aspecto econômico, da justiça, da valorização da liberdade e da sexualidade de cada um de seus membros, que se confirma a hipótese de que a dificuldade do desenvolvimento cultural é, em verdade, uma dificuldade geral de desenvolvimento e, nesse sentido, tal confirmação remete à análise de sua origem, de sorte a remontar à inércia da libido, à falta de inclinação desta para abandonar uma posição antiga por outra nova, isto é, o estado de comodidade⁷⁸ que é inerente à condição humana⁷⁹. O princípio da publicidade distorcido pela televisão da Era Moderna tem consciência de tal circunstância e, ciente disso, trata de, a um só tempo, aguçar o lúdico e a libido, como instrumentos condutores das massas, e atizar o espírito de acomodação das minorias intelectuais. Ou seja, o princípio da publicidade no processo penal manipulado pelas autoridades e pela televisão, de um lado, manipula as massas, de outro, promove a acomodação das elites intelectuais. Se assim é, como destaca *Ciro Marcondes Filho*⁸⁰, não pode o jurista do século XXI se descuidar do exame acurado do princípio da publicidade, pois este, enquanto norma, também é fato e, enquanto fato, também é um fenômeno social.

Desta forma, torna-se mais fácil perceber que, se a civilização impõe sacrifícios tão grandes, não apenas à sexualidade do homem, mas também à sua agressividade, podemos compreender melhor porque lhe é difícil ser feliz nessa civilização⁸¹. Sendo assim, percebe-se que, se, por um lado, o homem rudimentar se achava em situação melhor, sem conhecer limitações ao seu instinto, por outro, suas perspectivas de atingir o gozo, por qualquer período de tempo, eram bastante frágeis. Na Era Moderna, a interação entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão acabou por mercantilizar o gozo⁸², por incitar a agressividade humana à medida que se tornam produtos consumíveis. Em suma, a referida combinação eterniza o gozo, antes efêmero, proporcionado por meio da violência, com o escopo de comercializá-lo, mas também

deprime o homem desencantado com o mundo. Em outras palavras, o enlace entre o princípio da publicidade e o ecrã cria um mundo real mais real do que o real (um mundo de plasma)⁸³, no qual o homem é capaz de alcançar o gozo, mas que acaba levando-o à depressão com o mundo não-real (natural) que o cerca.

Destarte, o homem civilizado trocou uma medida de sua possibilidade de prazer por uma medida de sensação de segurança. Não se deve olvidar, entretantes, que na família *primeva* somente o líder desfrutava da liberdade instintiva; os demais membros estavam sujeitos à opressão servil. Durante o período mais rudimentar da civilização, o contraste entre uma minoria que desfrutava das vantagens da civilização e uma maioria privada dessas, era, portanto, levada ao extremo. Extremo que é explorado pela junção entre o princípio da publicidade e a televisão, ao mesmo tempo em que reconstruído por essa. Publicidade que, num primeiro momento, exhibe o desfrute de uns e destaca a privação de muitos, mas que, no momento seguinte, insere o homem no “*ciberespaço*”⁸⁴, cria a aparência de inclusão para o excluído.

Convém ressaltar ainda que, no que tange aos povos primitivos que ainda hoje existem, que estão sob forte risco de desaparecimento, a vida instintiva desses não é, de maneira alguma, passível de ser desejada, por força da liberdade que gozam, por parte da civilização. Note-se, como adverte Freud, que tais povos primitivos estão subordinados a restrições de outra natureza, talvez mais drásticas do que aquelas que dizem respeito ao homem moderno. E tais restrições a despeito de serem, por si só, elementos motivadores do processo de civilização, são também, em grande medida, reconstruídas e disseminadas por meio da conjunção entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão. Em outros termos, a publicidade vende o mundo civilizado, seja por meio do lúdico seja por meio do instinto e, desta forma, aprimora o mecanismo cultural que enreda o homem moderno nas teias da civilização.

Seja como for, esse embate entre a civilização e a horda *primeva*, no contexto da liberdade dos instintos, apresenta uma grande relevância que se quer destacar aqui, qual seja, à medida que, com a civilização, a agressividade do homem moderno é introjetada e internalizada, ou seja, reprimida, esta é remetida de volta para o lugar de onde proveio, isto é, dirigida ao *ego* do homem civilizado⁸⁵. Em outros termos, esta é reprimida pelo *superego*, enviada ao *ego* e, desta forma, acaba por ocasionar

duas circunstâncias, são elas: a) a eclosão do sentimento de culpa⁸⁶; e b) a construção de uma mágoa, a qual acaba por marcar o *id* do indivíduo civilizado⁸⁷. Em quaisquer das hipóteses, a relação entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão desempenha um papel proeminente, seja porque colabora decisivamente para o processo que reprime a agressividade, seja porque fomenta o sentimento de culpa, seja, enfim, porque manipula o sentimento de mágoa.

Por isso é que Freud, em determinada passagem de seu texto⁸⁸, parece insinuar que se fosse possível colocar essa circunstância em maior harmonia com o que já se sabe sobre a história da origem da consciência, ficar-se-ia tentado a defender a afirmativa paradoxal de que a consciência é o resultado da renúncia instintiva⁸⁹, ou que a renúncia instintiva (imposta ao homem de fora para dentro) cria a consciência, a qual, então, exige mais renúncias instintivas. De uma maneira ou de outra, a interação entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão também aqui se apresenta de forma relevante, visto que, de um lado, colabora para o processo de renúncia instintiva e, de outro, auxilia no processo de criação da consciência.

Diante do até aqui exposto, a obra de Freud nos provoca, dentre outras, as seguintes reflexões: a) O sentimento oceânico realmente existe?; b) O que é o primitivo de um ser humano?; c) Quais as origens do sofrimento humano?; d) O que resulta desse primitivo quando em contato com esse sofrimento?; e) O que faz o homem diante do conflito entre o instante de prazer e a sensação de segurança?; e, por fim, f) Em que medida estas indagações encontram-se relacionadas a uma nova concepção acerca do princípio da publicidade no processo penal?

A tais indagações não se pretende formular soluções, mas aproximações. Nesse sentido, é possível afirmar, por exemplo, no que tange aos aspectos primitivos que o ser humano traz consigo, que as condições da formação do psiquismo infantil se assemelham às psicoses e ao mito do pai *primevo*, e que, nas três situações, os limites da consciência decorrentes da civilização não se encontram constituídos. Nesse sentido, então, a união entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão, na Era Pós-Moderna, sabedora de tal circunstância, irá trabalhar com tal dado, de sorte a aperfeiçoar a manipulação do discurso da linguagem⁹⁰ e a exploração do lúdico⁹¹.

Por outro lado, quanto às origens do sofrimento humano, é cabível

consignar que o limite ao primitivo provém quer do próprio corpo quer do mundo externo, ou, ainda, dos relacionamentos com os outros homens. De qualquer forma, o importante a destacar é que este sofrimento exercerá um papel relevante tanto para as ciências em geral quanto para a ciência penal. Ou seja, o sofrimento, assim, é trabalhado pela interação entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão quer no que se refere ao relacionamento do homem com o seu próprio corpo, quer no que concerne o relacionamento do homem com o outro. A publicidade cria e recria o corpo, tomando este como limite do ser primitivo e fonte de conflito com o ser civilizado⁹². Mas a mencionada interação também reconstrói o outro, o qual, a Era Pós-Moderna, tornar-se-á, cada vez mais, o estranho⁹³.

Por sua vez, no que concerne à dualidade do homem entre o prazer e a realidade, dualidade que tatua de forma indelével a existência humana⁹⁴, o homem se vê coagido ou a buscar de forma voluntária o isolamento ou a passar para o ataque à natureza e sujeitá-la a sua vontade seja por meio das drogas, seja através do trabalho, seja pela via da religião, seja, ainda, por meio da arte⁹⁵. Seja como for, o que Freud procura deixar bem destacado em sua obra é que não há fórmulas, não existe uma regra de ouro, não há padrões ou modelos que se apliquem a todos, isto é, todo ser humano precisa descobrir através de si mesmo de que forma singular pode alcançar a sua autorrealização. Contudo, em meio a esse contexto, torna-se imperioso consignar que os mais diferentes tipos de fatores irão operar a fim de dirigir sua escolha. Em outros termos, fatores decorrentes da civilização e do mundo externo irão interferir, de sorte a tornar complexo o ato de escolha. De outro lado, convém lembrar que qualquer escolha levada a um extremo condena o indivíduo a ser exposto a perigos. Enfim, nesse sentido, pode-se afirmar que a escolha é um problema. A interpenetração entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão manipula o ato de escolha, seja porque oculta a natureza problemática deste, seja porque se substitui a escolha feita pelo homem. Em termos mais claros, a combinação entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão, na Era Pós-Moderna, não irá dar ao homem a possibilidade de escolha, fará, antecipadamente, a escolha em seu lugar. Note-se, contudo, que a própria filosofia adverte que a escolha, no mundo hiper-real⁹⁶, pode ser apenas uma ilusão de liberdade, diante dramaticidade da existência⁹⁷.

Portanto, seja qual for a maneira por meio da qual se possa definir o conceito de civilização, constitui fato incontroverso que todas as coisas que o homem busca a fim de se proteger contra as ameaças oriundas das fontes de sofrimento fazem parte dessa mesma civilização. Logo, à medida que o homem é civilizado, este almeja uma sensação da segurança⁹⁸, mas, ao mesmo tempo, o homem se vê (*ex*)posto a novos e misteriosos perigos. Desta forma, percebe-se que a civilização é um processo e que, como tal, encontra-se em constante *retroalimentação*. Por isso é que Freud, na presente obra, conclui com a indagação de que se deve aqui lembrar por mais uma vez: “de que nos vale uma vida longa se ela se revela difícil e estéril em alegrias, e tão cheia de desgraças que só a morte é por nós recebida como uma libertação?”⁹⁹. É nesse contexto, como se verá a seguir, que a interação entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão, no mundo pós-industrial, brinca com os riscos, ironiza o cotidiano e explora com humor a própria desgraça humana.

O certo é que o homem em meio a tais angústias constrói seu “Deus de prótese”, quer como refúgio, quer como marca da civilização, quer como estratégia de autoafirmação. Nesse sentido, este “Deus” não é um “Deus” ao qual o homem serve (um Deus cristão), mas o qual serve ao homem (um Deus judeu)¹⁰⁰. Um Deus de plástico exibido numa vitrine¹⁰¹. O mesmo homem que se integra a uma comunidade e que deve obedecer ao poder desta à medida que este poder é reconhecido como *Direito*. Mas o homem que cria o Direito é o mesmo que se vê subordinado, por si próprio, a ver seu instinto, sua agressividade identificada como *força bruta*. Nesse sentido, então, pode-se asseverar que, de acordo com Freud, a exigência primordial da civilização é a da justiça, ou seja, a garantia de que uma lei, uma vez criada, não será violada em favor de um indivíduo. Todavia, a lei é, a um só tempo, o monumento maior da civilização e o instrumento mais aprimorado da violência humana¹⁰². Por isso é que, no mundo moderno, é preciso assegurar a publicidade da lei ou, pelo menos, a presunção, ainda que retórica, de sua publicidade, vez que esta acabará por conferir à lei, na Era Moderna, a qualidade de argumento de autoridade¹⁰³.

Contudo, a civilização não é um processo de fácil realização, pois, por vezes, até mesmo de forma inconsciente, o homem se boicota e não absorve cultura, de sorte a não abandonar uma posição antiga por

outra nova. Nesse sentido, o embotamento é processo de resistência desenvolvido de forma inerente e inconsciente pelo homem para manutenção de seu *status quo*¹⁰⁴. Nestes termos, pode-se afirmar que a civilização moderna também provoca um mal-estar à medida que tem como projeto o incremento de uma nova ordem. Dito em melhores palavras, o mal-estar gerado pela civilização decorre da imposição de uma mudança. Mudança que não tem ponto de chegada, que não meio, mas que é o próprio fim¹⁰⁵. A mescla entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão, nesse sentido, ao mesmo instante que acelera o processo de mudança ocasionado pela civilização, trata de ocultá-lo e ministrá-lo em doses homeopáticas mais constantes, de sorte a diluir as possíveis resistências e a proporcionar uma acomodação¹⁰⁶ diante das transformações sociais, políticas, econômicas e culturais.

Releva-se notar, então, que, nesse contexto, a crítica ao outro acaba por se constituir a repetição deste outro. Dito em outros termos, a crítica ao outro é a projeção que o homem faz de si próprio sobre o outro, à medida que o homem não é o outro, mas deseja ser ele. Destaque-se, já aqui, que a publicidade, na era pós-moderna, utilizar-se-á habilmente de tal circunstância, seja quando repete o ato de fala ao esmo, no limite do insuportável, seja quando repete os modelos estereotipados na tentativa de diluir as diferenças entre os homens e manipular o seu ato de escolha. A repetição é segura e cômoda, ao passo que a escolha é problemática e tormentosa¹⁰⁷. Disto decorre, dentre outros aspectos, que a agressividade, uma vez desconstruída, se transforma em sentimento de culpa e se reconstrói em forma de pedido de desculpa. Sendo assim, quanto mais culpa, mais se pede desculpa e mais agressividade se instala e mais culpa se deflagra. E assim sucessivamente¹⁰⁸. Instala-se, assim, um ciclo vicioso que se retroalimenta. O certo é que, diante deste quadro repetitivo, a consciência surge através da repressão de um impulso agressivo, sendo subsequentemente reforçada por novas repressões do mesmo tipo e que, em última análise, de acordo com Freud, Jesus Cristo, ao mesmo tempo, que é perdão, é culpa; no mesmo instante que é misericordioso, é também o pai *primevo comedor*, o senhor do castigo¹⁰⁹. Neste quadro é que a união entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão, no mesmo instante que enaltece, estigmatiza, no mesmo momento que cria heróis, fabrica vilões, no mesmo tempo que constrói mitos, os descarta¹¹⁰.

Ante o exposto, Freud conclui: “a questão fatídica para a espécie humana parece-me ser saber se, e até que ponto, seu desenvolvimento cultural conseguirá dominar a perturbação de sua vida comunal causada pelo instinto humano de agressão e autodestruição. Talvez, precisamente com relação a isso, a época atual mereça um interesse especial. Os homens adquiriram sobre as forças da natureza um tal controle, que, com sua ajuda, não teriam dificuldades em se exterminarem uns aos outros, até o último homem. Sabem disso e é daí que provém grande parte de sua atual inquietação, de sua infelicidade e de sua ansiedade. Agora só nos resta esperar que o outro dos dois ‘Poderes Celestes’, o eterno Eros, desdobre suas forças para se afirmar na luta com seu não menos imortal adversário. Mas quem pode prever com que sucesso e com que resultado?”¹¹¹. É exatamente a fragilidade da segurança proporcionada pela civilização durante a Era Moderna e os seus elevados custos para natureza humana que levam o homem, no momento seguinte, agora na Era Pós-Moderna, ao primado da liberdade sobre a segurança. E, nesse novo contexto que se desenha, é que se faz necessário, uma vez mais, redefinir o papel o princípio constitucional da publicidade no processo penal.

2.2 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O MAL-ESTAR NA PÓS-MODERNIDADE

Somente a sociedade moderna refletiu sobre si mesma como um produto da “cultura” ou da “civilização” e atuou sobre esse autoconhecimento com os resultados que foram aprofundamente analisados por Freud, conforme foi destacado anteriormente. Sendo assim, a expressão “civilização moderna”, como bem destaca Bauman¹¹², é, por essa razão, um pleonasma, vez que toda civilização é moderna, à medida que só nesta era o homem se perguntou sobre si mesmo e se questionou sobre os resultados da civilização. Portanto, o princípio *publicidade* enquanto conquista da civilização demanda que o intérprete, ao aplicá-lo, questione-se sobre si próprio e, principalmente, sobre os resultados decorrentes de sua aplicação no tecido social.

Se é certo que na Era Moderna a segurança foi o grande farol a iluminar o caminho da humanidade, também é preciso que esta mesma segurança (ou ordem) trouxe consigo os mal-estares denunciados por

Freud, quais sejam, a “compulsão”, a “regulação”, a “supressão” ou a “renúncia forçada”, os quais, em grande medida, são consequências evidentes do binômio: “excesso de ordem” e “escassez de liberdade”¹¹³. A busca desesperada da modernidade pela segurança, diante da tripla ameaça oculta na fragilidade do corpo, na natureza selvagem do mundo empírico e na agressividade ínsita ao homem, acaba por justificar o sacrifício da liberdade do indivíduo na busca pelo prazer. Neste quadro, então, a busca pelo prazer é compreendida como causa de mal-estar ao mesmo tempo em que o excesso de ordem também acabava por redundar neste. Ora, se isto é verdade, a interpretação e aplicação do princípio da publicidade, o qual não é, diga-se uma vez mais, um mero texto, requer do intérprete a cautela em não se deixar obcecado pela busca de segurança, face aos mal-estares por esta causados.

Diante disso, então, como antítese à tese instalada no seio social, na Era Pós-Moderna, o homem prefere a desregulamentação à ordem normativa, vez que, agora, o prazer é o juiz que sentencia a condenação da segurança. Nesta nova era, da qual nos fala Edgar Morin¹¹⁴, a liberdade é o valor de referência, sem, no entanto, olvidar a beleza, a ordem e a pureza, os quais, agora, devem ser perseguidos por meio da espontaneidade, do desejo e do esforço individual. Por esta razão é que Bauman¹¹⁵ assevera que a pós-modernidade não deve ser serva da liberdade, mas, sim, combatente da interação entre essa e a segurança, isto é, a civilização não deve ser parte, mas todo, logo, deve ser ambivalente, como dual é a natureza humana e, portanto, tudo que decorre do homem, logo, o próprio princípio da publicidade.

Negar a ordem é negar a insegurança inerente à existência humana, bem como pregar o fenecimento da liberdade, é castrar o demasiadamente humano instinto de prazer. Talvez, por isso, séculos antes de Freud, Aristóteles já houvera afirmado, referindo-se à justiça¹¹⁶, que esta está no meio e não nas extremidades¹¹⁷. Mas o ponto de equilíbrio não é fórmula fácil, não é modelo, mas diferença, própria da perpétua autocriação do humano. E é, neste diapasão, que deve se inserir uma nova concepção acerca do princípio da publicidade, pois, se este é norma, esta também é ambivalente, à medida que é geral e especial a um só tempo, vez que, enquanto texto redigido pelo legislador, é genérica e, enquanto fórmula de decisão do magistrado, é específica. Mas, não apenas isto.

A aplicação e interpretação do princípio da publicidade não podem negar a ordem nem tampouco sustentar a exclusão da liberdade, pois, de um lado, tal princípio conduziria ao drama da insegurança inerente à condição humana e, de outro lado, levaria à castração do prazer. Ou seja, o princípio da publicidade nem pode ser levado ao extremo, na busca pela fiscalização de todos os atos e redução dos espaços de vida íntima, a exemplo do *reality show*¹¹⁸, nem tampouco deve ser restringido por apreço excessivo à liberdade individual.

Desta forma, o homem e mulher pós-modernos trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por uma porção de felicidade¹¹⁹. Se, na modernidade, o mal-estar proveio da circunstância da segurança tolerar uma liberdade diminuta demais na busca da felicidade individual, na pós-modernidade, o mal-estar decorre de uma espécie de liberdade de procura do prazer que admite uma fração irrisória de segurança individual. De qualquer forma, tanto a liberdade quanto a segurança são valores, valores que só permaneceram como valores em razão do descarte de outros valores, o qual precisa acontecer afim de que esses sejam auferidos¹²⁰.

Todavia, se, por um lado, o descarte determina o valor, por outro, esse implica maior necessidade. Ou seja, quando a liberdade encontra, num dado momento, o seu valor máximo, no momento seguinte esta será sacrificada no altar da segurança, quando, então, logo em seguida, a segurança será abatida no templo da liberdade individual. Em quaisquer das situações, a felicidade soçobra. Desta forma, fica perceptível que aferir o sentido do princípio da publicidade é ponderar valores, quais sejam, segurança *versus* liberdade, certo de que tal ponderação não é nunca generalizável, mas sempre singular¹²¹ enquanto resultante de um esforço de equidade¹²². Entenda-se, portanto, neste contexto, felicidade como mandato de otimização¹²³, no caso, do princípio da publicidade.

Aliás, Freud, cômico de tal circunstância, é que assevera que “(...) supomos, assim, que só se pode extrair intenso deleite de um contraste, e muito pouco de um estado de coisas”¹²⁴. Alguém poderia se perguntar: por quê? Porque “o que chamamos de felicidade (...) vem da (preferivelmente repentina) satisfação de necessidades represadas até um alto grau e, por sua natureza, só é possível como fenômeno episódico”¹²⁵. Ou seja, de acordo com Freud, a felicidade é fenômeno que pressupõe castração e fugacidade. Logo, a liberdade sem segurança

não implica maior felicidade, nem o inverso é verdade. Sendo assim, se a pós-modernidade requer a reavaliação de valores, e se reavaliar pode propiciar um momento de felicidade, não se deve olvidar, também, que reavaliar não garante necessariamente um *estado* de satisfação.

Não há ganho sem perda, por isso, a virtude, no caso a otimização do princípio da publicidade, está no ponto de equilíbrio, mas o ponto de equilíbrio não é o resultado de uma análise matemática dos custos e benefícios¹²⁶, vez que o que agora é custo, no momento seguinte, pode ser benefício, logo, o custo e o benefício não são, mas estão, e isto torna a busca pelo equilíbrio ainda mais tormentosa. E este tormento se agrava à medida que se percebe que o ponto de equilíbrio do princípio da publicidade não é uma verdade demonstrável, mas argumentável¹²⁷. Portanto, enquanto esforço de argumentação, o meio, do qual fala Aristóteles, não é resultado exclusivo de ato de conhecimento, mas combinação deste com o ato de persuasão¹²⁸. Logo, uma nova concepção do princípio da publicidade não é estática, não é produto de ciência, vez que é, a um só tempo, ato de interpretação e argumentação. Desta forma, o princípio da publicidade escorado num catálogo de argumentos¹²⁹ deve ser o resultado do esforço para se alcançar um lugar comum¹³⁰, após terem sido testados os argumentos que o legitimam e a resistência destes diante do auditório¹³¹. Este auditório será tanto maior, quanto maior for a comunidade de intérpretes¹³² e, nesta mesma razão, maior será também a possibilidade de refutação do argumento.

Neste sentido, então, forçoso é se questionar: em que medida não apenas a democracia, mas, também, a própria comunidade de intérpretes foram, ou não, aperfeiçoadas com o surgimento da televisão e com o papel que esta desempenha na sociedade contemporânea? Apreciar a televisão, em si, e as repercussões trazidas por esta na interpretação e aplicação do princípio da publicidade, quer sob uma perspectiva sociológica, quer sob uma perspectiva psicanalítica, é trabalho do qual o jurista do século XXI não pode se afastar, vez que quanto mais este ignora a repercussão da televisão no contexto social e, por consequência no Direito, mais esta avança sem qualquer contenção ou contrapeso¹³³.

Por conseguinte, interpretar o princípio da publicidade (norma) é jamais olvidar a circunstância fática que é manipulada, amplificada, recortada, editada e distorcida pela televisão¹³⁴. “A televisão é uma componente fundamental desta mudança de século porque é um

duplo: um componente da era moderna ou da modernidade, que se encerra no século XX, assim como do século XXI, em tempos de pós-modernidade”¹³⁵. Negar isto é correr o risco de ser taxado de ingênuo ou de alienado.

2.3 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A TELEVISÃO

Convém destacar, assim, que analisar a televisão e suas repercussões em torno da interpretação e aplicação do princípio da publicidade demanda do jurista a cautela de não proceder de forma açodada diante deste fenômeno complexo que é a televisão. A televisão, que deixou de ser a “caixa falante” da década de sessenta do século XX, é, hoje, a “melhor amiga do homem” pós-moderno¹³⁶. Constatar tal fato revela a importância que a televisão desempenha na sociedade contemporânea, entretanto, nada esclarece como e por que este processo aconteceu.

Sendo assim, um estudo sério em torno do princípio da publicidade, seja no que toca ao seu caráter normativo, enquanto realidade complexa, seja no que se refere à sua interpretação e aplicação, demanda do jurista que não proceda a um recorte “caolho” da realidade, ou seja, a um recorte exclusivamente jurídico quer do aludido princípio, quer da sua relação com a televisão. Por conseguinte, examinar o princípio da publicidade requer um estudo aprofundado da televisão, seja por um viés filosófico, seja por um ângulo sociológico, seja, ainda, por uma apreciação psicanalítica.

Por isso, impõe-se se fazer, de logo, a seguinte pergunta: a televisão representa um perigo para a democracia? Esta é a pergunta que motivou Karl Popper e John Condry a se dedicarem em torno do tema¹³⁷. Antes de responder a tal pergunta, convém perceber que o só fato de formular tal indagação já é razão suficiente para que se pense seriamente acerca da interação entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão e as consequências danosas que tal binômio pode ou não propiciar à democracia.

O certo é que a televisão é um fenômeno moderno, afinal, só o século XX e sua “fabulosa civilização” vieram a conviver com este “eletrodoméstico inofensivo”. Sendo assim, qualquer análise que se faça em torno da televisão, é sempre um exame que se inicia a partir do século XX. Contudo, se, por um lado, esta circunstância provoca a

pouca produção literária em torno do tema, por outro, torna o mesmo matéria de singular relevância, uma vez que é fenômeno típico do cotidiano atual, desconhecido das eras passadas e que ocupa grande parte do tempo da rotina diária das pessoas (tudo passa pelo vídeo, o uso das redes bancárias, o uso do computador, os jogos eletrônicos, as salas de bate-papo etc.)¹³⁸. Em suma, o princípio da publicidade no processo penal e sua relação com a televisão são pouco estudados, mas, por outro lado, integram o cotidiano da vida das pessoas, cada vez mais cercada por notícias sobre violência.

Se é impossível negar tais circunstâncias, logo, se conclui que analisar a democracia no mundo pós-moderno e o princípio da publicidade no processo penal requer uma apreciação meticulosa da televisão. A família contemporânea, célula de uma sociedade democrática, marcada por uma nova relação entre capital e trabalho¹³⁹, na qual o tempo foi elevado à condição de valor maior do sistema capitalista, demanda cada vez menos tempo na tarefa de educar seus filhos¹⁴⁰, ao passo que tal espaço é cada vez mais preenchido pela televisão, a qual tudo sabe e nunca mente¹⁴¹, afinal “a televisão sempre diz a verdade”¹⁴².

A televisão, que, antes mais nada, é espetáculo, dedica cada vez mais do seu precioso tempo, dos minutos de sua audiência, à violência, o que leva Giancarlo Bosetti a afirmar que a família da sociedade contemporânea educa os seus filhos para a violência através da televisão e de outros órgãos de comunicação¹⁴³. Aliás, tal circunstância acaba por conduzir Karl Popper, defensor maior do liberalismo e teórico da sociedade aberta, a defender, em nome da democracia, o remédio amargo da censura mitigável. Seja como for, tal raciocínio remete, então, o jurista a ponderar acerca do princípio da liberdade de manifestação do pensamento e da aplicação do princípio da publicidade no âmbito processual penal.

Mas não apenas isto. É preciso refletir sobre os danos infligidos à sociedade por uma expansão incontrolada do poder da televisão, seja em termos de tempo perdido, seja no que toca à influência nefasta que exerce sobre os comportamentos, seja no que tange à concorrência que instaura com a família e com a escola, seja no que diz respeito à distorção do debate público, seja, por fim, no que concerne à inflação desmesurada dos mitos e da “vedetização”¹⁴⁴. A compreensão de tais circunstâncias em muito auxilia a entender como o princípio da

publicidade no processo penal, em dias atuais, tem sido distorcido por partes das autoridades estatais, nomeadamente certos profissionais da polícia, que se aproveitam da televisão para se promoverem perante os seus superiores hierárquicos e a grande população.

Contudo, como a televisão é expressão e manifestação de um princípio de liberdade de imprensa, a tarefa de limitar o seu poder num ambiente democrático não é nada fácil. Seja como for, o fato é que, diante do poder da televisão na sociedade contemporânea, o princípio da publicidade no processo penal não pode continuar a ser interpretado como outrora, ou seja, indiferente às repercussões estigmatizantes produzidas pelo processo e amplificadas pela televisão. Note-se que, se a essência do Estado Democrático de Direito é a não violência, quanto mais a cultura que alimenta este Estado se inspirar no culto à violência, maior será a necessidade de intervenção do Estado sobre a televisão¹⁴⁵, pois, do contrário, ter-se-á uma sociedade constituída por homicidas¹⁴⁶.

Com efeito, a televisão, que é obstáculo no caminho que conduz a uma sociedade aberta¹⁴⁷ e tolerante, é, também, filha do progresso tecnológico e consequência da liberdade¹⁴⁸. Se é certo que o homem precisa da liberdade para impedir o Estado de abusar de seu poder, e aí se compreende o princípio da publicidade enquanto garantia individual, também é certo que o mesmo necessita do Estado para impedir a liberdade de provocar abusos, no caso, por parte da televisão¹⁴⁹. É claro que a relação entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão e suas consequências danosas para o cidadão não são problema que possa ser resolvido no plano abstrato por intermédio de leis¹⁵⁰, mas tarefa que demanda a análise de cada caso. Esta análise poderá implicar, sim, na inevitável restrição da liberdade de imprensa como uma exigência indispensável à coexistência humana.

Insista-se, mais uma vez, a televisão instila a violência no seio da sociedade, promove o espetáculo da guerra dos grandes centros urbanos, o que acaba por produzir perturbações catastróficas no âmago da sociedade. Tais perturbações acabam por provocar a perda da sensibilidade diante da desgraça alheia¹⁵¹ e o convívio com o crime. E, mais ainda, a interpenetração desvirtuada entre o princípio da publicidade e a televisão acaba redundando na utilização por parte da mídia da curiosidade humana diante do mórbido (o cadáver decapitado e exposto em via pública, diante do qual todos param para ver), seja despertando

o gozo a partir do sofrimento do outro, seja, por fim, potencializando a fragmentação social¹⁵². Triste fim de Policarpo Quaresma¹⁵³.

Releva notar que, em face de a televisão ser uma relativa novidade, bem como em razão da inércia das instituições políticas, incapazes de reagir com rapidez, e da conivência, por exemplo, de algumas autoridades policiais, é que a televisão se tornou um poder incontrolado. Qualquer poder incontrolado contradiz os princípios de democracia¹⁵⁴e, por consequência, o princípio da publicidade no processo penal. Mas a televisão não apenas explora a violência, ela também provoca os desequilíbrios da vida política, a corrupção do discurso público, bem como torna cada vez mais difícil captar a diferença entre realidade e ficção¹⁵⁵, o que acaba por tornar a reflexão¹⁵⁶ mais profunda acerca desta e de sua relação com o princípio da publicidade uma necessidade de primeira grandeza nos dias de hoje.

Certamente, os defensores da televisão, diante da proposta que aqui se faz por uma nova concepção do princípio da publicidade no processo penal, não hesitarão em afirmar que tal proposta é, em verdade, uma censura camuflada. Mas que os cidadãos mais avisados não se deixem levar por tal blasfêmia, vez que a maior defensora da liberdade é também a maior praticante da verdadeira censura¹⁵⁷.

Isto mesmo, é a maravilhosa caixa de imagens e sons que mais exercita a censura¹⁵⁸ em pleno tempo de democracia, à medida que corta, edita e manipula imagens e falas, à medida que é soberana sobre sua grade de programação, seja para não exibir ou atrasar a apresentação de diálogos e imagens, seja para alocar, em horários de pouquíssima visibilidade (a exemplo dos sábados à noite e das madrugadas dos dias úteis), falas e imagens inoportunas¹⁵⁹. Ou seja, a televisão destaca ou não os atos praticados pelas autoridades públicas de acordo com a sua conveniência e oportunidade, ou melhor, de acordo com os dividendos que podem lhe render, desprezando os fatos de relevância cultural, como, por exemplo, a exposição de uma mostra de arte moderna num museu da cidade, e colocando em evidência, com chamadas bombásticas, as notícias referentes aos crimes mais sangrentos e hediondos que aconteceram nas últimas vinte e quatro horas. A busca pela audiência é a maior de todas as censuras.

Ressalte-se, portanto, que a lógica do consumo que permeia os meios de comunicação de massa decreta a produção de “manchetes

bombásticas” e a comercialização da violência como produto de consumo. Aliás, convém pôr em relevo, com espeque na lição de Jean Baudrillard¹⁶⁰, que a violência na sociedade do consumo, bem como a conjunção entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão, desempenham diversas funções. A primeira delas é que a grande massa “pacificada” é quotidianamente alimentada pela violência consumida e pela violência alusiva a toda substância apocalíptica do “mass media”, como forma de dar vazão à agressividade e ao instinto destrutivo inerente ao ser humano (além do fascínio – poder e prazer – exercido pela morte).

Uma segunda função é a relativa à violência como estratégia para despertar uma obsessão por segurança e bem-estar e provocar uma febre de consumo bélico. Esta, por sua vez, é seguida por uma outra função, a qual põe em destaque a violência “espetacularizada” e o conformismo da vida quotidiana como realidades abstratas que se alimentam de mitos e signos. Uma quarta função é a que ressalta a violência ministrada em “doses homeopáticas” pela mídia como forma de realçar a *fragilidade real* da vida pacificada, vez que é o espectro da fragilidade que assedia a civilização da abundância, à medida que evidencia o equilíbrio precário que firma a ordem de contradições que constitui a sociedade contemporânea. Note-se, também, que uma outra função é a da violência inexplicada como uma imposição de revisão das ideias de abundância e das taxas de crescimento da economia, face às contradições fundamentais da abundância.

Ademais, cabe, ainda, ressaltar como função a relativa à violência que desperta como consequências, dentre outras, a destrutividade das instituições e a depressividade contagiosa da população, passando por condutas coletivas de fuga (como, por exemplo, o aumento do consumo de drogas ilícitas ou não). Mas não apenas isto. Cumpre destacar a violência que resulta da *pulsão* desencadeada pelo consumo, o condicionamento do espectador diante do apelo do espetáculo como estratégia de manipulação do desejo. Não fosse isso suficiente, é conveniente, ainda, pôr em evidência a violência que conduz a reabsorção das angústias através da proliferação das terapias, dos tranquilizantes, ou seja, a sociedade de abundância, produtora de satisfação sem finalidade, esgota os recursos a produzir o antídoto para a angústia derivada da satisfação.

Ao se propor, portanto, um exame acurado da relação imbricada entre o “mundo de plasma” e o princípio da publicidade no processo penal, é preciso despertar para circunstância de que a “deslumbrante caixa de imagens e sons” não foi feita para ser um instrumento de educação em larga escala, afinal, é quase impossível constituir uma grade de programação, todos os dias, durante vinte e quatro horas consecutivas, que apenas exiba programas de bom nível cultural. Aliás, quanto mais numerosas são as emissoras de televisão, mais difícil é encontrar profissionais verdadeiramente capazes de produzir programas, simultaneamente, atraentes e de boa qualidade e mais acirrada torna-se a disputa pela atenção do telespectador. A busca pela audiência e a concorrência entre as emissoras acabam por censurar a informação sobre o caso penal, à medida que essa é padronizada e não reflete nem a inteireza do fato da vida nem ao menos a realidade do processo penal. A diferença na elaboração e divulgação da notícia não é lucrativa.

O que está por detrás dos picos de audiência não é a construção de uma grade de programação de qualidade, mas a manipulação dos instintos humanos, o jogo do lúdico, a lógica do gozo¹⁶¹, o estímulo ao desejo, a disponibilização do prazer imediato, a maquiagem da realidade enfadonha. Isto é, a televisão, de um lado, estimula a massa de telespectadores, de outro, fomenta o individualismo e a acomodação das elites intelectuais, podendo-se, assim, falar numa “refeudalização”. O que resulta deste fenômeno é que tudo passa a ser extremamente fragmentado, diluído e essas fragmentações¹⁶² marcam uma grande multiplicidade e difusão de atuações, interferências sem mais nenhum sentido único, geral para todos na sociedade. Não é preciso demandar grande esforço de raciocínio para perceber os sérios riscos que correm a democracia diante de tais circunstâncias e a implicância destas na interpretação e aplicação do princípio da publicidade no processo penal.

A televisão suprime as noções de futuro e passado, inaugurando a ditadura do presente (como nos sonhos e nas representações do inconsciente¹⁶³, situações, pessoas, fatos das mais distintas épocas misturam-se com harmonia num conjunto completamente incoerente¹⁶⁴), que se desdobra a cada dia, como as edições do telejornal que nunca deixam de ir ao ar. O resultado disso é que o telespectador *não pensa sobre notícia*, mas *com a notícia*, ou melhor, pensa a partir da notícia. O apresentador (âncora) do telejornal é guindado à qualidade de paladino

da justiça, da moral e dos bons costumes. E, pior do que isto, a televisão acaba por manipular o princípio da publicidade no processo penal, de sorte a adestrar as pré-compreensões dos intérpretes sociais.

A televisão, então, além de fiel companheira do telespectador, a preencher o vazio existencial¹⁶⁵ deixado pelo afastamento do outro¹⁶⁶, torna-se uma suposta fonte de cultura, à medida que toda informação que dela provém, “além de verdadeira, é neutra de valores, segura e confiável”¹⁶⁷. Quando se pensa a partir da notícia, e não sobre esta, tende-se a distorcer o princípio da publicidade no processo penal, vez que se um fato, objeto de um inquérito policial, por exemplo, for habilmente desconstruído nas mesas de edição do estúdio de televisão, esta poderá contar o mesmo fato de diferentes formas, e, certamente, o que irá determinar a maneira como o fato será levado ao “ar” para o grande público não será a busca da verdade, mas, sim, a busca pela maior audiência. Aliás, para que um delito saia do noticiário, é necessário que outro escândalo aconteça.

Portanto, a televisão estabelece um pseudodiálogo¹⁶⁸ com o cidadão telespectador, ou melhor, o consumidor, formulando o questionamento, investigando as hipóteses, elaborando as justificativas e trazendo uma resposta pronta, fácil e rápido de ser consumida, de sorte que o consumidor não precise pensar. Afinal, pensar demanda tempo, e tempo, na sociedade contemporânea, é dinheiro. Não é preciso pensar, pensar cansa. Por isso, fique tranquilo consumidor, a televisão fará isso por você¹⁶⁹. Por conseguinte, a televisão inaugura um sistema de adestramento coletivo, reformulando o modelo do panóptico¹⁷⁰, à medida que se esmera na tarefa diária de vigiar o que cada consumidor pensa, de sorte a lhe “poupar esta árdua tarefa”¹⁷¹.

A reformulação do modelo panóptico agora por meio da televisão, confere um potencial de vigilância e controle fantástico aos fatores reais de poder. Nesse sentido, pode-se dizer que a distorção do princípio da publicidade no processo penal, que vem sendo operada pelas autoridades públicas e pelos meios de comunicação, não se constitui num fracasso perante o sistema punitivo, mas num sucesso retumbante¹⁷², vez que delimita com muito mais vigor o rol dos excluídos e reforça o estigma que recai sobre eles¹⁷³. Em outras palavras, o sistema punitivo encontrou na combinação *princípio da publicidade, liberdade incontrolada da imprensa e televisão* a ferramenta ideal de reforço e multiplicação de estigmas¹⁷⁴.

Com efeito, a televisão baseada numa linguagem autorreferencial que tem por escopo criar uma realidade mais real do que a real, um simulacro, no qual a sociedade torna-se um teatro de fantoches. Desabam-se os mitos. A televisão instila uma descrença generalizada, ela que é mosaico de peças eletrônicas, fascínio do telespectador, ao mesmo tempo em que se torna o relógio da sociedade pós-moderna¹⁷⁵. Os eventos têm seus horários marcados pela televisão, a exemplo da conhecida cena na qual a autoridade policial, diante de todas as câmeras e para todos os flashes, coloca as algemas¹⁷⁶ no suposto acusado. Eis que, então, a televisão tem uma história para contar, na qual o “mocinho” exhibe o “vilão”. Por conseguinte, não é demais dizer que a televisão, instrumento aperfeiçoado da barbárie moderna¹⁷⁷, é, num mesmo instante, ladra do tempo e deformadora da realidade¹⁷⁸.

A televisão devassa as intimidades, não deixa espaço para os mistérios, não deixa espaço para a imaginação e participação do receptor, ou seja, a linguagem televisiva não é um diálogo, mas um monólogo, ao qual o receptor não é convidado a interferir, mas a consumir. O resultado disso é que a televisão que diz combater a criminalidade e a violência com a divulgação da notícia, em verdade, induz cada vez mais esta por meio da repetição alucinante e neurótica¹⁷⁹ das mensagens¹⁸⁰, do discurso incessante e vazio, do prolongamento infinito da história. “A televisão fala o tempo todo e não cessa de falar”¹⁸¹. Aliás, a verbosidade, a interminável produção contínua de falas sobre falas faz parte da sintomatologia clínica da esquizofrenia¹⁸².

Talvez, por isso, Ciro Marcondes Filho assevere que:

É consensual em todas as grandes teorias psicanalíticas da loucura, principalmente a escola norte-americana de Gregory Bateson, a escola francesa de Jacques Lacan e a alemã de Alfred Lorenzer, que o detonador de todos esses processos é o próprio *processo da comunicação*. No momento em que as pessoas têm acesso à linguagem, ocorre a criação de condições para que, mais tarde, segundo estímulos maiores ou menores do ambiente, cresçam sem problemas ou tornem-se patologicamente prejudicadas. A comunicação social em grande escala, para massas

imensas de audiência, é apenas um amplificador fantástico de loucuras engendradas em cenas muito mais remotas¹⁸³.

A televisão redesenha os costumes, debocha das tradições e se aproveita do uso comum. Nesse sentido, a televisão, a um só tempo, angustia o homem pós-moderno por meio de uma inflação informativa¹⁸⁴, o que potencializa a sua sensação de insegurança¹⁸⁵, bem como torna a sua memória preguiçosa¹⁸⁶, em razão da sobreposição de imagens e falas que acabam por cultivar o tempo presente. O homem não se lembra da última novela, do que almoçou ontem, mas apenas do que fez no minuto anterior. Por isso, a televisão se aproveita da solidão e da curiosidade desse homem e dissemina a ideia de que o processo penal deve ser rápido como a sucessão de mensagens publicitárias durante o intervalo comercial. Contudo, a complexidade do caso penal não permite que se tenha um processo penal em trinta segundos, sob pena de se ofender seriamente o princípio do devido processo legal.

Aliás, é arrimado na relação dialética entre os princípios da publicidade no processo penal e do devido processo legal que não se pode permitir o avanço descontrolado do poder da televisão. A televisão de hoje é a arena romana de ontem, ao mesmo tempo em que diverte a massa (no Brasil, em grande parte analfabeta) com a desgraça alheia, permite aos fatores reais de poder manter aquela sob controle por meio de seus instrumentos anestésicos.

Mas a televisão não se contenta com tal estratégia, vale-se, também, da ideia psicanalítica da transferência¹⁸⁷, no momento em que interage com o princípio da publicidade. Em outros termos, a interpenetração entre a televisão e o princípio da publicidade no processo penal proporciona que o excluído se projete na celebridade e sinta, ainda que instantaneamente, incluído. E, mais ainda, induz o excluído a ver no crime um meio de obter visibilidade, de se tornar celebridade, de se tornar existente para a sociedade. Afinal, Ser, na sociedade pós-moderna, é Ser percebido. E Ser percebido é Ser percebido pela televisão¹⁸⁸.

Não é demais dizer, então, que a televisão é “aparelho privado de hegemonia” responsável pela disseminação do pensamento dominante¹⁸⁹. E esta informação é repetida até o limite do suportável, até que a mensagem viscosa fique impregnada no subconsciente das massas¹⁹⁰, numa só palavra, *a mídia como aparelho privado de hegemonia*¹⁹¹.

Nesse sentido, Venício A. de Lima averba que:

O advento dos meios de comunicação eletrônicos, sobretudo da televisão, transforma a mídia no “aparelho privado de hegemonia” mais eficaz na articulação hegemônica (e contra-hegemônica), vale dizer, na capacidade de construir/definir os limites do hegemônico (da realidade) dentro dos quais ocorre a disputa política¹⁹².

A televisão concorre com o Congresso Nacional¹⁹³. Em dias atuais, os temas de apelo popular são primeiro discutidos na televisão para, só no momento seguinte, repercutirem nas Casas Legislativas, pode-se falar, assim, numa crise de representatividade e legitimidade do Poder Legislativo, a qual se não é produzida pela televisão, certamente é agravada por essa. Aliás, no mundo pós-moderno, a televisão, ao mesmo tempo em que elege o Presidente da República, fiscaliza a atuação do Poder Judiciário. Note-se, bem, não se afirma aqui que a televisão seja um poder, ou, ainda, que seja possível falar em tripartição de poderes.

O poder é uno e não é a tevê que o encarna, mas é instrumento deste, assim como a religião foi em épocas passadas. Diga-se, desde logo, que não é demasiado afirmar que a televisão intimida o magistrado, vez que agora ela é tanto a Corregedoria, a fiscalizar e punir os juízes autônomos e desobedientes, quanto o Tribunal de segunda instância, a reformar as decisões por ela questionadas. Numa só palavra, a televisão é um formidável instrumento de manutenção da ordem simbólica¹⁹⁴.

Com efeito, o trabalho da televisão é manejar símbolos, seja para induzir comportamentos junto às massas, seja para entorpecer o indivíduo com a sua dose diária de ilusão necessária à subsistência¹⁹⁵. Da mesma maneira que a televisão manipula os símbolos, as autoridades policiais, dentre outras, distorcem o princípio da publicidade no inquérito policial, selecionando os casos com potencial para a primeira capa do jornal. A boa notícia acerca de um caso penal não é aquela que bem informa, mas aquela por meio da qual o repórter pode buscar seu reconhecimento profissional. Vê-se, desta forma, que o princípio da publicidade ajuda a reescrever as cifras ocultas¹⁹⁶.

É preciso que se perceba que, quando a imagem da televisão se

tornou digital graças aos avanços da tecnologia, isto acabou por conferir a esta um conjunto de possibilidades infinitas para a manipulação das mensagens transmitidas, vez que a imagem passa a ser uma sequência de pontos, conversíveis em números. Não é por outra razão que Edmund Couchot assevera que “a imagem numérica não é mais a transposição de um modelo determinado, não é mais a reprodução mais ou menos exata de um original, uma duplicata óptico-química como a fotografia, é uma imagem com possibilidades infinitas”¹⁹⁷. A televisão torna-se, assim, um instrumento ainda mais perigoso a serviço do poder¹⁹⁸.

As imagens da televisão nunca são mudas, de sorte a permitir a interpretação do receptor, são sempre acompanhadas por uma voz ao fundo, a qual se encarrega de guiar a interpretação. Mas não apenas isto. A imagem sempre está em *close*, de sorte que o telespectador apenas veja o que foi selecionado, sem que tenha a possibilidade de perceber o que não foi enquadrado. Disto resulta que a televisão não democratiza a informação proporcionada pelo princípio da publicidade dos atos das autoridades públicas, pelo contrário, seleciona um fragmento dos fatos e o divulga como se fosse o próprio fato. Pode-se dizer, assim, que o *close* da imagem televisiva e a síntese da complexidade do caso penal são instrumentos da seletividade do sistema punitivo e mecanismos inviabilizadores do exercício pleno da ampla defesa. O que dizer dos casos de apelo popular (Caso Isabela Nardoni¹⁹⁹, Caso Suzane von Richthofen²⁰⁰, Caso João Hélio²⁰¹, dentre outros) levados ao Tribunal do Júri, após semanas de massificação da mensagem de condenação pela mídia?

Portanto, não é possível falar de uma televisão realmente interativa, a interatividade é uma aparência, um discurso, mas não uma “realidade”. Em outros termos, a interatividade é uma estratégia aprimorada da televisão a serviço dos fatores reais de poder, de sorte a preservar a hegemonia desse último e a manter os excluídos em exclusão. A tevê, por conseguinte, não exhibe o excluído, somente o faz quando visa reforçar essa qualidade.

Mais do que isso, a interatividade possui um diferencial ainda mais pernicioso, os excluídos, por meio dela, sentem-se, ainda que instantaneamente, incluídos. Quando a televisão leva ao público as suas manchetes, ela parece incluir a todos os telespectadores, levando

aos receptores a mesma informação. Todavia, trata-se apenas de uma aparência, pois enquanto os excluídos não foram convidados a elaborar a notícia, aqueles que se encontram no poder interferem diretamente na produção daquela²⁰².

Destaque-se, mais uma vez, a linguagem da televisão é marcada por uma pulsação, por meio da qual, conforme destaca Umberto Eco, ela não transmite fatos, mas produz esses²⁰³. Ela não divulga crimes, ela explora esses. Nas palavras de Arthur Kroker, “na cultura pós-moderna, não é a tevê que é o espelho da sociedade, mas exatamente ao contrário: é a sociedade que é o espelho da tevê”²⁰⁴. Talvez por conta dessa constatação, Marshall McLuhan tenha asseverado que a televisão não é um “meio frio”²⁰⁵ como o rádio ou o jornal, vez que ela não apenas manipula os sentidos da visão e audição, ela tenta ser o “mundo todo”²⁰⁶.

Veja-se, desta forma, que a tevê é narcísea, e disto resulta que, agora, ela não tem mais qualquer compromisso com a verdade e com os fatos, ela olha para si mesma, fala de si mesma, ela é o próprio mundo²⁰⁷. Se a televisão não tem compromisso com os fatos, mas com a audiência, por que ela teria compromisso com a garantia individual do princípio da publicidade? A televisão é, portanto, veículo de ideologia que se empenha, dia após dia, para sufocar as ideologias rivais²⁰⁸. Numa só palavra, as câmeras de hoje são as fogueiras da inquisição de ontem, queimam muitos inocentes, a custa de alguns culpados.

Logo, a televisão não emite a “opinião pública”, se é que isso existe, ela fabrica e propala a sua opinião, à medida que se autoelege representante dos interesses da sociedade, ao mesmo tempo em que a mobiliza. Resta a pergunta: quem lhe conferiu tais poderes? Em razão dos limites do presente trabalho, não irá se especular aqui em torno das possíveis respostas à referida pergunta. O certo é que a tevê não é um poder, mas um dos melhores instrumentos dele. Aliás, é em razão disso, não se perca de vista, que a “opinião publicada”, em regra, insufla o confronto direto entre os cidadãos como estratégia ideal de encobrimento das falhas do Estado, seja promovendo linchamentos públicos, seja elegendo um determinado “delinquente” como o inimigo número um da população.

Diga-se, por mais uma vez, que a televisão guia a atividade das autoridades públicas. O que dizer do juiz que interroga os acusados diante das câmeras? O que dizer do juiz que decreta uma prisão preventiva

em nome da ordem pública²⁰⁹? Note-se, assim, que, à medida que o tempo passa, a combinação perniciosa entre o princípio da publicidade no processo penal e a televisão produz cada vez mais efeitos nocivos (por exemplo, destrói a imagem e a honra do acusado). E, se o estigma causado ao suposto autor do delito é um deles, o comprometimento dos princípios da imparcialidade e do sistema acusatório, no que toca ao último exemplo acima mencionado, é, sem dúvida, um outro.

Seja como for, constatar tal fato, por si só, permite perceber não só a relação que o princípio da publicidade mantém com a televisão, bem como o enlace entre aquele e uma sensação disseminada pela sociedade pós-moderna: a sensação de insegurança.

2.4 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A SENSACÃO DE INSEGURANÇA

Parafraseando Bauman²¹⁰, pode-se dizer que o mal-estar da pós-modernidade, pelo menos no Brasil, se é que realmente se pode falar em pós-modernidade em terras tupiniquins, é o mal-estar, ou melhor, a sensação de insegurança. À medida que a televisão repete até a exaustão as mensagens sobre violência a partir da publicidade dos atos das autoridades públicas, dissemina-se, cada vez em maior escala, a sensação de insegurança.

Note-se que a sensação de insegurança é o elemento motivador pela busca incessante por cada vez mais notícia que tenha por objeto a violência. É essa sensação que fomenta a procura por mais informação em torno da violência, apesar da oferta diária e excessiva dessa. Ou seja, a sensação de insegurança inverte a lógica econômica da procura e da oferta e, nesta medida, torna-se um excelente instrumento lucrativo para aqueles que se lambuzam na combinação fétida entre a incapacidade do aparelho estatal e a exploração da desgraça alheia. O que dizer da televisão, ou, ainda, das empresas de segurança privada?

Mas não apenas isso. A crescente sensação de insegurança desnorteia a racionalidade do cidadão, à medida que este consente com a barbárie praticada pelos órgãos do Estado, notadamente a polícia. Ou seja, o cidadão não se revolta diante da cena na qual o policial atira “pelas costas” de um preso provisório que tenta fugir da “casa dos horrores” que é a prisão. Mais que isso, o cidadão não se sensibiliza diante da

tortura diária das celas superlotadas. É como se a opinião publicada estivesse levando o cidadão a entender que aquele que não colabora com o Estado é conivente com a “marginalidade”. O homem se esquece de sua dignidade humana.

É, ainda, esta crescente sensação de insegurança que desnorteia a racionalidade da opinião publicada, que fomenta o culto à segurança. Acredita-se na existência de uma segurança. Ora, a segurança é em si um mito, tanto porque, no que toca à sua abordagem fenomenológica, esta é fundamentalmente uma sensação, quanto porque, no que toca ao seu aspecto simbólico, essa tem a pretensão (se tem capacidade de proporcionar o fim a que se propõe, isso é bastante duvidoso) utilitária de proporcionar determinados fins, quais sejam, econômicos (principalmente), políticos e psicológicos, dentre outros, todos eles evitados de conteúdo ideológico²¹¹. Enquanto mito²¹² que é, a segurança não é um dado, nem admite demonstração, é um objeto de fé, para uns, e de manipulação e venda, para outros.

Contudo, o homem pós-moderno não se apercebe de que a mesma informação que lhe traz um momento de segurança será aquela que lhe propiciará, num instante seguinte, um estado de insegurança. Consome-se informação não porque o mundo globalizado esteja orientado por valores altruístas educacionais. Consume-se porque é preciso consumir, porque o consumo é a razão, é o próprio Ser (*Deisen*) do mundo pós-moderno. À medida que se consome, o homem é levado a consumir mais. Todavia, à medida que se consomem novas informações, outras são massificadas, e estas novas informações aumentam a probabilidade de refutação do conhecimento, das “ciências”, das “verdades” físicas, da segurança, o que provoca no homem uma crise de abstinência informativa e o leva a novamente consumir.

A interação nociva entre o princípio da publicidade no processo penal, a liberdade de imprensa, a televisão e a sensação de insegurança, acabam por inculcar no inconsciente coletivo que agora o inimigo não tem mais rosto. Isto mesmo, o inimigo não usa farda, não é identificável e é muito bem camuflado. Ele anda entre os cidadãos e pode ser um deles. O inimigo muitas vezes é o próprio Estado e a sua polícia. No Rio de Janeiro, por exemplo, a polícia mata mais do que aqueles ditos à “margem da lei”²¹³. Já não se sabe quem é o “mocinho ou o vilão”, quem é a “polícia ou o ladrão”. Numa sociedade que depende de heróis,

esse é o problema em se tentar identificar o inimigo: morre mais um inocente à custa de um suposto “bandido”.

O fruto dessa combinação explosiva entre princípio da publicidade, liberdade de imprensa e televisão é que, como a própria mídia em matéria relativamente recente divulgou, a sensação de insegurança no Brasil é a maior do mundo, diz ONU²¹⁴:

A sensação de insegurança atinge 70% dos brasileiros e é a maior do mundo, segundo relatório divulgado nesta segunda-feira pela Organização das Nações Unidas (ONU). A estatística faz parte do Relatório Global sobre Assentamentos Humanos, do *Programa das Nações Unidas para Assentamentos Urbanos (UN-Habitat)*, que este ano aborda o tema da segurança em várias cidades do planeta. O relatório também mostra que a cidade de São Paulo responde por 1% de todos os homicídios do planeta - apesar de ter apenas 0,17% da população mundial. De acordo com o coordenador de análise e planejamento da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, Túlio Khan, a violência no Estado está diretamente relacionada com o uso de bebidas alcoólicas e o porte de arma de fogo.

Segundo o relatório, no Rio de Janeiro os índices de homicídios triplicaram desde a década de 70, enquanto que em São Paulo o número quadruplicou. No Brasil, mais de 100 pessoas são mortas por armas de fogo todos os dias, sendo que no Rio de Janeiro a taxa de mortes por armas é maior que o dobro da média nacional. De acordo com a ONU, a guerra entre traficantes, a invasão policial e a alta densidade populacional pioram a qualidade de vida nas favelas. Rio e São Paulo registram mais da metade dos crimes violentos no país.

O estudo da ONU também mostra que crime está crescendo assustadoramente em grandes

aglomerados urbanos na América Latina - onde 80% das população vive em cidades - e na África - onde 40% da população não está nos campos.

Sobre o Brasil, o levantamento também aponta que existem 35 mil automóveis blindados no país, e que entre 40% e 70% da população das principais cidades vivem em assentamentos irregulares.

O relatório mostra que as taxas de crime em nível global e regional cresceram constantemente entre 1980 e 2000, aumentando cerca de 30%, ou seja, de 2.300 para mais de 3.000 por 100 mil pessoas. Crimes violentos, em particular, estão aumentando.

Enquanto as taxas de crime pessoal variam significativamente entre regiões e países, foi estimado que 60% do total de moradores de locais urbanos dos países em desenvolvimento foram vítimas de crimes. Na América Latina e na África, essas taxas chegam a até 70%.

A estatística confirma que a cultura do medo do crime e da violência está enraizada na maioria dos países. A pesquisa foi feita em cidades de 35 países desenvolvidos e em desenvolvimento. Os entrevistados responderam à pergunta: sentem-se seguros quando voltam para casa à noite? Os índices mais elevados de medo vieram do Brasil (70%) e o menor índice foi da Índia (13%). Os dez primeiros lugares estão divididos entre países da África (4%) e da América Latina (6%).

O documento ressaltou que o rápido processo de urbanização da cidade resultou no aumento de criminalidade, destacando que em 1999 São Paulo registrou 11.455 assassinatos, 17 vezes mais que Nova York, com 667.

Os números do medo do crime (que é diferente da percepção e reconhecimento da iminência do

crime) estão associados à violência da polícia, à sensação de insegurança e aos registros oficiais de violência e mortes, assuntos frequentes nos jornais e noticiários.

Diante do exposto é preciso repensar esta relação complexa e manipulada que tem sido, até então, a interação entre o princípio da publicidade no processo penal, a liberdade de imprensa e a televisão. Não porque esta seja a única saída para a crescente sensação de insegurança, ou porque se constitua no caminho que leva ao pote de ouro atrás do arco-íris. Mas porque se revela na estratégia mais consciente e racional possível. É preciso que se pare de “brincar” com a segurança pública, que se contenha o avanço desmedido da televisão, que se puna severamente as autoridades públicas que desvirtuam o princípio da publicidade no processo penal à custa de seu próprio benefício e, por fim, que sejam adotadas políticas de segurança pública racionais e civilizadas, do contrário, logo-logo, não se terá mais do que se proteger, pois já se estará morto.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o princípio da publicidade no processo penal, face ao papel desempenhado pela televisão na sociedade contemporânea, necessita ser repensado. E repensar tal princípio demanda uma séria reflexão crítica acerca das repercussões criminológicas que a interpretação e aplicação de tal princípio acabam por ocasionar ao suposto autor do delito. Poder-se-ia atribuir tal desvirtuamento a um ranço positivista entranhado no espírito das autoridades públicas proveniente da racionalidade moderna.

Mas se tal explicação não é absurda, certamente é ingênua, à medida que se presta a encobrir o verdadeiro motivo do desvirtuamento do princípio da publicidade no processo penal pelas autoridades públicas, qual seja, a manutenção do *status quo*. Em outras palavras, a manipulação do princípio da publicidade no processo penal é uma estratégia de hegemonia. Tal estratégia é aprimorada por meio da televisão, à medida que se multiplicam os segregados e estes são mantidos sob controle.

Portanto, uma nova concepção do princípio da publicidade no processo penal é, antes de mais nada, uma concepção atenta da interpenetração que este hoje mantém com a liberdade de imprensa, a televisão e a sensação de insegurança. Esta nova concepção que aqui se propõe terá tanto mais êxitos quanto maior for a sua vinculação à compreensão do caso penal como um *topoi* a ser resolvido por meio da argumentação. Não se pode mais admitir a interpretação e aplicação do princípio da publicidade no processo penal de forma alienada à realidade, ou seja, de maneira descomprometida com a ponderação dos valores que se encontram em jogo. Um processo penal que não respeita o problema trazido ao seu conhecimento é um processo penal falido.

Notas

¹ Norma compreendida como fruto da interpretação resultante da combinação do texto legal com o fato da vida e que se subdivide em duas espécies, são elas: regras e princípios. Nesse sentido, entre nós, GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-205.

² O vocábulo “evolução” pode ser compreendido sob diversos enfoques que se adote acerca da história, são eles, dentre outros: o linear, o circular e o helicoidal. A concepção linear sustenta que a história é uma linha em constante progresso acumulativo, a qual nunca experimenta retrocessos. A abordagem circular sufraga a tese de que a história é uma linha cíclica, marcada por avanços e retrocessos. E, por fim, a proposta helicoidal, defende que a história é uma linha evolutiva cíclica que admite avanços e retrocessos, havendo uma preponderância daqueles sobre esses. Disso resulta que os vocábulos evolução e/ou progresso, demandam cautela, vez que a opção por qualquer uma das vertentes de história mencionada é sempre, em última análise, uma opção ideológica. Desta circunstância, tanto o jurista quanto o operador do Direito devem ter consciência. Nesse sentido, consulte-se: MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito – Dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 193-324. Consulte-se, ainda, KÜHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.

³ CF, Artigo 5º. LX – “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

⁴ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p.121-128.

⁵ A velocidade como o tempo do lucro da sociedade capitalista. Note-se, assim que a revolução dos sistemas de comunicação atua no tempo e no espaço fazendo-os adquirir novos valores, adaptados à modernidade tardia. O tempo, que, na sua gênese é uma convenção humana, cada vez deixa mais clara a sua proporção de feitor do homem. Ou seja, o tempo na sociedade pós-moderna não é o tempo da contemplação, mas o tempo da comunicação, ou, por que não dizer, o tempo da angústia, da produção. Cria-se o *tempo interrompido*, rapidinho, descontinuando tudo, impondo a adivinhação do resto.

⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *O abuso do poder econômico e o projeto de lei nº 3.712*. São Paulo: Max Limonad.

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP, 1995, p. 13. FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 48.

⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 138.

⁹ AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *A importância dos atos de comunicação para o processo penal: o esboço de uma teoria geral e uma análise descritiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12-32.

¹⁰ Note-se, assim, com espeque na lição de Tobias Barreto, que o Direito é um produto da *cultura humana*. Por conseguinte, ele não é uma entidade metafísica, superior e anterior ao homem, mas sim produto do desenvolvimento histórico. O direito é, pois, uma disciplina social, portanto, nenhum instituto jurídico, por mais elevado que seja na escala evolucionar, deixa de carregar consigo um caráter finalístico. Sendo assim, “o direito é um instituto humano; é um dos modos de vida social, a vida pela coação, até onde não é possível a vida pelo amor; o que fez Savigny dizer que a necessidade e a existência do direito são uma consequência da imperfeição do nosso Estado”. BARRETO, Tobias. *Introdução do estudo do direito – política brasileira*. São Paulo: Landy Editora, 2001, pp. 31-36.

¹¹ LYOTARD, Jean-François. *A condição-pós moderna*. Tradução: Wilmar do Valle Barbosa. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2006, p. 80.

¹² MARCUSE, Herbert. *Ideologia da sociedade industrial*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969. De acordo com o autor, todo pensamento das *sociedades industriais* avançadas, nesse sentido, seria pautado por uma imediatividade que racionalizava o irracional.

¹³ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007.

¹⁴ BOURDIEU, Pierre. *La distinción – criterio y bases sociales del gusto*. Madrid: Taurus, 2000, p.323.

¹⁵ BAUMAN. Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 46.

¹⁶ BAUMAN. Zygmunt. *Identidade*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 35.

¹⁷ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito - Uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁸ BAUMAN. Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 52. CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Florianópolis: Paz e Terra, 2007.

¹⁹ MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito - Dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 157.

²⁰ RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Tradução: Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 133.

²¹ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Tradução: Maria João Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 1997, p. 27.

²² Note-se que, em certa medida o *eidós* pode ser compreendido como o prenúncio da ambivalência e liquidez que marcam o conhecimento peculiar à pos-modernidade, que nem é binário, nem conciliatório, mas que busca suplantar esta cisão artificial. Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos preleciona que a “ciência pós-moderna sabe que nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma, racional; só a configuração de todas elas é racional. Tenta, pois, dialogar com outras formas de conhecimento deixando—se penetrar por elas. A mais importante de todas é o conhecimento do senso comum, o conhecimento vulgar e prático com que no quotidiano orientamos as nossas acções e damos sentido a nossa vida. A ciência moderna construiu-se contra o senso comum que considerou superficial, ilusório e falso. A ciência pós-moderna procura reabilitar o senso comum por reconhecer nesta forma de conhecimento algumas virtualidades para enriquecer a nossa relação com o mundo”. Consulte-se, SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4ª ed.

São Paulo: Cortez, 2006, p. 88-89.

²³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 184.

²⁵ NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 125.

²⁶ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

²⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 9-24.

²⁸ Quando trata da abertura do sistema, Canaris sustenta que o sistema é aberto quer quanto sistema científico, quer quanto sistema objetivo. Enquanto sistema científico, o sistema é aberto em razão da *incompletez do conhecimento científico*, ao passo que, enquanto sistema objetivo, o sistema é aberto em razão da *modificabilidade dos valores fundamentais* da ordem jurídica. Note-se que a abertura do sistema desempenha um importante significado para as possibilidades do pensamento sistemático e para a formação do sistema na Ciência do Direito. Ademais, convém destacar que há uma relação entre as modificações do sistema objetivo e as modificações do sistema científico. A modificação do sistema objetivo implica modificação no sistema científico, mas a recíproca não é verdadeira. Sendo também importante salientar que a modificação do sistema científico não é uma característica peculiar do sistema jurídico, ao passo que a modificação do sistema objetivo é uma característica própria desse sistema.

²⁹ Convém salientar, assim, que o que se entende por natureza aberta é a combinação da incompletude do conhecimento científico com a modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica e, por natureza mutável, a conjugação de igualdade fundamental de categoria, mútua substituibilidade dos critérios adequados de justiça e renúncia simultânea à formação de previsões normativas fechadas.

³⁰ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 233-246.

³¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.70-96.

³² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7ª ed. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005. p. 354-405.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Volume I. 1ª edição brasileira. São Paulo: RT e Coimbra Editora, 2007, p.577.

³⁴ BAZDRESCH, Luiz. *Curso elementar de garantias constitucionale*. México: Editorial Jus, 1977, p. 120-132.

³⁵ Acerca da distinção entre direitos e garantias e as dificuldades acerca do tema, consulte-se AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio. *Revista de direito constitucional e internacional*. v. 43. São Paulo: RT, 2003, p. 31-48.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Volume I. 1ª edição brasileira. São Paulo: RT e Coimbra Editora, 2007, p. 577-595.

³⁷ Título II, Capítulo I da Constituição de 1988.

³⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp.88/89.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Volume I. 1ª edição brasileira. São Paulo: RT e Coimbra Editora, 2007, p.577-595.

⁴⁰ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Volume XIII. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1995.

⁴¹ FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão/O mal-estar na civilização*. Volume XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1999.

⁴² SARTRE, Jean-Paul. *Freud, além da alma*. Tradução: Jorge Laclette. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

⁴³ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 57.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

⁴⁵ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 78.

⁴⁶ BENJAMIN, Walter. *Para uma crítica de la violencia*. Disponível em: http://www.dooos.org/articulos/textos/walter_benjamin.pdf. Acesso em: 20.05.2008.

⁴⁷ MORIN, Edgar. *Breve historia de la barbárie em ocidente*. Buenos Aires: Paidós, 2007, p. 33-46.

⁴⁸ FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão/O mal-estar na civilização*. Volume XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1999, p. 25-32.

⁴⁹ LYOTARD, Jean-François. *Lo inhumano: charlas sobre el tiempo*. Buenos Aires: Manantial, 1998, p. 23-36.

⁵⁰ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 82-83.

⁵¹ SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 23-24.

⁵² Nesse passo, Karl Popper, lecionando sobre o conhecimento e a ignorância, assevera que “se é possível dizer que a ciência, ou o conhecimento, “começa” por algo, [...] o conhecimento não começa de percepções ou observações ou de coleção de fatos ou números, porém, começa, mais propriamente, de problemas. Poder-se-ia dizer: não há nenhum conhecimento sem problemas; mas, também, não há nenhum problema sem conhecimento. Mas isto significa que o conhecimento começa da tensão entre conhecimento e ignorância. [...] não há nenhum problema sem conhecimento; [...] não há nenhum problema sem ignorância. [...] cada problema surge da descoberta de que algo não está em ordem com nosso suposto conhecimento; descoberta de uma contradição interna entre nosso suposto conhecimento e os fatos [...]”. Consulte-se POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 14-15.

⁵³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal - Introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999; ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Trad. E. Kosowski, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri – Símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 159

⁵⁵ O meio de comunicação antecipa-se ao real, através de seus mecanismos, e este vem como uma espécie de “efeito tardio” de sua transmissão. O real passa a ser uma espécie de confirmação daquilo que ficticiamente havia sido apresentado na televisão; busca sua afirmação copiando a ficção, tentando ser simulacro de si mesmo. BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Tradução: Maria João Pereira. Lisboa: Relógio D’água, 1997, p. 27-39.

⁵⁶ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 77.

⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 71.

⁵⁸ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007, p. 65-67.

⁵⁹ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007, p. 75-78.

⁶⁰ FREUD, Sigmund. Ob.cit. p. 56-57.

- ⁶¹ FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.48-53.
- ⁶² FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 47-51.
- ⁶³ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 58.
- ⁶⁴ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 62.
- ⁶⁵ SIMMEL, Georg. *Filosofia do amor*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ⁶⁶ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 79.
- ⁶⁷ BAUMAN. Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p.18.
- ⁶⁸ FREUD, Sigmund. Ob.cit., p. 80.
- ⁶⁹ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 83.
- ⁷⁰ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 83.
- ⁷¹ ANDRADE, Jose Helder de Souza. *Segurança X sensação de segurança*. São Paulo: Ciência Moderna, 2002.
- ⁷² FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Volume XIII. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1995, p. 64.
- ⁷³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 45-57.
- ⁷⁴ PASUKANIS, Eugeni B. *Teoría general del derecho y marxismo*. Trad. Virgílio Zapatero, Barcelona: Labor, 1976.
- ⁷⁵ BAUMAN. Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 52.
- ⁷⁶ FREUD, Sigmund. Ob. cit. p. 87.
- ⁷⁷ AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O amor como fundamento legitimador do direito. *Revista Forense*. V. 383. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 489-495.
- ⁷⁸ CHAUI, Marilena. *Conformismo e resistência - aspectos da cultura popular do Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.
- ⁷⁹ LYOTARD, Jean-François. *Lo inhumano: charlas sobre el tiempo*. Buenos Aires: Manantial, 1998, p. 39-42.
- ⁸⁰ FILHO, Ciro Marcondes. *Televisão*. São Paulo: Editora Scipione, 1994.
- ⁸¹ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 47-51.
- ⁸² LACAN, Jacques. *Televisão*. Tradução: Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 32.
- ⁸³ MAFFESOLI, Michel. *Notas sobre a pós-modernidade - O lugar faz o elo*. São Paulo: Atlântica Editora, 2004, p. 35.
- ⁸⁴ LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.
- ⁸⁵ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 72.
- ⁸⁶ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 73.
- ⁸⁷ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 75.
- ⁸⁸ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 67.
- ⁸⁹ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 68.
- ⁹⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico filosófico – Investigações filosóficas*. 3ª ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.283-298. Note-se que não se desconhece aqui as duas fases principais pelas quais passaram o pensamento do referido filósofo linguísta. Com efeito, utiliza-se nessa passagem específica sua primeira fase, não convencionalista, ao invés de sua segunda preponderantemente convencionalista.
- ⁹¹ LACAN, Jacques. *Televisão*. Tradução: Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 42.

⁹² FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 69.

⁹³ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p.25-36.

⁹⁴ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 70.

⁹⁵ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 70.

⁹⁶ Convém salientar, por oportuno, com espeque na lição de Jean Baudrillard, que a Sociedade de Consumo, em certa medida, vale-se da mesma estratégia, ou seja, destrói o natural e por meio do signo reconstrói este de forma potencializada, produzindo a sensação ao final de que o artificial é mais real do que o real e que o real é uma ilusão equivocada. Nesse sentido, é que o sociólogo francês denuncia que a lógica que permeia o consumo é a da carência e a da diferenciação social. Consulte-se, BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007.

⁹⁷ Nesse passo, convém destacar a acepção de Ponty acerca do *cogito*, o qual assinala que “entre mim, que analiso a percepção, e o eu que percebe, há sempre uma distância. Mas, no ato concreto de reflexão, eu transponho essa distância, provo pelo fato que sou capaz de saber aquilo que eu percebia, domino praticamente a descontinuidade dos dois Eus, e finalmente o *cogito* terá por sentido não revelar um constituinte universal ou reconduzir a percepção à intelecção, mas constatar este fato da reflexão, que ao mesmo tempo domina e mantém a opacidade da percepção”, vide: MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. Tradução: Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 74.

⁹⁸ A segurança é em si um mito, tanto porque, no que toca à sua abordagem fenomenológica, esta é fundamentalmente uma sensação, quanto porque, no que toca ao seu aspecto simbólico, essa tem a pretensão (se tem capacidade de proporcionar o fim a que se propõe, isso é bastante duvidoso) utilitária de proporcionar determinados fins, quais sejam, econômicos (principalmente), políticos e psicológicos, dentre outros, todos eles evadidos de conteúdo ideológico. Enquanto mito que é, a segurança não é um dado, nem admite demonstração, é um objeto de fé para uns, e de manipulação e venda para outros.

⁹⁹ FREUD, Sigmund. Ob. cit., p. 71.

¹⁰⁰ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

¹⁰¹ MAFFESOLI, Michel. *Notas sobre a pós-modernidade - o lugar faz o elo*. São Paulo: Atlântica Editora, 2004, p. 47.

¹⁰² MORIN, Edgar. *Breve história de la barbárie em ocidente*. Buenos Aires: Paidós, 2007, p. 33-46.

¹⁰³ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 308.

¹⁰⁴ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Volume XIII. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. 2ª edição. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1995, p. 69.

¹⁰⁵ ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 23-27.

¹⁰⁶ CHAUÍ, Marilena. *Conformismo e resistência - aspectos da cultura popular do Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986, p. 43-57.

¹⁰⁷ A escolha é o ápice da sensação de mal-estar.

¹⁰⁸ DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

¹⁰⁹ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Volume XIII. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1995, p. 53-67.

¹¹⁰ Contudo, o homem pós-moderno não se apercebe de que a mesma informação que lhe traz um momento de segurança, será aquela que lhe propiciará, num instante seguinte, um estado de insegurança. Consome-se informação não porque o mundo globalizado esteja orientado por valores

altruístas educacionais. Consome-se porque é preciso consumir, porque o consumo é a razão, é o próprio Ser (*Deisen*) do mundo pós-moderno. À medida que se consome o homem é levado a consumir mais. Todavia, à medida que se consomem novas informações outras são massificadas, e estas novas informações aumentam a probabilidade de refutação do conhecimento, das “ciências”, das “verdades” físicas, da segurança, o que provoca no homem uma crise de abstinência informativa e o leva a novamente consumir.

¹¹¹ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007, p. 79-83.

¹¹² BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 7.

¹¹³ BAUMAN, Ob. cit., p. 7.

¹¹⁴ MORIN, Edgar. *Cultura e barbárie européias*. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.

¹¹⁵ MORIN, Ob. cit., p. 8.

¹¹⁶ ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 23.

¹¹⁷ ARISTÓTELES, Ob. cit., p. 26.

¹¹⁸ O “Grande Irmão” (em inglês: *Big Brother*) é um personagem fictício no romance “1984” de George Orwell, o enigmático ditador da Oceania. Na sociedade descrita por Orwell, todos as pessoas estão sob constante vigilância das autoridades, principalmente por teletelas (*telescreen*), sendo constantemente lembrados pela frase propaganda do Estado: “o Grande Irmão zela por ti” ou “o Grande Irmão está te observando” (do original “*Big Brother is watching you*”). A descrição física do “Grande Irmão” assemelha-se a Josef Stalin ou Horatio Herbert Kitchener. O conceito originado transposto para a sociedade moderna é o domínio das massas por mídias, se não totalitárias, mas na condição de quase monopólio de audiência. Elas podem ditar regras nos costumes, fazer e/ou desfazer idolatrias e fazerem- -se de vias para a condução de uma cultura.

¹¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 8.

¹²⁰ BAUMAN, Ob. cit. p. 8.

¹²¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002. p. 86.

¹²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jéferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 32-43.

¹²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

¹²⁴ FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão/O mal-estar na civilização*. Volume XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1999, p. 27.

¹²⁵ FREUD, Ob. cit., p. 25.

¹²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002. p. 97-101.

¹²⁷ PERELMAN, Chaïm; TYTECA, L. Olbrechts. *Tratado da argumentação. a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹²⁸ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 312.

¹²⁹ CÍCERO, Marco Túlio. *Retórica a berênio*. Tradução: Adriana Seabra e Ana Paula Celestino Faria. São Paulo: Hedra, 2005, *passim*.

¹³⁰ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 294.

¹³¹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução: Kelly Alfen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2008.

¹³² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 15-16.

¹³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 235-240.

¹³⁴ Ressalte-se, nesse passo, a lógica do consumo que permeia os meios de comunicação de massa, notadamente com a produção de “manchetes bombásticas” e a comercialização da violência como produto de consumo. Aliás, convém pôr em relevo, com espedeque na lição de Jean Baudrillard, que a violência na sociedade do consumo desempenha as seguintes funções e apresenta os seguintes aspectos: a) a grande massa “pacificada” é quotidianamente alimentada pela violência consumida e pela violência alusiva à toda substância apocalíptica do “mass media”, como forma de dar vazão à agressividade e ao instinto destrutivo inerente ao ser humano (além do fascínio – poder e prazer – exercido pela morte); b) a violência como estratégia para despertar uma obsessão por segurança e bem-estar e provocar uma febre de consumo bélico; c) a violência “espetacularizada” e o conformismo da vida quotidiana como realidades abstratas que se alimentam de mitos e signos; d) a violência ministrada em “doses homeopáticas” pela mídia como forma de realçar a *fragilidade real* da vida pacificada, vez que é o espectro da fragilidade que assedia a civilização da abundância, à medida que evidencia o equilíbrio precário que firma a ordem de contradições que constitui a sociedade contemporânea; e) a violência inexplicada como uma imposição de revisão das ideias de abundância e das taxas de crescimento da economia, face às contradições fundamentais da abundância; f) a violência que desperta como consequências, dentre outras, a destrutividade das instituições e a depressividade contagiosa da população, passando por condutas coletivas de fuga (como, por exemplo, o aumento do consumo de drogas ilícitas ou não); g) a violência que resulta da *pulsão* desencadeada pelo consumo, o condicionamento do espectador diante do apelo do espetáculo, como estratégia de manipulação do desejo; h) a violência que conduz a reabsorção das angústias através da proliferação das terapias, dos tranquilizantes, ou seja, a sociedade de abundância, produtora de satisfação sem finalidade, esgota os recursos a produzir o antídoto para a angústia derivada da satisfação. Consulte-se, BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007, p. 184-191.

¹³⁵ MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 18.

¹³⁶ A televisão torna a memória descartável. O passado é embolorado, o futuro demanda o tempo, por isso, é custoso. Logo, a televisão é o altar no qual se celebra o tempo presente, o imediato. Mas não apenas isto. A televisão desperta no homem a preguiça de pensar, pois ela pensa por ele. A televisão não é espaço democrático de participação, pelo contrário, é veículo sufragado numa linguagem auto-referencial. Desta forma, a televisão não fala o homem, ela fala de si, não é a arte que imita a vida, é a vida que é manipulada pela arte. Por isso, o homem pós-moderno, além de não possuir identidade, sofre de amnésia crônica. Por conseguinte, a memória, que é a evidência da historicidade e da existência, é resíduo radioativo que deve se ter bem à distância do cidadão. Por outro lado, a memória viabiliza a construção do conceito de tempo, potencializa a recordação de uma impressão do passado e a imaginação de um futuro, ou, como prefere Jacques Lacan, a memória é uma combinação linguística. Por conseguinte, é possível asseverar, assim, que o tempo é uma convenção de linguagem, dentro da qual o homem pós-moderno se enclausurou. LACAN, Jacques. *Televisão*. Tradução: Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 42-63.

¹³⁷ POPPER, Karl; CONDRY, John. *Televisão: um perigo para a democracia*. Tradução: Maria Carvalho. 3ª ed. Lisboa: Gradiva, 2007.

¹³⁸ MARCONDES FILHO, Ciro. *Televisão*. São Paulo: Editora Scipione, 1994, p. 36.

¹³⁹ “O mais absurdo é que nunca são mostradas pessoas a trabalhar nem o modo como adquiriram os bens que exibem. Não se estabelece qualquer relação entre riqueza e trabalho. As crianças, que

preferem as soluções mais fáceis, aspiram à felicidade tal como é definida na televisão, ou seja, possuir bens materiais, mas não sabem o que precisam fazer para os obterem”. POPPER, Karl; CONDRY, John. Ob. cit., p. 49.

¹⁴⁰ Karl Popper compreende que a televisão representa um perigo para a democracia, também porque esta amolda a criança de hoje e o cidadão de amanhã a uma lógica nefasta e violenta. “As crianças de hoje são cruéis umas com as outras, e são desprovidas de compaixão, se troçam dos fracos e desprezam quem precisa de ajuda, será que isso se deve ao que vêem na televisão?”. POPPER, Karl; CONDRY, John. Ob. cit., p. 15 e 48.

¹⁴¹ O sensacionalismo midiático em torno da criminalidade é o fruto mais amargo da cumplicidade entre um aparelho policial ineficiente e uma imprensa que ouve e publica. É rotina: crimes complexos, intrincados, embalados por paixões e mistérios, são desvendados instantaneamente para jornalistas, aos quais não ocorre perguntar: “Como o senhor descobriu tudo isso em tão pouco tempo?” Se o jornalista pergunta, perde a notícia. Ademais, não é verdade que os jornais só publicam informações de fontes oficiais, quase sempre a vítima é a fonte mais segura e inquestionável das informações divulgadas. MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 3-4.

¹⁴² BOURDIEU, Pierre. *Acerca de la television*. Tradução: Roberto Marafioti. Disponível em: <http://metrallapoetika2.googlepages.com/BourdieuPierre-Acercaodelatelevisiond.doc>. Acesso em: 15/06/08.

¹⁴³ POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 7.

¹⁴⁴ POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 8.

¹⁴⁵ POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 9.

¹⁴⁶ POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 9.

¹⁴⁷ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Itatiaia, 1998, *passim*.

¹⁴⁸ POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 10.

¹⁴⁹ POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 10.

¹⁵⁰ POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 10.

¹⁵¹ POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 10.

¹⁵² BOURDIEU, Ob. cit., p. 16.

¹⁵³ LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. *Triste fim de Policarpo Quaresma*. Disponível: <http://www.cce.ufsc.br/~nupill/literatura/quaresma.html>. Acesso em: 02/01/07.

¹⁵⁴ POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 11.

¹⁵⁵ A televisão reconstitui o mundo de uma forma especial. A telenovela torna-se o mundo real e o telejornal o mundo ficcional. A novela é tão cotidiana quanto a própria vida. Tornou-se um componente necessário da existência, uma espécie de preenchimento da necessidade de vivência. O mundo do homem é na medida de seus anseios e angústias. MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 38-41.

¹⁵⁶ Reflexão que apresentaria o seguinte conjunto de medidas: a censura aos programas violentos, a imposição de um compromisso legal aos que trabalham com a televisão, a instituição de uma autorização revogável. O que se visa não é a censura da televisão, mas uma televisão com compromisso moral. POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 12.

¹⁵⁷ POPPER; CONDRY, Ob. cit., p.13.

¹⁵⁸ BOURDIEU, Ob. cit., p. 4-5.

¹⁵⁹ BOURDIEU, Ob. cit., p. 19-22.

¹⁶⁰ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007, p. 184-191.

¹⁶¹ LACAN, Ob. cit., p.49-60.

¹⁶² “Entre os valores finais havia um que dominava todos os outros: ‘a felicidade’. Este valor surgia

em quase 60% das seqüências publicitárias, ou seja, duas vezes mais, pelo menos, do que qualquer outro. ‘O reconhecimento pessoal’ vinha em segundo lugar. Os valores finais que preconizavam o egoísmo ou o egocentrismo (tais como a felicidade pessoal, uma vida interessante, o reconhecimento social) eram citados muito mais vezes do que valores altruístas com a igualdade e a amizade”. POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 56.

¹⁶³ A condição do inconsciente é a linguagem, por isso o pensamento só tem com o alma-corpo uma relação de ex-sistência e muito pouco do que se chama de real provém do que se entende por real. Mas não apenas isto. Só existe estrutura de linguagem à medida que a língua é a condição do sentido. Nestes termos, basta um significante para fundar o significante “Um”. Não se iluda, bicho-homem, não há harmonia entre o Ser e o mundo. LACAN, Ob. cit., p. 17-25.

¹⁶⁴ MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 84.

¹⁶⁵ “(...) as pessoas não vêem mais necessidade de uma troca real, física com aqueles que estão ao seu redor, que com elas convivem, mas satisfazem-se apenas com a substituição a partir desse aparelho eletrônico. A televisão funcionando como a máquina narcísica, através da qual, não existindo mais a comunidade, a família, os amigos, vira apenas uma maneira de cada um embebedar-se, organizando sua programação, comendo sua satisfação por si e exclusivamente para si, num universo autista”. MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 84.

¹⁶⁶ “Separação cada vez mais marcante entre si mesmo e o mundo com a rejeição subsequente da consciência do mundo exterior, um auto-recolhimento estimulado e anulação das diferenças temporais em função de um presente permanente”. MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 85.

¹⁶⁷ MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 58-59.

¹⁶⁸ Comunicação instantânea por meio de ideias recebidas não é comunicação, pois o receptor da mensagem não pensa sobre essa, mas a repete.

¹⁶⁹ MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 81-83.

¹⁷⁰ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 67-81.

¹⁷¹ POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 78-79.

¹⁷² ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 45-70.

¹⁷³ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: ITEC & Lumen Juris, 2008, p. 57-78.

¹⁷⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. *passim*.

¹⁷⁵ MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 74-76.

¹⁷⁶ STF, SÚMULA VINCULANTE nº 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

¹⁷⁷ POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 72.

¹⁷⁸ O telejornal não tem razão “para ter qualquer conta com a realidade. Se a deformação da realidade permite captar a atenção dos telespectadores, não há que hesitar”. POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 46.

¹⁷⁹ LACAN, Ob. cit., p. 29-30.

¹⁸⁰ “(...) no decurso de dois dias de programação televisiva referenciamos 149 mensagens relacionadas com drogas. Nesse total havia 121 mensagens favoráveis (81,2%) e 22 desfavoráveis (14,8%), sendo 6 ambíguas. Em suma, para cada mensagem desfavorável havia seis mensagens favoráveis

e, para certas drogas, a proporção era ainda mais forte: no que toca ao álcool, por exemplo, havia dez mensagens favoráveis por cada mensagem desfavorável”. POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 51. Ou seja, para cada mensagem que diz “recuse as drogas”, seis afirmam “se não se sente bem, tome qualquer coisa, que melhora”. POPPER; CONDRY, Ob. cit., p. 52.

¹⁸¹ MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 84.

¹⁸² MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 84.

¹⁸³ MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 85.

¹⁸⁴ BOURDIEU, Ob. cit., p. 15-17.

¹⁸⁵ ANDRADE, Jose Helder de Souza. *Segurança X sensação de segurança*. São Paulo: Ciência Moderna, 2002, p. 45-57.

¹⁸⁶ BOURDIEU, Ob. cit., p. 14.

¹⁸⁷ LACAN, Ob. cit., p.74-86.

¹⁸⁸ BOURDIEU, Ob. cit., p.3.

¹⁸⁹ COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

¹⁹⁰ LACAN, Jacques. Ob. cit. p.77-82.

¹⁹¹ RODRIGUES DE SOUZA, Rafael Bellan. *Gramsci e a comunicação: a mídia como aparelho privado de hegemonia*. Disponível em: <http://www.faac.unesp.br/eventos/jornada2005/trabalhos/26_rafael_bellan.htm>. Acesso em: 03 jul. 2008.

¹⁹² LIMA, Venício A. de. *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001, p. 190-191.

¹⁹³ “A mídia substituiu algumas das tradicionais funções do partido, tais como: definir a agenda dos temas relevantes para a discussão na esfera pública, gerar e transmitir informações políticas, fiscalizar a ação das administrações públicas e canalizar as demandas da população junto ao governo. Ao aparecer como o principal (mas de forma alguma único) aparelho privado de hegemonia, os meios de comunicação aparecem como um espaço de luta política fundamental na construção contra-hegemônica”. RODRIGUES DE SOUZA, Rafael Bellan. *Gramsci e a comunicação: a mídia como aparelho privado de hegemonia*. Disponível em: <http://www.faac.unesp.br/eventos/jornada2005/trabalhos/26_rafael_bellan.htm>. Acesso em: 03/07/2008». Acesso em: 03 jul.2008.

¹⁹⁴ BOURDIEU, Ob. cit., p. 4.

¹⁹⁵ NEVES, Marcelo. *A institucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 42-50.

¹⁹⁶ DI GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006, p. 94-102.

¹⁹⁷ *Apud* MARCONDES FILHO, Ob. cit., p.23.

¹⁹⁸ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Volume I. Brasília: Unb, 2004, p. 56- 161.

¹⁹⁹ PAI E TIA de Isabela Nardoni depõem à Justiça nesta quarta. Matéria publicada em 03/07/2008 às 09h49m. *O globo online*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sp/mat/2008/07/03/pai_tia_de_isabella_nardoni_depoem_justica_nesta_quarta-547079419.asp>. Acesso em: 07 jul. 2008.

²⁰⁰ SUZANE VON RICHTHOFEN quer anular julgamento que a condenou a 39 anos de prisão. Matéria publicada em 16/01/2008 às 11h52m. *O globo online*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sp/mat/2008/01/16/suzane_von_richthofen_quer_anular_julgamento_que_condenou_39_anos_de_prisao-328044733.asp>. Acesso em: 07 jul. 2008.

²⁰¹ MENOR ENVOLVIDO em morte de menino ficará preso por no máximo três anos. Matéria publicada em 08/02/2007 às 23h33m. *O globo online*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/mat/2007/02/08/294494115.asp>>. Acesso em: 07 jul. 2008.

²⁰² GRAMSCI, Antonio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

- ²⁰³ *Apud* MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 32.
- ²⁰⁴ *Apud* MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 35.
- ²⁰⁵ *Apud* MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 25.
- ²⁰⁶ *Apud* MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 25.
- ²⁰⁷ MARCONDES FILHO, Ob. cit., p. 39.
- ²⁰⁸ MÉSZÁROS, István. *O poder da ideologia*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ²⁰⁹ Expressão ambígua que veicula o arbítrio estatal sob o manto de uma suposta discricionariedade. Discricionariedade sempre pressupõe legalidade. Expressão vazia destituída de caráter cautelar e serviente a uma ideologia de antecipação da pena, submissa a uma compreensão preventiva da prisão provisória.
- ²¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, *passim*.
- ²¹¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 18.
- ²¹² WARAT, Luís Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979, *passim*
- ²¹³ *Perfil das vítimas e agressores das ocorrências registradas pelas polícias civis* (Janeiro de 2004 a Dezembro de 2005). Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJCF2BAE97ITEMID78EA9AA6C582483FA694D19FA0A90410PTBRIE.htm>. Acesso em: 03 jul.2008.
- ²¹⁴ SENSACÃO DE INSEGURANÇA no Brasil é a maior do mundo, diz ONU. Matéria publicada em 01/10/2007 às 17h15m. *O globo online Reuters*. Disponível em: « <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/10/01/297954994.asp> ». Acesso em: 03 mar. 2008.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito - Uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.
- ANDRADE, José Helder de Souza. *Segurança X Sensação de segurança*. São Paulo: Ciência Moderna, 2002.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Trad. E. Kosowski, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *A importância dos atos de*

comunicação para o processo penal: o esboço de uma teoria geral e uma análise descritiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio.* In Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 43. São Paulo: RT, 2003.

_____. O Amor como fundamento legitimador do Direito. *Revista forense.* v. 383. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal - Introdução à sociologia do direito penal.* Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

BARRETO, Tobias. *Introdução do estudo do direito – política brasileira.* São Paulo: Landy Editora, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *O abuso do poder econômico e o projeto de lei nº 3.712.* São Paulo: Max Limonad. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP, 1995.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo.* Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007.

_____. *Simulacros e simulação.* Tradução: Maria João Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade.* Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

_____. *Modernidade líquida.* Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade.* Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BAZDRESCH, Luiz. *Curso elementar de garantias constitucionales.* México: Editorial Jus, 1977.

BENJAMIN, Walter. *Para uma crítica de la violencia.* Disponível em: <http://>

http://www.dooos.org/articulos/textos/walter_benjamin.pdf. Acesso em: 20.05.2008.

BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos 10ª edição. Brasília: Editora Unb, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *La distincion – Criterio y bases sociales del gusto*. Madrid: Taurus, 2000.

_____. *Acerva de la Television*. Tradução: Roberto Marafioti. Disponível em: <http://metrallapoetika2.googlepages.com/BourdieuPierre-Acercadelatelevisiond.doc>. Acesso em: 15/06/08.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. V. 1. 1ª edição brasileira. São Paulo: RT e Coimbra Editora, 2007.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: ITEC & Lumen Juris, 2008.

CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Florianópolis: Paz e Terra, 2007.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

CÍCERO, Marco Túlio. *Retórica a herênio*. Tradução: Adriana Seabra e Ana Paula Celestino Faria. São Paulo: Hedra, 2005.

CHAUÍ, Marilena. *Conformismo e resistência - aspectos da cultura popular do*

- Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.
- DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 1973.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal. Parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____; Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.
- DI GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jéferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno – nascimento e crise do estado nacional*. Tradução Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho; revisão da Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- _____. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2003.
- FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Volume XIII. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. 2ª edição. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1995.
- _____. *O Futuro de uma ilusão/O mal-estar na civilização*. Volume XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. 2ª edição. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1999.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005.
- GRAMSCI, Antonio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. Rio de Janeiro:

- Civilização Brasileira, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/Aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. 2ª ed. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- _____. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Volume I, 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESPANHA, António Manuel. *O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antpnio Fabris, 1998.
- KÜHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3ª edição. São Paulo: Perspectiva, 1991.
- LACAN, Jacques. *Televisão*. Tradução: Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamêgo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.
- LIMA, Venício A. de. *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. *Triste fim de Policarpo Quaresma*. Disponível: <http://www.cce.ufsc.br/~nupill/literatura/quaresma.html>. Acesso em: 02/01/07.

LOPES JR., Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do direito II*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LYOTARD, Jean-François. *A condição-pós moderna*. Tradução: Wilmar do Valle Barbosa. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2006.

_____. *Lo inhumano: charlas sobre el tiempo*. Buenos Aires: Manantial, 1998.

MAFFESOLI, Michel. *Notas sobre a pós-modernidade - O lugar faz o elo*. São Paulo: Atlântica Editora, 2004.

MARCONDES FILHO, Ciro. *Televisão*. São Paulo: Editora Scipione, 1994.

MARCUSE, Herbert. *Ideologia da sociedade industrial*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 3ª edição, 1969.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENOR ENVOLVIDO em morte de menino ficará preso por no máximo três anos. Matéria publicada em 08/02/2007 às 23h33m. *O Globo Online* Disponível em: «<http://oglobo.globo.com/rio/mat/2007/02/08/294494115.asp>». Acesso em: 07 jul.2008.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. Tradução: Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÉSZÁROS, István. *O poder da ideologia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra

Editora, 2005.

MORIN, Edgar. *Breve história de la barbárie em ocidente*. Buenos Aires: Paidós, 2007.

_____. *Cultura e barbárie européias*. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito – Dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PAI E TIA de Isabela Nardoni depõem à Justiça nesta quarta. Matéria publicada em 03/07/2008 às 09h49. *O Globo Online*. Disponível em: «http://oglobo.globo.com/sp/mat/2008/07/03/pai_tia_de_isabella_nardoni_depoem_justica_nesta_quarta-547079419.asp». Acesso em: 07 jul.2008.

PASUKANIS, Eugeni B. *Teoría general del derecho y marxismo*. Trad.: Virgílio Zapatero, Barcelona: Labor, 1976.

PERELMAN, Chaïm; TYTECA, L. Olbrechts. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Volume I. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Itatiaia, 1998.

_____. *Lógica das ciências sociais*. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

_____; CONDRY, John. *Televisão: um perigo para a democracia*. Tradução: Maria Carvalho. 3ª edição. Lisboa: Gradiva, 2007.

RODRIGUES DE SOUZA, Rafael Bellan. *Gramsci e a comunicação: a mídia como aparelho privado de hegemonia*. Disponível em: «<http://www>».

faac.unesp.br/eventos/jornada2005/trabalhos/26_rafael_bellan.htm. Acesso em: 03/07/2008». Acesso em: 03 jul.2008.

RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Tradução: Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – Parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARTRE, Jean-Paul. *Freud, além da alma*. Tradução: Jorge Laclette. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

SENSAÇÃO DE INSEGURANÇA no Brasil é a maior do mundo, diz ONU. Matéria publicada em 01/10/2007 às 17h15m. *O Globo Online Reuters*. Disponível em: «<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/10/01/297954994.asp>». Acesso em: 03 mar. 2008.

SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. *Direito constitucional econômico*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri – Símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUZANE VON RICHTHOFEN quer anular julgamento que a condenou a 39 anos de prisão. Matéria publicada em 16/01/2008 às 11h52m. *O Globo Online*. Disponível em: «http://oglobo.globo.com/sp/mat/2008/01/16/suzane_von_richthofen_quer_anular_julgamento_que_condenou_39_anos_de_prisao-328044733.asp». Acesso em: 07 jul.2008.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução: Kelly Alfen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2008.

WARAT, Luís. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Volume I. Brasília: Unb, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico filosófico – Investigações filosóficas*. 3ª ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3ª ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação José Joaquim Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

A REAL EFETIVIDADE DOS MECANISMOS TRAZIDOS PELA LEI MARIA DA PENHA

Flávia Franco do Prado Carvalho, técnica judiciária do Tribunal de Justiça de Sergipe, bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes.

RESUMO: O presente trabalho tem como desiderato maior examinar a real efetividade dos meios de defesa contra a violência doméstica trazidos pela Lei Maria da Penha, nº 11.340/2006, fazendo uma abordagem jurídica sobre o texto da lei, e as normas constitucionais, penais e processuais penais aplicáveis à espécie. Nesse pensar, este estudo mostrará a necessidade de se dispensar uma maior atenção dos estudiosos do Direito à Lei em comento, a fim de que sejam implementadas políticas públicas que visem a prevenir e combater a violência doméstica, obtendo-se uma visão mais ampla sobre um problema cujas consequências atingem não apenas a mulher agredida, mas todos os membros da família envolvida. Mostrar-se-á que a aplicabilidade da lei em estudo depende da estruturação a ser promovida pelo Estado, a fim de salvaguardar a integridade física e psicológica da mulher. Nesse compasso, primeiramente será estudada a violência doméstica, seu conceito, os sujeitos, suas formas, a entidade familiar e os princípios vetores que a resguardam. Por derradeiro, será demonstrada a efetividade e a amplitude dos mecanismos de proteção à mulher trazidos pela Lei Maria da Penha, de forma que se enfatizará a garantia de respeito à cláusula geral de tutela da pessoa humana, na busca de minorar e, posteriormente, erradicar a prática da violência doméstica no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha; violência doméstica; mecanismos de defesa; efetividade e amplitude.

ABSTRACT: This work has as desideratum to examine the largest real effectiveness of the means of defense against domestic violence brought by Maria da Penha Law, nº 11.340/2006, making a legal approach on the text of the law, reviewed on the basis of the guidelines constitutional, criminal and procedural criminal law applicable to the species. In this

thinking, this study shows the need to dispense more attention from scholars of the right to comment on Law, in order to implement public policies aimed at preventing and combating domestic violence, resulting in a broader view on a problem whose consequences affect not only assaulted the woman, but all the family members involved. It will show that the applicability of the Act under consideration depends on the structure being promoted by the state in order to safeguard the physical and psychological integrity of women. In this bar, will be first studied domestic violence, its concept, the characters, their forms, the family entity and the principles that protect vectors. For ultimate, you demonstrated the effectiveness and range of mechanisms to protect women brought in by Maria da Penha Law, so that if emphasize the assurance to the general clause on protection of the human person, in seeking to alleviate and, subsequently, to eradicate practice of domestic violence in Brazil.

KEYWORDS: Maria da Penha Law; domestic violence; defense mechanisms; effectiveness and range.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar aos aplicadores do direito a análise e a interpretação da Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, pretendendo analisar a real efetividade dos mecanismos de defesa trazidos pela Lei Maria da Penha contra a violência a que são submetidas as mulheres no lugar em que deveriam sentir-se mais protegidas, o seu lar.

A violência doméstica é o resultado da agressão física ou psicológica contra a mulher na casa onde vive ou em razão de uma relação íntima de afeto. Qualquer que seja a natureza ou o grau de sua manifestação é sempre um crime, cujo enfoque deve ser realçado, tendo em vista que suas consequências não atingem apenas a pessoa da ofendida, mas envolvem todos os membros da entidade familiar, principalmente as crianças que tendem a se espelhar no comportamento que vivenciam dentro do seio familiar.

A lei objeto de estudo trouxe novos mecanismos de proteção que

buscam salvaguardar a integridade física e psicológica da mulher, havendo inclusive a possibilidade de decretação da prisão preventiva do agressor. Agora, de acordo com a lei a vítima será ouvida, sempre estará acompanhada de defensor e receberá a proteção não só da autoridade policial, mas da própria justiça que, de forma imediata, deverá adotar medidas protetivas de urgência.

A lei goza de constitucionalidade, uma vez que se trata de uma ação afirmativa haja vista que alguns sujeitos de direitos necessitam de uma resposta específica e diferenciada. Em relação à efetividade social, diferente do que ocorria antes de seu advento, quando a violência contra a mulher estava banalizada, agora a lei trouxe mecanismos que protegem mais eficazmente a mulher, dependendo, no entanto da estruturação a ser promovida pelo Estado e o cumprimento das políticas públicas trazidas pela legislação.

Como se trata de um crime peculiarmente repugnante, mais do que uma lei, a Maria da Penha deve ser vista como um estatuto, microsistema que deve ser conhecido por todos e todas, com a implementação de políticas públicas que visem a prevenir e combater a violência doméstica.

2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

2.1 CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A Lei 11.340/2006, mais popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, inovou no ordenamento jurídico pátrio, trazendo mecanismos de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. A Lei Maria da Penha surgiu com a finalidade de proteger as mulheres oprimidas no seio de sua própria família ou em razão de alguma relação íntima de afeto.

A lei possui esse nome como forma de homenagear uma mulher chamada Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica, a qual foi vítima de violência por parte de seu esposo. A farmacêutica realizou diversas denúncias, todavia o agressor somente foi preso dezoito anos e seis meses após a ocorrência dos fatos e cumpriu apenas dois anos de prisão.

Em razão de tais fatos, o Brasil foi condenado internacionalmente em 2001 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da

Organização dos Estados Americanos a pagar a Maria da Penha uma indenização de vinte mil dólares e recomendou a adoção de várias medidas a serem tomadas em face da violência doméstica.

Para uma melhor compreensão do que vem a ser o objeto da aludida lei, mister analisar o conceito da violência combatida. Note-se que a lei especifica o conceito de violência doméstica e familiar em seus artigos 5º e 7º, os quais, por pertinência, transcrevo:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

[...]

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

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de

qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Como se vê, o conceito trazido pela Lei 11340/2006 é bastante amplo, não prevendo somente a violência física, mas também a violência psicológica, sexual, patrimonial e moral. Ademais, o legislador englobou qualquer ação ou omissão, desde que enquadradas nas situações descritas pelo artigo 7º e nos âmbitos delineados pelo art. 5º.

Assim, depreende-se que o diploma legal tem por objetivo punir os crimes praticados contra a mulher em razão do convívio familiar ou de qualquer relação íntima de afeto, visando proteger a mulher que continua oprimida na sociedade moderna e, por conseguinte, proteger o Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se, inclusive, que para a proteção desse diploma legal, não se faz necessária a convivência no mesmo teto entre agressor e vítima. Basta que ambos já mantenham ou tenham mantido alguma relação de afeto.

2.2 ENTIDADE FAMILIAR E RELAÇÕES DE AFETO

A Lei 11340/2006, como dito anteriormente, pune os crimes praticados com violência contra a mulher que tenham ocorrido em razão de um vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

Luiz Antônio de Souza e Vitor Frederico Kumpel (2007, p.21) assim conceituam entidade familiar: “*Entidade familiar ou família, na sua acepção mais ampla, abrange todos os indivíduos ligados por vínculo de sangue ou afinidade, chegando até a incluir agregados como pessoas do serviço doméstico ou que são mantidas por membros da família*”.

Com a evolução da sociedade, não pode ser considerado como entidade familiar tão-somente os núcleos que surgem com o casamento. É clara a intenção do constituinte em elevar a união estável, consistente no vínculo jurídico informal estabelecido entre o homem e a mulher, de caráter duradouro, público e contínuo e com a finalidade de constituir família, a status de entidade familiar. E não é só.

Também devem ser incluídas no conceito de entidade familiar as famílias decorrentes do concubinato, da relação homoafetiva, do namoro, bem como da família monoparental.

No tocante ao namoro, ainda não há um posicionamento pacífico sobre o tema na doutrina e jurisprudência. Na relação decorrente do namoro ainda não há a formação de uma família, contudo entendemos que esse vínculo também deve ser tutelado pela Lei Maria da Penha, uma vez que no namoro há uma íntima relação de afeto que deve ser protegida.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* 92875, decidiu que a Lei Maria da Penha pode ser aplicada em casos de violência doméstica cometida por ex-namorado. A desembargadora convocada Jane Silva esclareceu, inclusive, que no julgamento dos Conflitos de Competência nº 91980 e 94447, o STJ apenas decidiu que a violência praticada contra a mulher não decorria da relação de namoro, mas não afastou a aplicação da Lei 11340/2006 para esses casos quando restar configurada a violência doméstica.

2.3 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO

A Lei Maria da Penha trata o sujeito ativo do crime como ofensor e o sujeito passivo como ofendida. Dúvidas não há em relação ao sujeito passivo, haja vista que o objeto de proteção do aludido diploma legal é a mulher, aqui entendido como toda a pessoa que possua a identidade como mulher, podendo ser lésbicas, transexuais ou travestis.

No que tange ao sujeito ativo dos crimes tutelados pela Lei 11340/2006, muito embora a lei utilize a expressão ofensor, ela não

se refere apenas ao homem. O sujeito ativo desses crimes pode ser tanto o homem como a mulher que praticaram delitos com violência doméstica ou familiar contra a mulher. Ressalte-se que não há qualquer obrigatoriedade de que o agressor e a ofendida sejam marido e mulher, tampouco que tenha havido coabitação entre ambos.

No entanto, há uma exceção à regra apresentada. Trata-se da hipótese prevista no artigo 129, §§ 9º e 11º do Código Penal. A modificação imposta pela Lei nº 11.340/2006 ao Código Penal criou uma causa de aumento de pena, na proporção de 1/3 (um terço), ao crime de lesão corporal praticado com violência doméstica se a vítima, enquadrada na qualificação imposta pelo §9º, for pessoa portadora de deficiência. Nesta hipótese, portanto, independente do sexo do ofendido, a proteção da Lei nº 11.340/2006 será estendida.

2.4 PRINCÍPIOS VETORES DA PROTEÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR E DOMÉSTICA

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, trata-se de um princípio informador de todos os demais. Esse princípio, enquanto direito fundamental, assegura a todos os cidadãos viver com dignidade. Trata-se de uma cláusula geral que são conceitos indeterminados e traz um corpo de valores e sua interpretação fica a cargo do juiz em cada caso concreto.

O princípio ora estudado possui uma grande importância, uma vez que repercute em todo o ordenamento jurídico. Por consistir em valor e princípio a um só tempo, ele irradia efeitos sobre outras normas e princípios. Como foi dito, o Estado deve conceder a todas as pessoas condições mínimas para uma vida digna. De nada adianta adotar um ordenamento jurídico avançado se não é dado a todos os cidadãos o mínimo para viverem com dignidade.

Esse princípio, em matéria de Lei Maria da Penha, consiste no dever de eliminar todas as formas de violência contra a mulher, considerando a sua condição de vulnerabilidade, dando-lhe possibilidade de viver dignamente. Frise-se, ainda, que o artigo 6º da Lei 11.340/2006 dispõe que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação aos direitos humanos”.

O princípio da proteção, amparado no artigo 226, §8º da Constituição

Federal, preceitua que é dever do Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos membros que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Lei nº 11.340/2006 foi editada com base nesse princípio constitucional, visando salvaguardar a integridade física e mental das mulheres no âmbito familiar, doméstico e decorrente de relação íntima de afeto. É cediço que o princípio da proteção visa salvaguardar todos os membros da família e não somente as mulheres. Entretanto, considerando o histórico na sociedade brasileira, na qual são noticiados inúmeros casos de violência contra a mulher e pela situação de vulnerabilidade em que se encontra, o legislador achou por bem proteger mais eficazmente a saúde física e mental das mulheres.

O princípio da isonomia, por sua vez, insculpido no artigo 5º da Constituição Federal, prevê a vedação de qualquer forma de discriminação perante a lei e, notadamente em relação à entidade familiar, ele encontra subsídio no artigo 226, parágrafo 5º da Constituição Federal. Tal dispositivo reza que os direitos e deveres decorrentes da sociedade conjugal serão exercidos igualmente entre o homem e a mulher.

Ademais, o princípio em comento possui duas vertentes, ou seja, a igualdade formal e substancial. A isonomia material ou substancial, a qual interessa neste momento, prevê a possibilidade de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

Desse modo, infere-se que a Lei Maria da Penha nada tem de inconstitucional, uma vez que trata a mulher de forma desigual dos homens em alguns momentos, visando exatamente observar esse vetor constitucional, tudo com base na situação de vulnerabilidade da mulher e seu histórico de opressão durante a evolução da sociedade brasileira.

A doutrinadora Flávia Piovesan (Internet, 2007), em obra dissertativa acerca das ações afirmativas, ensina que estas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, com as minorias étnicas e raciais e as mulheres, entre outros grupos.

Assim, a Lei Maria da Penha se mostra como uma política afirmativa no sentido de procurar remediar o passado de opressão das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, não havendo que se falar em qualquer discriminação para com os homens.

Ainda no sentido da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, trago à baila um trecho do artigo das doutrinadoras Flávia Piovesan e Silvia Pimentel (Internet, 2007):

A Constituição Federal de 1988, marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país, consagra, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 1º, IV). Prevê, no universo de direitos e garantias fundamentais, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. O texto constitucional transcende a chamada “igualdade formal”, tradicionalmente reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei”, para consolidar a exigência ética da “igualdade material”, a igualdade como um processo em construção, como uma busca constitucionalmente demandada. Tanto é assim que a mesma Constituição que afirma a igualdade entre os gêneros, estabelece, por exemplo, no seu artigo 7º, XX, “a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos”.

Dessa forma, dúvidas não restam quanto à constitucionalidade da Lei Maria da Penha. Ressalte-se que também não há falar-se em qualquer inconstitucionalidade no procedimento adotado pela aludida lei infraconstitucional, visto que visa dar operacionalidade à legislação, tal como fez o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Criança e do Adolescente, tema que será oportunamente estudado.

3. PRINCIPAIS TUTELAS TRAZIDAS PELA NOVA LEGISLAÇÃO

O artigo 8º da Lei 11.340/2006 trouxe algumas providências de natureza administrativa a serem adotadas em conjunto articulado

pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e ações não-governamentais. Preceitua o dispositivo legal:

Art. 8º - A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo

por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Num primeiro momento, a Lei Maria da Penha previu a adoção de medidas integradas do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública nas áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação. Para a execução dessa medida, segundo ensina Luiz Antônio de Souza e Vitor Frederico Kumpel (2007, p. 78) faz-se necessária a criação de grupos de trabalho para colher os dados de violência doméstica e familiar contra a mulher, para, assim, conseguir evitar tal prática.

A Lei 11.340/2006 também preconiza o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família nos meios de comunicação como forma de coibir papéis que exaltem a violência doméstica ou familiar, bem como a realização de programas educacionais e o destaque nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, com a finalidade de disseminar o conhecimento da legislação existente entre os estudantes e a sociedade em geral.

Caso essas medidas preventivas não sejam suficientes para coibir a prática da violência, o artigo 9º traz medidas repressivas ou reagentes para proteger o interesse tutelado pela legislação.

Inicialmente ele alberga a possibilidade de inclusão da mulher em cadastros de programas assistenciais do governo de todos os níveis para a

recuperação de sua dignidade. Tal dispositivo também traz a possibilidade de remoção prioritária das servidoras públicas da administração direta ou indireta para comarca distinta daquela que ocorreu a violência, com o intuito de salvaguardar a integridade física e mental da mulher, estando assegurado seu retorno com o fim da violência e o afastamento semestral do trabalho para as demais trabalhadoras.

No que tange ao afastamento pelo período de seis meses, alguns doutrinadores têm discutido a obrigatoriedade do empregador manter o afastamento remunerado da trabalhadora. Note-se que o artigo fala tão-somente no direito ao afastamento com a manutenção do vínculo. Importar tal ônus ao empregador somente traria à mulher mais discriminação, uma vez que poderia acarretar a não concessão de empregos a mulheres em geral.

Pedro Rui da Fontoura Porto (Internet, 2007) assim explica acerca da não oneração do empregador:

A omissão dessa obrigação, portanto, implica na hipótese de suspensão do contrato de trabalho, razão pela qual não haverá contagem do tempo de serviço, pagamento de salários, FGTS e nem recolhimento de contribuições para o INSS. Crê-se que intenção do legislador, nesse caso, foi possibilitar que a mulher se retire da localidade por um tempo, indo morar com os pais em outra localidade, etc, garantido a fonte de subsistência, quando retornar¹. De qualquer modo, é preciso convir que, em se onerando exclusivamente o empregador com mais esta garantia de vínculo, se estará criando, por vias transversas, outra causa de discriminação contra a mulher no trabalho, a exemplo do que já ocorre com a licença-maternidade.

Acredita-se, portanto, que o melhor entendimento para a resolução desse impasse seria retirar esse encargo do empregador, assegurando apenas o vínculo empregatício quando a funcionária retornasse do afastamento temporário.

Por derradeiro, impende destacar outras importantes providências

gerais de caráter administrativo. O artigo 35 da Lei Maria da Penha revê a criação, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de grupo multidisciplinar de atendimento compostos de profissionais especializados para a proteção da mulher vítima de violência doméstica ou familiar; a criação de lares provisórios garantindo uma moradia temporária para as mulheres e seus dependentes; a criação de aparato estatal protetivo, tais como a criação de delegacias especializadas no atendimento à mulher; programas erradicadores da violência doméstica e familiar contra a mulher e centros de educação e reabilitação para os agressores.

No tocante à tutela penal, depreende-se que a Lei Maria da Penha não trouxe em seu texto novo tipo penal incriminador da violência doméstica ou familiar contra a mulher, porém trouxe alterações no Código Penal referentes a essas práticas, tais como a majorante do artigo 61, inciso II, “f” do Código Penal, a causa de aumento de pena prevista no artigo 129, parágrafos 9 e 11, bem como previu a concessão de medida cautelar administrativo-penal, a renúncia à representação e o tipo de sanção aplicável.

O artigo 16 da Lei Maria da Penha prevê que nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida, a renúncia à representação somente será admitida perante o juiz e em audiência especialmente designada para tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e com a presença do representante do Ministério Público.

Há discussão na doutrina se a necessidade de audiência específica se estende para a retratação da representação, uma vez que a legislação se referiu tão-somente à renúncia da representação. Os doutrinadores Luiz Antônio de Souza e Vitor Frederico Kumpel (2007, p. 129) sustentam que como a norma em estudo possui natureza processual material, não se admite a analogia *in malam partem* e, portanto, sendo a designação de audiência um obstáculo criado para dificultar a renúncia da representação por parte da ofendida, não poderia estendê-la à retratação da representação.

Frise-se que a participação do representante do Ministério Público nesta audiência cinge-se em verificar a existência de eventual pressão sofrida pela ofendida.

Por fim, cumpre ressaltar a existência do artigo 17 da Lei Maria da Penha, o qual veda a aplicação de pena de cesta básica ou outras de

prestação pecuniária, bem como a substituição da pena que acarrete o pagamento isolado de multa, o que não significa que não seja possível a aplicação da pena de multa quando somente esta for prevista no preceito secundário do tipo penal ou quando houver previsão de pena privativa de liberdade ou multa.

A Lei Maria da Pena também trouxe algumas inovações em matéria de direito processual penal. Ela criou uma espécie de foro universal para as causas cíveis e criminais em seu artigo 14 e uma competência transitória para as varas criminais enquanto não forem criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, mas não alterou a competência prevista no artigo 70 do Código de Processo Penal.

Muito se tem discutido acerca da natureza da ação penal no crime de lesão corporal simples, visto que a Lei Maria da Penha afastou a aplicação da Lei dos Juizados Especiais. Sustentam alguns autores que com o afastamento da aludida legislação, passa a ser vedada a aplicação de qualquer dispositivo daquela legislação infraconstitucional, incluindo o artigo 88 e outros defendem que o afastamento da Lei 9.099/1995 somente eliminou a possibilidade de aplicar os instrumentos despenalizadores ali previstos.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão proferida em sede de Habeas Corpus impetrado por José Francisco da Silva Neto, a desembargadora convocada Jane Silva decidiu que nos casos de crimes de lesão corporal leve, bem como lesão corporal culposa, a ação penal é pública incondicionada, sendo dever do Ministério Público mover essas ações, tendo sido acompanhada dos Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti.

Desse modo, a natureza da ação penal nos casos de crime de lesão corporal leve e lesão corporal culposa é pública incondicionada, estando derogado o artigo 88 da Lei 9.099/1995 neste particular.

3.1 INAPLICABILIDADE DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

A Lei Maria da Penha reza em seu artigo 41 que aos crimes praticados com violência doméstica e familiar, independentemente da pena

cominada, não é aplicável o regramento da Lei 9.099/1995. Muito se tem discutido acerca da constitucionalidade do aludido dispositivo legal. Em que pese entender que o legislador andou na contramão da eficácia trazida pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, não há falar-se em inconstitucionalidade do afastamento da Lei 9.099/1995.

Note-se que a legislação infraconstitucional quis tratar mais severamente os crimes praticados com violência doméstica e familiar, afastando os institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais, tratando-se de medida que tem por finalidade a proteção da mulher vítima desse tipo de violência.

Muito embora entenda inaplicáveis todos os institutos trazidos pela Lei 9.099/1995, o afastamento da disciplina dos Juizados Especiais trouxe uma situação desfavorável às vítimas da violência doméstica e familiar. A Lei Maria da Penha além de desprestigiar o regramento dos Juizados Especiais, que já mostrou sua eficiência em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, ela penalizou de forma rígida e engessada as condutas praticadas com violência doméstica ou familiar.

As penas e os procedimentos previstos na lei levam o agressor, na maioria das vezes, à prisão, finalidade nem sempre almejada pelas mulheres vítimas desse tipo de violência, as quais deixam muitas vezes de denunciar o agressor em razão da possibilidade de prisão do mesmo. A composição civil restou praticamente superada com o advento da Lei 11340/2006, fato que não serve para proteger as vítimas e sim para afastar as possíveis denúncias por elas efetuadas.

Maurício e Marcelo Gonçalves Saliba apud Ronaldo Batista Pinto e Rogério Sanches Cunha (Internet, 2007) acerca do tema em análise assim afirmaram:

[...] a composição civil permitia que o autor da agressão e a ofendida buscassem, com o auxílio de mediadores, a solução adequada para os problemas vivenciados no ambiente doméstico e familiar. A conversa entre as partes é sem dúvida alguma o único e eficaz caminho para se combater a violência, não se apresentando a punição mais severa como forma de resolução dos conflitos. A violência contra a mulher não é um ponto isolado na história, mas sim fruto de um processo cultural

da sociedade moderna.

Além disso, a Lei Maria da Penha voltou a tratar a mulher de forma vitimizada quando o avanço da sociedade já demonstrava que esse não era o meio adequado para a mulher ser tratada. As mulheres precisam de um papel ativo na sociedade para possibilitar o enfretamento das situações de violência pelas quais passarem e se sentirem fortes o suficiente para superá-las.

Wânia Pasinato (Internet, 2007), em repúdio ao tratamento vitimizante das mulheres assim ensina:

Na base do argumento que está sendo aqui elaborado está uma rejeição explícita à abordagem vitimizante aplicada às mulheres que vivem em situação de violência. Não se trata, contudo, de afirmar que a violência denunciada seja falsa, ou histórias inventadas pelas mulheres que querem apenas chamar a atenção sobre seus problemas. Não há como duvidar da violência, histórica e culturalmente justificada contra as mulheres. Seus efeitos são reais e podem ser verificados no movimento diário nas delegacias de polícia especializadas, nos serviços de saúde. Também não é possível ignorar que cada mulher vive essa história de um jeito particular. Limitadas por condições socioeconômicas, ou culturais, podem se mostrar mais vulneráveis e sem alternativas para enfrentar a violência, mas ainda assim possuem suas estratégias de sobrevivência.

Dessa forma, restou demonstrado que o afastamento da aplicação da Lei dos Juizados Especiais pode prejudicar o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, indo de encontro à finalidade do legislador ao aprovar a Lei Maria da Penha.

Note-se que necessário para a efetividade no combate à violência doméstica e domiciliar contra a mulher não é a inaplicabilidade dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/1995 e a imposição da prisão como principal pena, mas sim uma estruturação mais eficiente desses Juizados e a imposição de penas mais eficazes tais como as medidas socioeducativas.

Herman apud Wânia Pasinato (Internet, 2007) já se manifestou nesse sentido, sustentando que as alternativas de despenalização e informalidade, previstas na legislação dos Juizados Especiais, devem ser estimuladas pela proposição de respostas para o enfrentamento do conflito que ocorra fora do sistema penal clássico ou formal, mas que estejam comprometidas com a eficácia da solução em termos de pacificação social. Defende que as medidas despenalizadoras podem se constituir num bom caminho, uma vez que contemplam possibilidades como a resolução através da conciliação, assim como o encaminhamento de decisões com caráter social, devendo contemplar também a imposição de medidas socioeducativas que tenham como finalidade a conscientização a respeito dos direitos das mulheres e a construção de uma cidadania de gênero que se baseie na equidade.

Assim, andou mal o legislador ao afastar a aplicação da Lei dos Juizados Especiais, na medida em que poderia tão-somente torná-los mais eficazes e especializados no combate aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

4. EFETIVIDADE E AMPLITUDE DOS MECANISMOS INSTALADOS

A Lei Maria da Penha, como dito anteriormente, é decorrente de uma punição imposta ao Estado Brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos em razão dos fatos ocorridos com a farmacêutica Maria da Penha, que morava no Ceará. Em que pese a aludida lei ter por objetivo salvaguardar a integridade física e psíquica contra a mulher, muito se tem discutido acerca de sua real efetividade em virtude do afastamento dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9099/1995), bem como pelo enrijecimento das punições dos delitos que envolvem violência doméstica ou familiar contra a mulher, finalidade nem sempre almejada pelas mulheres vítimas desse tipo de violência.

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (Internet, 2008) trouxe um estudo interessante publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, no qual há dados estáticos acerca da aplicação da Lei 11340/2006 durante os seis primeiros meses de sua vigência, a saber:

Como se constata em matéria publicada pelo jornal *O Estado de São Paulo* de 20 de maio de 2007, são no mínimo duvidosos os efeitos produzidos pelas mudanças legais introduzidas pela Lei 11.340/06. Conforme a matéria, fundamentada em dados fornecidos pelas delegacias da mulher de São Paulo, em seis meses de vigência da Lei nº 11.340/06, o número de denúncias caiu 18,8%. A queda no número de denúncias foi registrada no período de outubro de 2006 a março de 2007, quando foram registrados 132.649 boletins de ocorrência. Entre outubro de 2005 e março de 2006, foram 163.441.

A explicação pode ser buscada na manifestação do Promotor de Justiça Camilo Pileggi, da Comarca de Santana (SP), onde se verifica a resistência das vítimas para judicializar o conflito, mesmo no âmbito dos JECrim, pelo receio da possibilidade de prisão do agressor. Segundo ele, uma constante se presenciava nas audiências de instrução antes do advento da Lei nº 9099/95: negativa de existência da agressão; negativa de autoria ou até a admissão de fato inverídico como a vítima lesionou-se porque bateu a cabeça na mesa, pois escorregara quando lavava a cozinha, dentre outras “histórias”. Acabava o Magistrado absolvendo por falta de provas ou por “política criminal”. Na Promotoria de Justiça Criminal de Santana demorou-se vários anos para convencer as mulheres que o oferecimento de representação não acarretaria a prisão do marido ou companheiro, mas somente com esta manifestação se poderia aplicar medidas restaurativas ou mediadoras. (Pileggi, 2007).

De um estudo mais aprofundado dos mecanismos trazidos pela Lei Maria da Penha, fácil constatar que ao invés da legislação

infraconstitucional trazer instrumentos alternativos para a administração e solução dos conflitos, que possivelmente seriam mais eficazes para alcançar os objetivos da redução da violência, preferiu utilizar mais veementemente da tutela penal, enrijecendo o tratamento dos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, afastando-se, assim, de uma real efetividade na salvaguarda da integridade física e psicológica da mulher.

Denota-se também que a Lei Maria da Penha se afastou da Justiça Restaurativa que consiste na participação coletiva e ativa entre vítima e agressor ou entre membros da comunidade afetados pelo crime na construção de soluções para a restauração dos traumas e perdas causados pelo delito, para voltar ao modelo clássico da Justiça Retributiva, a qual não dispõe de instrumentos adequados para a composição do conflito, visto que a ideia deste sistema é apenas a simples imposição de uma sanção penal, sem qualquer preocupação com os fatores de interação social, como ensina Augusto Reis Bittencourt Silva (Internet, 2008).

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (Internet, 2008) ainda sobre a eficácia da legislação afirmou:

As medidas não-penais de proteção à mulher em situação de violência, previstas nos artigos 9º, 22 e 23 da Lei Maria da Penha, mostram-se providências muito mais sensatas para fazer cessar as agressões e, ao mesmo tempo, menos estigmatizantes para o agressor, assim como a ampliação da definição da violência contra as mulheres. Entretanto, inseridas em um contexto criminalizante, pode-se imaginar que logo estaremos assistindo à colonização das medidas protetivas pelas iniciativas tendentes à punição (mesmo antes da condenação) dos supostos agressores, nos casos que conseguirem ultrapassar a barreira do inquérito e alcançarem uma audiência judicial, quem sabe quanto tempo depois do momento da agressão. E ainda, como lembra Maria Stella de Amorim (2008, p. 15), embora festejada por todos, inclusive pelos

autores aqui citados e que não lhe pouparam observações, a operacionalização e a eficácia da Lei Maria da Penha pode sofrer da mesma fragilidade institucional que os JECrim. Se este despenalizava, a Lei Maria da Penha penaliza a violência contra a mulher. Se o JECrim falhou, por falta de políticas auxiliares no combate desta violência grave e ainda bastante arraigada nas sociedades atuais, inclusive na brasileira, a Lei 11.340/06 amparou-se em rede de proteção do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos Executivos Federais, Estaduais e Municipais, de equipes multidisciplinares e de organizações não-governamentais. Mas, estará esse extenso manto protetor suficientemente articulado para conceder proteção à mulher vítima da violência doméstica e familiar?

Não se olvide, no entanto, que muito embora existam críticas sobre o tratamento trazido pela Lei Maria da Penha, a promulgação da Lei 11.340/2006 foi um importante marco no combate à violência doméstica contra a mulher, uma vez que foi o primeiro diploma legal a tratar sobre o tema de forma a buscar soluções concretas para esse problema histórico e social tão recorrente no Estado Brasileiro e esquecido pelos governantes durante séculos de marginalização.

Muito embora não tenha havido a diminuição, tampouco a erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher com o advento da Lei Maria da Penha, é imperioso reconhecer os avanços alcançados pela legislação, haja vista que ao menos vozes silenciadas durante séculos de opressão através da dominação masculina podem agora ser ouvidas dignamente.

A doutrinadora Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti (2008, p. 240) assim se manifestou acerca da efetividade da Lei Maria da Penha:

A Lei 11.340/2006 cria mecanismos eficazes para

coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil. Ao mesmo tempo em que estabelece diretrizes para a prevenção e punição dos delitos de violência doméstica, assegura proteção integral à vítima e seus familiares. Iniciativa da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, a proposta foi amplamente discutida com representantes da sociedade civil, sendo um projeto inovador e de grande importância para o Brasil. Esta lei, dentre outras modificações: a) Tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher; b) Estabelece as formas da violência doméstica e familiar contra a mulher como sendo física, psicológica, sexual, patrimonial e moral; c) Retira dos juizados especiais a competência para julgar os crimes de violência doméstica; d) Proíbe a aplicação destas penas; e) Propõe a criação de juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher com competência cível e criminal para abranger todas as questões; f) Prevê um capítulo específico para o atendimento pela autoridade policial para os casos de violência doméstica contra a mulher; g) Veda a entrega de intimações pela mulher ao agressor.

A violência doméstica é um grave problema com o qual convivem milhares de mulheres brasileiras, portanto, necessita urgentemente que sejam envidados esforços públicos e privados a fim de erradicá-lo do Brasil. Não temos dúvida de que não é tarefa fácil em razão dos fatores sociais, culturais e políticos que fazem parte de sua gênese, porém as políticas públicas voltadas para essa finalidade e o engajamento da sociedade podem contribuir para o esclarecimento das mulheres quanto aos seus direitos, para assistir às vítimas minorando o seu sofrimento, para o tratamento dos agressores com o intuito maior de conter o avanço do fenômeno.

E continua a citada doutrinadora (2008, p. 241):

Entendemos que o momento não é o de criticar a Lei nova que, apesar de não ser perfeita, constitui um importante avanço da legislação brasileira. Com o tempo e a experiência os institutos e normas jurídicas poderão ser aperfeiçoados e aplicados da melhor forma possível, no interesse das mulheres vitimadas e de toda a sociedade. Antes de criticá-la devemos buscar conhecê-la. Além, é claro, de procurar estudar esse complexo fenômeno que é a violência doméstica contra a mulher.

Alguns homens também passaram a atuar mais eficazmente no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. No Brasil há alguns programas que buscam a participação do homem no combate a essa violência, tais como a Campanha Brasileira do Laço Branco que objetiva sensibilizar, envolver e mobilizar os homens no engajamento pelo fim da violência contra a mulher por meio de ações em saúde, educação, trabalho, ação social, justiça, segurança pública e direitos humanos e emerge que atua com homens que cometem ou já cometeram algum tipo de violência contra suas companheiras.

Daniel Costa Lima, Fátima Buchele e Danilo de Assis Climaco (Internet, 2008) assim se manifestaram sobre a participação dos homens no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher:

A implementação da Lei Maria da Penha representa um estímulo e dá um caráter de urgência para a realização de novos estudos e pesquisas voltados a este novo olhar sobre o lugar dos homens no debate e nas ações sobre a violência contra a mulher. É necessário, no entanto, que o discurso feminista não seja deslocado, pois foi a partir de seus esforços que a violência contra a mulher foi percebida como um grave problema de saúde pública e violação dos direitos humanos. Nesse sentido, Gomes (2003) afirma a validade tanto das iniciativas

em saúde que enfocam as mulheres, quanto as voltadas para os homens, desde que as mesmas não percam “*a perspectiva relacional entre os gêneros e não se distanciem da promoção da saúde voltada para as necessidades humanas em geral*” (2003, p. 826).

Note-se que o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher é um dever de todos os representantes da sociedade civil, a fim de erradicar uma história de séculos de marginalização e opressão das mulheres na sociedade brasileira, decorrente da discriminação de gêneros ainda existente na sociedade contemporânea.

Dessa forma, depreende-se que para dar real efetividade aos mecanismos trazidos pela Lei nº 11.340/2006 cabe ao Poder Público implementar as políticas públicas trazidas no bojo da Lei Maria da Penha e criar varas e juizados especializados no combate aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como cabe à sociedade engendrar esforços na luta contra esse tipo de crime e cobrar dos governantes que também ajam nesse sentido.

Não se discute a existência de imperfeições na Lei Maria da Penha como disposto no decorrer desse trabalho. No entanto, é preciso se utilizar dela para que se possa tentar minorar os efeitos da marginalização sofrida pelas mulheres durante longo período de tempo.

Denota-se, assim, que a Lei nº 11.340/2006 veio para dar concretude aos mecanismos garantidores previstos na Constituição Federal, especialmente ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, servindo como vetor para a erradicação da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. O doutrinador Rui Stoco (2004, p. 13) traz um excelente significado de cidadania, apontando a necessidade de edição de leis eficientes para alcançá-la, a saber:

Cidadania, em um Estado Social e Democrático de Direito, é o exercício pleno do direito e forma de torná-lo eficaz, protetor, garantidor da igualdade, da liberdade, da erradicação da fome, da extinção do analfabetismo e da contenção da violência. É portanto, “viver” as garantias fundamentais.

Mas para alcançar a “cidadania aplicada” não

basta o preceito garantidor da Magna Carta. Necessitamos de leis que lhe dêem concreção. De boas leis, despidas de preceitos oportunistas, ou que tenham origem em sentimento de emoção, comoção ou decorrentes de um fato isolado, como vem se tornando comum.

5. CONCLUSÃO

Pelas razões explanadas acerca do tema, infere-se que o fenômeno da violência doméstica e familiar exige um estudo mais detalhado do tema, principalmente dando enfoque aos séculos de marginalização e opressão por que passaram as mulheres, contextualizado em determinado espaço-tempo, tendo por escopo a garantia de respeito à cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Para a consecução dos objetivos da Lei Maria da Penha imperiosa se faz uma atuação eficaz das autoridades na elaboração de políticas públicas visando combater a desigualdade de gêneros ainda existente da sociedade contemporânea, bem como a capacitação dos profissionais envolvidos no atendimento das vítimas desse tipo de violência para que esse atendimento seja mais humano e eficiente a fim de alcançar em sua plenitude o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º da Constituição Federal.

Como foi demonstrado, o afastamento dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais com o enrijecimento do tratamento dos crimes praticados com violência doméstica e familiar não trouxe a diminuição da violência doméstica. Ao contrário. Diminuiu o número de denúncias realizadas pelas mulheres que, muitas vezes, não desejam ver seu companheiro na prisão e acabam deixando de fazer valer seus direitos. Mais eficiente seria a busca de soluções mais amistosas para esses conflitos decorrentes da violência doméstica e familiar contra mulher.

No entanto, a Lei Maria da Penha também traz alterações muito significantes para o combate dessa violência, apresentado diversas medidas educativas e preventivas para as mulheres vítimas da violência doméstica que poderão ser tomadas a requerimento do Ministério Público ou da própria ofendida, cabendo ao Poder Público atuar para dar efetividade a essas medidas trazidas ao ordenamento jurídico pátrio.

Ficou demonstrado que não há falar-se em qualquer inconstitucionalidade nos dispositivos da Lei 11.340/2006, uma vez que traz ações afirmativas de proteção à mulher, com a finalidade de remediar o passado de opressão e acelerar o processo de redução da discriminação, pondo em prática o princípio da igualdade substancial previsto no artigo 5º da Carta Magna.

Sendo assim, pode-se aferir que muito embora a Lei 11.340/2006 possua algumas imperfeições em seu bojo e possa ter andado na contramão do avanço para a Justiça Restaurativa, na qual há uma ação conjunta entre vítima e agressor para restauração de traumas, ela é um importante instrumento nas mãos da sociedade e dos representantes políticos para acabar de vez com a marginalização da mulher e, conseqüentemente, com todo o tipo de violência praticado em razão de relações de parentesco ou de simples afeto.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Sistema penal e violência de gênero: análise sociojurídica da lei 11.340/06*. Internet, disponível em www.scielo.br/pdf/se/v23n1/a05v23n1.pdf, acessado em 08/11/2008.

BRASIL. *Código Penal*. 5ª ed., revis. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. *Constituição Federal*. 7ª ed., revis. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. *Vade Mecum*, 5ª ed. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal. *Lei Maria da Penha pode ser aplicada em casos de violência cometida por ex-namorado*. HC 92875.

BRASIL. Superior Tribunal. *Magistrados discutem a criação de rede de atendimento para as vítimas de violência doméstica*.

BRASIL. Superior Tribunal. *STJ mantém na prisão acusado de violência contra a mulher*.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica contra a mulher no Brasil: análise da Lei Maria da Penha, nº 11.340/2006*. 2ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus PODIVM, 2008.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: mulheres, violência e acesso à justiça*. Internet, disponível em www.nevusp.org/downloads/down082.pdf, acessado em 20/09/2008.

LIMA, Daniel Costa, BUCHELE, Fátima e CLÍMACO, Danilo de Assis. *Homens, gênero e violência contra a mulher*. Internet, disponível em www.scielo.br/pdf/sausoc/v17n2/08.pdf, acessado em 26/10/2008.

PINTO, Ronaldo Batista e CUNHA, Rogério Sanches. *Direito de família - A Lei Maria da Penha e a não-aplicação dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais Criminais*. Internet, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10328>, acessado em 05/10/2008.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas das perspectivas dos direitos humanos*. Internet, disponível em www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124, acessado em 20/09/2008.

_____, Flávia e PIMENTEL, Silvia. *Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela*. Internet, disponível em www.contee.org.br/noticias/artigos/art6.asp, acessado em 30/10/2008.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Anotações preliminares à lei 11.340/06 e sua repercussão em face dos juizados especiais criminais*. Internet, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8917>, acessado em 05/10/2008.

SILVA, Augusto Reis Bittencourt. *Lei Maria da Penha: repúdio às práticas restaurativas*. Internet, disponível em www.jusnavigandi.com.br, acessado em 05/10/2008.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A COISA JULGADA OBJETIVA LEGITIMADORA DA PRONTA INTIMAÇÃO DO DEMANDADO: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER NAS AÇÕES TEMÁTICAS

Genésia Marta Alves Camelo, bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Procuradora Federal.

RESUMO: No Estado Democrático de Direito os critérios do *opt out*, *opt in* e coisa julgada *secundum eventum litis* devem ceder lugar à coisa julgada objetiva oriunda da formação participada do mérito. A legitimidade dos referidos provimentos judiciais conduzirá a necessidade de imediata intimação do demandado visando ao efetivo e célere cumprimento das obrigações de fazer e não fazer.

PALAVRAS-CHAVE: Estado democrático de direito; participação; coisa julgada objetiva; cumprimento de sentença; obrigações de fazer e não-fazer.

ABSTRACT: In the democratic state of law the criteria of the *opt out*, *opt in*, and *res judicata secundum eventum litis* must give rise to *res judicata* objective deriving from formation participatory of merit. The legitimacy of such judicial decisions will lead to immediate need for the defendant's subpoena seeking the effective and expeditious compliance with the obligations to do and not to do.

KEYWORDS: Democratic state of law; participation; *res judicata* objective; implementation sentence; obligations to do and not to do.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os regimes de coisa julgada no processo coletivo; 2.1. A coisa julgada nos países de civil law; 2.1.1. Os critérios do *opt out* e do *opt in*; 2.1.2. O critério da coisa julgada *secundum eventum litis*; 2.1.3. O critério da coisa julgada *secundum eventum probationem*; 2.1.4. A coisa julgada nos direitos difusos e coletivos; 2.1.5. A coisa julgada nos direitos individuais homogêneos; 2.2. A coisa julgada nos países de

common law; 2.2.1. *Class Action da Rule 23*; 2.2.2. Os critérios do *opt out* e do *opt in* no *common law*; 2.2.3. Mais algumas considerações sobre a coisa julgada no *common law*; 3. A coisa julgada objetiva; 3.1. As ações coletivas como ações temáticas; 3.2. A formação participada do mérito nos processos coletivos; 3.3. A coisa julgada objetiva resultante da formação participada do mérito nas ações temáticas; 4. A coisa julgada objetiva legitimadora da pronta intimação do demandado para o cumprimento de sentença nas ações coletivas temáticas; 4.1. A necessidade de intimação pessoal nas obrigações de fazer e não fazer; 4.2. A necessidade de pronta intimação do demandado para o efetivo e célere cumprimento de sentença nas ações temáticas; 5. Conclusões; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é demonstrar a existência de vários regimes de coisa julgada no processo coletivo com especial enfoque para a coisa julgada objetiva resultante da formação participada do mérito.

Importante frisar que este estudo não pretende esgotar a matéria sob análise.

A justificativa desse artigo se deve à necessidade de se estudar as ações coletivas sob o enfoque objetivo, afastando-se das teorias subjetivistas. Para tanto, adotamos como marco teórico a teoria das ações temáticas preconizada pelo professor Vicente de Paula Maciel Júnior.

Assim, proceder-se-á à análise da coisa julgada sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, indicando a necessidade de se proceder à imediata intimação do demandado com a finalidade de se obter o efetivo e célere cumprimento da sentença.

2. OS REGIMES DE COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

2.1 A COISA JULGADA NOS PAÍSES DE *CIVIL LAW*

2.1.1 OS CRITÉRIOS DO *OPT OUT* E *OPT IN*

Mister se faz consignarmos que a coisa julgada coletiva é orientada basicamente por dois critérios.

Como explica Kasuo Watanabe (GRINOVER, WATANABE, MILLENIX, 2008,p.304) o critério do *opt out* consiste em permitir que cada indivíduo, membro da classe requeira a sua exclusão da demanda coletiva, não se sujeitando à coisa julgada. Ao passo que o critério do *opt in* possibilita aos membros do grupo, devidamente notificados, ingressar voluntariamente na demanda coletiva. Apenas os indivíduos que requererem seu ingresso na demanda coletiva, tornando-se parte se sujeitarão aos efeitos da coisa julgada.

Note-se que o critério do *opt in* encontra-se em perfeita consonância com o princípio do contraditório, uma vez que apenas os indivíduos que participaram da demanda se sujeitarão aos efeitos da coisa julgada, respeitando o princípio da limitação da coisa julgada às partes. Ao contrário, o critério do *opt out* permite que pessoas que não exercitaram o direito de se auto excluïrem da demanda coletiva sejam consideradas parte, se sujeitando aos efeitos da coisa julgada. Assim, o critério do *opt out* requer ampla divulgação através dos meios de comunicação, bem como através de notificações, a fim de possibilitar que os indivíduos que não desejarem se submeter aos efeitos da coisa da julgada efetivamente exerçam o direito de autoexclusão da demanda coletiva. O critério do *opt out* é aplicado isoladamente apenas na Holanda e em Portugal. (GRINOVER, WATANABE, MILLENIX, 2008, p. 240-243)

No entanto o critério do *opt in* mitiga um dos principais objetivos do processo coletivo que consiste na prestação jurisdicional sem a necessidade de participação dos titulares de direitos individuais, evitando-se a multiplicidade de demandas, decisões contraditórias e a fragmentação da prestação jurisdicional.

A maioria dos países de civil Law preferem o critério do *opt in* adotando-o isoladamente (Alemanha, Colômbia, França, Itália, Província Argentina de Catamarca, Suécia) ou em combinação com o critério do *opt out*, reservado para questões em que os membros do grupo possuem pouco interesse em ingressar na demanda coletiva, como por exemplo questões de pequeno valor econômico (Israel, Suécia, Projeto da Dinamarca). (GRINOVER, WATANABE, MILLENIX, 2008, p. 243)

Ricardo de Barros Leonel preconiza a adoção do *opt-out* pelo sistema brasileiro, estabelecendo algumas críticas:

“O direito de exclusão, denominado no sistema norte-americano de *right to opt out*, foi adotado

no ordenamento brasileiro. O Código do Consumidor prevê que os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes não beneficiarão os autores das ações individuais se não for requerida sua suspensão, no prazo de trinta dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Em função da interação das vias de tutela, o dispositivo aplica-se a qualquer hipótese coletiva, mesmo fora do Código do Consumidor.

Todavia, o exercício do direito de exclusão do indivíduo dos efeitos da sentença coletiva depende: a) do ajuizamento de ação individual com fundamento na mesma situação indicada na demanda coletiva; b) da ciência do indivíduo, nos autos de sua demanda, da existência da ação civil pública; c) da inércia do autor individual, ou seja, que não formule pedido de suspensão do andamento da demanda individual no prazo legal de trinta dias.

Este procedimento merece simplificação. Se é possível exercer o direito de exclusão com todas essas formalidades, por que não permitir o seu exercício de forma mais singela?

Uma boa forma de simplificar o procedimento para o exercício do direito de exclusão seria estabelecer que, após a publicação de editais para conhecimento público sobre o ajuizamento da ação coletiva, o indivíduo, que por qualquer razão pretendesse ficar excluído do julgado coletivo, efetuasse requerimento nos próprios autos da demanda coletiva.

Não haveria modificação essencial no *right to opt out*, mas meramente formal, facilitando-se sua implementação.

Note-se que, atualmente, pelo modo truncado de exercício do direito, a pessoa que pretende excluir-se do julgado coletivo é obrigada a propor a demanda individual, mesmo que esta não seja, no momento, a melhor solução ou não tenha condições econômicas para fazê-lo, tornando-se imperativo o exercício do direito de ação.

Diversamente, na solução aqui preconizada o simples requerimento positivaria o direito de exclusão, sem qualquer prejuízo para o indivíduo ou para o sistema de tutela coletiva.

Ademais, esta simplificação reforçaria a plausibilidade de concessão de legitimação ao cidadão para as demandas coletivas. Qualquer indivíduo que não concordasse com a ação coletiva popular poderia facilmente colocar-se fora do âmbito de abrangência da tutela jurisdicional. Isto mitigaria o temor, suposto, da concessão da habilitação para demandar coletivamente ao indivíduo, em razão do virtual prejuízo a terceiros por ações formuladas temerariamente, com finalidade de fraudar a lei, ou para obtenção de sentença de improcedência de “encomenda”, destinada a “legalizar” condutas ilícitas.” (LEONEL, 2002, P. 425-426)

2.1.2 O CRITÉRIO DA COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS*

Este critério é adotado pela maioria dos países ibero-americanos, os quais não acolhem os critérios do *opt out* e *opt in* (exceto Colômbia e Portugal). O referido critério tem por fundamento o princípio da igualdade real, não permitindo que um membro de uma classe seja prejudicado pela coisa julgada desfavorável quando não teve a oportunidade de optar pela exclusão, no critério *opt out*, ou evitando o esvaziamento dos processos coletivos, o que pode ocorrer na técnica do *opt in*.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro adotou este critério ao preconizar que a coisa julgada se estende a terceiros que não foram parte no processo sempre que lhes resultar em benefício.

Kasuo Watanabe, citando Chiovenda, esclarece que “o princípio da limitação da sentença às partes significa que os terceiros não podem ser por ela prejudicados, mas que podem, sim, ser beneficiados por ela.” (GRINOVER, WATANABE, MILLENIX, 2008, p. 244-245)

Luiz Norton Baptista de Mattos sustenta que o sistema da extensão subjetiva *secundum eventus litis* conduz à violação do princípio da isonomia,

a uma porque não a questão comum não resta definitivamente conduzida podendo gerar milhares de ações individuais e conseqüentemente de julgados distintos, conferindo tratamento diferenciado aos interessados, e a duas, porque a sentença confere proteção apenas para o autor, tendo em vista que o réu estará sujeito a nova demanda, de natureza individual, mesmo diante de sentença que declarou a inexistência do direito material. (GRINOVER, MENDES, WATANABE, 2007, p. 2008)

2.1.3 O CRITÉRIO DA COISA JULGADA *SECUNDUM PROBATIONEM*

Kasuo Watanabe ensina que alguns países da América Latina estabelecem que a prova nova, superveniente à sentença pode ensejar a propositura de nova ação idêntica à anterior, desde que idônea para modificar seu resultado. Nessa hipótese a coisa julgada incide exclusivamente sobre as provas produzidas, não abrangendo as supervenientes à sentença. (GRINOVER, WATANABE, MILLENIX, 2008, p. 245)

O mencionado critério é adotado no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, Colômbia e previsto no Projeto do Brasil.

2.1.4 A COISA JULGADA NOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

A regra geral aplicada nas demandas coletivas que tutelam direitos difusos e coletivos consiste na coisa julgada *erga omnes*, seja ela favorável ou desfavorável; sendo que alguns países ibero-americanos (Brasil, projeto de Costa Rica, Portugal, Uruguai e jurisprudência da Colômbia) adotam a regra *secundum eventum litis*, segundo a qual se exclui a eficácia da coisa julgada em relação às sentenças de improcedência da demanda por insuficiência de provas. A regra da coisa julgada *secundum eventum litis* teve origem na lei brasileira sobre Ação Popular, de 1965, com a finalidade de se evitar colusão entre demandante e demandado na formação de coisa julgada *erga omnes* improcedente por deficiência de provas. Portugal admite a repositura de ação idêntica com base em novas provas por outro legitimado. A doutrina brasileira permite a repositura de ação idêntica pelo mesmo autor. (GRINOVER, WATANABE, MILLENIX,

2008, p. 240-241)

A Alemanha, Itália, Suíça, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, Chile, Costa Rica, Uruguai, Venezuela e o Brasil consideram que a sentença condenatória coletiva inclui a condenação pelos danos individuais oriundos dos mesmos fatos que fundamentaram a demanda coletiva, consistindo, também, título executivo individual, operando-se a ampliação objetiva do objeto da demanda.

2.1.5 A COISA JULGADA NOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A maioria dos países ibero-americanos, inclusive o Brasil, adotam a regra da coisa julgada *secundum eventum litis* apenas na hipótese de acolhimento da demanda. Sendo assim, no caso de procedência da demanda os indivíduos pertencentes ao grupo poderão iniciar a liquidação e execução da sentença. Todavia, na hipótese de improcedência da demanda haverá apenas coisa julgada no plano coletivo, podendo ser propostas ações individuais.

Kasuo Watanabe esclarece que:

“Essa solução leva em conta as peculiaridades desses países, como a falta de informação e de conscientização de sua população quanto aos direitos que lhe assiste, a dificuldade de comunicação, a distância, a precariedade dos meios de transporte, a dificuldade de acesso à justiça, e em razão dessas condições especiais descartam seja o critério do *opt in*, seja o do *opt out*.” (GRINOVER, WATANABE, MILLENIX, 2008, p.306)

O referido autor salienta que os demais países de *civil Law* possuem a tendência de adoção do critério do *opt in*, ou do *opt out*, ou ainda da combinação de ambos os critérios; sendo que Portugal conjuga o critério do *opt out* com a coisa julgada *secundum eventum litis*. (GRINOVER, WATANABE, MILLENIX, 2008, p. 306).

2.2 A COISA JULGADA NOS PAÍSES DE *COMMON LAW*

2.2.1 *CLASS ACTION DA RULE 23*

A professora Linda S. Mullenix, citada por Watanabe, leciona que as *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, posteriormente alteradas pelas emendas de 1966 à *Rule 23*, nos Estados Unidos, criaram três espécies de *class actions*:

(...) e que as duas primeiras – 23 (b) (1) e 23 (b) (2) – exigem que os membros do grupo tenham interesses homogêneos [na terminologia do direito brasileiro, seriam interesses ou direitos indivisíveis, que reclamam uma decisão unitária] e por isso são obrigatórias (*mandatory*) essas *class actions*, e nelas não há o direito de exclusão (*opt out*) dos membros do grupo, e nem há notificação pessoal (*notice*) deles.

Em razão dessas características, essas *class actions* são muito similares às ações coletivas brasileiras para a tutela de direitos difusos. (...) Nessas duas modalidades de *class actions*, a coisa julgada, seja positiva ou negativa, tem eficácia *erga omnes*, abrangendo todos os membros do grupo. A terceira categoria de *class action* – a prevista na *Rule 23* (b) (3), que se destina à postulação de indenização de danos por lesões individuais, seria correspondente à ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos do sistema de *civil Law*.

Nessa modalidade de *class action*, os membros do grupo têm direito à notificação (*notice*) e à oportunidade de autoexclusão (*opt out*) da ação coletiva. A coisa julgada, seja negativo ou positivo o resultado da ação, será *erga omnes*, mas a ela não ficam sujeitos os membros do

grupo que tiverem exercido o direito de autoexclusão da demanda (*opt out*).

Em geral, entre os países de *common Law*, é adotado o critério da eficácia vinculante a todos os membros do grupo, portanto eficácia *erga omnes*, das sentenças proferidas em “common issues”, o que impede a repropositura da mesma demanda.” (GRINOVER, WATANABE, MILLENIX, 2008, p. 307)

2.2.2 OS CRITÉRIOS DO *OPT OUT* E DO *OPT IN* NO *COMMON LAW*

Kasuo Watanabe assim discorre sobre os critérios do *opt out* e do *opt in* no *common Law*:

Na *class action* americana, não há a adoção do critério do **opt in**. Na Austrália, enquanto o estatuto de *class action* adota o critério de *opt out*, a *Trade Practices Act*, que confere à Comissão Australiana de Direito de Concorrência e de Direito do Consumidor a faculdade de propor ação em nome de um ou mais consumidores lesados, prevê o regime de *opt in* para os membros do grupo. No Canadá, várias províncias adotaram diferentes soluções para a inclusão do membro do grupo não residente. Na província de Ontário e nas que seguem a mesma orientação, as decisões de *class action* somente terão efeito extraterritorial em relação aos membros não-residentes que tenham tido oportunidade de exercer o direito de *opt out*. Na província de British Columbia, ao contrário, a coisa julgada somente abrangerá o membro do grupo não-residente que tenham ingressado no feito,

mediante o exercício do direito de *opt in*. No Reino Unido, o processo GTLO (*Group Litigation Order*) adota o critério do *opt in*.

O entendimento comum, nos países de *common Law*, é no sentido de que a coisa julgada da sentença coletiva é frequentemente limitada pelos termos declarados na decisão de certificação da ação coletiva, e não somente pelos termos do julgamento final da ação. É igualmente importante, em todos os países de *common Law*, a especificação ou definição da classe ou do grupo vinculado ao julgamento da ação coletiva. (GRINOVER, WATANABE, MILLENIX, 2008, p. 308).

2.2.3 MAIS ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A COISA JULGADA NO *COMMON LAW*

Linda Mullenix discorrendo sobre a coisa julgada no *common Law* relata que todos os países do *common Law* têm aplicado a doutrina da coisa julgada, considerando os efeitos das decisões vinculantes proferidas no processo coletivo na análise dos processos posteriores. Geralmente, os julgamentos no *common Law* obrigam todos os membros do grupo e impedem a repositura da mesma ação. Nos países do *common Law* que adotam o critério do *opt-out*, os julgamentos das ações de classe não atingirão os membros da classe que exerceram o seu direito de exclusão.

Salienta, ainda, que nos países do *common Law* são emergentes duas áreas de controvérsias. A primeira consiste na aplicação da chamada regra de Henderson para o processo de classe, o qual consiste em relevante problema em United Kingdom e Austrália. Esta ampliação da regra da coisa julgada poderia impedir a repositura de questões que deveriam ter sido trazidas no processo de classe, mas não o foram. A jurisprudência tem aplicado esta regra de acordo com o contexto do grupo. A segunda controvérsia com relação aos efeitos da coisa julgada consiste em abrangerem os membros do julgamento de classe extra territorialmente. Este problema tem gerado decisões conflitantes no Canadá, além de gerar visões díspares sobre os procedimentos de *opt-*

in e opt-out, o que deverá ser dirimido pela Suprema Corte do Canadá.

Por fim, conclui salientando que um dos maiores desafios relativamente às ações coletivas nos países de *common Law* consiste na determinação dos efeitos da coisa julgada nos julgamentos de classe. (GRINOVER, WATANABE, MILLENIX, 2008, p. 299-300)

3. A COISA JULGADA OBJETIVA

3.1 AS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS

Na linha da orientação fixada pelo professor Vicente de Paula Maciel Júnior, idealizador das ações coletivas, como ações temáticas, no Estado Democrático de Direito a norma passa a desempenhar papel central, estabelecendo, inclusive, os critérios para o exercício do poder. Acontece que a vontade que deve ser executada pelo agente político é a vontade descrita na norma.

Depreende-se, pois, que a demanda coletiva possui grande força participativa podendo gerar relevantes modificações nos atos praticados pelos agentes políticos. Nesse diapasão, o direito de ação não é um poder de agir de um sujeito sobre o outro. Portanto, surgido o conflito de interesses os sujeitos possuem a faculdade de propor ou não a ação judicial.

É digno de registro salientar que o atual sistema de processo coletivo brasileiro bem como o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo se fundam no conceito de direitos subjetivos, não operando qualquer distinção entre direito e interesse. Veja-se que o direito subjetivo é sempre a posteriori, surgindo apenas após o procedimento de legitimação social ou como resultante do processo observando-se os direitos fundamentais do processo constitucionalizado. Ao revés, o interesse é a manifestação de um sujeito em face de um bem para suprir suas necessidades. São manifestações unilaterais de vontade, anteriores ao próprio direito. Ou seja, uma vez configurado o conflito, se verificará a presença de várias afirmações de interesses em face de um ou mais bens e perante o direito objetivo vigente, ao passo que o direito apenas surgirá após a validação espontânea ou judicial do interesse. (MACIEL, 2006, p.37-57)

Nessa ordem de ideias, o direito subjetivo não é condicionante da ação. Antes da propositura da ação judicial se apresenta apenas a existência de conflitos de interesses, salvo se a parte procedeu ao reconhecimento do interesse (processo de validação espontâneo). O direito é sempre um fenômeno cultural, fruto de uma aceitação geral ou resultante de um processo em contraditório.

Dentro dessa perspectiva, pode-se enunciar que as ações coletivas como ações temáticas se afastam do subjetivismo, retirando o sujeito do centro, a fim de privilegiar os fatos e o bem da vida que se pretende tutelar.

A garantia constitucional do acesso à justiça bem como o modelo atual de Estado – Estado Democrático de Direito – exige que a legitimação para a demanda coletiva seja conferida a todos aqueles que sejam afetados pela situação jurídica que atinge determinado bem. Infere-se, portanto, que qualquer interessado poderá ingressar na demanda coletiva, sendo-lhe garantido ampla participação.

É interessante notar, como dito alhures, que a teoria das ações coletivas como ações temáticas, preconizada por Vicente de Paula Maciel Júnior, afasta-se da concepção eminentemente subjetiva até então adotada, para fundamentar-se em bases objetivas. O processo deixa de ser meio para garantir os direitos subjetivos para se constituir na proteção dos direitos fazendo atuar o direito objetivo.

Neste ponto ainda pondera o mestre Vicente de Paula Maciel Júnior:

Entendemos que a ação coletiva deve ser uma demanda que viabilize a discussão de “temas”. Esses temas são os fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados. Assim, por exemplo, a construção de uma praça pública que gere a destruição de uma grande área verde em um determinado bairro de uma cidade, podendo afetar o manancial de água ou mesmo a qualidade do ar, suscita uma questão ambiental onde diversos interessados poderão ter entendimentos divergentes sobre a questão. Essa questão ambiental referente a determinado fato concreto de uma cidade será o “tema” da ação coletiva. Essas divergências são naturais e fundamentais

em nossa sociedade complexa e que se pretende democrática e devem ser trazidas para discussão na demanda coletiva.

Podemos ter o Poder Executivo local defendendo a implementação do projeto. Por outro lado, alguns moradores que tenham conhecimento técnico sobre engenharia ambiental podem reputar absurda a proposta em face da legislação ambiental e da lei de uso e ocupação do solo da cidade. Associações de bairro, o Ministério Público bem como outras entidades podem contribuir com teses diferentes na discussão na ação coletiva. É exatamente essa diversidade de posições dos interessados difusos que “constrói o conteúdo do processo coletivo” em torno de um fato ou situação jurídica.

A ação coletiva deve ser a demanda que propõe um “tema”, abrindo a possibilidade de que o próprio conteúdo do processo seja definido de modo participativo. O processo coletivo demanda, portanto, uma fase inicial na qual o seu objeto seja formado. O mérito do processo é construído, dentro de um determinado período de tempo fixado na lei, até quando será possível que os diversos interessados compareçam na demanda e formulem seus pedidos.

Uma vez proposta a ação coletiva o juiz deverá abrir prazo em edital para que os interessados difusos compareçam e expressem seus interesses. Findo o prazo, as diversas manifestações dos interessados formarão o conteúdo do processo, o mérito da demanda coletiva.

Quanto maior a participação dos interessados na formação do mérito do processo maior será a possibilidade de que esse processo represente o conflito coletivo de forma ampla. Isso é de extrema importância porque terá repercussões nos efeitos da sentença coletiva e na extensão da coisa julgada.” (MACIEL, 2006, p. 178-179)

Neste ponto, ainda, pondera que as ações coletivas temáticas evitam a propositura de diversas demandas com objetos distintos e, conseqüentemente, decisões contraditórias, pois contemplam em um só processo diversas teses conflituosas, que resultarão em uma única decisão. Perceba-se que se parte do fato para a identificação dos interessados difusos.

3.2 A FORMAÇÃO PARTICIPADA DO MÉRITO NOS PROCESSOS COLETIVOS

A questão nuclear em um Estado Democrático de Direito consiste na possibilidade de participação de todos os interessados. O que se deseja realçar é que o processo coletivo é um dos instrumentos em que o povo pode exercer a fiscalidade e efetivamente atuar como intérprete da Constituição e das Leis. É preciso perceber, portanto, a imprescindibilidade de participação de todos os interessados na formação do mérito do processo coletivo.

Surge nessa ambientação que, se todos os interessados tiverem possibilidade de participar da discussão do tema do processo coletivo, contribuindo para a formação do seu objeto – mérito -, através da explicitação das diversas manifestações de vontade, certamente, não subsistirá interesse jurídico para a propositura de nova ação judicial concernente ao mesmo tema.

Com efeito, o mérito da ação coletiva não é formado apenas pelo pedido constante na petição inicial, englobando a efetiva oportunidade de ingresso na ação do maior número de interessados difusos, os quais apresentarão teses distintas a respeito do tema em discussão, ampliando ou alterando o mérito da ação proposta. (MACIEL, 2006, p. 180)

Como obtempera o professor Vicente de Paula Maciel Júnior, “quanto maior fosse a participação na formação do mérito, maior seria a legitimação da decisão do processo coletivo em relação aos efeitos que produziria em face dos interessados difusos.” (MACIEL, 2006, p. 181)

De qualquer forma, é importante notar, como ensina Vicente de Paula Maciel Júnior, que “o processo coletivo deve ter momentos fixos a partir dos quais não se permite mais alteração do objeto daquela ação

proposta, sob pena de uma indefinição que paralise o processo e impeça a tutela.” (MACIEL, 2006,p. 184)

3.3 A COISA JULGADA OBJETIVA RESULTANTE DA FORMAÇÃO PARTICIPADA DO MÉRITO NAS AÇÕES TEMÁTICAS

Percebe-se, pois, com clareza solar, que as ações coletivas temáticas contemplam um maior número de questões a serem discutidas, abrangendo as diversas manifestações conflituosas. Forçoso afirmar, que após esse longo debate processual em que se permitiu a apreciação dos mais diversos interesses explicitados pelos interessados difusos, em plena observância ao devido processo legal, restará pouca ou nenhuma litigiosidade.

Nesta seara nota-se, em suma que todos os interessados difusos serão convocados para participar da demanda coletiva e construirão o seu mérito. Acontece que todos os interessados poderão apresentar teses distintas, inclusive resultando em modificação do pedido inicial.

Dentro dessa perspectiva, todos os interessados difusos que participaram da demanda serão parte, sendo-lhes assegurado os meios necessários ao pleno exercício do contraditório, além de sujeitar-lhes aos efeitos do provimento.

Aliás, os efeitos do provimento não se realizarão apenas *inter partes*, operando-se *erga omnes*, pois se origina de amplo debate em que se discutiram praticamente todas as questões afetas ao mérito, atingindo inúmeros interessados difusos. Note-se que a eficácia subjetiva da coisa julgada está diretamente relacionada com a participação dos interessados na demanda coletiva. Assim, a ampla participação dos interessados é imprescindível nas ações temáticas, pois refletirá na formação da coisa julgada *erga omnes*.

De mais a mais, em decorrência da natureza dos direitos tutelados, não há que se falar em limitação da coisa julgada pela competência territorial fixada.

Inferese, portanto, que a coisa julgada objetiva que se formou não está sujeita aos inconvenientes dos critérios do *opt-out* e *opt-in*, uma vez que o que importa é a discussão na demanda coletiva das teses contempladas pelos interessados difusos e não a presença destes no

processo. Nisso deflui que o princípio do contraditório foi plenamente observado, em virtude da efetiva discussão das questões concernentes ao tema, através da formação participada do mérito da demanda coletiva.

Sobreleva também o argumento de que a coisa julgada nas ações coletivas temáticas possibilita a adoção de um sistema de coisa julgada *erga omnes, pro et contra*, eliminando os inconvenientes do sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, posto que em consonância com os princípios da isonomia, ampla defesa, contraditório e acesso à justiça.

Nem se diga de outro lado, que a coisa julgada objetiva originária da formação participada do mérito nas ações temáticas diminui sensivelmente a possibilidade de conluio, fraudes, decisões desfavoráveis por insuficiência ou desconhecimento de provas, em virtude da ampla possibilidade de ingresso de interessados difusos com as mais distintas teses e meios de provas na demanda coletiva conferindo legitimidade ao provimento.

Assim sendo, a possibilidade de participação efetiva dos legitimados naturais na formação do provimento na demanda coletiva temática permite aos interessados difusos exercerem o controle de diversos atos, públicos ou privados, o que é próprio do Estado Democrático de Direito.

Enfim, a coisa julgada objetiva, resultante da formação participada do mérito bem como da construção compartilhada do provimento, certamente representará com maior legitimidade os anseios da sociedade.

Merece alusão, o projeto de Código de Processo Coletivo baseado na obra do professor Vicente de Paula Maciel Júnior – *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas* – apresentado como trabalho de conclusão de curso da disciplina Teoria Geral do Processo Coletivo ministrada pelo referido professor no curso de pós-graduação *stricto sensu*, linha de pesquisa: *O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito*, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais no primeiro semestre letivo de 2007.

Na oportunidade, transcrevemos os artigos correlatos à disciplina da coisa julgada:

Art. 3º. Possuem legitimação para propor a demanda coletiva todos os interessados.

Art. 12: As ações para a tutela dos direitos difusos seguirão a forma procedimental a seguir

delineada:

§1º As ações que tratem de atos, fatos, situações jurídicas e objetos que interessam a um número indeterminado de interessados serão classificadas como ações temáticas.

§2º. A ação temática será autuada e o juiz da causa identificará na capa dos autos proposta temática em discussão no processo e o âmbito de abrangência territorial da questão.

§3º. Ao receber a inicial o juiz determinará a citação por carta, com aviso de recebimento, daquelas pessoas indicadas na petição inicial e que possuam endereços certos e, por edital, com o prazo mínimo de 30 (trinta) dias, para que qualquer interessado possa comparecer e participar do processo.

§4º. O juiz deverá dar ampla publicidade à ação temática nos meios de comunicação mais eficazes disponíveis na comarca, sendo obrigatória a publicação no órgão de comunicação oficial da União, Estados e Município, em local próprio e de fácil visualização. Deverá ainda ser publicado o edital pelo menos uma vez em jornal de grande circulação local, e divulgado em rede de rádio local pelo menos três vezes por semana, em horários diferentes do dia, até o término do prazo do edital. O jornal e rádio locais não poderão recusar a divulgação, sob pena ser imposta multa diária pelo juiz até o cumprimento da ordem, bem como ser expedido ofício para o Ministério das Telecomunicações para as penalidades cabíveis.

Art. 29. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com mesmo tema, valendo-se de prova nova.

§1º. Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer interessado poderá ajuizar outra ação, sob o

mesmo tema, no prazo de 5 (cinco) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo ou prazo de 10 (dez) anos contados do fato ou ato.

§2º. Os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, se procedente o pedido, beneficiarão os interessados e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e execução, nos termos dos artigos dos Livros II e III deste Código.

§3º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

4. A COISA JULGADA OBJETIVA LEGITIMADORA DA PRONTA INTIMAÇÃO DO DEMANDADO PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NAS AÇÕES COLETIVAS TEMÁTICAS

4.1 A NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

Encontra-se pacificada na jurisprudência a necessidade de se proceder à intimação pessoal do réu nas obrigações de fazer e não fazer para que incida as *astreintes* ou configure crime de desobediência à ordem judicial. Senão vejamos.

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. INTIMAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. ANTERIOR À INTIMAÇÃO. DESCABIMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. I. É necessária a intimação pessoal do devedor quando aplicada multa diária pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

II. Cumprida a obrigação de fazer antes mesmo da intimação ser efetuada - é o que se extrai do acórdão recorrido (fl. 87) - não há como incidir honorários advocatícios.

III. Os agravantes não trouxeram nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

IV. Agravo improvido. Relator. Sidnei Beneti (1137). Terceira Turma. Data do Julgamento: 21/10/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 18/11/2008.

AgRg no REsp 993209 / SEAGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2007/0232037-8

Processo civil. Agravo no recurso especial. Execução de astreintes. Inscrição do nome do devedor em cadastro de inadimplentes. Multa diária. Obrigação de fazer. Intimação pessoal. Necessidade.- A parte a quem se destina a ordem de fazer ou não fazer deve ser pessoalmente intimada da decisão cominatória, especialmente quando há fixação de astreintes. Precedentes. Agravo no recurso especial improvido. AgRg no Ag 774196 / RJAGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2006/0102641-9. Relatora: Ministra Nancy Andrighi (1118). Terceira Turma. Data do Julgamento: 18/03/2008. Data da Publicação/Fonte: Dje 04/04/2008 REPDJe 12/05/2008.

Comunga desse entendimento o mestre Alexandre Freitas Câmara em *Lições de Direito Processual Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, editora Lúmen Júris, 2005, pág. 253:

Tratando-se de execução de obrigação de fazer fundada em sentença, aplica-se o disposto no art. 461 do CPC. Neste caso, ter-se-á um processo misto, sincrético, composto por uma

fase cognitiva e outra executiva. As regras do Livro II do CPC, neste caso, só são aplicáveis em caráter subsidiário, como forma de suprir as lacunas do art. 461 (conforme estabelece o art. 644 CPC, com a redação que lhe deu a Lei nº 10.444/2002). Encerra-se, pois, a fase cognitiva com a condenação do demandado a cumprir a obrigação de fazer no prazo assinado na sentença, que estabelecerá também uma multa (de ofício ou a requerimento do demandante) pelo atraso no cumprimento do comando contido na sentença. A partir do momento em que a sentença começar a produzir efeitos, seja por ter transitado em julgado, seja por ter sido admitido recurso desprovido de efeito suspensivo, o juiz, de ofício ou mediante requerimento, determinará a intimação do demandado para cumprir a prestação no prazo assinalado na sentença, sob pena de incidir multa periódica pelo atraso no cumprimento da obrigação (multa essa que poderá, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, ser modificada, para mais ou para menos, conforme seja insuficiente ou excessiva). Essa multa, conhecida como *astreinte*, é um poderoso meio de coerção, destinado a pressionar psicologicamente o demandado, a fim de que este cumpra a obrigação. (grifos nossos)

Assim, após o trânsito em julgado da r.sentença, se faz necessária a intimação pessoal do réu para o devido cumprimento da sentença, tendo em vista que a obrigação a ser adimplida depende de atividades a serem desenvolvidas pelo réu, sob pena de incidência de *astreintes* ou de configuração de descumprimento de ordem judicial.

4.2 A NECESSIDADE DE PRONTA INTIMAÇÃO DO DEMANDADO PARA O EFETIVO E CÉLERE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NAS AÇÕES TEMÁTICAS

Não constitui demasia assinalar que em um Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário não possui apenas a função de acertamento do direito, devendo garantir a sua realização através de atos executórios.

É certo que a tutela das obrigações de fazer e não fazer, bem como da entrega de coisa, estabelecidas nos artigos 84 CDC e 461 e 461A do CPC, não exige mais para a efetivação do julgado a propositura de processo autônomo de execução, possuindo força executiva própria. As sentenças poderão ser executiva – não requer a participação do demandado – ou mandamental, em que se requer a sua participação.

Posteriormente a Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, previu o procedimento pertinente ao cumprimento de sentença, o qual instituiu o processo sincrético no tocante às decisões judiciais que impunham obrigação de pagar. Destarte, a atividade executiva realiza-se no mesmo processo em que se efetivou o accertamento do direito, não sendo necessário efetivar nova citação pessoal do demandado.

Entrementes, o artigo 461 CPC estabeleceu o princípio da primazia da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. O mencionado princípio preconiza que se deve dar ao credor tudo aquilo e exatamente aquilo que ele obterá se o devedor tivesse cumprido espontaneamente a obrigação que lhe cabia. Evidente que a tutela jurisdicional almejada se refere à recomposição do dano e não a sua mera monetização.

Noutro giro, verifica-se que o mesmo fato pode ocasionar dano coletivo e individual. Assim, uma única ação coletiva poderá conter pretensões difusa, coletiva e de direito individual homogêneo.

Não se pode olvidar que o princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva executiva é impositivo. Assim, transitada em julgado a sentença de procedência, o Estado tem o dever de garantir a satisfação do direito.

No tocante ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer de natureza difusa e de direito coletivo em sentido estrito, provenientes do provimento judicial transitado em julgado, no prazo assinalado pelo juízo, não pode simplesmente ficar a mercê dos representantes adequados.

Como ensina Guadalupe Louro Tueros Couto, a doutrina e jurisprudência têm aplicado nesses casos o art. 15 da Lei de Ação Civil Pública, o qual dispõe que “decorridos 60 dias do trânsito em julgado da sentença condenatória sem que o autor lhe promova a execução deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.” (GRINOVER, MENDES, WATANABE, 2007, p. 298)

Questão delicada consiste em saber se o juiz pode de ofício dar

início à fase executiva nos processos em que se visa tutelar obrigações de fazer e não fazer.

A propósito, veja-se que a fase executiva é fundada em cognição plena e exauriente realizada no mesmo processo.

Dentro desta perspectiva, citamos os ensinamentos de Marcelo Lima Guerra referendado por Fredie Didier Jr. e outros *in Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2, Salvador, edições Podivm, 2007, p. 332-335:

Cumpra observar que a adoção da execução *per officium iudicis*, em tais casos, não chega a comprometer nenhum dos valores fundamentais relativos ao processo, nem mesmo o princípio dispositivo, uma vez que, como já se demonstrou, ao requerer a prestação da tutela condenatória, o que o titular do direito realmente quer é a tutela executiva, a qual está, nesse caso, por opção do legislador, condicionada à prévia declaração judicial do direito a ser tutelado. (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, São Paulo, RT, 2003, p. 74)

Ora, se a execução é obrigatória nas ações coletivas, por que esperar 60 dias do trânsito em julgado da sentença para simplesmente iniciar o cumprimento de sentença. Interessante registrar que as ações coletivas normalmente se referem a questões de altíssima relevância para a sociedade atingindo inúmeros interessados.

Isso posto, sugerimos a retirada da referida norma do ordenamento jurídico, a fim de que nas ações coletivas para cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, o juiz determine a intimação do demandado para o efetivo cumprimento da sentença.

Aliás, como dito alhures, o cumprimento de sentenças que determinam obrigações de fazer e não fazer exige prévia intimação pessoal do demandado. Assim, não é crível que a tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* fique aguardando que algum interessado ou o Ministério Público requeira a intimação do demandado para só então começar a fluir o prazo estabelecido na sentença para o cumprimento da obrigação.

De qualquer forma é importante notar que não há que se falar em violação ao princípio dispositivo. Vale destacar que o art.878 CLT

preconiza que o juiz pode promover o processo de execução trabalhista de ofício. Na linha da orientação fixada, citamos os ensinamentos de Guadalupe Louro Touro Couto:

O verbo “promover” nesse dispositivo não significa, apenas, dar início, mas impulsionar o procedimento até o final. Longe de representar uma ofensa ao princípio do dispositivo, o artigo em tela representa a materialização da esperada eficiência e celeridade do processo, demonstrando a mais pura assimilação do propugnado pelo “sincretismo processual” quando, ao admitir o início da execução trabalhista pelo próprio juiz, retira da execução o seu caráter de processo autônomo, definindo-o como um “simple capítulo ou fase sequente do processo de conhecimento, de que se originou.

Ainda que se apegue à relevância social e à magnitude das ações coletivas que versem sobre direitos difusos e coletivos em sentido estrito, não faz sentido aguardar a inércia do autor coletivo pelo lapso temporal fixado (120 dias para o Anteprojeto paulistano e, 60 para o carioca) para que o Ministério Público obrigatoriamente dê início à liquidação e/ou execução ou para que os demais co-legitimados, facultativamente, tomem a iniciativa.

Por que não adotar os ensinamentos trazidos pelo sincretismo processual e permitir que até o próprio juiz, de ofício, possa dar início a essas fases procedimentais, seja ordenando, v.g., às partes que ofereçam cálculos ou a remessa dos autos ao contador para que este elabore os cálculos, seja nomeando árbitro e, após serem ouvidas as partes, homologue a conta ou o laudo? Na maioria das vezes, essa possibilidade de o juiz agir *ex officio* restringe-se à mera provocação do autor coletivo pelo juiz, imediatamente após o trânsito em julgado da sentença.

Ao incluir esta possibilidade, o processo não

ficará à mercê da iniciativa do autor coletivo pelo prazo de 60 ou 120 dias, de forma que se estará adotando uma sistemática mais célere, menos onerosa e mais eficiente às execuções coletivas. Sugere-se, então, que a redação do artigo acerca da legitimação para a liquidação e execução coletiva contemple a possibilidade de o juiz – de ofício – promover esses procedimentos, nos termos do já estabelecido no art. 878 da CLT. (ob. cit., pág. 299).

O aumento da legitimidade dos provimentos finais resultante da ampliação da legitimação, possibilitando a participação dos interessados diretamente e não somente por representação, implica na necessidade de efetiva e pronta execução do julgado.

Ademais, o próprio art. 461 CPC confere, violando o Estado Democrático de Direito e os princípios da legalidade, ampla defesa, contraditório e da congruência entre pedido e sentença, elevada margem de discricionariedade e amplos poderes ao magistrado, visando ao estabelecimento das medidas executivas necessárias à satisfação do direito. Nessa seara surge o seguinte questionamento: por que o magistrado não estaria autorizado a iniciar de ofício a fase executiva? Note-se que constitui princípio próprio das ações coletivas a obrigatoriedade da execução. Por que a mera determinação de intimação do demandado para cumprir a sentença deveria ser precedida de requerimento do interessado? Não se verifica na hipótese nenhuma violação à ampla defesa ou ao contraditório.

Não se pode olvidar que a Constituição da República do Brasil de 1988 já contemplava a razoável duração do processo, a qual foi explicitada pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, citamos as preciosas lições do mestre Alexandre de Moraes em *Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 94:

Os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões.

(...) A EC nº 45/04, porém, trouxe poucos

mecanismos processuais que possibilitem maior celeridade na tramitação dos processos e redução na morosidade da Justiça brasileira. O sistema processual judiciário necessita de alterações infraconstitucionais, que privilegiem a solução dos conflitos, a distribuição de Justiça e maior segurança jurídica, afastando-se tecnicismos exagerados.

Na verdade, não defendemos que o juiz possa realizar livremente atos executórios, pois violaria o Estado Democrático de Direito. No entanto, no cumprimento de sentenças de obrigações de fazer e não fazer, em consonância com o princípio da razoável duração do processo, é salutar que o juiz logo após o trânsito em julgado determine a intimação do demandado, iniciando a execução.

De mais a mais, o juiz não está autorizado a realizar atos de execução propriamente dito. Acrescente-se, inclusive, que defendemos tão somente o início da fase de cumprimento de sentença pelo magistrado, o qual determinará a intimação pessoal do demandado para cumprimento da obrigação, devendo os atos subsequentes serem promovidos pelos legitimados.

É mister colocar que não se trata de ampliação dos poderes do juiz e tampouco violação ao princípio dispositivo e sim mero impulso oficial para o início da fase de cumprimento de sentença, cujos atos executórios serão desenvolvidos pelas partes.

Há de se asseverar, mais uma vez, que a decisão transitada em julgado é dotada de ampla legitimidade por ter resultado da formação participada do mérito, devendo ser iniciado prontamente o seu cumprimento mediante a determinação de intimação do demandado pelo juiz, para o efetivo cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. Note-se que a referida decisão representa o exercício da fiscalidade pelos legitimados naturais no Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu enfocar a coisa julgada sob o aspecto objetivo preconizado pela Teoria das Ações Temáticas, defendida pelo professor Vicente de Paula Maciel Júnior.

É interessante notar que o processo coletivo não tem a finalidade de atingir apenas quem é parte formal nas ações coletivas. Assim, no sistema de defesa dos direitos coletivos, os efeitos da coisa julgada atingem quem não foi propriamente parte no processo.

Forçoso afirmar, que a Teoria das Ações Temáticas preconizada pelo professor Vicente de Paula Maciel Júnior afasta-se das concepções subjetivas até então adotadas, para com bases objetivas, defender a legitimação de todos os interessados para as ações coletivas.

Em um Estado Democrático de Direito, a legitimidade do provimento está diretamente relacionada com a formação participada do mérito. Assim, o poder passa a ser regulado por processos discursivos dentro da sociedade. Os sujeitos e grupos na sociedade reivindicam a participação política para fixar as competências dos agentes do poder.

Com efeito, a demanda coletiva possui grande força participativa porque o seu resultado poderá gerar modificações nos atos praticados por agentes políticos. É uma forma de controle participativo.

Assim sendo, a coisa julgada resultante da formação participada do mérito nas ações temáticas apresenta-se revestida de alto grau de legitimidade, conduzindo à determinação pelo magistrado da intimação do demandado para o efetivo cumprimento da sentença no prazo fixado.

Impende registrar que se trata apenas de mero impulso oficial, posto que se trata de início de mera fase processual e não de processo autônomo, não se caracterizando em violação ao princípio dispositivo.

Outrossim, não faz sentido estabelecer o prazo de sessenta dias para que o Ministério Público inicie o cumprimento de sentença, mediante o requerimento de intimação pessoal do demandado, para só então iniciar a contagem do prazo para cumprimento do julgado.

Dessa forma, nesse trabalho sugerimos a exclusão da referida determinação legal para que a referida intimação seja prontamente determinada pelo magistrado.

O que cumpre enfatizar na conclusão deste estudo consiste no fato das ações coletivas constituírem-se em poderoso instrumento de fiscalidade no Estado Democrático de Direito, devendo-se zelar para que a coisa julgada objetiva, resultante da formação participada do mérito, seja prontamente efetivada sem dilações indevidas.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 235-249, 554-559, 560-579.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol. II, Rio de Janeiro, editora Lúmen Júris, 2005, pág. 241-281.

Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto/ Ada Pellegrini Grinover. [et al] 6.ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, p. 802-834.

DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v. 2, Salvador, edições Podivm, 2007, pág. 323-327; 332-335.

DIDIER, Fredie Jr. ZANETTI, Hermes Jr. *Curso de direito processual civil – Processo coletivo*, v. 4, Edições Podivm, Salvador, 2007, p. 95-130, 337-350.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law: uma análise de direito comparado/Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Linda Mullenix*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.17-228;240-252;287-300; 303-365.

GRINOVER, Ada Pellegrini. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kasuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007, p. 156-230, 263-308)

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 249-285; 343-347; 420-443.

MACIEL Júnior. Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, 224 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*, 7ª ed, 2 tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Curso de Processo Civil, v.2), p. 737-773.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. (Temas atuais de direito processual civil; v.4), p. 273-285.

MORAES, Alexandre de *Direito constitucional*, 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 92-95.

PESSOA, Alessandra, et all. *Código de processo coletivo brasileiro*. Trabalho

de conclusão de curso da disciplina Teoria Geral do Processo Coletivo ministrada pelo professor Vicente de Paula Maciel Júnior no curso de pós-graduação *stricto sensu*, linha de pesquisa *O processo na construção do Estado Democrático de Direito*.

A EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA UMA INCIDÊNCIA IMEDIATA

Simielle Barros dos Santos, Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe, graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

RESUMO: Desde meados do século XX, o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas tem sido objeto de diversos estudos no direito estrangeiro, notadamente no direito alemão e no norte-americano. Nada obstante, no Brasil, a matéria é relativamente nova e poucos foram os trabalhos que enfrentaram o tema com a devida profundidade. Em apertada síntese, questiona-se se os particulares, ao lado do Estado, também estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais. No direito norte-americano, por exemplo, sob a doutrina da *State Action*, defende-se que estes direitos vinculam exclusivamente o Estado e, portanto, os indivíduos não estão subordinados a eles. De forma diversa, prevalece na Alemanha a tese de que tais direitos incidem no âmbito privado através de uma mediação do legislador ordinário, a quem cabe decidir sobre a forma como e a intensidade com que eles deverão penetrar na esfera privada. No caso brasileiro, uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares se afigura mais adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; relações particulares; eficácia direta.

ABSTRACT: Since the mid-twentieth century, the issue of the fundamental rights effectiveness in private relations has been object of many studies in Foreign Law, notably in Germany and in the U.S.A. However, in Brazil, the subject is relatively new and few were the works that faced the topic with proper depth. In summary, the crux of the matter is whether the individuals, alongside the State, are also obliged to respect fundamental rights. In U.S.A., for example, under the State Action Doctrine, the studios defend that these rights only tie the State

and, therefore, the individuals are not subordinate to them. Differently, in Germany, predominates the thesis that the fundamental rights penetrate in the private ambit through a mediation of the ordinary legislator, to whom fits to decide about the form as and the intensity with these rights must be applied in the private field. In Brazilian case, a direct effectiveness of fundamental rights in particular relations seems to be more adequate.

KEYWORDS: Fundamental Rights; particular relations; direct effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

Os textos constitucionais contemporâneos – à exceção das Constituições de Portugal (1976), da Rússia (1993) e da Suíça (1998) – não se referem expressamente aos particulares como destinatários¹ dos direitos fundamentais. Em regra, as Constituições contemporâneas, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988, são omissas no que tange à possibilidade de vinculação dos particulares aos citados direitos.

Essa omissão do constituinte deu azo ao debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Mesmo em ordenamentos jurídicos como o de Portugal, em que há norma constitucional expressa impondo a vinculação de pessoas físicas e entidades privadas aos referidos direitos², a controvérsia sobre a forma como se dá a referida vinculação perdura.

Na verdade, o objeto da discussão não mais consiste em saber se os direitos fundamentais devem ser aplicados às relações jurídicas privadas. Esse ponto é praticamente pacífico na doutrina e jurisprudência brasileira e alienígena. Admite-se, ressalvados pontuais entendimentos divergentes – notadamente o adotado pelo direito norte-americano, que os direitos fundamentais incidem no âmbito das relações privadas. Nada obstante, há uma celeuma quanto ao modo como e à intensidade com que os mencionados direitos emergem na esfera privada.

O presente artigo tem por objetivo a análise das principais teorias que tratam do tema da (in)oponibilidade dos direitos fundamentais aos particulares. Outrossim, examinar-se-á a abordagem da matéria na jurisprudência brasileira, debruçando-se sobre julgados do Supremo

Tribunal Federal e acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Por fim, serão apresentados argumentos favoráveis a uma aplicação imediata dos direitos fundamentais no âmbito privado e serão propostos parâmetros que permitam uma sistematização da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, com vistas à proteção dos princípios da segurança jurídica e da autonomia da vontade.

2. A EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao longo do modelo liberal, era incontestável a premissa de que os direitos fundamentais vinculavam única e exclusivamente o Estado e visavam a assegurar uma esfera de liberdade dos indivíduos em face de condutas abusivas perpetradas pelos poderes públicos. Nesse contexto, não se cogitava da aplicação de direitos fundamentais às relações jurídicas estabelecidas entre particulares.

Assim, inicialmente os direitos fundamentais representavam tão somente um limite ao poder estatal, porquanto, nessa época, prevalecia a tese de que o poder era atributo exclusivo do Estado e de que a sociedade não representava qualquer ameaça à liberdade dos indivíduos. O papel de inimigo dos direitos fundamentais era protagonizado, de forma privativa, pelo Estado. Por outro lado, concebia-se a sociedade como o espaço onde todos os indivíduos eram livres e iguais e, por conseguinte, os entes públicos deveriam intervir o mínimo possível ao estabelecer regras de convivência entre os particulares.

Sem embargo, após o advento do Estado Social, verificou-se que “o fenômeno do poder não é exclusivo das relações com o Estado, mas também se manifesta no seio da sociedade civil” (PEREIRA, 2006b, p. 144). Superou-se a ideia de que o Estado é o poder e de que só há poder no Estado (STEINMETZ, 2004) ao se perceber que, na sociedade contemporânea, não só os entes públicos, mas também os atores da vida privada são responsáveis pela opressão dos indivíduos. Nesse passo, são de grande valia as lições de Daniel Sarmento (2006a, p. 26), que pondera:

No Estado Social, o poder se pulveriza na

sociedade, distribuindo-se por uma série de instituições intermediárias entre o Estado e o indivíduo. Este poder pode revelar-se ainda mais perigoso para os direitos humanos do que o exercido pelas autoridades públicas, por ser mais opaco, mais fugidio ao controle e não se encontrar democraticamente legitimado.

Desse modo, constata-se que o indivíduo, além de ser potencial vítima de abusos quando se relaciona com o Estado, também está sujeito a uma série de constrangimentos ao se relacionar com particulares que se encontram em franca posição de superioridade.

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais foram concebidos como limites impostos ao poder e considerando, ainda, que este não é um fenômeno exclusivo do Estado, mas também de atores da vida social, começou-se a defender a incidência dos citados direitos nas relações entre particulares quando referidas relações pudessem ser qualificadas como desiguais ou de submissão.

Conquanto seja embaraçosa a tarefa de identificar o país no qual se manifestou de forma inédita o debate acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, há quem sustente que o referido tema é autêntico produto do direito alemão. Em sentido contrário, afirma-se que a discussão sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas surgiu nos Estados Unidos, país em que foi desenvolvida a *state action doctrine*.

Controvérsias à parte, admite-se, com certa tranquilidade, que na Alemanha do século XX o citado debate ganhou maior consistência e atenção da doutrina e da jurisprudência. Nesse sentido, pontua Sarlet (2005, p. 200):

[...] não há como negar ter sido na Alemanha, especialmente a partir da Lei Fundamental de 1949, que o tema encontrou seu maior desenvolvimento, gerando acirrada controvérsia na doutrina e na jurisprudência, acabando por atrair (e influenciar) as atenções da doutrina em geral [...]

Impende registrar que o tema da vinculação dos particulares aos

direitos fundamentais não recebeu a mesma abordagem na Alemanha e nos Estados Unidos. Neste país, adota-se a *State Action Doctrine*, teoria que recusa a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas.

Diferentemente, na Alemanha, a teoria que nega a vinculação dos particulares aos citados direitos não teve maior aceitação pela doutrina e pela jurisprudência. No direito alemão, prevalece o posicionamento de que os direitos fundamentais incidem nas relações jurídicas privadas, embora não haja um consenso no que tange à forma como se dá a referida incidência. Nesse passo, há duas teorias principais que buscam estabelecer o modo como se estabelece a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, a saber: (i) teoria da eficácia indireta ou mediata; (ii) teoria da eficácia direta ou imediata.

Todas as teorias acima referidas serão minuciosamente analisadas nos tópicos que seguem.

2.2 A STATE ACTION DOCTRINE

Coube à doutrina e à jurisprudência norte-americana desenvolver, sob a designação de *State Action Doctrine*, a teoria que conclama a impossibilidade de os particulares invocarem proteção aos direitos fundamentais quando a ofensa não for perpetrada por um ente estatal. Ao discorrer sobre o tema, Jane Pereira (2006b, p. 170) expõe que, “como regra, a jurisprudência norte-americana só admite a invocação dos preceitos concernentes a direitos e liberdades constitucionais nos casos em que se identifique uma ação estatal (*state action*)”.

Com efeito, nos Estados Unidos, sustenta-se que as normas constitucionais (ressalvada a 13ª Emenda, que foi responsável por abolir a escravidão) e, por conseguinte, os direitos fundamentais se dirigem exclusivamente às autoridades públicas. Esse posicionamento tem por base um pressuposto de caráter histórico, a saber: a Constituição e, mais especificamente, os direitos fundamentais surgiram no Estado Liberal com o fito de proteger os indivíduos contra arbitrariedades praticadas pelos poderes públicos. Sob esse fundamento, sustenta-se que, quando da elaboração das Constituições modernas, não se cogitou da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Essa visão, fundada em resquícios do liberalismo clássico, pressupõe que os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos (ou direitos

de defesa) e, portanto, só podem ser opostos em face do Estado.

A recusa em se admitir que os direitos fundamentais vinculam os particulares também se justifica pelo fato de o texto constitucional norte-americano, na maior parte de suas cláusulas, apontar expressamente o Estado como destinatário dos direitos individuais. De mais a mais, sustenta-se que a incidência dos citados direitos nas relações entre particulares aniquilaria o princípio da autonomia da vontade e, por via de consequência, desnaturaria o próprio Direito Privado.

Por fim, outro argumento que fundamenta a não incidência de direitos fundamentais nas relações privadas é o de que a possibilidade de o particular invocar os referidos direitos quando se relacionar com seus pares operaria o rebaixamento da Constituição e o conseqüente arrefecimento de sua força normativa.

Esses, basicamente, são os fundamentos utilizados por aqueles que recusam a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Registre-se que, a fim de evitar que determinadas lesões a direitos fundamentais praticadas por particulares ficassem imunes ao controle do Poder Judiciário, a jurisprudência norte americana socorreu-se de uma interpretação extensiva da *state action doctrine*. Através da ampliação do conceito de *state action*, possibilitou-se ao Judiciário controlar determinadas atuações privadas que, em princípio, não estariam sujeitas às limitações constitucionais.

Segundo construção da jurisprudência norte-americana, enquadra-se no conceito de *state action* as situações em que o particular esteja no exercício de uma função tipicamente estatal (*public function theory*), bem como os casos nos quais a atividade privada tenha alguma conexão ou implicação estatal³. Nessas situações excepcionais, admite-se a incidência dos direitos fundamentais nas relações *interprivatos*. Sobre o tema, leciona Steinmentz (2004, p. 179):

O estratagema judicial é simples e inteligente: amplia-se o campo de abrangência do conceito de *state action* operando eficácia de direitos fundamentais nas hipóteses em que um particular demanda contra outro particular alegando

violação de direito fundamental individual e, ao mesmo tempo, preserva-se a tese segundo a qual os direitos fundamentais vinculam somente os poderes públicos.

Com base na *State Action Doctrine*, a Suprema Corte, no caso *Marsh v. Alabama*, reconheceu a obrigatoriedade de uma empresa privada respeitar o direito fundamental à liberdade de religião de uma testemunha de Jeová. A referida empresa possuía terrenos sobre os quais foi construído um vilarejo e o administrava com certa autonomia. Ocorre que, em determinada ocasião, *Marsh*, praticante da religião testemunha de Jeová, professava a sua crença dentro da propriedade privada quando, então, foi convidada a se retirar. Por ter se recusado, a ela foi aplicada sanções penais com base em lei do Alabama que proibia a entrada e permanência de pessoas em propriedade alheia.

Narra Jane Pereira (2006b, p. 174) que “a Suprema Corte anulou a condenação, adotando o entendimento de que a empresa, ao atuar como poder público, devia obediência à liberdade de religião”. Em suma, sustentou-se que, por se tratar de uma cidade privada e, portanto, aberta ao público, não poderia a empresa ter impedido que Testemunha de Jeová professasse sua religião no interior do vilarejo. Nesse caso, considerou-se que a atividade prestada pela empresa equiparava-se à atuação estatal e, por isso, estava vinculada ao direito à liberdade de culto.

Em sentido contrário, a Suprema Corte entendeu que os *shopping centers* privados, por não se enquadrarem no conceito de *state action*, não estariam obrigados a respeitar os direitos fundamentais.

Como se pode perceber, o conceito amplo de ação estatal fica à mercê do subjetivismo da Suprema Corte. Não há um critério objetivo que permita enquadrar, com segurança, determinada conduta privada na definição de *state action*. Por ser considerada volúvel, vez que sujeita ao discricionarismo dos juízes, a interpretação extensiva da *state action* tem sido alvo de inúmeras críticas. Não bastasse isso, são poucos os juristas que ainda negam a vinculação dos particulares a direitos fundamentais e, por isso, a construção norte-americana, ao menos para o direito brasileiro, não tem qualquer relevância prática, mas somente se presta para fins didáticos.

2.3 TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA OU INDIRETA

A teoria da eficácia mediata (ou indireta) é uma construção intermediária entre a teoria que simplesmente nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e a teoria da eficácia imediata, que será estudada no tópico seguinte. Referida construção teórica foi formulada em 1956 por Günther Dürig na obra *Grundrechte und Zivilrechtsprechung* e é a concepção que mais conquistou adeptos na doutrina e jurisprudência alemãs.

Parte do pressuposto de que os direitos fundamentais ingressam no âmbito das relações privadas através de normas e parâmetros de aplicação e interpretação próprios do direito privado. Noutros termos, os direitos fundamentais “são protegidos no campo privado não através dos instrumentos do Direito Constitucional, e sim através de mecanismos típicos do Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume” (SARMENTO, 2006a, p.199). Assim, sustenta-se que os referidos direitos não incidem diretamente nas relações entre particulares, visto que é imprescindível a intermediação legislativa para que produzam os seus efeitos na esfera privada.

Nessa senda, é tarefa do legislador determinar, através de mecanismos próprios do direito privado, o modo e a intensidade com que os direitos fundamentais vincularão os particulares. Por outro lado, em um segundo momento, cabe ao juiz, ante a ausência de norma infraconstitucional específica, possibilitar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas mediante uma interpretação conforme das normas imperativas de direito privado, mormente daquelas normas que contém cláusulas gerais⁴ (STEINMETZ, 2004, p. 138). Em suma, nas palavras de Steinmetz (2004, p. 141):

[...] compete ao legislador, ao criar as normas de direito privado, e ao juiz e aos tribunais, ao interpretarem os textos de normas imperativas de direito privado – sobretudo os enunciados legislativos com cláusulas gerais –, mediar a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Consoante Dürig, a irrupção dos direitos fundamentais na esfera privada promover-se-ia principalmente através das referidas cláusulas gerais. Estas são conceitos abertos que permitem ao juiz desenvolver, com certa discricionariedade, o seu significado, a partir de valores objetivos consagrados na Constituição.

Assim, verifica-se que a função do juiz é meramente subsidiária, complementar à atuação legislativa. Segundo a teoria da eficácia mediata, os juízes e os tribunais não podem invocar a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, visto que estão condicionados às disposições previstas nas normas de Direito Privado. A irrupção dos direitos fundamentais no âmbito privado só pode ser realizada pelo juiz mediante o recurso da interpretação conforme ou mediante o preenchimento das cláusulas gerais. Dito de outra forma, os direitos fundamentais, no âmbito das relações privadas, não podem ser tutelados *ex constitutione*, mas somente *ex lege*.

Um dos argumentos levantados por Dürig ao advogar a tese da eficácia mediata é o de que há um direito geral de liberdade a impedir que “os direitos fundamentais tenham um *efeito absoluto* nas relações privadas” (SILVA, 2008, p. 75). Dürig sustenta que o mencionado direito geral de liberdade inclui o direito dos particulares de disporem sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, faculdade que não seria admissível nas relações Estado-indivíduo. Alega que, se fosse negada essa possibilidade de contornar a aplicação dos direitos fundamentais, a liberdade contratual restaria comprometida.

Outrossim, os defensores desse modelo sustentam que a relação entre particulares não pode ser equiparada à relação indivíduo-Estado, porquanto, naquela, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais⁵. Nessa linha, afirmam que, diferentemente do que ocorre no âmbito das relações públicas, os direitos fundamentais não incidem nas relações privadas como direitos subjetivos, e sim como valores objetivos que devem ser observados pelo legislador no momento da edição de normas infraconstitucionais e pelo juiz ao aplicar as citadas normas. Sobre o tema, expõe Sarlet (2005, p. 222):

Em última análise, isso significa que os direitos fundamentais não são – segundo essa concepção – diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas carecem de

uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado.

A teoria da eficácia mediata ganhou maior notoriedade e aceitação ao ser adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão no famoso caso Lüth (1958).

Eric Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, liderou um boicote ao filme *Unsterbliche Geliebte* (Amante Imortal), do diretor Veit Harlam. O filme, que tinha previsão de estreia nos principais cinemas alemães, não continha nenhuma cena ofensiva. No entanto, o diretor Harlam havia produzido vários filmes anti-semitas na época do nazismo, em notável apoio ao regime em vigor. Em razão desses fatos, Lüth proferiu discurso no sentido de que os diversos produtores e distribuidores de filme não divulgassem a obra do cineasta, visto que, no passado, o diretor tinha patrocinado a causa nazista.

Diante do boicote, o produtor do filme ajuizou ação em face de Lüth a fim de que ele fosse obrigado a suspender a manifestação pública contrária à divulgação do filme, bem como para que ele fosse condenado a indenizar os prejuízos causados. A sentença julgou os pedidos procedentes com base no § 826 do Código Civil alemão, que prescreve: “aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo”.

Inconformado com a sentença, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional, que anulou a citada decisão sob o argumento de que o § 826, especificamente em relação à cláusula geral dos “bons costumes”, deveria ser interpretado à luz do direito fundamental à livre manifestação de pensamento. Assim, o Tribunal Constitucional assegurou a Lüth o direito de defender o boicote ao filme do diretor Veit Harlam.

Na famosa sentença proferida pelo Tribunal Constitucional no caso Lüth, perfilhou-se o entendimento de que “o conteúdo dos direitos

fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meio das disposições que diretamente regem esse âmbito jurídico” (STEINMETZ, 2004, p. 147), primordialmente através das cláusulas gerais, que constituem a principal forma de irrupção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

2.4 TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA OU DIRETA

A tese segundo a qual alguns direitos fundamentais incidem diretamente nas relações particulares foi formulada em meados do século XX pelo juiz do Tribunal Federal do Trabalho Hans Carl Nipperdey e, posteriormente, desenvolvida por Walter Leisner.

Consoante Nipperdey, determinados direitos fundamentais constituem autênticos direitos públicos subjetivos e, por conseguinte, são oponíveis somente em face do Estado. Sem embargo, sustenta haver outros direitos que, pela sua natureza, vinculam de forma imediata os particulares, independentemente de intervenção legislativa ou do preenchimento de cláusulas gerais pelo juiz.

Nipperdey invoca o fenômeno dos poderes privados como um dos fundamentos para defender a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. No entanto, expõe que não só nas relações entre particulares marcadas pelo poder têm os direitos fundamentais eficácia direta. Também nas relações privadas que têm por característica uma tendencial igualdade referidos direitos vinculam diretamente os particulares.

A teoria da eficácia imediata parte da premissa de que os direitos fundamentais são direitos constitucionais subjetivos, públicos ou privados. Assim, podem ser invocados pelos particulares em face de outros indivíduos ou de pessoas jurídicas privadas.

Conquanto não tenha experimentado grande receptividade na doutrina e na jurisprudência alemãs, a teoria da eficácia direta encontrou em países como Portugal e Espanha um terreno fértil para desenvolver as suas premissas básicas. Com efeito, a Constituição Portuguesa de 1976 prevê, expressamente, em seu art. 18.1 a vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais, nos seguintes termos: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Por sua vez, na Espanha, embora o texto constitucional seja omissivo quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, a teoria da eficácia imediata tem encontrado ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial.

3. A VINCULAÇÃO DE PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A incidência de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas ainda não foi objeto de sistematização pela jurisprudência brasileira. Conquanto haja algumas decisões nas quais se proclama a vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais, não há uma análise mais aprofundada acerca da matéria nem dos critérios que devem servir de parâmetro para determinar o *modus vinculandi* dos referidos direitos no âmbito privado.

Nessa linha, Eduardo Ferreira Fischer (2006, p. 76), em tese de mestrado sobre o tema, expõe:

[...] não raras são as decisões que, insufladas pela aplicação direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, simplesmente privam as partes da devida fundamentação teórica e até mesmo discussão acerca da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, ou seja, o intérprete/aplicador acaba na verdade praticando o modelo subsuntivo dos Direitos Fundamentais às relações interprivadas, sem tomar consciência de como isso está se realizando.

Feita essa consideração inicial, passa-se à análise de alguns dos casos de aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares encontrados na jurisprudência brasileira.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 210.819-8/RJ, considerou que sociedade civil sem fins lucrativos estava obrigada a observar os princípios do contraditório e da ampla defesa ao promover a exclusão de um dos seus sócios. Referido recurso foi interposto pela União Brasileira de Compositores - UBC contra acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

Janeiro que determinou a reintegração de sócio excluído da citada pessoa jurídica de direito privado sem que antes lhe fosse dada oportunidade de defesa.

No julgamento do citado recurso, a Ministra Relatora Ellen Gracie, acompanhada pelo Ministro Carlos Veloso, entendeu descabida a invocação do princípio constitucional da ampla defesa para declarar a nulidade da sanção aplicada pela UBC sob o argumento de que “a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor”.

De modo contrário, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que, no caso sob análise, os direitos fundamentais deveriam ser aplicados direta e imediatamente nas relações entre particulares e, portanto, que a penalidade imposta pela associação deveria ser anulada. No mesmo sentido, pronunciaram-se os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello. Assim, a turma, por votação majoritária, negou provimento ao recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

No Recurso Extraordinário 158.215/RS6, o STF já tinha se manifestado sobre caso semelhante e, do mesmo modo, reconheceu a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais na esfera privada. Tratava-se de recurso em que se discutia a exclusão de associados de uma cooperativa sem que lhes fosse dada a oportunidade de exercer o direito de defesa. Consoante Daniel Sarmiento (2006b, p. 261), no acórdão, “a discussão sobre a aplicabilidade das garantias constitucionais às relações privadas sequer foi travada, mas, de qualquer forma, acabou sendo acolhida a pretensão dos associados excluídos, por força da aplicação direta ao caso do direito fundamental à ampla defesa”, nos seguintes termos:

COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral no que toca à exclusão, não é

de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

Nessa mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 161.243-6/DF7, entendeu que deveria ser estendido a trabalhador brasileiro da empresa aérea Air France os mesmos direitos trabalhistas assegurados pelo Estatuto Pessoal da Empresa aos trabalhadores de nacionalidade francesa. Permita-se transcrever a ementa do referido julgado:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput.

I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/ 465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.

No âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados, também é possível encontrar casos de aplicação de direitos fundamentais nas relações

privadas. À guisa de exemplo, pode-se citar a Apelação Cível n.º 70024253312/RS8. A referida apelação foi interposta contra sentença cível que julgou improcedente pedido de anulação de penalidade aplicada, sem observância da garantia constitucional do devido processo legal, pelo Jockey Clube do Rio Grande do Sul a um de seus associados. No julgamento do mencionado recurso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento à apelação por entender que os direitos fundamentais vinculam também os particulares e, portanto, a associação deveria ter observado os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa ao impor penalidade a um de seus associados. Não tendo procedido dessa forma, a sanção aplicada pelo Jockey Clube foi considerada nula pelo tribunal.

Ao julgar o citado recurso, a Desembargadora Relatora Judith dos Santos Mottecy discorreu, de forma clara e sucinta, sobre a possibilidade de violação de direitos fundamentais pelos particulares, nos seguintes termos:

[...] encontra-se superada aquela visão de que apenas o Estado pode violar os direitos fundamentais dos cidadãos, isso porque os particulares (pessoas físicas e/ou jurídicas) também têm ampla aptidão para realizar tal transgressão, razão pela qual sua conduta, igualmente, deve respeitar os direitos fundamentais de terceiros. Entendimento contrário redundaria em autorizar pelos particulares a violação das normas jusfundamentais, o que vai de encontro à finalidade do ordenamento jurídico (pacificar conflitos sociais, defender o cidadão em face dos seus pares).

Como se vê, não são poucos os casos encontrados nos Tribunais Brasileiros que versam sobre a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada. Nada obstante, as decisões proferidas não abordam a matéria com a profundidade que o assunto demanda. De fato, como sustenta Daniel Sarmento (2006b, p. 260):

[...] na jurisprudência brasileira ocorre um fenômeno de certa forma curioso. Não são

tão escassas as decisões judiciais utilizando diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado. Porém, com raríssimas exceções, esses julgamentos não são precedidos de nenhuma fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Na verdade, ainda não encontrou eco nos nossos pretórios a fértil discussão sobre os condicionamentos e limites para aplicação dos direitos humanos na esfera privada.

Destarte, faz-se imprescindível a propositura de critérios objetivos que viabilizem uma incidência direta sistemática dos direitos fundamentais nas relações privadas. É justamente essa a proposta do tópico seguinte.

4. INCIDÊNCIA DIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA

Poderia uma universidade particular impedir que um grupo de estudantes organizasse, dentro de suas instalações, uma manifestação pacífica contra o aumento exorbitante da mensalidade? É permitido a locais abertos ao público, como, por exemplo, cinemas, bares e restaurantes, restringir a entrada de pessoas em razão de raça, sexo ou religião? Poderia uma escola privada se recusar a receber determinado aluno portador de deficiência física? Pode uma escola islâmica ser compelida a acatar matrícula de alunos não mulçumanos? (PEREIRA, 2006b, p.189) É legítimo defender publicamente boicote a determinada obra de arte? (PEREIRA, 2006b, p. 140) Uma associação pode excluir um de seus sócios sem antes lhe dar a oportunidade de defesa? Esses são, dentre muitos, os exemplos formulados pela doutrina para ilustrar a complexidade que permeia o tema da eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas.

Como já se pôde observar ao longo deste trabalho, a controvérsia

não se assenta na possibilidade de extensão dos direitos fundamentais às relações privadas. Conforme salientado outrora, a teoria que recusa a eficácia de direitos fundamentais no âmbito privado não tem grande prestígio nos dias atuais e é praticamente pacífico o entendimento de que tais direitos também são oponíveis aos particulares.⁹ Em verdade, o cerne da questão consiste em saber como e com que intensidade se dá a vinculação dos particulares aos mencionados direitos.

A teoria da eficácia mediata e a teoria da eficácia imediata apresentam diferentes soluções para esses questionamentos. Para a primeira teoria, por exemplo, os particulares não podem invocar a aplicação direta da Constituição para anular penalidade imposta por determinada associação. A anulação da pena só seria possível se houvesse descumprimento de algum dispositivo do Código Civil ou mesmo do estatuto da pessoa jurídica de direito privado. Diferentemente, para a teoria da eficácia imediata, a não observância dos direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório gera a nulidade da sanção aplicada por entidade privada.

Contraopondo-se à incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, defensores da teoria da eficácia mediata sustentam que a vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais provocaria o aviltamento do princípio da autonomia da vontade e, por conseguinte, a perda de identidade do Direito Privado, que seria subjugado pelo Direito Constitucional.

De outra banda, defende-se que a eficácia imediata constitui um processo antidemocrático, vez que atribui ao juiz, e não ao legislador, o poder de decidir sobre a forma como e a intensidade com que os direitos fundamentais incidirão no âmbito privado. Nesse passo, argumenta-se que o legislador, eleito pelo povo através de sistema democrático, teria maior legitimidade do que o Judiciário para determinar a maneira pela qual os direitos fundamentais penetrariam nas relações entre particulares.

Outrossim, afirma-se que a segurança jurídica restaria comprometida acaso prevalecesse a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, sob o argumento de que as normas constitucionais, diferentemente das regras de Direito Privado, são dotadas de um maior grau de abstração e indeterminabilidade.

Ocorre que esses argumentos não resistem a uma análise mais aprofundada do tema. Ao contrário do que argumentam os defensores da teoria oposta, a adoção da teoria imediata não traz consigo o gérmen

da insegurança jurídica. Ora, se forem propostos critérios objetivos para determinar a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o princípio da segurança jurídica estaria preservado. Nessa linha, Daniel Sarmiento (2006a, p. 343) lembra que “existem várias formas e fórmulas para reduzir a incerteza decorrente da aplicação judicial de normas constitucionais abertas, como as que consagram direitos fundamentais.”

Demais disso, calha recordar que as cláusulas gerais também são conceitos vagos e indeterminados que conferem ao juiz uma certa margem de discricionariedade ao preencher o seu conteúdo. Como bem obtempera Steinmetz (2004, p. 162), “do ângulo da segurança jurídica, qual é o ganho real ao afastar a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais em favor da aplicação de cláusulas gerais ‘preenchidas’ pelo conteúdo valorativo-objetivo dos direitos fundamentais?”

Também não merece guarida o argumento consoante o qual a incidência direta dos direitos fundamentais na esfera privada é um procedimento antidemocrático. Não se nega que o legislador ordinário tem a função de decidir sobre a forma de vinculação dos particulares a direitos fundamentais. No entanto, essa tarefa também é atribuída ao juiz quando se deparar com o caso concreto, independentemente da utilização de cláusulas gerais ou de norma de direito privado que regule a relação privada.

De outro turno, rebatendo o argumento de que a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas provocaria uma dominação do Direito Constitucional sobre o Direito Privado, Steinmetz (2004, p. 156) aduz que, embora não seja desejável uma “jusfundamentalização” do direito civil, mais indesejável ainda é uma legalização dos direitos fundamentais ou, em outros termos, a substituição do princípio da constitucionalidade pelo princípio da legalidade.

Ora, negar a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares ou condicioná-la à vontade do legislador ordinário é recusar a própria força normativa da Constituição. É considerar que a Lei Maior, ao menos quanto às normas consagradoras de direitos fundamentais, tem caráter normativo e vinculante somente no âmbito público, porém jamais no âmbito do direito privado. É dizer: a Constituição somente pode ser

tida como norma suprema de um Estado nas relações indivíduo-poder público ou poder público-poder público. Nas relações entre particulares, a legislação civil é que deve ocupar o patamar de norma superior e somente ela deve inspirar a atividade privada.

Essa concepção, fruto do ranço do liberalismo burguês ainda entranhado nas sociedades contemporâneas, representa verdadeiro menoscabo aos princípios da força normativa e da máxima efetividade da Constituição. A supremacia e a normatividade da Constituição fundamentam e, mais do que isso, impõem a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Professar o contrário é retroceder à época do Estado Legislativo de Direito e negar, ainda que parcialmente, a tão aclamada força normativa das normas constitucionais.

É bem verdade que a aplicação irrestrita dos direitos fundamentais nas relações entre particulares configura uma ameaça preocupante ao princípio da autonomia da vontade e ao próprio Direito Privado. Nesse sentido, Luís Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 175) expõe que “os direitos fundamentais, nessas relações, tendem a sufocar a autonomia privada se não houver uma forma de compreender ambos em harmonia”.

Entretanto, a teoria da eficácia imediata não ignora que a autonomia privada também é um bem constitucionalmente protegido e, ainda, que a incidência assistemática de direitos fundamentais nas relações particulares provocaria o esvaziamento desse princípio. Nessa senda, a referida teoria, sem desprezar a relevância e o *status* constitucional atribuído à autonomia da vontade, apenas propõe uma limitação a esse princípio quando houver lesão a direito fundamental. Sobre o tema, oportunas as lições de Jane Reis Gonçalves Pereira (2006b, p. 181-182), que consigna:

[...] a proteção constitucional da autonomia privada não é, de modo algum, incompatível com a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Se a tutela da autonomia for posta como um obstáculo intransponível à incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que se tem, em verdade, é uma regra abstrata de preferência em favor daquela.

Nessa perspectiva, a crítica de que a eficácia direta compromete o valor constitucional da autonomia escamoteia o verdadeiro ponto de divergência: a questão não se encontra em saber se a autonomia privada deve ou não ser protegida, mas sim se esta deve *prevalecer* em face dos demais direitos fundamentais quando se tratar de relações jurídicas entre particulares. Ao admitir-se a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, a autonomia não é amesquinhada, e sim colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais.

Acrescente-se, ainda, que a finalidade da teoria imediata não é pré-estabelecer a prevalência dos direitos fundamentais sobre a autonomia privada em todo e qualquer caso. Como dito alhures, concebe-se a problemática da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas como uma questão de conflito entre normas de direitos fundamentais que deve ser solucionada mediante um juízo de ponderação.

Assim, não se pretende determinar a precedência definitiva de um direito fundamental sobre o princípio da autonomia da vontade. A solução para o conflito entre normas de direito fundamental deve ser construída ante o caso concreto, e não em abstrato. A prevalência de uma ou de outra norma somente é possível de ser determinada em função das peculiaridades do caso concreto.

Nessa linha, a teoria da eficácia imediata apenas parte do pressuposto de que a autonomia da vontade não é princípio absoluto e, portanto, comporta restrições quando em confronto com outros direitos fundamentais. Sustenta-se que a autonomia da vontade pode ser limitada quando colocar em risco um direito constitucionalmente assegurado a uma das partes.

E a decisão sobre a forma como se dará essa limitação não é tarefa exclusiva do legislador. Os juízes, mesmo que não haja norma de direito privado regulando a relação privada nem cláusula geral a ser preenchida, também podem restringir o princípio da autonomia da vontade quando, ante o caso concreto, verificarem lesão a direito fundamental.

Sem embargo, saliente-se que essa restrição ao princípio da autonomia

da vontade não pode ser realizada de forma indiscriminada, desordenada. Com efeito, como registrado por Daniel Sarmiento (2006a, p. 261):

É preciso avançar neste ponto, para construir alicerces mais firmes na [...] matéria, tornando a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado intersubjetivamente controlável e, na medida do possível, relativamente independente dos humores e das inclinações espirituais e ideológicas dos magistrados.

Nessa senda, não pode o juiz, ao lidar com um conflito entre normas de direito fundamental, simplesmente alegar que determinado direito prevalece sobre a autonomia da vontade, sem, todavia, proceder à devida fundamentação. De fato, não é admissível que o magistrado determine a prevalência de um certo princípio sobre outro e sepulte a questão sem ao menos apresentar as justificativas plausíveis que o fizeram chegar a esse entendimento.

A ausência de fundamentação – entenda-se aqui uma fundamentação verdadeira, e não apenas a simples invocação de uma norma de direito fundamental – furtaria às partes a possibilidade de controlar os atos judiciais que restringissem a autonomia da vontade, princípio estruturante de todo o Direito Privado. Possibilitar que o juiz resolva um conflito de normas mediante singela alegação de que o princípio da autonomia da vontade, em determinado caso que está sob o seu crivo, deve sucumbir ante um direito fundamental é permitir uma verdadeira tirania do Judiciário sobre as relações privadas.

Pelo exposto, em que pese não seja possível eliminar completamente o subjetivismo do julgador, faz-se mister estabelecer certos critérios que permitam um maior controle das decisões judiciais, sob pena de estas se tornarem intangíveis e insuscetíveis de questionamentos.

É preciso encontrar parâmetros que propiciem uma maior segurança jurídica e um menor subjetivismo judicial quando da aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito privado. Enfim, critérios que possibilitem o controle desse procedimento, evitando, assim, o excesso de subjetividade e a quase total liberdade dos juízes na solução dos casos concretos (SILVA, 2005, p. 175-176).

4.2 CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA UMA APLICAÇÃO IMEDIATA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

No presente tópico, serão elencados alguns parâmetros que permitem uma sistematização da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Como registrado alhures, a ausência de critérios objetivos que possibilitem a aplicação da teoria imediata poderia acarretar uma verdadeira tirania do Judiciário sobre as relações privadas. É preciso controlar o subjetivismo dos juízes, embora não seja possível eliminá-lo completamente. Outrossim, não se pode negar às partes a devida fundamentação teórica e a possibilidade de controlar a justiça das decisões.

Antes de propor os critérios citados acima, cumpre, com base nas lições de Jane Reis Gonçalves Pereira, fazer uma advertência:

A possibilidade de invocar os direitos nas relações privadas não deve ser pautada por critérios de exclusão, mas de gradação. Isso significa dizer que a presença ou não de certos fatores poderá implicar uma maior ou menor intensidade da vinculação das pessoas privadas aos direitos fundamentais, não sendo possível cogitar de um aplicação incondicionada destes ou da existência de setores completamente imunes à sua incidência. (PEREIRA, 2006b, p. 187)

O primeiro critério proposto pela doutrina para possibilitar a incidência direta dos direitos fundamentais no âmbito privado é a desigualdade material entre as partes de uma relação. Sustenta-se que quanto maior for a desigualdade entre os indivíduos, quanto mais evidente for o fenômeno do poder privado, menor será a proteção outorgada ao princípio da autonomia privada. Assim, estabelece-se uma precedência *prima facie* do direito fundamental em relação à autonomia da vontade quando as partes não estiverem em posição de igualdade.

Aqui, cabe uma ressalva. A disparidade entre os particulares só deve assegurar uma maior proteção ao direito fundamental quando não houver

sinceridade no exercício da autonomia da vontade (SILVA, 2005, p. 176). Noutros termos, se a posição de superioridade de uma das partes não influenciar no poder de decisão da outra, não é necessariamente o direito fundamental que deverá prevalecer.

Nessa mesma linha, Steinmetz sustenta não ser correto utilizar o *quantum* do poder de que dispõe o particular-violador dos direitos fundamentais como causa para se justificar a incidência direta e imediata dos mencionados direitos nas relações privadas. Aduz que proceder dessa forma significa ignorar a lesão ao direito fundamental e focalizar tão somente a posição de vantagem da parte que viola esse direito. Permita-se, nesse passo, transcrever excerto de sua obra:

Ter o *quantum* de poder do particular-violador e não a própria violação como critério para determinar a eficácia imediata é um equívoco. Pouco importa se o particular-violador tem mais ou menos poder do que o particular-violado. O pressuposto de que quanto maior o poder econômico e/ou poder social do particular maior será a intensidade da lesão é incorreto. Não há uma relação necessária entre uma coisa e outra. É algo que só pode ser verificado *a posteriori*. Um particular, sem poder econômico e/ou social, pode causar lesões a direitos fundamentais tão ou mais graves do que um particular com poder social e econômico. Lesão de direito fundamental é lesão de direito fundamental e, portanto, inconstitucional e, por consequência, razão suficiente para impedir, anular ou invalidar, total ou parcialmente, *e.g.*, um ato de autonomia privada. (STEINMETZ, 2004, p. 159)

Consoante Steinmetz, a desigualdade fática entre os particulares não deve ser tomada como fundamento a justificar a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois, segundo ele, a aplicação imediata dos referidos direitos no âmbito privado deve ocorrer sempre, mesmo que as partes estejam em verdadeira situação de igualdade. Sustenta o citado autor que a desigualdade substancial¹⁰ entre

as partes deve apenas servir de parâmetro no momento da ponderação dos interesses colidentes em uma relação privada. Assim, afirma que somente nessa conjuntura “a desigualdade fática é um importante elemento empírico a ser considerado” (STEINMETZ, 2004, p. 159).

Sarlet faz uma relevante distinção quanto aos destinatários dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O citado autor sustenta que existem “as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de poder social (também sujeitos particulares) e as relações entre particulares em geral, caracterizadas por uma pelo menos tendencial igualdade” (SARLET, 2005, p. 17).

Em ambos os casos, os direitos fundamentais devem incidir direta e imediatamente no âmbito privado. No entanto, a solução de conflitos entre as normas de direitos fundamentais será diferente a depender do tipo de relação estabelecida entre os particulares.

Como exposto alhures, quando a desigualdade entre as partes for sincera, autêntica, será outorgada uma menor proteção ao princípio da autonomia privada. Caso contrário, se uma das partes detém poder social, mas não faz uso deste quando se relaciona com outro particular, deverá prevalecer a liberdade contratual das partes. Dito de outra forma, se a desigualdade material não interferir, necessariamente, na autenticidade das vontades (SILVA, 2005, p. 176), ao se proceder à técnica da ponderação, à autonomia da vontade será assegurada uma maior proteção.

Outro critério a que faz referência a doutrina é a natureza da autonomia privada. Consoante lição de Daniel Sarmiento (2006a, p. 267), a autonomia privada pode estar relacionada a aspectos existenciais ou a questões contratuais. Nesse viés, sustenta o citado autor que quanto mais a autonomia da vontade estiver ligada a questões existenciais, maior a proteção que deverá ser outorgada a este princípio. De outro turno, se o princípio da autonomia da vontade estiver relacionado a questões contratuais, será estabelecida uma precedência *prima facie* em favor do direito fundamental em jogo.

Calha registrar, demais disso, que, se a relação contratual envolver bens essenciais ao desenvolvimento da dignidade do outro contratante, também será conferida maior proteção ao direito fundamental. Se, ao revés, a relação eminentemente patrimonial referir-se a bens supérfluos,

será outorgada maior proteção ao princípio da autonomia da vontade. Nesse sentido, leciona Daniel Sarmento (2006a, p. 267):

Além disto, no campo das relações econômicas, a essencialidade do bem é um critério importante para aferição da intensidade da proteção conferida à autonomia privada. Portanto, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, quando o bem sobre o qual versar a relação privada puder ser qualificado como supérfluo, a proteção da autonomia negocial será maior, e menos intensa se fará a tutela ao direito fundamental contraposto.

Outro parâmetro a ser levado em consideração é a proximidade entre a relação particular e a esfera pública. Quanto mais acentuada for a característica privada da relação, menor proteção será conferida ao direito fundamental em jogo. Noutros termos, “quanto mais próxima à esfera privada revelar-se uma relação jurídica, menor a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada” (PEREIRA, 2006b, 189).

Ademais, particularmente em relação ao princípio da igualdade, a doutrina propõe como parâmetro para aplicação da teoria imediata a razoabilidade do critério discriminatório (BARROSO, 2005, p. 39). Nesse toar, defende-se que, se o elemento discriminante for plausível, a autonomia da vontade deverá prevalecer no caso concreto. Por outro lado, se a discriminação for desarrazoada, será concedida uma maior proteção ao princípio constitucional da igualdade.

Por fim, Jane Pereira defende a necessidade de se preservar a pluralidade no âmbito social. Afirma que a eficácia direta de direitos fundamentais nas relações entre particulares não pode conduzir à homogeneização da sociedade, devendo-se preservar a identidade dos diversos atores sociais.

Elencados os critérios objetivos a serem observados no momento da ponderação de interesses, retorne-se ao exemplo da manifestação de

estudantes face ao aumento exorbitante da mensalidade. De tudo quanto exposto, novamente indaga-se: poderia uma universidade particular proibir a realização de protesto pacífico em suas instalações?

A resposta que se impõe é negativa. A universidade particular, indubitavelmente, goza de uma posição de superioridade em relação aos seus alunos. Mas não é só isso. As universidades particulares, muitas das vezes, usam do atributo do poder para limitar a autonomia da vontade dos seus alunos e limitar, restringir ou condicionar o exercício de direitos pela outra parte contratante.

Percebe-se que, nesse caso, a liberdade de uma das partes é puramente formal. Como bem salienta Daniel Sarmiento (2006a, p. 240), “só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade”.

Assim, mesmo que não haja dispositivo no Código Civil que respalde a realização do protesto e ainda que as normas da universidade proíbam expressamente manifestações pacíficas dentro do estabelecimento, seria legítima a manifestação contra o aumento da mensalidade, com base no art. 5º, IV da Constituição Federal. Ilegítimo seria proibir a realização do citado protesto, em evidente afronta ao direito fundamental à livre manifestação de pensamento.

Como se pode observar, a solução a ser adotada depende das peculiaridades do caso concreto. Não é possível determinar *a priori* se tal ou qual direito deverá ser respeitado. Os critérios supra-referidos apenas constituem uma carga de argumentação em favor de um princípio e, por conseguinte, contra outro princípio. Por outro lado, permitem um maior controle da justiça das decisões judiciais e preservam o princípio da segurança jurídica, mas não proporcionam uma solução *in abstracto* para conflitos de normas de direitos fundamentais, já que a solução deverá ser construída ante as peculiaridades do caso concreto.

5. CONCLUSÃO

Longe de tentar exaurir e solucionar a complexa problemática da eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares, o presente trabalho teve apenas a modesta pretensão de suscitar um tema que ainda não recebeu a merecida atenção por parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Como consignado ao longo deste

estudo, uma aplicação imediata dos direitos fundamentais no âmbito privado se mostra mais adequada à realidade constitucional brasileira. Admitir que os direitos fundamentais se aplicam somente às relações Estado-indivíduo e Estado-Estado ou, ainda, atribuir exclusivamente ao legislador ordinário a tarefa de determinar a forma da vinculação dos particulares aos referidos direitos é o mesmo que tornar a Constituição letra morta.

Ao longo do presente trabalho, foram apresentados alguns julgados encontrados na jurisprudência brasileira que tratam, embora de maneira superficial e assistemática, da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Além disso, foram propostos alguns critérios objetivos para viabilizar a moderada e racional aplicação dos referidos direitos às relações privadas e, ainda, para possibilitar às partes o controle da justiça das decisões. Cumpre registrar que os critérios expostos no tópico antecedente são apenas exemplificativos, pois, certamente, uma análise mais aprofundada do tema pode ensejar a propositura de novos parâmetros.

Por fim, frise-se que os referidos critérios têm por finalidade apenas estabelecer precedências *prima facie* entre a autonomia privada e outros direitos fundamentais. A solução do problema, no entanto, deve ser formulada ante as peculiaridades do caso concreto.

Notas

¹ O termo “destinatários” quer designar os sujeitos que estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais.

² Dispõe o art. 18. 1 da Constituição da República Portuguesa de 1976, *in verbis*: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

³ No que concerne à interpretação extensiva da *State Action Doctrine*, pondera Bilbao Ubillos (2006, p. 320): “Simplificando mucho, la cuestión que se plantea es, en la primera hipótesis, si la actividad desarrollada por actores privados puede considerarse, análogicamente, una función propia del Estado; y en la segunda, si el poder público está suficientemente involucrado en esa actividad: los tribunales se encargarían de medir la intensidad de los contactos o las complicidades que pueden descubrirse. Son dos enfoques diferentes, aunque muchas decisiones aparecen yuxtapuestos. Y ambos conducen al mismo resultado: una prolongación de esa especial tutela de las libertades constitucionales, de tal suerte que determinadas controversias surgidas entre particulares, excluidas, en principio, de este ámbito, quedan comprendidas finalmente en mismo. Y esto se consigue mediante una interpretación extensiva del concepto de “poder público”, que se dilata hasta cubrir un gran número de actividades em apariencia privadas, que someten entonces a ciertas limitaciones

constitucionales”.

⁴ Steinmetz (2004, p. 147) esclarece que “no direito privado, as cláusulas gerais são havidas como recurso interpretativo-aplicativo, que o legislador põe à disposição do juiz, para a restrição, *in concreto*, da autonomia privada e do exercício de direitos ou interesses subjetivos legais”.

⁵ No que concerne à diferença entre as relações particulares e as relações indivíduo-Estado, Bilbao Ubillos (2006, p. 310) leciona que “en la esfera de las relaciones Estado-ciudadano el conflicto se plantea entre el titular de un derecho fundamental y un poder público que, en principio, no lo es. En cambio, el conflicto en la esfera de relaciones ciudadano-ciudadano surge normalmente entre titulares de derechos fundamentales que entran en colisión”.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 158.215/RS. Recorrentes: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 de junho de 1996.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 161.243-6/DF. Recorrentes: Joseph Halfin. Recorrido: Compagnie Nationale Air France. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília, 19 de dezembro de 1997.

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70024253312/RS. Apelante: Marcos Rizzon. Apelado: Jockey Clube do Rio Grande do Sul. Relatora: Desembargadora Judith dos Santos Mottecy. Porto Alegre, 11 de setembro de 2008.

⁹ Nesse sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira (2006b, p. 180) esclarece que “na teoria constitucional contemporânea, há relativo consenso no sentido de admitir alguma forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre pessoas privadas. As concepções que negam qualquer forma de vinculação dos particulares a direitos fundamentais encontram, no diálogo jurídico, cada vez menos ressonância, refletindo hoje uma abordagem mais ideológica do que descritiva do ordenamento”.

¹⁰ Por desigualdade substancial deve-se entender a situação em que uma das partes, detentora de um poder e, portanto, em franca posição de superioridade, utiliza dessa prerrogativa para aniquilar ou restringir a liberdade da outra.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)” *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a, p. 01-48.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006b.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio*

do direito constitucional no Brasil). In: Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público. 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais” In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª ed, 2ª tiragem. Brasília: Bookseller, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 201.819-8/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 158.215/RS. Recorrentes: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 de junho de 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF. Recorrentes: Joseph Halfin. Recorrido: Compagnie Nationale Air France. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília, 19 de dezembro de 1997.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70024253312/RS. Apelante: Marcos Rizzon. Apelado: Jockey Clube do Rio Grande do Sul. Relatora: Desembargadora Judith dos Santos Mottecy. Porto Alegre, 11 de setembro de 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FISCHER, Eduardo Ferreira. *Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. Itália, fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.unisc.br/cursos/pos_graduacao/mestrado/direito/corpo_discente/2006_dissertacoes/fischer.pdf Acesso em: 01 de fevereiro de 2010.

MARTINS, Samir José Caetano. *Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais*. In: Revista Forense. Vol. 393 – 2007 (setembro/outubro). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 173/204.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões.” In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1 ed, 2ª tiragem. Brasília: Bookseller, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. São Paulo: Lúmen Iuris, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006a.

_____. *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*. In: Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4, n.14, jan./mar. de 2005. p. 167/217.

_____. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil.” In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b, p. 193-284.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais e relações entre particulares*. In: Revista Direito GV. Vol. 1, nº 1, p. 173-180, 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

UBILLOS, Juan María Bilbao. “¿ En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?” *In*: Sarlet. Ingo Wolfgang (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.



A REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Daniela Protásio dos Santos, Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe, graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

RESUMO: O tema ora analisado, a repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário, foi inserido no Ordenamento Jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional de n.º 45. Trata-se de um requisito de admissibilidade que funciona como verdadeiro filtro de recursos extraordinários, impedindo que estes sejam conhecidos quando a questão constitucional discutida seja restrita ao interesse das partes. Inicialmente, foi feito um panorama dos mecanismos processuais de contenção do recurso extraordinário até o surgimento da repercussão geral. Em seguida, há uma análise do tema propriamente dito, ou seja, a repercussão geral, sua conjuntura no ordenamento jurídico, seus aspectos, conceituação e finalidade. Foi abordada, ainda, a correlação entre a repercussão geral e o controle de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso extraordinário; repercussão geral; requisito de admissibilidade; filtro recursal.

ABSTRACT: The theme to be discussed, general effect of the extraordinary appeal, was inserted by the Constitutional Amendment 45 of 2005. It is a condition of admissibility that functions as real filter extraordinary resources, preventing them from being known when the constitutional issue discussed is restricted to the interest of the parties. First, will the creation of the Federal Supreme Court and an overview of the procedural mechanisms to contain this appeal until the emergence of the impact general. Will be examined, that is the general effect, juncture in its legal system, its aspects, concepts, purpose, and its main procedural and substantive rules. Will be addressed, although the implications that the overall effect has resulted in the legal positions

of the Federal Supreme Court and the correlation between the general effect and control of constitutionality.

KEYWORDS: Extraordinary appeal; general effect; condition of admissibility; filter appeal.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, muitas propostas têm sido apresentadas com o fim de descongestionar os tribunais, abarrotados de processos. Esta situação, no entanto, ganha maior relevância e é alvo de maior preocupação dos estudiosos quando se está a tratar do Supremo Tribunal Federal, a mais alta instância do Poder Judiciário nacional.

Nesse cenário, no ano de 2004, a Emenda Constitucional de nº 45 trouxe, em seu bojo, uma série de medidas destinadas a minimizar a morosidade judiciária. O presente artigo tem por escopo analisar, especificamente, uma dessas medidas, qual seja, a repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário.

Assim, o art. 1º da Emenda de nº 45 acrescentou o §3º ao art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil, introduzindo o requisito da repercussão geral para fins de admissibilidade do recurso extraordinário, nos termos da lei. Estabeleceu-se que o recorrente teria o ônus de demonstrar, em preliminar devidamente fundamentada, a repercussão geral da questão constitucional objeto do recurso extraordinário. Esse filtro recursal, que veio à tona por meio de um conceito jurídico indeterminado, deveria ser regulamentado por meio de lei.

Em 2006, a Lei nº 11.418 veio cumprir o seu desiderato, inserindo algumas inovações no Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o novo instituto da repercussão geral. Os art. 543-A e 543-B, então, consubstanciaram a regulamentação legal da norma constitucional. No ano de 2007, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal foi modificado pela Emenda Regimental nº 21, que concluiu a regulamentação do instituto da repercussão geral.

2. GÊNESE DA REPERCUSSÃO GERAL

2.1 ORIGEM DO SISTEMA BRASILEIRO DE UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO FEDERAL

Na tentativa de esclarecer a gênese da crise de números pela qual passa o Supremo Tribunal Federal brasileiro há anos, e que funcionou como uma verdadeira mola propulsora na introdução do instituto da repercussão geral pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, faz-se necessário discorrer, ainda que de forma sucinta, sobre o federalismo brasileiro, bem como sobre a consequente interpretação legislativa federal.

Nesta senda, avulta notar que o modelo de federalismo implementado pelos Estados Unidos da América tornou-se verdadeiro paradigma na organização de outros Estados, incluindo-se, neste rol, o Estado brasileiro. Nesse sentido, no âmbito do pacto federativo, cada Estado cedeu parcela de sua soberania para um órgão central, formando os Estados Unidos da América, autônomos entre si.

No que concerne especificamente ao Brasil, no decorrer de sua história constitucional, conheceu as duas clássicas formas de Estado, quais sejam, Estado Unitário e Estado Federal. Sob a égide da Constituição do império de 1824, adotou-se a forma unitária de Estado. Em 1889, com a Proclamação da República e com a promulgação da Constituição de 1891, o Estado brasileiro, inspirado na Constituição norte-americana de 1787, passou a adotar a forma federativa de Estado.

É comum a afirmação na doutrina de que a formação da Federação dos Estados Unidos da América se deu através de um movimento centrípeto, de fora para dentro, ou seja, Estados soberanos cedendo parcela de sua soberania. Em contrapartida, no Brasil a formação se deu através de um movimento centrífugo, do centro para fora, ou seja, um Estado unitário centralizado descentralizando-se. Percebe-se, então, o porquê de os Estados norte-americanos terem muito mais autonomia que os Estados-membros brasileiros. Nesse sentido, José Afonso da Silva (1963, p.9):

Partimos do unitarismo para a forma federativa, num processo inverso ao das federações americana e suíça; estas formaram-se da união de

Estados soberanos, os quais conferiram à União parte de sua competência. No caso do Brasil, o contrário se deu, isto é, o Poder Central, único, foi quem transferiu, às comunidades regionais, a parcela de poder que, depois, vieram a possuir, constituindo-se em Estados autônomos.

Dessa forma, considerando que o federalismo norte-americano foi importado para o Brasil, o legislador brasileiro, seguindo essa mesma linha, buscou, na América do Norte, um modelo para nosso sistema de uniformização do Direito federal.

Os pioneiros no Federalismo reconheciam que a segurança jurídica era um valor que interessava ao Estado preservar e defender. No federalismo, tinha-se claro que seria impossível manter essa segurança diante da circunstância de que uma mesma lei federal poderia ser interpretada de forma definitiva por diversos tribunais estaduais.

Adhemar Ferreira Maciel (2006, p.32), ao descrever o histórico do federalismo norte-americano e a estruturação do seu Poder Judiciário aduz, ainda, o seguinte:

Em 1925, depois de muito *lobby*, o Congresso cedeu e alterou a lei orgânica do Judiciário: o *Judge's Bill* aumentou ainda mais o *discretionary power* da Suprema Corte. Em outras palavras, as apelações de conhecimento obrigatório (*mandatory appeals*) diminuíram e, em compensação, cresceu o número de *petitions for writ of certiorari*. Nesse último caso, o recurso só seria conhecido se contasse com o aval de quatro dos nove juízes da Corte. Seu primeiro requisito era que a causa ou controvérsia, julgada em última instância pelos tribunais estaduais ou federais, se apresentasse substancialmente relevante para todo o país.

Em 1988, as *mandatory appeals* foram eliminadas do ordenamento jurídico norte-americano. Assim, o acesso à Corte Suprema nos Estados Unidos da América somente se materializaria por intermédio da *petition for writ of certiorari*. Era o desfecho histórico da inserção de um filtro

recursal no sistema processual norte-americano.

Como já foi dito em linhas pretéritas, o sistema de uniformização do Direito federal brasileiro se inspirou no sistema norte-americano. Assim, como não poderia ser diferente, o Supremo Tribunal Federal foi concebido sob a influência da criação da Suprema Corte norte-americana. Acontece que, já em 1891 o legislador norte-americano atentou para a possibilidade de congestionamento da Corte Suprema e consequente desnaturação de seu papel institucional.

Merece destaque que o nosso Supremo Tribunal Federal, quando criado pelo Decreto n.º 848 de 11 de outubro de 1890, era responsável pela uniformização de todo o direito federal, tanto constitucional quanto infraconstitucional. Tocava ao Supremo Tribunal Federal, portanto, por meio de recurso posteriormente denominado de extraordinário, zelar pela inteireza de vasta gama do direito federal aplicado por tribunais, tanto estaduais quanto federais.

Há que se considerar, entretanto que, ao contrário do que acontecia nos Estados Unidos da América, onde os Estados tinham uma parcela de autonomia muito maior, incluindo a legislativa, os ramos do direito de competência federal, aqui, eram maioria, restando uma parcela insignificante de competência legislativa para os Estados. Tal fato explica-se pela forma como o federalismo aqui foi adotado: do centro para fora. Ou seja, o federalismo foi construído partindo-se do poder central para os Estados, como já foi dito anteriormente.

A primeira Constituição Republicana, promulgada pouco tempo depois da criação do Supremo Tribunal Federal, atribuía à União competência para legislar sobre direito civil, penal e comercial. Ademais, a Constituição de 1934 agravou o monopólio federal atribuindo a competência exclusiva para legislar sobre direito processual à União.

Assim, copiamos o modelo de uniformização do direito federal norte-americano sem, no entanto, atentarmos para o detalhe de que nosso federalismo não era integral. Conquanto a Constituição de 1891 tivesse formalizado a forma de Estado adotada, qual seja, a Federal, o caráter centralista estava bastante enraizado no nosso sistema, tanto no plano legislativo, quanto no plano judiciário. Assim, nos Estados Unidos a autonomia judicial dos Estados era acompanhada por uma substancial autonomia legislativa, de modo que era excepcional a aplicação de leis federais pelos Tribunais Estaduais, ao passo que, no Brasil, ocorria

justamente o inverso.

Foi, portanto, com a incumbência de zelar pela integridade de todo o direito federal que o Supremo Tribunal Federal foi criado e, considerando a amplitude da sua competência, resta cristalina a razão pela qual já no início do século XX discutia-se uma forma de descongestionar o Supremo, abarrotado de processos, especialmente do denominado recurso extraordinário. Eis a origem da tão falada crise do Supremo Tribunal Federal.

Durante toda a trajetória histórica do recurso extraordinário observa-se que seus requisitos de admissibilidade sofreram inúmeras alterações, visando sempre a diminuir o número de casos que alcançam o Supremo Tribunal Federal. A exigência de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário, veiculada pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 e objeto deste estudo, segue a mesma tendência.

Assim, após diversas tentativas de superação da crise, que serão mais bem abordadas no tópico seguinte, a Constituição de 1988 fracionou a competência do Supremo Tribunal Federal, transferindo para o mais novo Tribunal Superior, o Superior Tribunal de Justiça - STJ-, a competência para uniformizar a jurisprudência respeitante ao direito federal infraconstitucional. Restava ao Supremo Tribunal Federal zelar pela integridade e uniformidade do direito federal constitucional.

2.2 A CRISE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O volume excessivo de processos no Supremo Tribunal Federal sempre foi fonte de preocupação por parte de estudiosos e, particularmente, daqueles que compõe o Poder Judiciário nacional. O que deveria ser extraordinário, a manifestação da Suprema Corte, tornou-se mais do que ordinário. É como se todos acreditassem que o acesso ao Supremo traduz um terceiro grau obrigatório de jurisdição.

Não se pode perder de vista que o Supremo Tribunal Federal nasceu com o claro propósito de assegurar a autoridade e supremacia da Constituição e leis federais. Não foi ele concebido como mais uma instância recursal, afinal, o duplo grau de jurisdição já se fazia presente no nosso sistema processual por meio dos Tribunais Estaduais e Federais.

O problema, além de antigo, é universal. Não se trata de uma exclusividade do sistema processual brasileiro. O problema brasileiro residiu, frise-se, na demora para identificar e implementar uma solução estrutural. Os Estados Unidos vivenciaram uma situação parecida, mas, como já dito anteriormente, conseguiram atentar para o problema com muito mais antecedência, implementando mecanismos para “desafogar” a Suprema Corte já em 1925.

Conquanto seja um fenômeno mundial, o crescimento sem parâmetros do número de recursos dirigidos para os tribunais de cúpula tem, no Brasil, algumas agravantes que merecem destaque. Em primeiro lugar, a importação “cega” do federalismo norte-americano. Em segundo lugar, o fato de a Constituição brasileira ser do tipo analítica, ou seja, imiscuir-se nos mais diversos assuntos dos mais diversos ramos do direito.

2.3 TENTATIVAS DE SUPERAÇÃO DA CRISE

2.3.1 SISTEMÁTICA PRÉ-1988

Já em 1958 foi promulgada a Lei 3.396, que possibilitou aos presidentes dos Tribunais de Justiça proceder à seleção dos recursos extraordinários a serem remetidos para o Supremo Tribunal Federal, todos por meio da análise de seus requisitos de admissibilidade. Em seguida, por meio da emenda regimental de agosto de 1963, foi criada a súmula, enunciado decorrente de decisões reiteradas a respeito de determinada matéria, com o intuito de facilitar a fundamentação dos julgados e, logicamente, de tornar a prestação jurisdicional mais célere.

Em 1965, foi promulgada a Emenda Constitucional de número 16. Tal emenda outorgou ao Supremo competência para julgar representações de inconstitucionalidade de leis e atos normativos com o claro propósito de possibilitar-lhe, em um único julgamento, o pronunciamento a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas em questão.

Dois anos depois, com base no parágrafo único do artigo 115 da Constituição de 1967, que dava ao tribunal competência legislativa para, em seu regimento interno, dispor sobre “o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”, o Supremo

Tribunal Federal passou a legislar, impondo diversos tipos de óbices à admissibilidade do recurso extraordinário.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 modificou o texto da Constituição de 1967, acrescentando parágrafo único ao seu artigo 119; assim, foi permitido que as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, relativas às alíneas “a” e “d” pudessem ser definidas pelo próprio regimento interno do Tribunal.

Valendo-se dessa prerrogativa, em 12 de junho de 1975, o Supremo aprovou a Emenda Regimental nº 3, responsável por modificação considerável no regime do recurso extraordinário. Essa emenda alterava substancialmente o art. 308 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, de modo que nele se previu, pela primeira vez no direito brasileiro, a referência à relevância da questão federal como critério para análise de admissibilidade dos recursos extraordinários.¹ Foi o que se denominou Arguição de relevância.

2.3.2 ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA

A exigência de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais guarda estreita conexão com o mecanismo, já extinto, da arguição de relevância da questão federal. Esta vigorou no passado, quando o Supremo era o responsável pela apreciação da matéria que hoje é do Superior Tribunal de Justiça.

A sistemática adotada consistiu em criar uma permissão geral de cabimento do recurso extraordinário, com exceção das causas elencadas no artigo 308 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Assim, a relevância da questão federal teria a função de viabilizar a admissibilidade dos recursos extraordinários em causas que haviam sido expressamente vedadas.

Segundo Bruno Dantas (2008, p. 251), pela redação dada ao art. 308 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, antes de representar propriamente um requisito de admissibilidade, a relevância da questão federal significava uma última oportunidade para admissão de causas que haviam sido expressamente excluídas pelo Regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

Avulta notar que tal instituto não escapou das severas críticas advindas da doutrina, de magistrados, enfim, de profissionais atuantes na

área jurídica. O alvo maior das críticas residia no fato de que a Emenda de 1969 previa tão-somente a possibilidade de a Corte se valer de critérios relativos à natureza, espécie e valor pecuniário da causa. Não havia, portanto, no texto constitucional, qualquer brecha que desse ao Supremo a possibilidade de criar um novo critério que não os supra aludidos. O Supremo teria, portanto, atuado fora da competência constitucional, pois a relevância da questão federal não tinha qualquer amparo na Lei Maior.

Em 1977, como meio de elidir definitivamente as críticas pelas quais estava passando o instituto da arguição de relevância, a previsão desse mecanismo que antes era infraconstitucional, constitucionalizou-se por meio de Emenda nº 7.

A aludida emenda incluiu expressamente esse novo requisito de admissibilidade no texto constitucional. Com isso, o artigo 119 ganhou o parágrafo primeiro dispondo que “as causas a que se refere o item III, alíneas “a” e “d” deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal, no seu regimento interno, que atenderá a sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.”²

Já em 1980, o Supremo Tribunal Federal ampliou, por meio de nova emenda regimental, o rol de causas que seriam excluídas da apreciação do Supremo, salvo se apresentassem uma questão federal relevante³

Com Emenda Regimental nº 2 de 1985, inverteu-se a lógica da especificação dos casos. O art. 325 do regimento interno do STF alterou a sistemática até então vigente, destacando que a exigência da relevância da questão federal era obrigatória para todos os feitos, exceto para aqueles enumerados nos incisos I a X do art. 325, já que, quanto a estes últimos, a relevância passou a ser presumida pelo dispositivo regimental.

O instituto da arguição de relevância da questão federal foi alvo de constantes críticas, mormente pelo fato de que a decisão pelo acolhimento ou não da relevância dispensava motivação. Neste passo, cabe colacionar a ponderação de Rodolfo de Camargo Mancuso (2006, p.81):

Em que pesem as críticas que a instituição sofreu em seus quase 13 anos de existência (v.g., que seu procedimento era complexo e oneroso, que a aferição do que fosse relevante ficava ao absoluto critério, incontestável, do STF; que a relevância de

uma questão é um dado axiológico a ser levado em conta pelo legislador quando faz a norma e não pelo julgador quando a aplica; que não se justifica a aferição da relevância em julgamento secreto e não expressamente motivado), o fato é que vozes respeitáveis defenderam esse sistema.

A seu turno, José Carlos Moreira Alves (*apud* KOZIKOSKI, 2007, p. 246) realçou o caráter político subjacente à arguição de relevância:

O julgamento em tese de relevância ou não da questão federal é antes ato político do que propriamente de prestação jurisdicional, e isso porque não se decide o caso concreto, mas apenas se verifica a existência ou não de um interesse que não é o do recorrente, mas que é superior a ele, pois é o interesse federal de se possibilitar ao tribunal Supremo do país, a manifestação sobre a questão jurídica que é objeto daquele caso concreto, mas que transcende dele, pela importância jurídica.

Assim, conquanto a arguição de relevância da questão federal, vigente sob a égide da Constituição revogada, seja compreendida como antecedente histórico da repercussão geral, tendo em vista a existência de alguns referenciais comuns, as distinções são extremamente visíveis. Antônio Carlos Machado (1986, p. 66), discorrendo sobre a arguição de relevância da questão federal, afirmava que:

Em verdade, a arguição de relevância é um incidente preliminar ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, instaurando como que um juízo de pré-admissibilidade, destinado única e exclusivamente a apreciar a relevância ou não da questão federal, suscitada no âmbito do recurso extraordinário. Ultrapassada esta pré-admissibilidade, com o julgamento positivo da relevância, é que o recurso extraordinário passará a ser examinado quanto à sua admissibilidade,

antes do julgamento do seu mérito como, de resto, sucede com todos os recursos.

A análise da repercussão geral das questões constitucionais, por sua vez, não se revela como um juízo de pré-admissibilidade. Trata-se, na verdade, de mais um requisito de admissibilidade, como será exposto mais adiante. Ademais, não há que se falar em julgamento secreto e imotivado na decisão a respeito da existência ou não da repercussão geral, diferentemente do que ocorria com a arguição de relevância da questão federal.

2.3.3 SISTEMÁTICA PÓS-1988

Com a promulgação da Constituição de 1988, operou-se mudança significativa na regulamentação do recurso extraordinário. A arguição de relevância foi extinta e afastou-se da competência do Supremo as questões federais infraconstitucionais, instituindo-se novo Tribunal de superposição para analisá-las, o Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal passou a ser competente para processar e julgar recursos extraordinários – que poderiam versar apenas sobre as formas de infração à Constituição – enquanto o Superior Tribunal de Justiça adquiriu competência para processar e julgar os recursos especiais – cabíveis em face da infração à lei federal propriamente dita.

A ideia que se tinha era que, com a criação de uma nova Corte, possibilitar-se-ia a diminuição da carga de trabalho no Supremo Tribunal Federal. Frise-se, entretanto que, infelizmente, a criação do Superior Tribunal de Justiça não resolveu a crise do recurso extraordinário. Como observa Barbosa Moreira (2008, p.583): “[...] a bipartição do antigo recurso extraordinário causou problemas de ordem prática, vez que passamos a ter dois recursos em vez de um só, interponíveis ambos, em larga medida, contra as mesmas decisões.”

De acordo com estatísticas do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ), em 1989, foram distribuídos 6.103 processos para o Superior Tribunal de Justiça. No ano seguinte, 1990, esse número mais do que dobrou: foram 14.087. Tais dados revelam o equívoco do constituinte de 1988 ao tentar solucionar o problema do excesso de

recursos perante o Supremo Tribunal Federal com a simples criação de uma nova Corte de Justiça.

Assim, na prática, a Constituição de 1988 não logrou êxito em seu intento de descongestionar o Supremo Tribunal Federal. Ademais, a Constituição de 1988 tornou constitucional uma infinidade de matérias dentro dos diversos ramos do direito, dando ensejo a um crescimento ainda maior de recursos dirigidos à Corte Suprema.

O Supremo Tribunal Federal, em site oficial, disponibiliza uma tabela estatística em que se pode analisar o crescimento exponencial dos recursos extraordinários de 1990 ao ano de 2008. A título de curiosidade, mostra-nos a referida tabela que em 1990 foram distribuídos para o Supremo 10.780 recursos extraordinários. Já no ano de 2006, essa estatística subiu para o número de 54.575 recursos extraordinários distribuídos.

Não obstante todas essas tentativas de reduzir a carga excessiva de processos ao Supremo Tribunal Federal, notadamente de recursos extraordinários, tais instrumentos não lograram êxito. A inclusão do requisito da repercussão geral, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, consubstancia a mais recente tentativa na busca pelo desafogamento da mais alta Corte do Judiciário Nacional.

3. REFLEXOS DA REPERCUSSÃO GERAL NO PROCESSAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso extraordinário deve ser interposto, conforme artigo 541 do CPC, mediante petição dirigida ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, no prazo de quinze dias. Frise-se, ainda, que, sendo recurso de fundamentação vinculada, as hipóteses de cabimento do recurso que ora se analisa estão previstas na Constituição Federal, mais especificamente no art. 102, III. Com efeito, o recorrente deve fundamentar o seu pedido limitado aos permissivos constitucionais.

O recurso extraordinário interposto será submetido, inicialmente, ao juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*. Neste momento, o presidente (ou o vice-presidente) fará o juízo de admissibilidade provisório do recurso, analisando todos os requisitos de admissibilidade, exceto a existência ou não da repercussão geral. Esta é de exclusiva análise do plenário do Supremo Tribunal Federal.

Abre-se, aqui, um parêntese no intuito de esclarecer que, conquanto a emenda constitucional que introduziu a exigência da repercussão geral seja datada de 2004, bem como a lei que a regulamentou seja de 2006, a exigência da demonstração formal e fundamentada no recurso extraordinário da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental 21, de 30 de abril de 2007⁴.

Caso entenda o presidente do tribunal *a quo* que o recurso merece ter seu mérito analisado, pois preenchidos os requisitos de admissibilidade, remete-o para o Supremo Tribunal Federal. Não obstante a análise da repercussão geral ser atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal, não custa lembrar que o recorrente deve abrir um tópico, em suas razões, tratando da repercussão geral, sob pena de o recurso ser inadmitido no tribunal de origem. Explica-se. Não estará o presidente do tribunal afirmando a inexistência de repercussão geral. Absolutamente. Caso assim o fizesse, estaria usurpando a competência constitucionalmente atribuída ao Supremo. Estará, tão-somente, negando seguimento a um recurso carente de regularidade formal.

Não sendo o caso de inadmissão pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, o recurso extraordinário será distribuído. De acordo com as normas regimentais do Supremo, a análise preliminar do recurso extraordinário caberá ao relator, que deverá, quando não for o caso de inadmissão monocrática, submeter aos demais ministros, por via eletrônica, sua manifestação a respeito da repercussão geral (art. 323). Assim, manifestando-se sobre o processamento eletrônico, afirma Didier (2008, v.3, p. 321):

[...] Pretendeu-se eliminar entraves que ocorreriam na rotina do tribunal com a necessidade de remeter-se ao Plenário todo o recurso extraordinário em que se suspeitasse da ausência da repercussão geral. A criação da repercussão geral, antes de sua regulamentação, gerou certa perplexidade: criou-se um mecanismo de filtragem, limitando a admissibilidade de recursos extraordinários, com vistas a racionalizar a atividade da Corte Suprema. Por outro lado, exigiu-se que tal mecanismo fosse

exercido pelo Plenário, impondo duplicidade de pautas e excesso de casos erigidos ao crivo do Supremo [...] para evitar isso, o Regimento interno do STF passou a contar com regras que permitem a deliberação por meio eletrônico.

Ao relator, dessa forma, toca a análise dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário. Caso entenda que falta algum dos requisitos tais como tempestividade, cabimento, preparo, etc., decide pela inadmissibilidade do recurso.

Caso, no entanto, estejam satisfeitos os aludidos requisitos, e não sendo um recurso idêntico a outro cuja repercussão geral já tenha sido examinada anteriormente - caso em que o relator deverá aplicar o precedente, nos termos do art. 543-B, §3º CPC e arts. 323, §1º e 327, §1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal -, nem de recurso que impugne decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do próprio Supremo – caso em que há presunção absoluta de existência de repercussão geral, nos termos do art. 543-A, §3º do CPC-, deverá o relator manifestar-se a respeito da repercussão geral e, em seguida, submeter a questão aos demais ministros via processamento eletrônico. Estes terão o prazo de 20 dias para pronunciar-se. Findo o prazo sem manifestação suficiente para rejeição, ou seja, dois terços dos membros do Supremo, restará confirmada a existência de repercussão geral e o recurso extraordinário poderá ter seu mérito analisado pelo órgão fracionário competente.

Muito se questiona a respeito da legitimidade de uma deliberação colegiada sem o debate entre os integrantes do órgão. O que não pode acontecer, em hipótese alguma, é a supressão da publicidade do exame da repercussão geral, tal como era feita na antiga Arguição de Relevância.

Cabe lembrar que na sessão administrativa do dia 26 de novembro de 2008, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que os julgamentos sobre existência de repercussão geral serão abertos ao público. Os votos da Corte sobre a admissibilidade dos processos que chegam ao Tribunal, vindos de instâncias inferiores, são computados por um sistema chamado Plenário Virtual, conforme dito alhures. Esse sistema exigia uma senha de acesso restrita aos ministros do Supremo Tribunal Federal e aos tribunais cadastrados, mas, após a decisão, ficou

desbloqueado e disponível para consultas na internet pelo site do Supremo.

Outra novidade trazida pela Lei n.º 11.418 de 2006 foi o julgamento por amostragem, procedimento já observado no julgamento de recursos extraordinários oriundos de decisões do Juizado Especial Federal. Em apertada síntese, quando houver multiplicidade de recursos extraordinários que versem sobre a mesma controvérsia constitucional, caberá ao tribunal *a quo* selecionar em torno de três recursos representativos da controvérsia (com preliminar de repercussão geral e que preencham os demais requisitos para a sua admissibilidade) e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até pronunciamento definitivo da Corte.

Note-se que a representatividade do recurso extraordinário está na ótima exposição da causa, abordando-a eventualmente em tantas perspectivas argumentativas quantas forem possíveis. Acaso um único recurso não contemple toda a argumentação possível concernente à controvérsia, é de rigor que se encaminhem ao Supremo dois ou mais recursos, a fim de que, conjugadas as razões, possa-se alcançar um panorama que represente de maneira adequada a questão constitucional debatida.

Nos dizeres de Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 62), a escolha para remessa ao Supremo Tribunal Federal tem de ser a mais dialogada possível a fim de que se selecione um ou mais recursos que representem adequadamente a controvérsia.

Cabe lembrar, também, que inexistente direito da parte à escolha de seu recurso para remessa ao Supremo Tribunal Federal para aferição, a partir dele, da existência ou da inexistência da repercussão geral.

Interessante o posicionamento de Fredie Didier (2008, v.3, p. 320) no tocante ao julgamento por amostragem. Para ele, tal procedimento, inserido pela Lei 11.418 de 2006, é mais uma manifestação do fenômeno da “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade, ou seja, transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento de controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato, conforme se depreende do trecho abaixo transcrito:

É possível concluir, sem receio, que o incidente para apuração da repercussão geral por

amostragem é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo *interesse público*, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno da “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade das leis, que será examinado no item seguinte.

4. REPERCUSSÃO GERAL: UM CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

Não obstante esteja a exigência da repercussão geral no âmbito do juízo de admissibilidade, não pode ela ser examinada pelo tribunal *a quo*, como o podem os demais requisitos da mesma espécie. A análise dessa questão preliminar deve ser feita pelo Pleno do Supremo, que somente pode negar a sua existência pela manifestação de dois terços de seus membros. Há, na verdade, uma presunção em favor da existência da repercussão geral.

É digno de nota o fato de que o quórum de dois terços exigido pela norma constitucional encontra paralelo no nosso ordenamento jurídico tão-somente nos procedimentos para edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmula vinculante (art. 103-A, *caput*) e na Lei 9.868/99, especificamente em seu art. 27, para modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

A exigência de um quórum tão alto para negar a existência de repercussão geral não é desproporcional ou desarrazoada. Absolutamente. Não se pode olvidar que o requisito que ora se analisa é um conceito jurídico indeterminado, ou seja, não possui um conteúdo semântico facilmente identificável no mundo empírico. Com efeito, a sua aferição, pelos Ministros do Supremo, pode revelar-se contaminada por uma dose sensível de subjetividade.

É certo, portanto, que o legislador constituinte utilizou-se de um conceito vago, indeterminado ao exigir a repercussão geral da questão enfrentada na fundamentação do recurso extraordinário, nos termos do §3º do art. 102. A Lei Federal 11.418/2006, por sua vez, que veio

a lume com o escopo de regulamentar tal exigência, também fez uso de outros conceitos jurídicos indeterminados ao inserir, no Código de Processo Civil, o §1º do art. 543-A: “Será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.”

Muitos foram os que criticaram a inserção de uma restrição a recurso de estatura constitucional por meio de um conceito que necessita de preenchimento valorativo pelo intérprete. Seria temerário conceder ao Supremo Tribunal Federal um poder que poderia revelar-se discricionário, limitando o acesso dos jurisdicionados à Corte Suprema do país e gerando insegurança na comunidade jurídica.

Não há como negar que conceitos jurídicos indeterminados trazem sim, em seu bojo, uma parcela de insegurança jurídica. Há que se considerar, entretanto, que não havia outra fórmula adequada para servir de filtro recursal à Corte Suprema. Não se poderia cogitar de um rol taxativo de casos enquadrados no rótulo de “detentores de repercussão geral”, haja vista a impossibilidade de o legislador vislumbrar, em abstrato, a infinidade de controvérsias constitucionais suscetíveis de gerar impacto na coletividade ou em parte considerável dela.

Cabe ainda reiterar que o uso do conceito jurídico indeterminado permite, ao menos em tese, que o Supremo Tribunal Federal, no uso de sua competência constitucional, profira decisões mais rentes à realidade. Segundo Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2005, p. 101), a interpretação de conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque o uso destes conceitos consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçãoada à realidade que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram “verdades sociais”.

5. A “OBJETIVAÇÃO” DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A inserção do instituto da repercussão geral das questões constitucionais tem operado significativa mudança no papel do recurso extraordinário frente ao controle de constitucionalidade.

Primeiramente, cabe, aqui, lembrar que a fiscalização abstrata da constitucionalidade se consubstancia em um processo do tipo objetivo, ou seja, um processo onde não existem partes formais e onde não há aferição de interesses concretos e casuísticos, pois o que se visa é a própria questão da constitucionalidade de lei ou ato normativo. Dito de outra forma, o único interesse é a supremacia da norma constitucional em face de uma norma que lhe seja inferior e com a qual esteja em conflito.

Em contrapartida, a fiscalização de constitucionalidade também pode ser realizada diante de um caso concreto. Explica-se. Pede-se algo ao juízo fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Trata-se de um processo subjetivo, com partes formais e aferição de interesses concretos. Nesses casos, visa-se assegurar direitos subjetivos às partes, sendo a questão da constitucionalidade decidida de forma incidental, prejudicial ao mérito.

É correto afirmar que, no recurso extraordinário, a questão da constitucionalidade é analisada de forma incidental, como prejudicial ao mérito. Acontece que não é menos certa a afirmação de que, com a implantação do instituto da repercussão geral, o recurso extraordinário deixou de ter por principal escopo a tutela imediata do interesse do recorrente. Priorizou-se, portanto, a função institucional do Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição.

Ainda sob a égide da arguição de relevância, José Carlos Moreira Alves (*apud* KOZIKOSKI, 2007, p. 246, grifo nosso) registrou:

[...] o julgamento em tese de relevância ou não da questão federal é antes ato político do que propriamente ato de prestação jurisdicional, e **isso porque não se decide o caso concreto, mas apenas se verifica a existência ou não de um interesse que não é o do recorrente, mas que é superior a ele**, pois é o interesse federal de se possibilitar ao tribunal Supremo do país a manifestação sobre questão jurídica que é objeto daquele caso concreto, mas que transcende dele pela importância jurídica.

O que se pode concluir é que o recurso extraordinário foi (à época

da arguição de relevância) e tem sido, atualmente, instrumento por meio do qual o recorrente leva ao Supremo Tribunal Federal um caso que não é seu, mas da coletividade ou parte dela. Por meio desse instrumento, o Supremo se manifesta em questões que realmente ameaçam a supremacia e a inteireza da Constituição, zelando pela fiel interpretação e aplicação da Lei Maior.

Ora, diante do que foi exposto, não se pode negar que a repercussão geral é mais uma manifestação da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, ao lado das súmulas vinculantes e da ainda não pacificada aplicação da Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da sentença. A corroborar tal entendimento, está o seguinte trecho de obra de André Ramos Tavares (2007, p. 218):

[...] A combinação da súmula vinculante com o instituto aqui analisado da repercussão geral cria uma nítida conexão entre o modelo de controle difuso-concreto e o modelo de controle abstrato-concentrado, aproximando aquele das características próprias deste último, o que talvez seja realmente o caminho mais apropriado para países que pretendam manter ambos os modelos concomitantemente.

Esclarece-se. Com a repercussão geral, tem-se reforçado a ideia de que o papel do Supremo Tribunal Federal não é o de julgar conflitos individuais; não é o de assegurar tão-só direitos das partes. Estes podem e devem ser resolvidos por juízes de primeiro grau e outros tribunais. Toca ao Supremo a análise de questões com alguma repercussão na sociedade, pois é por meio dessa análise que a Corte irá exercer o seu verdadeiro papel de guardião da Constituição, papel este que por muito tempo foi relegado ao segundo plano, sendo observado exclusivamente nos julgamentos de ações de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade.

Neste sentido, é oportuna a lição de Gilmar Mendes (*apud* DIDIER, 2007, p. 493) sobre a aludida mudança que vem se operando nos contornos do recurso extraordinário:

O recurso extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse

das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. (...) A função do Supremo nos recursos extraordinários- ao menos de modo imediato- não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar as Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.

A repercussão geral, então, tende a resgatar, como já dito algumas vezes neste trabalho, o verdadeiro papel do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o de guardião da Constituição, haja vista a imposição de que a causa versada no recurso extraordinário só mereça análise pelo Supremo se, realmente, ameaçar a ordem constitucional, o que só é possível quando a controvérsia constitucional possua uma amplitude razoável, não sendo restrita aos interesses das partes.

Sobre o tema, é salutar trazer à baila a lição de Ulisses Schwarz Viana (2008, p. 61-62):

[...] a repercussão geral implica em um passo adiante na objetivização do controle incidental (difuso) de normas no sistema constitucional brasileiro. A ênfase subjetivista de solução de conflitos interindividuais fica em segundo plano e, deste modo, passa-se a focar primariamente o aspecto objetivo, qual seja o de assegurar o *Direito Constitucional objetivo* (Härbele).

A expectativa que gira em torno desse novo perfil, segundo o supracitado autor, é a de que a índole objetiva das decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, irá redundar em avanço inestimável no constitucionalismo brasileiro rumo à efetividade da Carta de 1988, por meio de um processo mais eficaz e efetivo, garantindo à sociedade o

direito fundamental de acesso à justiça mediante solução rápida e segura de matérias constitucionais relevantes.

6. CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que o instituto da repercussão geral insere-se no movimento de alterações operado na sistemática processual brasileira, mormente no tocante ao sistema recursal. Tais alterações visam a imprimir maior celeridade e efetividade na prestação da tutela jurisdicional. É cediço, ainda, que o Supremo Tribunal Federal está assoberbado de processos e que, conseqüentemente, a inserção de um filtro recursal da natureza da repercussão geral era algo necessário.

É nesse cenário que a repercussão geral começa a mostrar efeitos positivos na redução da distribuição de processos à Corte. Quanto ao aspecto quantitativo, assim, é certo afirmar que anda bem a reforma inovadora.

O instituto da repercussão geral é dotado de um enorme potencial. Entretanto, também é verdade que a análise da repercussão geral traz consigo um elevado grau de subjetividade. A Suprema Corte não pode exercer tal competência de forma discricionária, ferindo de morte princípios e direitos fundamentais conquistados ao longo dos anos.

Não há que se fechar os olhos para o quadro atualmente vivido pela Corte Suprema; não se pode esquecer que a função do Supremo Tribunal Federal é a de protetor e defensor da ordem constitucional vigente. Afinal, há um desejo generalizado de que a Suprema Corte se ocupe primordialmente de julgamentos mais importantes para a condução do destino do país, especialmente na fase atual de turbulências na vida política, econômica, social e jurídica.

Notas

¹ Eis o teor do art. 308: Salvo nos casos de ofensa à Constituição *ou relevância da questão federal*, não caberá o recurso extraordinário, a que alude o seu art. 119, parágrafo único, das decisões proferidas: I - nos processos por crime ou contravenção a que sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles relacionadas;

II - nos habeas corpus, quando não trancarem a ação penal, não lhe impedirem a instauração ou a renovação, nem declararem a extinção da punibilidade;

III - nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito;

IV - nos litígios decorrentes: a) de acidente do trabalho; b) das relações de trabalho mencionadas

no art. 110 da Constituição; e) da previdência social; d) da relação estatutária de serviço público, quando não for discutido o direito à Constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental; V - nas ações possessórias, nas de consignação em pagamento, nas relativas à locação, nos procedimentos sumaríssimos e nos processos cautelares; VI - nas execuções por título judicial; VII - sobre extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação; VIII - nas causas cujo valor, declarado na petição inicial, ainda que para efeitos fiscais, ou determinado pelo juiz, se aquele for inexato ou desobediente aos critérios legais, não exceda de 100 vezes o maior salário mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias; e de, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita a instância única.

² - Art. 119. Compete ao Supremo tribunal Federal:

(...)

III- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

(...)

§1º As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo serão indicadas pelo Supremo tribunal Federal no regimento intero, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.

(...)

§3º O regimento interno estabelecerá:

(...)

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária e recursal e da arguição de relevância da questão federal; (...).

³ - Eis o teor do Art. 325: Salvo nos casos de ofensa à Constituição, manifesta divergência com a súmula do Supremo Tribunal Federal, ou relevância da questão federal, não caberá recurso extraordinário a que alude o seu art. 119, §1º, das decisões proferidas: I - nos processos por crime ou contravenção a que sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas ou alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança a eles relacionadas; II - nos habeas corpus, quando não trancarem a ação penal, não lhe impedirem a instauração ou renovação, nem declararem a extinção da punibilidade, e quando oriundos de processos referidos no inciso I; III - nos mandados de segurança que versarem matéria compreendida nos incisos IV e VII; e em qualquer outro caso, quando não julgarem o mérito; nos litígios decorrentes: a) de acidente de trabalho; b) das relações de trabalho mencionadas no art. 110 da Constituição; c) da previdência social; d) da relação estatutária de serviço público, civil ou militar, quando não for discutido o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental; V - nas seguintes ações e processos: a) ação rescisória, quando julgada improcedente; b) ações que a lei submeter a procedimentos sumaríssimos; c) procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, salvo os de depósito, de usucapião de terras particulares, de divisão e demarcação, quando discutido o domínio de inventário, partilha e de embargos de terceiro; d) processos cautelares e medidas provisionais concedidas ou indeferidas liminarmente na ação principal; e) procedimentos especiais de jurisdição voluntária, salvo os relativos a tutela e curatela; f) procedimentos enumerados no art. 1218 do Código de processo civil, salvo os relativos à dissolução e liquidação de sociedade; VI - nas execuções por título judicial, bem assim nas por título extrajudicial, a partir da avaliação inclusive; VII - sobre questões de direito processual civil relativas à representação judicial das partes; despesas e multas; competência relativa; suspeição; forma e lugar dos atos processuais;; intimação e notificação; nulidades não cominadas; valor da causa; suspensão e extinção do processo sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação; cabimento de recurso; e ordem dos processos no tribunal.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664567. Agravante: Orlando Duarte Alves. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 18 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 11 de out. de 2008.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição- Questões e Perspectivas. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, jun.º-set. 1989. *Apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 9ª ed., v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. *Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Editora Atlas 2007.

CORTES, Osmar Mendes Paixão. *Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento no Direito Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COUTO, Mônica Bonetti. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 394, ano 103, nov./dez 2007.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 5ª edição. Salvador: Editora JUS podivm, 2008.

_____. Transformações do recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 389, ano 103, jan.º/fev. 2007. Gabinete Extraordinário de Assuntos Institucionais. Estudo da Repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, Dez. 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/arquivo/estudoRepercussaoGeral.pdf>. Acesso em: 01 junh. 2008.

GUEDES, Celso. *Juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GOMES JR., Luiz Manoel. Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. *Repertório de jurisprudência IOB*, volume III, nº 3/2005, fev. 2005.

GORDILHO, Pedro. A cláusula da repercussão geral no STF. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIII, nº 268, março de 2008.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A repercussão geral das questões

- constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 391, ano 103, maio/junho, 2007.
- LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. *Recursos ordinário, Extraordinário e Especial*. 3ª ed., São Paulo: Mundo Jurídico 2008.
- MACHADO, Antônio Carlos Marcondes. Arguição de relevância: competência para o seu exame. O ulterior conhecimento do recurso extraordinário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 42, ano XI, abril/junho, 1986.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista CEJ*, Brasília, nº 33, p. 30-35, abril/junho de 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed., v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEDINA, Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Recurso especial e extraordinário – Repercussão geral e atualidades*. São Paulo: Método, 2006.
- MITIDIERO, Daniel Francisco; MARINONI, Luíz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil: Art. 476 a 565*. 14º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008
- NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais - Teoria geral dos recursos*. 3ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1935 .
- RODRIGUES NETTO, Nelson. *A aplicação da repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário consoante a Lei n.º 11.418/06*, Revista Dialética de Direito Processual – RDDP – nº 49, abril – 2007 - São Paulo, p. 113-129.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional: de acordo com a reforma do judiciário*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- SILVIA, Bruno Matos e. *Pquestionamento, recurso especial e recurso extraordinário*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro. A repercussão geral no

Recurso Extraordinário. *Revista Reforma do Judiciário*, Ed. Método, 2005.
THEODORO JR., Humberto. Repercussão geral no recurso extraordinário e súmula vinculante do STF. *JurisPlenum*, ano IV, nº 20, março de 2008.

TUTTI, José Rogério Cruz. A “Repercussão Geral” como pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário. *Revista dos Tribunais*, v. 848, ano 95, junho de 2006.

VALLE, Vanice Lírio. Repercussão Geral: um passo a mais na difícil trilha de construção da vinculatividade das decisões judiciais. *Revista da Emerj*, v. 10, nº 40, 2007.

VIANA, Ulisses Schwarz. Da repercussão geral no recurso extraordinário: perspectiva de racionalização do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, nº 254, agosto de 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2005.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A repercussão geral do recurso extraordinário: uma volta ao passado? *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 53, Agosto – 2007, p. 44-55.



A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Fábio Víctor de Aguiar Menezes, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: Discorre sobre a proibição de penas de prisão perpétua, comparando a forma como se procede a tal proibição em diversos países latino-americanos e no Brasil. Ressalta que a proibição constitucional das penas de caráter perpétuo e a individualização das penas são regras tradicionalmente estabelecidas no Direito brasileiro, como corolários da orientação humanitária de nosso Direito Constitucional. Conclui serem insuperáveis os óbices à ratificação, por parte do Brasil, do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, uma vez que o mesmo, não admitindo ratificação com reservas, prevê a reclusão perpétua e ainda não individualiza a pena para cada um dos tipos penais nele previstos, dois dispositivos que, no entender do autor, não podem ser alterados mediante emenda constitucional, mas somente com a revogação da atual Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Penal Internacional; Estatuto de Roma; direitos humanos; Direito Penal internacional; Constituição Federal; prisão perpétua; pena perpétua; pena – individualização, princípio da humanização e cláusula pétreia.

ABSTRACT: It discourses about the prohibition of life imprisonment, comparing the form as such prohibition is proceeded between several Latin-American countries and in Brazil. It points out that the constitutional prohibition of the life punishment and the individualization of the punishments are rules traditionally established in the Brazilian Law, as corollary of Brazilian Constitutional Law Humanitarian orientation. It concludes that the obstacles to the ratification are insuperable, concerning to Brazil, the Rome Statute of the International Criminal Court, once the same, not admitting ratification with reservations, it foresees the perpetual reclusion and it doesn't still

distinguish the punishment for each one of the penal types foreseen in itself, two dispositives that, in the author's understanding, they cannot be altered by constitutional amend, but only with the repeal of the current Brazilian Constitution.

KEYWORDS: International Criminal Court; Rome Statute; Human Rights; International Criminal Law; Brazilian Constitution; life imprisonment; punishment - adequacy.

I. INTRODUÇÃO

Pela primeira vez na história foi protocolado no Supremo Tribunal Federal, em 16.07.2009, através da Petição 4625-1, o primeiro pedido de cooperação judiciária que objetiva a detenção para ulterior entrega ao Tribunal Penal Internacional de Chefe de Estado estrangeiro, em pleno exercício de suas funções como Presidente da República do Sudão.

Explicitando a alta relevância da questão em seu despacho inicial, reconhecendo necessidade de prévia audiência da Procuradoria-Geral da República, o Ministro Celso de Melo enumera diversos temas que deverão ser discutidos na análise deste pleito, dentre os quais: o reconhecimento, ou não, da competência originária do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em causa; - a possibilidade de entrega da pessoa reclamada, ao Tribunal Penal Internacional, pelo Governo do Brasil, considerado o modelo constitucional entre nós vigente (CF, art. 5º, XLVII, "b"), nos casos em que admissível, pelo Estatuto de Roma, a imposição da pena de prisão perpétua (Artigo 77, n. 1, "b"); - a imprescritibilidade de todos os crimes previstos no Estatuto de Roma (Artigo 29);- a impossibilidade de invocação, por Chefe de Estado, de sua imunidade de jurisdição em face do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma, Artigo 27);- a questão pertinente às relações entre o Estatuto de Roma (que descreve os denominados "core crimes"), complementado pelo Anexo referente aos "Elements of Crimes", adotado em 09/09/2002, e o postulado constitucional da reserva de lei formal em matéria de definição (que há de ser prévia) de tipos penais, bem assim das respectivas sanções, notadamente em face da indeterminação das penas por parte do Estatuto de Roma, eis que não foram por ele cominadas de modo

específico e correspondente a cada tipo penal;- o reconhecimento, ou não, da recepção, em sua integralidade, do Estatuto de Roma pela ordem constitucional brasileira, considerado o teor do § 4º do art. 5º da Constituição, introduzido pela EC nº 45/2004.

Especialmente no tocante a este último tema, o Eminentíssimo Decano da Suprema Corte destaca que:

“... cabe assinalar que se registram algumas dúvidas em torno da suficiência, ou não, da Pet 4.625 / REPÚBLICA DO SUDÃO14 cláusula inscrita no § 4º do art. 5º da Constituição, para efeito de se considerarem integralmente recebidas, por nosso sistema constitucional, todas as disposições constantes do Estatuto de Roma, especialmente se se examinarem tais dispositivos convencionais em face das cláusulas que impõem limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional (CF, art. 60, § 4º).”

A possibilidade da adesão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional já era prevista na Constituição muito antes da Emenda Constitucional 45, haja vista que o art. 7º dos Atos das Disposições Constitucionais e Transitórias² estabelecia que o Brasil lutaria em defesa da formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

Nessa perspectiva, o Brasil assinou o aludido estatuto em 07/02/2000 e o Congresso Nacional o aprovou, através do Decreto Legislativo nº 112, tendo sido promulgado pelo Decreto Presidencial nº 4.388 e depositado a carta de ratificação em 20/06/2002 e, nos termos do seu art. 126, passou a vigorar internacionalmente para o nosso país em 1º de setembro de 2002.

Entretanto, a adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional não foi tão tranquila como possa parecer. As inúmeras questões complexas de constitucionalidade do tratado impuseram discussões mais sérias sobre o tema, como bem salientou Saulo José Casali Bahia, que analisando o seu contexto afirmou:

No caso do Tribunal Penal Internacional, a assinatura do plenipotenciário brasileiro ao Tratado de Roma, formulada em 07/02/00, não foi suficiente para que o tratado entrasse em

vigor para o Brasil. E não bastava encaminhar ao Presidente da República o texto do tratado assinado para que este pudesse, de logo, ratificá-lo, ou conferir referendo à assinatura, pois o tratado é do tipo que cria encargos ou compromissos gravosos ao país, devendo, por esta razão, ser submetido à apreciação do Congresso Nacional, que, analisando a conveniência e a constitucionalidade da sua ratificação, poderá autorizar, através da edição de um Decreto Legislativo, que o chefe do Executivo federal promova a manifestação definitiva da intenção brasileira de assumir as obrigações resultantes do pacto (ou seja, proceda à ratificação do mesmo). Daí a importância da discussão acerca da constitucionalidade do Tratado de Roma, pois as dúvidas que ainda permeiam a sua constitucionalidade vêm inibindo o Executivo pátrio de encaminhar o texto, através de mensagem presidencial, ao Congresso Nacional, e, ainda que o Presidente da República promova o referido encaminhamento, o problema da constitucionalidade do tratado será reavivado no âmbito das duas Casas Legislativas, com soluções imprevisíveis, inclusive com a eventual rejeição do projeto de Decreto Legislativo, selando, assim, a sorte da vinculação do Brasil à iniciativa de participação nesta Corte internacional inovadora.³

O Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional é um tratado do tipo que cria encargos ou compromissos gravosos ao país que repercutem sobremaneira em diversos temas constitucionais e especialmente por envolver questões de relacionamento entre as jurisdições internas e internacional, dentre as quais a previsão no art. 77, I, “b”, do referido estatuto, de aplicação da prisão perpétua em determinados casos, que, dentro do nosso ordenamento constitucional, é expressamente proibida, podendo afetar, assim, a soberania nacional.

II. A PRISÃO PERPÉTUA NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Historicamente já é uma tradição no Direito brasileiro a vedação à pena de caráter perpétuo. Por isso, no momento em que se cria uma possibilidade de sua aplicação faz-se necessário um cuidado a fim de que não haja um retrocesso em toda evolução humanitária conquistada pelo direito no decorrer da história. Nestes termos relata Luiz Vicente Cernicchiaro:

Não poderemos jamais analisar um instituto do ponto de vista material, não exclusivamente formal, sem analisar o que seja o próprio Direito, o que seja a expressão moderna, atual das normas jurídicas. O Direito, como tudo que acontece, tende a um desenvolvimento, a um progresso, a um aperfeiçoamento e, na hipótese, vinculados a determinados princípios axiológicos, que não podem – penso eu – ser desprotegidos ou esquecidos, sob pena de haver um retrocesso.⁴

Verifica-se que o direito de punir, como regra, evoluiu no sentido de cada vez mais atender aos princípios democráticos balizadores do Estado Democrático de Direito, ou seja, visando proteger o pleno exercício do direito de liberdade e demais direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Carta Magna.

No tocante ao Tribunal Penal Internacional, a adoção da pena de prisão perpétua representou uma tentativa de conciliar duas correntes opostas representadas na Conferência de Plenipotenciários, uma encabeçada pelos Estados Unidos, representando os Estados da *common law*, que defendiam a pena de morte por darem ênfase ao caráter retributivo da pena; e a segunda corrente composta pelas nações da *civil law*, favoráveis à pena máxima de 30 anos por acreditarem no cunho utilitário da pena. Acerca dessa discussão explica Artur de Brito Gueiros Souza:

Com efeito, o anteprojeto da Comissão de Direito Internacional (CDI) não previa a pena de

morte, mas incluía a pena perpétua. No Comitê Preparatório, que antecedeu a Conferência de Roma, as discussões foram acirradas, já que diversas delegações insistiam na inclusão da pena de morte, ao argumento de que, sem a possibilidade de haver essa pena, o objetivo intimidatório da Corte seria diminuído, bem como sua credibilidade reduzida. Outros, contrários à pena capital, como os países ibero-americanos, acenavam com a incompatibilidade entre tal pena e disposições expressas em Convenções de Direitos Humanos, o que tornaria inviável a ratificação do Estatuto. Contudo, verificou-se que a preocupação maior das delegações que insistiam na previsão de pena de morte era no sentido de que sua exclusão pudesse ser entendida como uma revogação implícita dessa espécie de pena no seu direito interno, caso viessem a ratificar o Estatuto.⁵

A pena de prisão perpétua pode ser traduzida pela a ideia de privação do direito de liberdade até a morte do condenado. Entende-se que a pena de prisão perpétua, por ser uma punição que afasta o condenado da sociedade e retira toda sua esperança de rever seu direito fundamental de viver em liberdade, é considerada uma sanção desumana e degradante, conforme expõe com propriedade Aníbal Bruno:

A prisão perpétua é uma pena de segurança. A sociedade defende-se, afastando definitivamente do seu seio o homem que gravemente delinuiu. Mas é uma pena cruel e injusta. Priva o condenado não só da liberdade, mas da esperança da liberdade, que poderia encorajá-lo e tornar-lhe suportável a servidão penal. Torna impossível quer graduação segundo a natureza e circunstâncias do crime e as condições do criminoso, e retira todo objetivo à função atribuída primordialmente à pena, que é o reajustamento social do condenado. É, em geral, excessiva e não atende à necessária

determinação no tempo, porque não findará em uma data fiada na sentença, mas durará enquanto o homem exista.⁶

Por não atender a função reeducadora e socializante da pena, a prisão perpétua tem sido proibida em diversos textos constitucionais. A Constituição de Portugal de 1982, em seu art. 30, dispõe que não pode haver penas nem medidas de segurança, privativas ou restritivas de liberdade com caráter perpétuo, ou de duração ilimitada ou indefinida.

A atual Constituição da Costa Rica, em seu art. 40, estipula que ninguém será submetido a tratamentos cruéis ou degradantes, nem a penas perpétuas, nem a pena de confisco. O texto constitucional da Nicarágua de 1987, em seu art. 37, também dispõe que não se imporá pena ou penas que, isoladamente ou em conjunto, durem mais de 30 anos. Bem como a Constituição da Venezuela de 1961 prevê, em seu art. 65, que ninguém poderá ser condenado a penas perpétuas ou infamantes. Também a Constituição espanhola não admite a pena de prisão perpétua em seu ordenamento jurídico.

No Brasil, a proibição das penas perpétuas esteve presente em diversos textos constitucionais. A primeira Constituição a vedar a prisão perpétua foi a de 1934 ao dispor no inc. XXIV, do art. 113, que não haverá penas de banimento, morte, confisco, ou de caráter perpétuo, ressalvadas quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro.

A Constituição de 1937, no inc. XIII, do art. 122, também expressamente ordenava que não haveria penas perpétuas. A Constituição de 1946, no art. 141, repete a Constituição de 1934. O texto da Constituição Federal de 1967 dispôs, no § 11 do art. 150, que não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco, com as exceções relativas à pena de morte em tempo de guerra nos casos previstos na legislação penal militar.

O dispositivo presente no § 11 do art. 153 da Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969 também diz que não haverá pena de morte, de prisão perpétua, banimento ou confisco, salvo em caso de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar.

Na Carta Magna atualmente em vigor é o dispositivo previsto na

alínea b do inc. XLVII do art. 5º que proíbe a aplicação da pena de caráter perpétuo. Assim, pelo ordenamento jurídico pátrio, qualquer pena imposta a um agente do delito deve ser aplicada de forma temporária, não se admitindo que o autor do crime permaneça no cárcere durante toda sua existência.

Entretanto, estabelece-se que – com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, que submete o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, trazendo consigo a previsão da aplicação, sem ressalva, da prisão perpétua em determinados casos – suscitou-se uma discussão acerca de como resolver o conflito latente entre esses dois institutos constitucionais.

A doutrina, em sua maioria, entende que a submissão do Brasil ao Estatuto de Roma não acarretaria em inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 45, pois defende-se que a ordem constitucional pátria encontra-se voltada para o direito interno, não podendo, nesse sentido, ser projetada para a ordem internacional. Esse é o entendimento consubstanciado nas palavras de Sylvia Helena Steiner:

O Tribunal Penal Internacional cuida de crimes diversos dos previstos nas Leis Penais ordinárias, e de danosidade que transcende o território nacional. Assim, a vedação constitucional não poderia estender-se para o tipo de crime submetido à jurisdição da Corte. Ademais, se a própria Constituição prevê como princípio da República reger-se o País, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos fundamentais, é certo que nas suas relações com a comunidade internacional não poderia contrapor normas que dizem exclusivamente com a disciplina de suas instituições internas.⁷

Dessa forma, teríamos apenas um conflito aparente entre esses dispositivos, pois o Estatuto de Roma e a Constituição Brasileira atuariam em esferas diferentes de competência: o Tribunal Penal Internacional punindo os autores de crimes de relevância mundial; e as Constituição Federal, restringindo a esfera de poder punitivo estatal no âmbito interno.

Os adeptos dessa teoria sustentam seus argumentos no entendimento do Supremo Tribunal Federal, fundado na premissa de que nada impede a

concessão da extradição passiva quando há possibilidade de o extraditado vir a sofrer, no Estado requerente, pena de prisão perpétua. Acontece que esse entendimento foi reformado. A atual jurisprudência da Suprema Corte, retratada no voto do ministro do Supremo Celso de Melo, *assenta*:

A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais - considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, “b” da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo - estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva.⁸

Ratificando a mesma linha de pensamento o Ministro Carlos Ayres Brito em seu julgado, afirma que:

Finalmente, importa considerar que, na legislação estadunidense, a pena máxima pelo cometimento do crime de conspiração é a de prisão perpétua. Em face dessa possibilidade cominatória, é de se ver que a jurisprudência desta Suprema Corte, a partir da Ext. 855, da relatoria do Min. Celso de Mello, mudou para exigir do Estado requerente o compromisso de não aplicar esse tipo de reprimenda, menos ainda a pena capital, em caso de condenação do réu. Pelo que, por ocasião do julgamento daquela extradição, votei pela necessidade de o Supremo Tribunal Federal, ao deferir pedido, condicionar a efetivação do ato de entrega do extraditando ao compromisso formal de o Estado estrangeiro comutar a prisão

perpétua em pena privativa de liberdade não superior a trinta anos.⁹

Nestes termos, o Supremo Tribunal Federal somente deferirá a extradição se o Estado requerente considerar o que dispõe o art. 5º, XLVII, “b” e se obrigar, perante o Estado brasileiro, em comutar a pena de prisão perpétua em pena não superior à duração máxima de 30 anos estabelecida no art. 75 do Código Penal Brasileiro, sujeitando à autoridade hierárquico-normativa da Constituição Brasileira.

Inaceitável, portanto, o argumento de que a ordem constitucional brasileira encontra-se voltada apenas para o direito interno, pois a norma constitucional, dentro da teoria do constitucionalismo global, além de disciplinar as relações no âmbito interno do país, é o instrumento que sustenta os princípios constitucionais fundamentais nas relações internacionais, dentre eles a dignidade da pessoa humana, permitindo ao Brasil intervir no âmbito internacional não apenas para defender tais princípios, mas também para, como visto, dar-lhe materialidade efetiva.

Na mesma linha doutrinária que defende a constitucionalidade da prisão perpétua prevista no Tribunal Penal Internacional, existem doutrinadores que pregam a adoção do princípio da ponderação dos interesses como a solução da presente questão, ao argumento de que a justiça e o combate à impunidade se sobrepujariam à aplicação da prisão perpétua, como argumenta Piovesan:

É lógico que a grande maioria vai negar a prisão perpétua, ninguém pode ser simpatizante ou defender esse tipo de pena; no entanto, nessa balança, tenho de optar, e esse conflito de valores deve ser solucionado à luz da condição, é essa pauta valorativa que nos vai orientar a detectar a racionalidade abraçada pelo sistema e a racionalidade da dignidade humana, essa é a alma do constitucionalismo de 1988. Portanto, com toda a convicção, entendo que a balança deve pesar em prol do direito à justiça, do combate à impunidade, quando se trata de crimes que afrontam a humanidade.¹⁰

Entretanto, a possibilidade de um ser humano vir a cumprir pena de prisão perpétua pela submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional, transcende o simples binômio combate à impunidade e a aplicação da pena de prisão perpétua, tornando-se um problema que envolve diversos aspectos constitucionais de imensurável relevância, atingindo princípios constitucionais caracterizados como cláusulas pétreas da Constituição Federal.

O primeiro deles, diz respeito à ofensa ao princípio da humanização das penas, previsto em diversos dispositivos constitucionais e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao preconizar que ninguém será submetido à tortura nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes.

O presente princípio, como foi visto no decorrer do presente trabalho, é fruto de uma longa evolução histórica para não se admitir qualquer punição cruel, desumana ou degradante como a prisão perpétua. A Constituição Federal, também seguindo essa linha evolutiva, prevê esse princípio expressamente no seu art. 3º, inciso III, como bem explica Shecaria e Corrêa Junior:

O Estado Democrático de Direito, constituído pela Carta de 1988, possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Portanto, a pessoa humana deve ser a medida primeira para a tutela do Estado, alcançando ainda maior destaque no Direito Penal, pois o condenado deverá ser encarado como sujeito de direitos e deverá manter todos os seus direitos fundamentais que não forem atingidos pela condenação. Note-se que a pena de prisão, por exemplo, é privativa de liberdade, e não da dignidade, respeito e outros direitos inerentes ao ser humano.¹¹

O segundo aspecto a ser atentado é que a Constituição Federal no inc. XLVI do art. 5º consagra o princípio da individualização da pena, que consiste, de maneira geral, em aplicar a pena de acordo com o caso concreto, sendo que a pena deverá ser prevista de modo certo e

específico. O presente princípio desenvolve-se em três momentos: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo, explicando os dois primeiros, afirma Luisi:

Na primeira etapa, por meio da lei, fixa-se para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais à importância do bem tutelado e à gravidade da ofensa. O juiz, no segundo momento da individualização da pena, já tem predeterminada, para cada crime, a espécie da pena, e limitada a sua quantificação entre um mínimo e um máximo.

Importante ressaltar que, pelo princípio da individualização das penas, o legislador deve atentar para as vedações constitucionais do art. 5º, inciso XLVII da Carta Magna, dentre elas a aplicação da pena de prisão perpétua para qualquer delito. Além disso, para ocorrer a individualização da pena, é mister que seja fixado o mínimo e o máximo de tempo de cumprimento da sanção criminal. Ocorre que não foi essa a fórmula adotada pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional, conforme preceitua Luisi:

No caso brasileiro, os empecilhos à ratificação não se restringem ao problema da disposição que no Estatuto prevê a reclusão perpétua. O conflito também se verifica por não ter o Estatuto individualizado a pena para cada um dos tipos penais nele previstos. Preferiu a fórmula indeterminada do art. 77, na qual se noticia apenas o mínimo e o máximo da pena aplicáveis genericamente e indistintamente a todos os delitos. Não leva em conta a especificidade de cada tipo penal e a maior ou menor relevância do bem jurídico tutelado. Não considera a maior ou menor gravidade da ofensa que especificamente cada um dos diferenciados fatos descritos como delitos acarreta aos diferentes bens jurídicos protegidos nos arts. 6º, 7º e 8º do Estatuto.¹²

Finalmente, o último e principal aspecto a ser ressaltado é que a própria previsão que proíbe a prisão perpétua é também uma cláusula

pétrea da Magna Carta, nos termos do § 4º do artigo 60 da Lei Maior, que dispõe não ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, os direitos e garantias individuais.

As cláusulas pétreas, no dizer de Alexandre Câmara, formam o núcleo intangível da Constituição Federal que limita o poder do constituinte reformador. Desta maneira, a proibição da pena de prisão perpétua só poderia ser relativizada pela Emenda Constitucional 45 se houvesse uma ruptura da ordem constitucional vigente, pois se trata de uma garantia do condenado de caráter imutável, expressamente prevista no rol do artigo 5º ao tratar dos direitos e garantias individuais. Nesse diapasão, afirma Luiz Flávio Gomes:

A via da emenda constitucional que viabilizaria no nosso país a prisão perpétua (ou a pena de morte) acha-se bloqueada pelo que está previsto no art. 60, § 4.º, IV, da CF, que cuida de uma das chamadas cláusulas pétreas (normas supraconstitucionais). Referida norma constitucional proíbe a deliberação de qualquer proposta de emenda tendente a abolir “os direitos e garantias individuais”. A vida e a liberdade, indiscutivelmente, constituem direitos individuais (CF, art. 5.º, caput), razão pela qual não podem ser afetados por nenhuma emenda constitucional. Particularmente no que diz respeito à prisão perpétua, semelhante iniciativa legislativa também encontraria o obstáculo do princípio da individualização da pena prevista no art. 5.º, XLVI, da CF. Como sabemos, este princípio exige que a pena seja individualizada em vários níveis: da cominação penal, da aplicação e especialmente da execução. Na medida em que a prisão perpétua impede qualquer progressão de regime prisional, assim como o livramento condicional, colidiria frontalmente com o mencionado princípio. Caso fosse aprovada uma emenda criando a pena de morte ou a prisão perpétua ela poderia ser taxada

de inconstitucional? A questão foi enfrentada há muito tempo por Bachof, na Alemanha, e hoje ninguém discute a possibilidade da existência de norma constitucional inconstitucional. O que deve predominar é a vontade do legislador constituinte. O legislador com poder derivado, que é o agente das Reformas, não pode violar as limitações criadas pelo legislador ordinário.¹³

Importante salientar que nada obsta que a Emenda Constitucional 45, ao criar uma possibilidade de aplicação da prisão perpétua, seja taxada de inconstitucional, pois o que deve preponderar é a vontade do legislador constituinte originário, a qual não pode ser lesada pelo legislador reformador, conforme explica o Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade, pois a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado de Direito democrático sob a forma de legalidade, evitando-se que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a própria Constituição.

Desta forma, todos esses aspectos constituem verdadeiras restrições constitucionais à possibilidade da aplicação da pena de prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma, sendo latente, portanto, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 5º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 45, e, por consequência, inadmissível constitucionalmente a submissão, sem ressalvas nem restrições, do Brasil ao Tribunal Penal Internacional.

Não há dúvida de que a criação do Tribunal Penal Internacional é um avanço no tocante à proteção dos direitos humanos. Entretanto, ao instituir a possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua, o Estatuto de Roma foi de encontro a toda evolução histórica do

Direito Penal humanitário que preconiza a aplicação das penas estritas e evidentemente necessárias, consagradas às garantias individuais, em que não se permite nenhuma forma de desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Notas

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n.º 4625-1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em: 05 ago. 2009.

² Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos. BRASIL. Constituição Federal. op.cit. p. 148.

³ BAHIA, Saulo José Casali. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Disponível em: <http://www.direitofba.net/mensagem/saulocasali/tribunalinternacional.doc>. Acesso em: 05 ago. 2009.

⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/PainelIV-1.htm>. Acesso em: 05 ago. 2009.

⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros Souza. *O Tribunal Penal Internacional e a proteção aos direitos humanos*. Disponível em: http://www.esmpu.gov.br/boletins/boletim_12/Boletim_12_artigo_01.pdf. Acesso em: 02. mar. 2006.

⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p.230.

⁷ STEINER, Sylvia Helena apud SHECAIRA, CORRÊA JÚNIOR, Alceu Sérgio Salomão., op.cit. p.117.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n.º855, do Tribunal Pleno. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp. Acesso em: 12 mar. 2009.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n.º944, do Tribunal Pleno. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp. Acesso em: 12 mar. 2009.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/PainelVI-2.htm>. Acesso em: 02 mar. 2009.

¹¹ CORRÊA JÚNIOR, Alceu, SHECAIRA, Sérgio Salomão.; op.cit. p.86.

¹² LUISI, Luiz Benito. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/PainelIV-3.htm>. Acesso em: 02 mar. 2009.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. *Pena de morte e prisão perpétua: solução ou ilusão?* Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041009132555822. Acesso em: 15 mar.2006.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BRASIL. Constituição Federal *in Vade mecum acadêmico forense*. São Paulo: Edições Vértices, 2005.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed.rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. volume 1. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/PainelIV-1.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2006.

CÔRREA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. – Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Pena de morte e prisão perpétua: solução ou ilusão?* Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041009132555822>. Acesso em: 15 mar.2006.

LUIZI, Luiz Benito. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/PainelIV-3.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2006.

MAIA, Marrielle. *Tribunal penal internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 24 mar.2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Reforma do judiciário e direitos humanos*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2005021421023980>. Acesso em: 02 fev. 2006.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 8ª ed.rev. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 17ª ed.rev.atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MOARES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 7ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. *Globalidade e Mundialização*. *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 27 jun.1996. p.A.2.

_____, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Editora José Bushatsky, 1973.

REZEK Francisco. *Princípio da complementariedade e soberania*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/PainelVI-1.htm>>. Acesso em: 23 fev.2006.

_____, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



O SISTEMA *CROSS EXAMINATION* NA REFORMA PROCESSUAL

Jayme Walmer de Freitas

1. INTRODUÇÃO

Tem o presente a finalidade de analisar com a imprescindível profundidade os dispositivos atinentes à prova testemunhal e demonstrar quais fundamentos justificam a não-assunção pelo Código de Processo Penal brasileiro do sistema *cross examination* em sua inteireza após a reforma introduzida pela Lei 11.689/08.

2. OS DISPOSITIVOS LEGAIS

Como se sabe o sistema anglo-americano foi adotado na nova redação do art. 212 ao dispor que “*As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.*”. Cumpre anotar, desde já, que o dispositivo alterado é um entre no mínimo seis outros que tratam do depoimento judicial da testemunha e que, embora o intento do legislador fosse a adoção do mecanismo comentado, não conseguiu. Diferentemente de outros países, como a Itália, em que o sistema de pergunta direta e cruzada foi adotado em sua plenitude, no Brasil a alteração limitou-se às partes, mantendo o contexto anterior.

3. A TESTEMUNHA E SEUS DEVERES

A testemunha tem o **dever de comparecer** ao ser intimada para a audiência de instrução. Na dicção do art. 203 (“*A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lbe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se sua credibilidade*”).

Em seguida, será identificada, prestará o compromisso e advertida do dever de falar a verdade. O **compromisso** consiste na promessa de prestar o seu depoimento, sob palavra de honra, de dizer a verdade sobre o que souber e lhe for indagado.

De cunho doutrinário, enfatize-se que o compromisso não integra as elementares do crime de falso testemunho, que somente incidirá quando do depoimento propriamente dito. As testemunhas têm o dever de dizer a verdade e o juiz deve adverti-las das penas do perjúrio. Ressalva há de ser feita em face das testemunhas que não prestam juramento, denominadas de **informantes**, como o deficiente mental, os menores de 14 anos (a lei deveria dizer menor de 18 anos, porque estes são inimputáveis), os doentes e também os familiares do acusado.

No Brasil não existe o *juramento promissório*, anterior ao depoimento, nem o *juramento confirmatório*, prestado depois, forma solene e de caráter religioso pela qual Deus é invocado como fiador da testemunha.

4. O DEPOIMENTO

É o último ato da cadeia. Identificada, compromissada e advertida, a testemunha, por fim, prestará o depoimento, que é dividido em perguntas e reperguntas. A doutrina ao interpretar a redação do art. 212 é praticamente unânime em sustentar que foi afastado o sistema presidencialista de condução das audiências e adotado, exclusivamente, o sistema anglo-americano, denominado *cross examination*, em que os questionamentos das partes são feitos diretamente às testemunhas, ficando para o juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização. No sistema presidencialista as perguntas e reperguntas são centralizadas na pessoa do juiz. Ele faz suas perguntas e as partes reperguntam através dele. Para citar alguns nomes que defendem esta interpretação: Damásio E. de Jesus, Fernando da Costa Tourinho Filho, René Ariel Dotti, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fernando Capez, Antonio Magalhães Gomes Filho, dentre outros. Filiamo-nos ao entendimento de Guilherme de Souza Nucci e Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto que pensam como nós.

5. A FALSA APARÊNCIA

Veremos que a modificação quanto às reperguntas não tem o condão de abranger as perguntas judiciais.

Pergunta 01 - Se o art. 212, histórica e tradicionalmente, cuidou exclusivamente das perguntas das partes (reperguntas ou reinquirição), qual o fundamento para concluir que o depoimento, por completo, foi atingido? Para nós, há equívoco nessa interpretação. O que a nova redação do art. 212 trouxe de inovador diz respeito às reperguntas, não mais do que isso. Pela análise detida dos dispositivos que compõem o capítulo “VI – Das Testemunhas”, esta conclusão é inevitável. E dois fundamentos sistêmicos a impõem. São os seguintes: a) a sequência lógica dos dispositivos dentro do microsistema do capítulo permaneceu inalterada; b) a reforma processual buscou identidade entre o procedimento comum e o do tribunal do júri, na fase de formação da culpa.

Detalhando:

a) INTERPRETAÇÃO LÓGICA E SISTEMÁTICA

A interpretação lógica ou racional pesquisa o espírito da disposição, dessume-se de fatores racionais, da gênese histórica, da conexão com outra norma e com o inteiro sistema. Já, na interpretação sistemática, o trabalho de comparação do intérprete vai mais longe, buscando a fixação de princípios norteadores do sistema, para, de seu confronto com a norma, dela extrair o significado que com eles se compatibilidade, segundo a lição do eminente Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes, no artigo “*Norma Jurídica. Interpretação e Aplicação*”, publicado pela *Revista Dir. Procuradoria-Geral de Justiça RJ* nº 31 – 1990.

O capítulo “VI – Das Testemunhas” com a disciplina, organização e estrutura inalteradas manteve a distinção no *depoimento* entre perguntas e *reperguntas*, pois a alteração não extrapolou as lindes do dispositivo alterado. Ao contrário, as perguntas judiciais restaram intocadas, incólumes, imodificadas. Manteve-se a sequência consistente em qualificação, compromisso, advertência e inquirição judicial. Após esta, as perguntas das partes dentro do sistema *cross examination* representam o próximo passo. Aqui a alteração, i.e., pela disciplina incorporada, as partes **reperguntarão** diretamente à testemunha (*direct e cross examination* – pergunta direta por quem arrolou e cruzada pela parte contrária), sem intermediação judicial, mas sob sua fiscalização, facultando-se ao juiz, na dúvida sobre algum ponto obscuro ou a ser esclarecido, formular

outras perguntas, como último passo.

E por que esta conclusão? Os dispositivos do capítulo dão a resposta. No art. 203 o juiz cuida da qualificação, do compromisso e da advertência à testemunha; no art. 204 a oralidade deve ser o meio de execução do ato; e no art. 205 se dá a iniciação do depoimento (com ou sem dúvida sobre a identidade da testemunha). O art. 205 dispõe que: “Se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, **tomar-lhe o depoimento** desde logo. (g.n.)”. Na dúvida sobre a identidade da testemunha, caberá ao juiz a verificação, determinando que lhe seja apresentado documento adequado. Sanada ou não a dúvida sobre a identificação da testemunha, o juiz tomará o depoimento desde logo. Pois bem, se persistir a dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz a inquirir, com muito mais razão passará à sua inquirição estando certo de sua identidade.

Atente-se que no art. 205, a lei não utiliza a terminologia *pergunta* abraçada pelo art. 212, mas “tomada de depoimento”. Portanto, com a devida vênia, não houve exclusão do sistema presidencialista. A reforma processual penal afastou o presidencialismo, sim, mas para adotar um sistema misto ou eclético (presidencial quanto às perguntas do juiz e de pergunta direta ou *cross examination* para as partes), conhecido há muito nos debates dos julgamentos pelo tribunal do júri. Até porque a testemunha tem o dever de depor (art. 206).

Pergunta 02 – Reforçando e questionando: será que o art. 212 refere-se **unicamente** a perguntas das partes, doutrinariamente chamadas de reperguntas ou reinquirição? A resposta é afirmativa, sem permitir outras ilações. Não é outra a lição de Espínola Filho que, ao dissertar sobre o art. 212, ensina que “as partes têm, também, o direito de submeter perguntas às testemunhas. Por isso é que após a inquirição direta do juiz, este lhes dá a palavra para as suas perguntas; chama-se, aliás impropriamente, de reinquirição” (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. 3, p. 103). Frederico Marques, na mesma toada, leciona que após a qualificação e advertência “o próprio juiz fará indagações ao depoente, a que se seguirão as perguntas das partes ‘requeridas ao juiz’, o qual também é que as formulará à testemunha (artigo 212). Reinquire, em primeiro lugar, a parte que arrolou a testemunha, vindo depois as reperguntas da outra parte” (*Elementos*, vol. II, p. 312). Pela nova sistemática, a reinquirição será com perguntas diretas (da parte que arrolou – *direct examination*) e

depois cruzadas (quando a parte contrária repergunta – *cross examination*).

Pergunta 03 - Mais uma indagação: se a novidade atingiu somente um de dois itens que compõem o depoimento – perguntas das partes –, por que defender o fim do sistema presidencialista? Ora, a alteração de parte de um instituto não pode se estender ao todo, salvo se a norma expressamente consignar. E não é o que se extrai da redação do art. 212. Partindo de um exemplo, podemos compreender a melhor conclusão: na posse de um veículo antigo, seu proprietário decide trocar o motor por um de última geração. A mudança de motor afeta o restante do veículo, tais como rodas, direção, pneus e outros componentes? Logicamente, não. O automóvel permanecerá o mesmo, porém com performance muito superior. É o que ocorreu com a inovação legislativa no tocante às perguntas das partes que passaram a ser pelo sistema anglo-americano.

Ressalte-se que o novo método, misto, é muito superior ao anterior, propiciando maior agilidade e celeridade na produção da audiência de instrução e julgamento.

b) UNIFORMIDADE DE PROCEDIMENTOS

A reforma processual alterou profundamente o rito atinente ao júri. E, como apontado acima, durante a fase do sumário da culpa as vítimas e testemunhas são inquiridas pelo sistema misto. A redação do art. 411 é clara: “Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate”.

Questão: se o rito do júri adota o sistema misto, por que não se supor que a *voluntas legis* teve em mira harmonizar os procedimentos em todas as perspectivas? O intuito do legislador foi o de uniformizar a coleta dos depoimentos nos distintos procedimentos, criando identidade única e facilitando o desempenho de todos os protagonistas na audiência de instrução.

6. O JUIZ E SUA CAPACIDADE PROFISSIONAL

Um último argumento para reflexão. O juiz é preparado para os questionamentos, cioso na tomada dos depoimentos e da busca da

verdade. A transferência de tamanha responsabilidade para a parte pode enfraquecer a colheita da prova. A preponderância de maior habilidade tenderá a beneficiar uma parte em detrimento da outra. E, visando a um tratamento igualitário e equilibrado das partes, estamos convencidos que a adoção do sistema misto é o melhor caminho.

Ainda que se interprete que o sistema *cross examination* foi adotado por completo, inexistirá nulidade na tomada dos depoimentos pelo sistema misto. É que não há nulidade sem prejuízo, em especial porque o juiz é pessoa talhada para tal desiderato.

Para ilustrar este convencimento sobre o sistema eclético, em nossa rotina diária de audiências, salvo uma única exceção, todos que militam nas Varas de Sorocaba, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, de forma unânime, pleitearam pela manutenção do sistema presidencialista, iniciando o juiz a inquirição da testemunha para, depois, passar-se à inquirição direta pelas partes.

Malgrado o entendimento ora esposado, o STJ em recente decisão, declarou nula audiência realizada sem observância ao sistema *cross examination*. O teor da decisão foi o seguinte:

HABEAS CORPUS. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que

as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.

2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade.

3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.

4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP. (HC 121216/DF, Relator Ministro Jorge Mussi, 5ª T., j. 19/05/2009, DJ 01/06/2009).

Esperamos, sinceramente, que seja repensado o decidido pelos integrantes daquela Corte e pelos demais Tribunais, eis que, s.m.j., esta decisão vulnera o microsistema contido no capítulo “VI – Das testemunhas”.

7. ESQUEMA COMPARATIVO DO SISTEMA PRESIDENCIALISTA PARA O DE PERGUNTA DIRETA E CRUZADA E MISTO

Sistema adotado	Perguntas	Reperguntas	Respostas	Fiscalização/ Complementação das perguntas
Presidencialista CPP 1941	Pelo juiz (arts. 203 a 205)	Através do juiz (antigo art. 212)	Dirigidas ao juiz (antigo art. 212)	Pelo juiz (antigo art. 212)
<i>Cross examination</i> posição dominante Lei 11.690/08	Diretas pela parte que arrolou – sistema <i>direct examination</i>	Diretas pela parte <i>ex adversa</i> – sistema <i>cross examination</i>	Dirigidas à parte que pergunta	Pelo juiz (art. 212) Sobre pontos a esclarecer
Misto Posição do autor Lei 11.690/08	Perguntas pelo juiz (arts. 203 a 205)	Diretamente à testemunha, primeiro por quem arrolou - <i>cross examination</i> (art. 212)	Respostas dirigidas ao juiz (art. 212)	Pelo juiz (art. 212) Sobre pontos a esclarecer

8. CONCLUSÃO

Compreendemos e aceitamos o entendimento exarado pela majoritária doutrina nacional, no entanto pedimos vênua para que sejam analisados os tópicos alvitados neste trabalho como a contribuição de um pensamento diverso, mas que encontra na praxe forense, na interpretação lógico-sistemática dos dispositivos que compõem o microsistema do capítulo e na finalidade da Lei 11.689/08 elementos relevantes em sentido contrário.

A POLITICIDADE DO ATO JURISDICIONAL COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL

Netônio Bezerra Machado,
Desembargador do TJSE

A SOCIALIDADE PREVALENTE

INTRODUÇÃO

Mais do que falar em direitos, formulei, a título de possibilitar reflexões e diálogos, este breve ensaio sobre a politização do ser humano como acidentalmente juiz, e a conseqüente politicidade dos atos que venha, nessa condição, a praticar. Politicidade, neste caso, como correlata da socialidade.

Situo, aqui, a análise sob os aspectos sócio-antropológico e político, dando ênfase à criatura humana como ser moral e, como tal, predestinado a conviver com as outras criaturas humanas.

Mas para essa convivência carece o homem comunicar-se consigo mesmo, já que esse apaziguamento consigo mesmo é o primeiro e insubstituível passo para propiciar a capacidade de comunicação com os outros.

É dizer: como o “eu-mesmo” é a única pessoa de quem jamais poderei separar-me, a ele estando eu irrevogavelmente unido “*é muito melhor estar em desacordo com o mundo inteiro do que, sendo um, estar em desacordo comigo mesmo*” como explicitado por Aristóteles em sua *Ética A Nicômaco*.¹

Bem verdade que eu posso inverter essa equação e optar por viver em desacordo comigo mesmo para estar de acordo com os outros, mas não posso evitar que, embora apresentado aos outros como esses querem, não apareça para mim mesmo como o inverso dessa aparição pública.

De um outro modo, temos nessas formas de aparecer ou parecer, uma atuação inscrita na esfera privada do indivíduo (o que ele é, efetivamente, no mais recôndito do seu sentimento) e uma aparição público-política (como ele quer ser visto publicamente no âmbito da sua cidade, do seu Estado, do seu País) empenhado em manter ou modificar os instrumentos de conformação da sociedade, seja para perseverar nos

valores em que acredita, seja amoldando-se a eles para preservar suas conveniências.

Seja como for, é o homem construindo a realidade social de acordo com o significado que para ele tenham as coisas, os outros e o próprio mundo.

Sócrates, citado por **Hannah Arendt**, nos dá um ideal conselho sobre essa incoerência, como forma de pacificar o conflito do “eu-mesmo” consigo próprio e estabelecer a ética entre o privado e o público-político, ao dizer: “*seja como gostaria de aparecer aos outros, isto é, apareça a si próprio tal como gostaria de aparecer quando visto pelos outros*”².

E essa advertência deflui de uma inafastável circunstância de que, como você nunca estará completamente só, ninguém senão você poderá reconhecer a sua própria realidade.

E até nesses momentos dedicados ao diálogo com a solidão, estritamente só comigo mesmo, não estou absolutamente só, porque mantenho sempre, de alguma forma, um vínculo mais acentuado ou menos acentuado, mas sempre um vínculo com o mundo dos homens, mundo esse que costumamos chamar de humanidade.

Como no dizer de **Hannah Arendt**, “*essa humanidade, ou antes, essa pluralidade, já está indicada no fato de que sou dois-em-um*”³.

Quer esclarecer a notável filósofa que, além dos homens existirem no plural, eles trazem dentro de si uma indicação dessa pluralidade.

Essa percepção decorre do reconhecimento de que, não podendo o meu “eu-mesmo” ter as mesmas formas ou características únicas e definitivas com as quais eu percebo as outras pessoas, é o meu próprio “eu-mesmo” levado a ser mutável e, por vezes, equivocado, e nessa mutabilidade e equivocidade ele representa para mim, quando estou só comigo mesmo, a humanidade de todos os homens.

Essa preocupação de ser diferente para o outro em relação ao que sou para mim, do meu “eu-mesmo”, ou de tentar converter o outro à minha maneira de ver o mundo destaca, sem dúvida, a minha dependência do outro ao aparecer como ele espera que eu apareça, ou a tentar fazer dele a minha singular imagem.

Detecta-se nessa inquietude interior a necessidade da convivência social a reclamar compreensão e disposição para compreender, resultando

dessa interação a possibilidade da convivência social harmoniosa.

Não será, assim, o ato isolado do indivíduo que terá relevância política, mas a maneira como o indivíduo percebe o mundo e participa da realidade política, no sentido de construção/reconstrução desse mundo em que vive.

Sob essa perspectiva, mesmo vivendo aparentemente – só aparentemente – isolado, cada um só consigo mesmo, todos nós contribuímos para uma constante mudança do mundo humano, ainda que não tenhamos consciência dessa contribuição.

E, como o homem é capaz de agir, podemos nutrir-nos da expectativa de **Hanna Arendt**, para quem

“se pode esperar dele o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável. E isto, por sua vez, só é possível porque cada homem é singular, de sorte que, a cada nascimento, vem ao mundo algo singularmente novo. Desse alguém que é singular pode-se dizer, com certeza, que antes dele não havia ninguém. Se a ação, como princípio, corresponde ao fato do nascimento, se é a efetivação da condição humana da natalidade, o discurso corresponde ao fato da distinção e é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como ser distinto e singular entre iguais”.⁴

É, portanto, a pluralidade contida na individualidade da criatura humana.

1. SOBRE O SENTIDO AMPLO DA POLITIZAÇÃO CÍVICA

1.1- Penso que a politização cívica traduz-se, sem dúvida, originariamente, na conscientização de que o ser humano, no seu suposto isolamento individual carece de condições para preservar razoavelmente sua própria existência e realizar seu bem-estar como parte do bem-estar geral.

Dáí afirmar **Aristóteles** que “o homem é um animal cívico”, a necessitar da convivência com outras pessoas, destacando na espécie humana como na dos animais a insuperável reunião do macho com a

fêmea para garantir a perpetuação das respectivas espécies.

Nasce daí, entre humanos, a principal sociedade material: a família, produto da natureza, “composta de pessoas que comem o mesmo pão e se esquentam com o mesmo fogo”.

Essas famílias tinham suas moradas, o conjunto dessas moradas formou aldeias e o conjunto dessas aldeias era o precursor de uma sociedade embora ainda incipiente, porém, já mais ampla do que a sociedade familiar.

Da reunião de aldeias constituiu-se a cidade, a *polis*, demandando uma organização mais elaborada para assegurar sua administração ou a administração dos interesses dos que nela viviam. O interesse ou a vontade geral alça-se, então, ao patamar de fundamento de legitimação das ações dos administradores, estes escolhidos que foram pela maioria dos qualificados, naquela cultura, para expressar sua vontade como influente na organização da “*polis*”.

Temos, então, na doutrina do contrato social, defendida por **Rousseau**, a convergência de vontades geradas no ventre da necessidade, alçando-se às alturas de fonte da sociedade.

Resta, pois, indissociável a relação entre essa doutrina e a Escola de Direito Natural, a vertente sociológica da necessidade (direito natural) produzindo como consequência a convergência de vontades a transformar bandos em um conjunto de pessoas unidas por interesses comuns, nascendo assim a sociedade cívica que se aprimora e evolui para uma mais acentuada organização na qual são definidos os interesses mais relevantes da sociedade, a forma de administração desses interesses, a criação de órgãos para tanto, as funções desses órgãos, o detalhamento dessas funções, a forma de conduzir esse processo que levará ao critério das escolhas dos administradores, enfim, a noção de comando e subordinação. É a sociedade como fonte de criação do Estado.

Daí o acerto aristotélico com a significação da evidência de que “*toda Cidade está na natureza e que o homem é naturalmente feito para sociedade política*”.

Chega a certificar o filósofo grego que a sociedade política consubstanciada no Estado

“é até mesmo o primeiro objeto a que se propôs a natureza”, isto porque, segundo ele “As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes

integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções, e todas inúteis quando desarticuladas, semelhantes às mãos e aos pés que, uma vez separados do corpo, só conservam o nome e a aparência sem a realidade, como uma mão de pedra. O mesmo ocorre com os membros da Cidade: nenhum pode bastar-se a si mesmo. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade”⁵, no caso, a sociedade política.

Penso que o conceito grego de sociedade acima transcrito autoriza a formulação de uma noção de **sistema** a permear o conceito de politização, mesmo do modo aligeirado como aqui exposto, entendendo a sociedade como um corpo (sistema) integrado pela sociedade doméstica (a família), os indivíduos, e neles os interesses comuns fundamentais a serem administrados de modo a corresponder o mais aproximadamente possível ao ideal da vontade geral, que será a vontade política do grupo de indivíduos assim organizados.

A homogeneização desses estímulos, na esfera da vertente sociológica da necessidade de organização política alimenta o processo de criação da sociedade e esta, por sua vez, cria o Estado.

Urge ser entendida a politização ou a política a que me reporto aqui, sob uma perspectiva republicana,

*“como forma de reflexo de um contexto vital ético –como o **medium** no qual os membros de comunidades solidárias, mais ou menos naturais, tornam-se conscientes de sua dependência recíproca e, na qualidade de cidadãos, continuam e configuram, com consciência e vontade, as relações de reconhecimento recíproco já existentes”*, como preleciona **Habermas**, em sua obra *Direito e Democracia - Entre Facticidade e Validade*.⁶

2. SOBRE A POLITICIDADE DO ATO JURISDICIONAL

2.1- Como já enfatizado, mesmo sob uma perspectiva do direito natural, a vocação do homem para a convivência social, nela buscando fortalecer-se para a sua autopreservação e para seu desenvolvimento é a matriz da politização cívica, que tem nos valores supremos estabelecidos no seu Regulamento Político a definição das condutas a serem adotadas pelo cidadão e pelos poderes constituídos para a administração da Sociedade, aí incluída a administração da justiça.

Ou seja, cada ato de qualquer ente da Sociedade, especialmente dos órgãos oficiais do Estado por ela criados, deve ter por finalidade realizar esses desideratos políticos-jurídicos predeterminados na Carta Política com a qual a Sociedade formulou o Estado que deseja ter: no nosso caso, um Estado Democrático de Direito, de cunho eminentemente social.

Para a efetividade desse primado constitucional, o Judiciário deve abstrair a asserção extremamente formalista de **Jonh Locke** quando, em seu Segundo Tratado do Governo Civil, proclamou que “*entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz*”.

A correta opção a ser adotada pelo Judiciário na fase do pós-positivismo é a da resposta do povo americano que, contrariando a **Locke**, afirma que: “*os juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da Constituição. Eles são os ‘juízes’ entre o povo e o legislador*”⁷

E se assim é, carece o juiz compreender não apenas a grandeza da sua missão jurídico-política, mas garimpar no sistema da Constituição, nos seus valores fundantes, no conteúdo explícito e implícito em suas normas, nos seus princípios a eminência política do seu elemento material de conteúdo como norteadora da aplicação da lei, conferindo essencialidade à sua decisão.

Daí prelecionar **Miguel Reale**:

“Tudo depende, em suma, da maneira como deve ser posto o judiciário perante o poder-dever de prestar serviço à sociedade, a qual não pode ser vista como unidade maciça e massificadora, mas sim como associação ou comunhão de homens livres, cada qual com sua personalidade intangível. Indo à raiz do problema, importa saber o que se deve entender por sociedade, a fim de se saber a favor de quem ou de que são prestados os serviços reclamados da

magistratura, a qual como frisa Gomes Canotilho, 'é termo correlacionado com a jurisdição, que constitui o seu fim e medida, sob pena de sua nefasta burocratização'⁸, recomendando "equilíbrio e justiça no ato de socializar, não podendo o juiz agir como um burocrata incumbido de serviços sociais, obedecendo a ordens superiores", rematando que "a missão do judiciário, em razão de sua própria destinação jurisdicional, é servir à sociedade sem perder jamais o seu papel de guardião da Constituição e da Lei"⁹

Como atualmente há uma tendência para os modelos jurídicos abertos, reconhecendo-se a absoluta impossibilidade de uma legislação cerrada na qual esteja previsto e disciplinado todo e qualquer fato a ocorrer na dinâmica e complexa fenomenologia social, sem dúvida que, na expressão de **Reale**,

"a nova ordem constitucional exige uma nova Magistratura, mais acbegada ao viver comum, mais compenetrada de sua missão de tornar concretamente eficazes os mandamentos legais, na visão mais prospectiva dos modelos jurídicos, superando a visão retrospectiva das fontes formais, as quais regem a validade, mas não a aplicação 'in fieri', isto é, a real eficácia dos atos normativos"¹⁰.

Essa exigência resta inafastável, principalmente quando se tem uma Carta Política consagradora de princípios jurídico-políticos que garantem, a um só tempo, valores do indivíduo e valores da coletividade e, diante de tais situações apresentadas no caso concreto posto à apreciação do juiz, este terá de decidir sem perder de vista a natureza da elevada importância dispensada pela Constituição a esses bens jurídicos dotados de fundamentalidade, tais como, a título de exemplo, o direito à inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e, ao lado dessas garantias, a possibilidade de sua quebra (inciso XII, art. 5º); ou, como no caso emblemático do *caput* do art. 170, verdadeira obra de engenharia e arte na construção do modelo político-jurídico de uma ordem econômica na qual, ao mesmo tempo em que se optou

pela livre iniciativa, atribuiu-se como finalidade desse modelo “*assegurar a todos existência digna*” sob uma perspectiva da “*justiça social*” e, no seu inciso IV assegura a livre concorrência, ao mesmo tempo em que, no seu inciso V, também confere força de princípio constitucional à defesa do consumidor inscrito como direito fundamental do indivíduo (inciso XXXII, do art. 5º); ou no caso da liberdade de pensamento, embora ao mesmo tempo proíba o anonimato (inciso IV, do art. 5º); ou, ainda, na garantia da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inciso IX, do art. 5º), ao mesmo tempo em que o inciso IV, do art. 221 fixa princípios a nortear a programação do rádio e da televisão; ou a garantia do direito de propriedade (inciso XXII, do art. 5º), mas desde que atenda a sua função social (inciso XIII, art. 5º), podendo ser ainda quebrada essa garantia por força de desapropriação pelo Poder Público (inciso XXIV, art. 5º) ou expropriados esses bens, em razão do cultivo ilegal nessas glebas de plantas psicotrópicas (art. 243 e seu parágrafo único), além de tantas outras situações concretamente submetidas ao crivo do Judiciário para a filtragem valorativa.

A frequência da abstração do devido peso desses elementos na operatividade da ponderação dos seus respectivos valores, produziu no já nomeado jus-filósofo nativo uma certa desolação, levando-o a registrar a sua irresignação quanto

“a Justiça nacional nem sempre ter feito prevalecer, prontamente, os ditames constitucionais sobre desmandos oriundos de leis, decretos e portarias, havendo frequentes decisões nas quais os juízes se conformam em discutir os critérios aplicados pelos órgãos administrativos nos atos de intervenção estatal, acolhendo-os ou corrigindo-os, sem preliminarmente indagar da inconstitucionalidade ‘qua tale’ da interferência estatal baseada em normas anteriores ao Estatuto de 1988 e, como vimos, insuscetíveis de serem por ele recebidas”¹¹.

Diante dessas situações exige-se, sim, do juiz, uma visão prospectiva do direito em sua dimensão material tanto sob uma perspectiva antropológica, como política, como econômica e social, garimpando no universo de fenômenos sociológicos os elementos que tenham conexão

com os problemas enfrentados, sob uma ótica informada pelos valores fundantes e inspiradores da nova ordem constitucional.

Em suma: recolhendo para análise todo e qualquer elemento que se correlacione com o problema posto.

Essas razões levaram **Miguel Reale**, por exemplo, a reconhecer que o art. 127 do CPC, ao editar que

“o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei, não foi integralmente recepcionado pela Carta de 1988”, chegando mesmo a atestar que, hoje em dia, “a equidade, além de ser essencial ao suprimento de lacunas da legislação, constitui sempre critério requerido para a justa interpretação das leis em vigor, de tal sorte que, em consonância com a Carta Magna de 1988, o juiz deve ser considerado sempre autorizado a decidir por equidade, desde que não contrarie norma legal expressa”¹².

Aliás, o insigne **Vicente Ráo**, em seu sempre atual compêndio *O Direito E A Vida Dos Direitos*, já conferia a importância devida à **equidade**, assimilada no seu conceito moderno não como direito, mas como atributo do direito, seja tal atributo conferido pelo legislador ao formular a lei, seja ele levado em conta pelo juiz ao aplicar a lei, estabelecendo três regras fundamentais justificadoras do seu emprego, sempre permeando o direito, a saber: 1ª- a de que

“por igual modo devem ser tratadas as coisas iguais e desigualmente as desiguais; 2ª- todos os elementos que concorrem para construir a relação ‘sub judice’, coisa ou pessoa, ou que, no tocante a estas tenham importância, ou que sobre elas exerçam influência, devem ser devidamente considerados; 3ª- entre várias soluções possíveis deve-se preferir a mais suave e humana, por ser a que melhor atende ao sentido de piedade, e de benevolência da justiça: ‘jus bonum et aequum’¹³.

Daí também o seu magistério no sentido de serem funções da equidade:

“a)- a adaptação da lei a todos os casos que devem incidir em sua disposição, mesmo aos não previstos

expressamente, devendo estes últimos ser tratados em pé de rigorosa igualdade com os contemplados por modo expreso; b)- a aplicação da lei a todos esses casos, levando-se em conta todos os elementos de fato, pessoais e reais, que definem e caracterizam os casos concretos; c)- o suprimento de erros lacunas ou omissões da lei, para os fins acima; d)- a realização dessas funções com benignidade e humanidade”¹⁴.

Chega mesmo o laureado autor a admitir, embora em raros casos, a decisão judicial contra a lei, quando deparar-se o juiz com uma lei obsoleta, ou

“manifestamente iníqua, não mais correspondente às condições sociais do momento e cuja aplicação rígida e formal possa causar dano à ordem pública, ou social. Nesta hipótese, melhor será considerar-se a lei inadapável ao caso concreto por dissonância com os elementos de fato e socorrer-se para a solução dos conflitos, das demais fontes do direito”¹⁵.

Registre-se que essas assertivas remontam à época anterior ao nosso Estatuto Fundamental de 1988 que nos convoca para uma nova hermenêutica homenageante dos princípios e sua hierarquização contemporânea de valores, para muito além da concepção de princípios gerais de direito fornecida pela Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º.

E, independentemente da Constituição que temos, é oportuno o escólio de **Perelman** sobre a equidade, ao registrar que,

“Se o direito natural forneceu uma técnica secular no Ocidente medieval para limitar o exercício do poder de forma que ele seja digno de um monarca cristão, se a ideia de um direito racional pôde cumprir a mesma função nos séculos XVII e XVIII, esse mesmo papel é cumprido, nas sociedades democráticas contemporâneas, por juízes que compreendem seu papel, que é o de conciliar o respeito pelo direito com o respeito pela equidade e pela justiça, de eliminar-lhe as consequências desarrazoadas, portanto inaceitáveis”¹⁶.

E, sem dúvida, mais ainda na trilha do sistema jurídico da nova ordem político-jurídico nacional disponibiliza a Carta ao aplicador do direito recursos técnico-jurídicos propiciadores de uma maior aproximação com o justo, distanciando-se da **teoria estruturística jurídica** e incorporando a **teoria do estruturalismo jurídico**.

Esse distanciamento justifica-se, uma vez que a **primeira** cinge-se apenas a uma análise estática das estruturas, enquanto a **segunda** (o estruturalismo jurídico) permite ao operador do direito incorporar à sua análise os elementos dinâmicos que modificam a realidade, que no caso passa a ser uma realidade jurídica.

Nesta teoria (estruturalismo jurídico) temos o direito em permanente diálogo com a realidade social, passando o jurista e o seu operador a serem vistos não mais apenas como meros observadores ou modificadores do direito, mas também como partes ou atores, evidenciando ainda mais a interação de todos os agentes da “*construção social da realidade*”.

É essa a inspiração fornecida por **Calliess**, baseado na sociologia de Luhman, entendida como teoria dos sistemas sociais e explicando o Direito como **estrutura dialógica de sistemas sociais**, isto é, como algo situado entre as categorias **sujeito** e **objetivo**, ou seja, uma espécie de **esfera autônoma e conciliatória** em relação a ambas, como esclarece **Paulo Bonavides**¹⁷.

E, de certa forma, não é outra a patente compreensão de **Candido Rangel Dinamarco** (para os que sacralizam o Direito Processual), ao dizer em seu livro *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, quando discorre sobre a **efetividade da tutela jurisdicional**, que

“Um dos grandes males da Justiça reside no conformismo do próprio juiz diante de certos preconceitos que tradicionalmente limitam a efetividade da tutela e o levam a atitudes passivas diante da inocuidade de certas decisões. Associado à indesejável estagnação das legislações, esse comportamento é responsável pela fraqueza da Justiça e pela generalizada insatisfação em face dela”¹⁸.

Mesmo no âmbito do Processo Civil, **Cândido Dinamarco**, revolucionando o conservadorismo antípoda do ativismo judicial, passa a impor ao juiz moderno a iniciativa probatória em determinadas situações,

invocando o solidarismo do Estado moderno,

“que não permanece naquele laissez faire, laissez passer da filosofia liberal, exige que o juiz seja um personagem participativo e responsável, não figurante de uma comédia. Afinal, o processo é hoje encarado como um instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes – ele é uma instituição do Estado, não um negócio em família (Liebman)”¹⁹.

E, pouco adiante, adverte para a conscientização de que *“o processo civil moderno repudia a ideia do juiz Pilatos, que, em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo a falha aos litigantes”²⁰.*

Essa pletora de transformações que vêm ocorrendo e que são imprescindíveis que ocorram; essa ampliação de poderes conferidos ao juiz só se justificam e só se legitimam porque proporcionam, por seu intermédio, a efetividade da vontade jurídico-política da Sociedade, manifestada nos valores, nas regras e nos princípios consagrados na sua Carta Política e nela sistematizados.

Por isso, essa necessária compreensão *a posteriori* e não *a priori* do juiz, implica a sua identificação com uma nova hermenêutica que forneça os meios e mostre os caminhos a serem modernamente percorridos pelo jurista e pelo aplicador do direito, de modo a permitir uma interpretação efetivadora do princípio da unidade da Constituição, que requer unidade lógica expressa através de uma **unidade formal** de normas dispostas em sequência hierárquica, e de **unidade axiológica** materializada na unidade de valores e princípios, que são a essência, o espírito, a substância mesma da Carta Magna, nesta sobrepassando o **princípio da dignidade da pessoa** humana pelo qual, segundo o mestre **Bonavides**, as Constituições da liberdade se guiam e se inspiram, sendo tal princípio em verdade, o espírito mesmo da Constituição, feita principalmente para o homem e não para quem governa. É, enfim, o valor dos valores na sociedade democrática e participativa²¹.

Dáí a preocupação de **Habermas**²², alertando-nos para a armadilha do apriorismo das proposições normativas insuscetíveis, em sua generalidade de, só por si, fornecerem a justificação a um caso concreto

sem que antes nos propusemos a deslindar a questão da “verdade moral” aninhada no problema posto à apreciação, em confronto com a suposta norma de incidência e o conjunto de valores supremos eleitos na Carta Política.

É a busca da essencialidade do direito, a inaceitação contemporânea de um direito meramente formal, tendo como fins, no Estado Democrático e social como se pretende o estabelecido pela nossa Carta Política de 2008, a realização dos princípios fundantes estabelecidos em seus artigos 1º, 2º, 3º e 4º, ao lado de outros princípios nela contidos, calhando bem a opinião de **Norberto Bobbio** ao assinalar que

“O princípio destes fins ou valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente, mas também contendidicamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzida nas constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social e econômica (ao menos em parte). Assim foi introduzida a distinção entre democracia formal, que diz respeito precisamente à forma de governo, e democracia substancial, que diz respeito ao conteúdo desta forma”²³.

Temos, então, que o contratualismo social contemplado na Carta de 1988 é de natureza **formal** porque expresso no Texto e **material** porque voltado para instrumentalizar a igualdade jurídica (art. 5º, *caput* e seu inciso I), a parcial igualdade social e econômica (art. 3º, III e IV), sob um ideário de liberdade, justiça e solidariedade (art.3º, I), tendo como um dos fundamentos do Estado a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Evidencia-se, pois, o Estatuto Político vigente como um programa de democracia substancial, baseado na vontade geral, condensada na expressão da Assembleia Nacional Constituinte.

Porém, a grande questão suscetível é aferir-se se, apesar desses elementos conotativos (elemento formal e elemento material) teoricamente inseridos no texto da Constituição, eles encontram ou não, do ponto de vista material, correspondência na prática das instituições nacionais destinadas a dar vida às promessas constitucionais.

Infelizmente a resposta tende a ser, ainda, negativa.

Os fatores reais de poder de que nos fala **Lassalle** continuam

exercendo a sua nociva influência na atuação subterrânea das nossas instituições, em detrimento do aperfeiçoamento do ideal republicano e democrático mais puro.

Muda-se, por emenda constitucional, uma tradição republicana de não se admitir a possibilidade de reeleição imediata de chefes dos executivos nacional, estadual e federal sem, sequer, ouvir-se o povo através de um plebiscito.

Enquanto isso, transcorridas duas décadas da promulgação da Lei Maior, o Congresso Nacional ainda não encontrou tempo para regular o direito de greve dos funcionários públicos (art. 37, VII, da CF), procedimento a ser exercido, agora, por simples lei ordinária.

Mas houve tempo para editar a Emenda Constitucional que suprimiu o § 3º do art. 192 do texto constitucional que fixava em 12% a.a. a taxa de juros bancários. Este registro aqui feito não deve ser confundido com o insurgimento contra a supressão deste parágrafo o qual, diga-se de passagem, continha matéria que, a exemplo de outras ainda constantes do Texto, não se inscrevia como matéria constitucional. O registro aqui feito é apenas para demonstrar como o Congresso Nacional, quando tem vontade política, promove reforma na Constituição e quando não lhe convém falta-lhe tempo para editar simples lei ordinária.

Falta tempo, assim, para regular o mesmo artigo 192, que trata do sistema financeiro nacional.

Outras matérias constitucionais também continuam aguardando o despertar do Congresso Nacional para regulá-las, causando graves prejuízos à Nação.

A hipertrofia do Executivo, aliada à inapetência legislativa do Congresso Nacional, tem concorrido para esse torpor no Parlamento nacional e estimulado a avalanche de medidas provisórias editadas pelos chefes da Nação malferindo, quase sempre, os interesses nacionais, desnaturando a finalidade do Legislativo e ofendendo o princípio da separação dos poderes, vulnerando a sua independência em absoluto desprezo ao art. 2º da Magna Carta.

A par disso, um aparato conceptual formalista permeia alguns segmentos responsáveis pela efetividade da Constituição, mantendo-os agrilhoados a métodos de interpretação extremamente formalistas e impermeáveis às observações mais sutis e agudas que só uma mudança do paradigma arraigadamente positivista e hermético imune à dialogia com a mutante realidade social, permite.

Todos esses aspectos comprometem a efetividade da democracia substancial prometida na Constituição.

E, como na correta advertência de Paulo Bonavides,

“Quanto mais largo o hiato entre a realidade, o Estado e a sociedade, a norma e a sua eficácia, os governantes e os governados, a lei e a justiça, a legalidade e legitimidade, a constitucionalidade formal e a constitucionalidade material, mais exposta e vulnerável à crise constituinte fica o arcabouço do ordenamento estatal, por cujas juntas e articulações estalam todas as estruturas do poder e da organização social” (Do País Constitucional ao País Neocolonial – A Derrubada da Constituição E A Recolonização Pelo Golpe do Estado Institucional)²⁴

Aliás, é o mesmo Paulo Bonavides quem diagnostica a causa nuclear do descompasso entre o dizer da Constituição e o seu cumprir pelos governantes como tendo origem na própria crise constituinte.

É dizer, com raríssimas exceções individuais, que o discurso da Constituição não encontra sinceridade sequer no corpo da Assembleia Constituinte, merecendo aqui referência à conceituação de **Mansour Chalita** quando em seu livro *A Arte da Política*, embora um tanto assodadamente, chega a afirmar que, “*para o político a palavra é a arte de dissimular o pensamento*”.

Evidentemente peca **Mansour Chalita** pela generalização, mas por outro lado, com o maior respeito aos bons políticos que existem, e em profusão, há aqueles cuja palavra se ajusta perfeitamente a esse conceito jocosamente concebido pelo tradutor de Gibran.

Não é, pois, no texto constitucional de 1988 que se encontrará a explicação para o descumprimento das suas promessas.

A razão dessa inadimplência fundamental iremos encontrar na tibieza das instituições como resultante da ausência de comunhão entre a promessa constitucional e a vontade dos que poderão materializá-la na realidade social, aí incluído o chamado poder constituinte do povo.

Daí asseverar **Friedrich Müler** em seu livro *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*, que

*a espécie de legitimidade, que se venha a inferir do poder constituinte do povo, pode ser formulada em graduações: a incorporação dessa pretensão ao texto tem por interlocutor o povo enquanto instância de atribuição; o procedimento democrático de pôr em vigor a Constituição dirige-se ao povo ativo; e a preservação de um cerne constitucional (que sempre é também democrático) na duração do tempo investe o povo-destinatário nos seus direitos*²⁵.

Como aqui no Brasil há quase que uma total ficção quanto a esses imperativos de legitimação democrática, o dizer da Constituição e o próprio povo ao qual ela se destina não passam de meros ícones convenientemente invocados, como refere **Friedrich Müler** reportando-se ao constitucionalismo alemão.

Porém, seja como for, a preservação do cerne constitucional no tempo irá condicionando, gradativamente, os homens de governo, as instituições por eles representadas e ensinando ao próprio povo vivamente pressionante, a necessidade e a utilidade da observação e cumprimento desses postulados. É nesse sentido, talvez, que deva ser assimilada a autônoma força normativa da Constituição, de que nos fala **Konrad Hess**.

Talvez o maior empeco encontrado pelos positivistas mais afeitos ao formalismo legalista para a compreensão da teoria do caso concreto a realizar a justiça com equidade, construindo uma realidade social mais afeiçoada aos princípios fundantes do Estatuto Político, consista na dificuldade em perceber e assimilar os princípios constitucionais, em toda a sua extensão, princípios que estão positivados na própria Constituição.

Essa percepção da positividade dos princípios colhidos na explicitação e na implicitude da Constituição contribuirá para a adoção de uma hermenêutica filosófica estruturante, compreendendo

“a inseparabilidade de reconhecimento do sentido e aplicação num processo unitário, que inclui necessariamente o sujeito compreendente e concretiza e leva a termo em primeira instância esse sentido a ser entendido, não

*obstante a simultânea vinculação integral ao sentido do texto*²⁶, conforme lecionamento de **Friedrich Muller**, em sua Teoria Estruturante do Direito.

Para tanto, restará, com **Agustin Gordillo**, citado por **Paulo Bonavides** apreender o significado do que seja princípio e sua hierarquização normativa na contemporaneidade, ao afirmar que, para ele

*“os princípios de Direito Público contidos na Constituição são normas jurídicas; mas não só isso, enquanto a norma é um marco dentro do qual existe uma certa liberdade, o princípio tem substância integral. A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo. O princípio estabelece uma direção estimativa, em sentido axiológico, de valoração, de espírito. O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu espírito”*²⁷.

E, em Celso **Antônio Bandeira de Mello** iremos encontrar um conceito talvez mais abrangente de princípios, dilucidando:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade de sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes do todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque apresenta insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de

*sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada*²⁸. (Grifei).

Temos aqui a noção do comprometimento com uma ética material de valores pela qual deve orientar-se o juiz, cuja ética não pode ser reduzida a um catecismo de deveres abstratos; pressupõe, ao contrário, a vivência do direito em sua circunstancialidade cultural.

Sabe-se que juiz é, antes de tudo um homem ou uma mulher, porém, tragicamente, essa inafastável condição humana é geralmente esquecida, e assim olvidada essa natureza humana, alguns agem como se o juiz fosse um mero enunciador de decisões e sentenças, uma espécie de robô a elaborar silogismos com força obrigatória, como observa **Reale**.

Ou um semideus, pairando acima das realidades das coisas que são mutáveis, e da necessidade das pessoas de que as coisas mudem como resultado de uma tomada de consciência baseada no estudo aprofundado e na vontade firme e corajosa de interação com a vida.

De incidir aqui, portanto, para encerrar essas nossas reflexões, a perplexidade manifesta por Goethe no imaginário diálogo entre o *Espírito da Terra* e *Fausto* quando, ante a pretensa superioridade deste, aquele o interroga: “*Por que, em vez disso você não luta para se tornar um Mensch – um autêntico ser humano?*”.

É esta a mensagem que trago para vocês, meus colegas.

Muito obrigado.

Notas

¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 5ª ed. revista. São Paulo: Forense Universitária Ltda, 1991.

³ ARENDT, Hannah. *A promessa da política* – DIFEL – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil Ltda, 2008, pp. 63/66.

⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 5ª ed. revista. São Paulo: Forense Universitária Ltda, 1991, p. 191.

⁵ ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.5.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – Entre a facticidade e validade*. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 333.

⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed., 1998, p. 54.

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit. p., 54.

⁹ REALE, Miguel. *Questões de direito público*. Saraiva, 1997, p. 48.

¹⁰ REALE, Miguel. Op. Cit., p. 76.

¹¹ REALE, Miguel. Op. Cit., p. 78.

¹² REALE, Miguel. Op. Cit., p. 79.

¹³ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª ed, RT, pp. 88/92.

¹⁴ RÁO, Vicente. Op. Cit.. p. 95.

- ¹⁵ RÁO, Vicente. Op. Cit. p. 95.
- ¹⁶ PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Martins Fontes. 1996, p. 457.
- ¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed, 2ª tiragem, Malheiros Editores, 1998, p. 105.
- ¹⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª ed., vol. II, Malheiros Editores, 2002, p. 755.
- ¹⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. Op. Cit., vol. I, pp. 133/134.
- ²⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. Op. Cit., vol. I, p. 134.
- ²¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Malheiros Editores, 2001, pp. 10/11.
- ²² HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.77.
- ²³ BOBBIO, Norberto. *Estado – Governo – Sociedade*. Paz e Terra, 1995, p.155/157.
- ²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial – A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 76.
- ²⁵ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo – A questão fundamental da democracia*. Max Limonad, 1998, p. 108.
- ²⁶ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante de direito*. RT, 2008, p. 55.
- ²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial – A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- ²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, pp. 450/451.



ABOLIÇÃO DO PROTESTO POR NOVO JÚRI

Patrícia Cunha B. de Carvalho, magistrada em Sergipe. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Formada pela Escola Superior da Magistratura de Sergipe – ESMESE. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - UCAM e em Ciências Penais pela UNISUL – IPAN – LFG. Autora do livro *Crimes Hediondos e a Lei 11.464/2007*. Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Sergipe – FASE e em Direito Processual Civil pela PUC/SP – ESMESE.

O protesto por novo júri, até a entrada em vigor da Lei 11.689, em 09 de agosto de 2008, era previsto nos artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal Brasileiro, inseridos no Capítulo IV (Do protesto por novo júri), do Título II (Dos recursos em geral), do Livro III (Das nulidades e dos recursos em geral).

Sempre foi tratado, desde os primórdios, como um recurso *sui generis*, exclusivo da defesa, contra as decisões do Tribunal do Júri que acarretassem ao réu uma pena igual ou superior a 20 (vinte) anos.

Nunca houve controvérsias na doutrina acerca de sua natureza jurídica. Sempre foi tratado como recurso taxativamente previsto, inserido no capítulo que elenca os tipos de recursos disponíveis no processo penal e dotado de características atinentes a tais instrumentos jurídicos.

É sim, pois, um recurso propriamente. Embora não seja a ele garantido o duplo grau de jurisdição, já que a sua interposição apenas acarreta uma nova oportunidade de julgamento por outro Tribunal do Júri de igual instância, substituindo-se o julgado anterior, clarividente é que a ausência desta característica não lhe subtrai a qualidade recursal.

Ressalte-se que a dita garantia não é imprescindível para a

configuração da sua natureza jurídica. Ao contrário, denota-se no ordenamento jurídico brasileiro a existência de outros tipos de recurso que também dela prescindem, não admitindo julgamento por um juízo *ad quem*, a exemplo dos embargos de declaração.

Destarte, não há dúvidas de que o protesto por novo júri se reveste de todas as características atinentes aos recursos, excepcionando-se o duplo grau de jurisdição, e que sempre foi tratado como tal durante toda a sua existência.

Com o advento da novel legislação, que o extinguiu, discute-se acerca da retroatividade ou mesmo da ultra-atividade da nova regra.

Será que foi abolido o protesto por novo júri mesmo para os acusados de crimes cometidos antes da sua extinção, como no caso midiático dos “Nardoni”? Será que a nova regra seria inconstitucional por ofensa à garantia da plenitude de defesa? E se for mesmo inconstitucional, seria o protesto por novo júri dotado de ultra-atividade para abarcar crimes cometidos mesmo após a sua extinção, a exemplo de outro caso midiático conhecido como “Eloá”?

Várias opiniões surgiram a respeito do tema, defendendo-se a irretroatividade da nova regra e a possibilidade de protesto por novo júri para os crimes cometidos até 09 de agosto de 2008.

Dentre elas, a de Rômulo de Andrade Moreira, em artigo jurídico intitulado *O fim do protesto por novo júri e a questão do direito intertemporal*, em que defende o caráter misto da norma, sendo ao mesmo tempo penal e processual penal, em razão do duplo grau de jurisdição, senão vejamos:

“O duplo grau de jurisdição tem caráter de norma materialmente constitucional, mormente porque o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que prevê em seu art. 8º, 2, h, que todo acusado de delito tem ‘direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior’, e tendo-se em vista o estatuído no §2º, do art. 5º, da CF/88, segundo o qual ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’.

Ratificamos, também, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque que no seu art. 14, 5, estatui que ‘toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei’. Assim, conclui-se que os arts. 607 e 608 do Código de Processo Penal, **a par de serem normas processuais**, inseriam-se também no âmbito do Direito Material por constituírem garantia ao duplo grau de jurisdição. Nestas condições, ditas normas não são puramente processuais (ou formais, técnicas), mas processuais penais materiais. (...) Diante do exposto, entendemos que os dispositivos revogados e que tratavam da possibilidade do protesto por novo júri terão incidência em relação àqueles agentes que praticaram a infração penal anteriormente à entrada em vigor da nova lei, atentando-se para o disposto no art. 2º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal e no art. 2º do Código Penal.” (grifo nosso)¹

Também o renomado jurista Luiz Flávio Gomes entende que a nova regra é irretroativa, por se revestir de natureza penal.²

Não obstante os entendimentos doutrinários esposados, a resposta para tais questionamentos não reside na investigação da natureza jurídica da Lei 11.689/2008, mas, ao revés, na do próprio instituto do protesto por novo júri que, como vimos, é um recurso privado do duplo grau de jurisdição.

E, sendo um recurso, possui o protesto por novo júri natureza processual tão-somente. É que a sua interposição não altera a situação de direito material do réu, pois a sua existência não tem o condão de influir na aplicação de qualquer sanção ao indivíduo.

Por tal razão, detendo o protesto por novo júri caráter recursal e processual, está sujeito à disciplina contida no art. 2º do Código de Processo Penal, regendo-se pela lei em vigor na data em que a decisão foi publicada.

Sobre o tema, ensina Andrey Borges de Mendonça que:

“Nesta senda, entendemos que a norma que extingue ou cria um recurso é tipicamente processual. Realmente, a existência ou não de um recurso não irá alterar a situação material do acusado, não permitirá que o Estado aplique ou deixe de aplicar o seu direito de punir ou, ainda, não sujeitará o acusado a qualquer sanção. Apenas será uma alteração do direito de ação – do qual o recurso retira a sua natureza, por ser seu prolongamento – sem qualquer reflexo no direito de punir. Assim sendo, não temos dúvidas em asseverar que as normas que tratam de recursos são tipicamente processuais. Justamente por isto, sua disciplina intertemporal é a prevista no art. 2º do CPP.”³

E cita Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, que asseveram:

“Pode ocorrer que a lei superveniente crie algum recurso contra decisões que eram irrecorríveis, ou suprima algum recurso existente, ou modifique os efeitos ou os requisitos de admissibilidade dos recursos. A matéria é regida pelo princípio fundamental de que a recorribilidade se rege pela lei em vigor na data em que a decisão foi publicada. A norma processual superveniente respeita os atos já praticados e os efeitos produzidos antes de sua vigência. O princípio, aliás, foi expressamente consagrado no art. 2º CPP: ‘A lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior’ (...). Assim, se a lei nova concede recurso antes inexistente, a decisão permanece irrecorrível, mesmo que ainda não tenha decorrido o prazo para o novo recurso. Se a lei nova suprimir recurso existente, a recorribilidade subsiste pela lei anterior”⁴.

Denota-se, portanto, que a natureza recursal do protesto por novo júri acarreta o reconhecimento de seu caráter processual e a aplicação imediata da nova disciplina, não cabendo a retroatividade e, quiçá, a ultra-atividade.

O pensamento de que a norma em vigor detém natureza mista, baseado no duplo grau de jurisdição, deve ser rechaçado, já que o protesto sempre fora tido como recurso, mesmo sendo desprovido de uma segunda análise por um Tribunal *ad quem*, fato que não tem o condão de retirar a característica que lhe é inerente.

Aliás, destaque-se, mais uma vez, que o duplo grau de jurisdição não é um requisito que qualifica um determinado recurso como tal, sendo prescindível, pois, como ocorre com os embargos de declaração.

Com efeito, o principal objetivo de um recurso é a modificação de um julgado anterior, seja através da anulação ou substituição da decisão outrora firmada, estes sim são atributos intrínsecos para a conceituação dos recursos.

Sobre a extinção do protesto por novo júri e seu caráter processual, Guilherme de Souza Nucci enfatiza que:

“...todo réu que estiver respondendo a processo, no contexto do júri, ao atingir a sentença condenatória, proferida em plenário, com pena fixada em 20 anos ou mais, já não terá direito de invocar o protesto por novo júri. Afinal, no momento processual em que alcançou a decisão condenatória e, portanto, poderia, em tese, fazer uso de um recurso colocado à sua disposição pela legislação, em autêntica expectativa de direito, o mencionado recurso deixou de existir. Normas processuais aplicam-se de imediato, sem qualquer retroatividade. Essa é a regra”.⁵

Ressalta ainda que:

“O réu não será condenado e irá para a prisão porque se alterou uma norma processual. Será preso, se for o caso, porque foi julgado e considerado culpado. No entanto, o Direito Penal resta incólume, sem qualquer alteração.

O protesto por novo júri não passava de uma segunda chance, concedida ao acusado, porque se entendia que a pena fora fixada em patamar elevado. (...)

Não se pode considerar o antigo direito ao protesto por novo júri como norma processual penal material somente pelo fato de que a sua interposição condicionava-se a um determinado patamar de pena. Essa situação não tem o condão de transformar a norma processual pura em norma processual material.”⁶

No mesmo sentido, Andrey Borges:

“De mais a mais, no protesto por novo júri não há uma absolvição imediata do acusado. Apenas se rescinde o julgamento anterior, para que o acusado seja submetido novamente a julgamento, por outros jurados. Não há garantia de que será absolvido ou um afastamento automático do *ius puniendi*”.⁷

Não há dúvidas, portanto, acerca da natureza processual do protesto por novo júri e também da imposição imediata da nova regra em todo e qualquer processo em andamento, mesmo que os crimes tenham sido cometidos antes de 09 de agosto de 2008.

Aliás, caso a extinção de um recurso fosse considerada norma mista e não apenas processual, a sua criação também, por sua vez, acarretaria a reabertura de prazos processuais para que os acusados que não dispuseram do recurso eventualmente criado detinham a mesma oportunidade.

Com este raciocínio, defende Andrey Borges que:

“Partindo do pressuposto de que a norma penal benéfica deve retroagir, inclusive alcançando a coisa julgada em caso de condenação (como ocorre com a *abolitio criminis*), pensemos na hipótese inversa, em que se cria um novo recurso, favorável ao acusado, que não era

previsto na legislação anterior. Caso se entenda que as normas que tratam de recursos seriam predominantemente penais e, portanto, retroativas na hipótese, seria necessário reabrir todos os processos em que houve condenação transitada em julgado para que os acusados pudessem se valer do recurso criado. Esta conclusão seria consequência lógica daquela premissa (normas referentes a recurso seriam penais), pois ninguém discute que as normas penais benéficas não possuem limites para a sua retroatividade, sequer na coisa julgada”.⁸

Há ainda quem argumente que a nova regra seria inconstitucional porque, além de violar a ampla defesa, ofende também algo bem maior, que é a plenitude de defesa assegurada constitucionalmente no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”.

Ressalte-se, desde logo, que, se houvesse realmente a referida inconstitucionalidade, ela não seria apenas para fins de ser permitida a retroatividade e o protesto por novo júri aos crimes cometidos antes da novel legislação, mas também para que fosse permitida a ultra-atividade aos crimes cometidos mesmo depois de seu advento.

Com isso, mesmo extinto formalmente o protesto por novo júri, estaria sendo ele aplicado indiferentemente, tanto para os crimes passados, como para os crimes futuros, sem distinções.

Contudo, não há qualquer violação à plenitude de defesa e sequer à ampla defesa com a abolição do recurso em destaque.

A plenitude de defesa é garantia que assegura a utilização de argumentação não jurídica aos julgamentos proferidos pelos juízes leigos que perfazem o Tribunal do Júri. Ela não assegura a existência de um recurso processual.

Nos comentários às reformas do Código de Processo Penal, de autoria conjunta dos juristas Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, consta capítulo referente às regras constitucionais que regem o júri, que explicita o conceito de plenitude de defesa:

“A instituição do Júri é informada por quatro regras básicas, todas elas mencionadas no art.

5º, XXXVIII, *a a d*, da Constituição Federal, a saber: plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência mínima para julgamentos dos crimes dolosos contra a vida.

A primeira delas, que trata da *plenitude de defesa*, significa dizer que nos processos de Júri, mais que a ampla defesa, exigida em todo e qualquer processo criminal (art. 5º, LV, da CF), vigora a *plenitude de defesa*. De tal forma que no Júri não apenas a defesa técnica, relativa aos aspectos jurídicos do fato pode ser produzida. Mais que isso, dada às peculiaridades do processo e ao fato de que são leigos os juízes, permite-se a utilização de argumentação não jurídica, com referências a questões sociológicas, religiosas, morais, etc. Ou seja, argumentos que, normalmente, não seriam considerados fosse o julgamento proferido por um juiz togado, no Júri ganham especial relevância, podendo ser explorados à exaustão. Esse, aliás, é um dos pontos positivos salientados pelos defensores da instituição, pois o Júri propicia um julgamento que vai além da frieza da lei e da tecnicidade do processo, na medida em que os jurados, inclusive, não podem fundamentar suas decisões e julgam conforme suas consciências, não ficando adstritos à severidade da prova dos autos. De se ver, contudo, que dentre os constitucionalistas prevalece o entendimento de que a plenitude de defesa mencionada no texto nada mais é do que uma consequência natural do princípio da ampla defesa, também de índole constitucional, não havendo qualquer distinção entre um e outro.”⁹⁹

Com efeito, a plenitude de defesa é sim assegurada constitucionalmente, assim como a ampla defesa, mas a abolição total do protesto por novo júri não representa qualquer lesão a tais garantias.

Ademais, a supressão do protesto por novo júri não prejudica em nada a ampla defesa, pois existem outros meios de impugnação da

sentença condenatória penal, a exemplo da apelação e revisão criminais. Citando Mougenot Bonfim, aduz Andrey Borges Mendonça que:

“Em relação ao princípio da ampla defesa, deve-se ressaltar que o referido princípio não assegura uma infinitude de produção defensiva a qualquer tempo, conforme adverte Mougenot Bonfim, ‘mas ao contrário, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas *no tempo processual oportunizado por lei*’.¹⁰ Se a nova legislação extinguir um recurso, deixa de existir a oportunidade de impugnar a decisão daquela forma – embora outras incontáveis formas de impugnação continuem a existir -, sem que isso atinja a relação entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*.”¹¹

Ressalte-se também que a existência do protesto por novo júri sempre foi questionada porque o seu principal requisito era apenas a quantidade de pena fixada, não havendo qualquer censura ao julgamento em si, como ocorre na apelação e revisões criminais.

Com ele, era conferida tão-somente uma nova oportunidade ao acusado, o qual poderia receber idêntica penalidade, não afetando o direito de punir do Estado. Neste sentido, Nucci:

“O protesto por novo júri não permitia a soltura do acusado, nem gerava a extinção da punibilidade. Em suma, deferido ou não, nenhuma consequência no campo penal desencadeava. A sua utilização não afetava o direito de punir do Estado. Aliás, cabia ao Tribunal do Júri, por intermédio de outro Conselho de Sentença, julgar novamente o caso. Nada mais.”¹²

Por isso concluí que:

“A sua extinção, em boa hora determinada pelo legislador, confere modernidade ao sistema recursal no processo penal brasileiro e a norma

puramente processual tem, indubitavelmente, aplicação imediata, colhendo todos os feitos em andamento, pouco importando quando o fato criminoso foi cometido.”²¹³

A revogação do protesto por novo júri, portanto, apenas veio consolidar um pensamento da maioria da doutrina brasileira a respeito de sua desnecessidade e ausência do fundamento que o justificava em tempos de outrora.

Diante de tais considerações, constata-se que realmente o protesto por novo júri foi definitivamente abolido do nosso sistema processual penal, sendo descabida a sua utilização a partir de 09 de agosto de 2008, tanto para os crimes cometidos antes desta data, como para os posteriores, já que não há qualquer violação à plenitude de defesa, e tampouco à ampla defesa, bem como por se revestir a nova regra de caráter puramente processual, de aplicação imediata e incontestável.

Notas

¹ *O fim do protesto por novo júri e a questão do direito intertemporal. Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1808, 13 jun. 2008. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11385](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11385)

² Palestra “Caso Nardoni” e os reflexos do novo procedimento do júri. Conteúdo: As mudanças no procedimento do júri – a extinção do protesto por novo júri, 27/05/2008. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080529155547706

³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*: comentada artigo por artigo/Andrey Borges de Mendonça – São Paulo: Método, 2008, p. 149.

⁴ Nulidades no processo penal, p. 61-62.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri/Guilherme de Souza Nucci* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 408.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri/Guilherme de Souza Nucci* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 409.

⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*: comentada artigo por artigo/Andrey Borges de Mendonça – São Paulo: Método, 2008, p. 150.

⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*: comentada artigo por artigo/Andrey Borges de Mendonça – São Paulo: Método, 2008, p. 150.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito: novo procedimento do júri (Lei 11.689/08).../Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha; Ronaldo Batista Pinto*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 19 e 20.

¹⁰ Curso de processo penal, p. 43

¹¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*: comentada artigo por artigo/Andrey Borges de Mendonça – São Paulo: Método, 2008, p. 150.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri/Guilherme de Souza Nucci* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 410.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri/Guilherme de Souza Nucci* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 410.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri/Guilherme de Souza Nucci* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito: novo procedimento do Júri (Lei 11.689/08).../Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha; Ronaldo Batista Pinto*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo/Andrey Borges de Mendonça* – São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O fim do protesto por novo júri e a questão do direito intertemporal*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1808, 13 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11385>>. Acesso em: 28 out. 2008.



O ARBITRAMENTO DA PENSÃO DECORRENTE DOS DANOS FÍSICOS INCAPACITANTES

Bianco S. Morelli. Advogado da Caixa Econômica Federal com Pós-Graduação *latu sensu* em Direito Civil, para mercado de trabalho e exercício do Magistério Superior, pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.

RESUMO: O presente artigo volta seu foco de interesse para o pensionamento previsto no artigo 950 do Código Civil em decorrência da responsabilidade civil por danos físicos incapacitantes. O maior objetivo é adequar a interpretação do dispositivo legal ao caráter ético e educativo que se busca com a reparação civil para evitar o enriquecimento ilícito das partes envolvidas. Para tanto, foram apresentados e analisados os posicionamentos atualmente adotados pelos tribunais e doutrinadores nacionais sobre a quantificação e a duração da pensão paga às vítimas de danos físicos ocupacionais, para identificar a natureza e a finalidade da pensão e construir critérios identificadores da real extensão dos danos físicos sofridos pelas vítimas incapacitadas para o trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Incapacidade; pensão; finalidade; valor; duração.

ABSTRACT: The present article turns his focus of interest for the pensionamento predicted in the article 950 of the Civil Code as a result of the civil responsibility for physical damages incapacitantes. The biggest objective is to adapt the interpretation of the legal device to the ethical and educative character for that one looks with the civil mending to avoid the illicit enrichment of the wrapped parts. For so much, the posicionamentos at present adopted by the courts were introduced and analysed and doutrinadores national on the quantificação and the duration of the boarding house paid to the victims of physical occupational damages, to identify the nature and the finality of the boarding house and to build criteria identificadores of the real extension of the physical damages suffered by the victims incapacitated for the work.

KEYWORDS: Incapacity; pension; purpose; value; duration.

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil trata da responsabilidade civil, no Título IX do Livro I da Parte Especial, mais especificamente, entre o artigo 927 e 954. Evidentemente que se encontram regras a respeito do assunto em outros dispositivos, como nos arts. 186 a 188, que versam sobre a culpa e os atos ilícitos, pressupostos para grande parte dos casos de responsabilidade.

Dentro deste vasto ramo do direito civil, encontra-se um dos assuntos da maior relevância: a responsabilidade civil decorrente de danos físicos incapacitantes para as funções ocupacionais e a indenização de parte dos danos materiais sob forma de pensão. O assunto é de grande importância e envolve as mais diversas situações do cotidiano, como, por exemplo, acidentes de trânsito e do trabalho.

E por ser de tamanha relevância, a matéria é impregnada de alterações, principalmente, no que tange o caráter ético e educativo da reparação por danos físicos em face das normas previstas artigo 950 do Código Civil. A vivência de calorosos debates nos tribunais do país sobre a pensão como reparação por danos físicos e a sua mensuração demonstra que ainda não existe um posicionamento pacífico da doutrina sobre o assunto.

Enquanto alguns estudiosos defendem a compensação entre a pensão previdenciária e a civil, a maioria repugna a hipótese. Diante disso, o debate que já era antigo permanece atual de forma que nos Fóruns Estaduais, Federais e Trabalhistas há grande controvérsia sobre os critérios adotados para o pensionamento estabelecido pelo *caput* do artigo 950 do Código Civil.

Deste modo, o presente artigo que ora se apresenta procura dar uma visão do pensionamento dentro da realidade vigente, sempre enfatizando as interpretações predominantes, mormente a visão dos pretórios pátrios, com base na construção doutrinária sobre a aplicabilidade das normas do art.950 do CCB.

2. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E O ARTIGO 950 DO CÓDIGO CIVIL

O dano patrimonial é a afetação dos bens de uma pessoa, que lhe são economicamente úteis, o que, por conseguinte, ocasiona-lhe perdas

materiais. Para Maria Helena Diniz

“o dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável”.

A professora, embasada na lição de Aguiar Dias, aponta como lesões que constituem danos patrimoniais: *“a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a **incapacitação do lesado para o trabalho**, a ofensa a sua reputação quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios”* (grifou-se)².

Deste modo, entre as consequências de uma ofensa física encontra-se a inabilitação para a profissão que a vítima exercia antes do infortúnio. Trata-se de uma afronta com graves repercussões materiais e morais. É um prejuízo duradouro à capacidade laborativa do ofendido, e, às vezes, chega a ponto de impedir totalmente o exercício do trabalho. Por isso, é possível se falar em redução da capacidade laborativa ou simplesmente em inabilitação total da vítima para sua profissão.

O artigo 950 do Novo Código Civil tratou de regular a responsabilidade civil decorrente dos atos ilícitos determinantes da incapacidade para a profissão. Segundo o citado dispositivo, aquele que ofender a integridade física de outrem a ponto de *“resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho”* deverá indenizá-lo.

Tal indenização, na ótica do legislador, subdivide-se em três situações: ressarcimento pelas **despesas do tratamento**, compensação pelos **lucros cessantes até o fim da convalescença** e uma **pensão** correspondente à importância do trabalho para o qual a vítima ficou inabilitada, ou equivalente a depreciação que ela sofreu.

Destarte, a indenização abrangerá o tratamento da vítima e os demais prejuízos verificados, mesmo que de cunho patrimonial, como lucros cessantes em face da impossibilidade de desenvolver suas atividades profissionais, perda de clientela, danos em bens e sofrimento moral.

O ressarcimento das despesas tem por objeto todos os gastos realizados pelo enfermo com o tratamento indispensável para se recompor das lesões pelas quais passou, incluindo-se as intervenções

cirúrgicas, internações, médicos especialistas, aparelhos específicos, terapia, medicamentos e etc.

Por outro lado, a indenização dos lucros cessantes englobará justamente a perda dos acréscimos patrimoniais que eram previsíveis, baseada nas regras gerais da experiência comum, e perdurará até que o ofendido obtenha alta do tratamento a que se submeteu, ou até ficar em condições de retornar ao trabalho normal.

Além disso, o *caput* do artigo 950 do atual Código Civil, equivalente ao artigo 1.539 do revogado Código Civil de 1916, estabelece que haverá a favor da vítima o pensionamento “*correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu*”. Trata-se sem dúvida alguma do aspecto material da incapacidade, plena ou relativa.

A respeito da matéria predomina o entendimento de que a interpretação do artigo 950 deve ser literal, segundo o qual no seu cálculo deve ser considerada apenas a real redução da capacidade laborativa da vítima para o trabalho, independentemente de outros fatores, tais como o exercício de outra profissão pela vítima ou recebimento de benefícios previdenciários.

Assim, no caso de sofrer a vítima ferimento ou ofensa à saúde que lhe acarrete temporária ou permanente redução da capacidade laborativa, a pensão seria fixada com base nos seus ganhos e na proporção da redução de sua capacidade laborativa, arbitrada por perícia médica. Sobre o assunto vale transcrever o ensinamento do professor Sérgio Cavalieri Filho citando J. M. Carvalho Santos:

“O art. 950 do Código Civil (que corresponde ao art. 1539 do Código revogado) tratou unicamente da impossibilidade do exercício da profissão ou ofício que exercia o ofendido antes do acidente. Não levou em conta a possibilidade de exercer ele outra profissão ou atividade compatível com o defeito que o inabilitou para o serviço que fazia anteriormente. Por isso J. M. Carvalho Santos sustenta ser esta um solução justa e equitativa, uma vez que as profissões ou atividades que podem ser exercidas por portadores de defeitos físicos de certa monta não devem ser obrigatórias, por importarem sacrifício imenso, que se não tem o direito de

exigir de ninguém, principalmente quando daí resultar constrangimento e humilhação forçados pela necessidade (*Código Civil interpretado*, v. XXI/146)²³.

Vejamos também as palavras do professor Arnaldo Rizzardo:

“No entanto, cumpre se dê o exato alcance do art. 950 (art.1.539 do Código revogado). A reparação consistirá na taxação de um percentual correspondente à incapacidade resultante. Nada mais que isso. Apurando os peritos que a diminuição da habilitação para o trabalho foi de 30%, compensa-se tal *déficit* com uma pensão do mesmo percentual, calculada sobre os rendimentos apurados.”²⁴

A teoria comumente aplicada nos tribunais consiste no raciocínio de que os benefícios previdenciários são referentes às contribuições pagas pela vítima, de maneira que deve ser revertida somente em seu próprio favor ou de seus beneficiários, e não de seu ofensor. Não há compensação da indenização com a pensão auferida pela vítima junto à previdência pública ou privada; não se afigura lícito que as contribuições pagas pela vítima para o seguro social revertam em favor do ofensor, mitigando sua responsabilidade.

Por isso, a responsabilidade prevista no artigo 950, *caput*, como reporta a doutrina majoritária, não poderia ser mitigada, com a diminuição, do total apurado, da quantia paga pela Previdência Social ou pelo seguro. O catedrático Sérgio Cavalieri Filho entende que “*a reparação de Direito Comum não comporta compensação com a que a vítima há de perceber em decorrência de sua vinculação a sistema previdenciário ou securitário (RSTJ 132/133)*”²⁵. Novamente nos utilizamos dos ensinamentos do professor Arnaldo Rizzardo que segue na mesma esteira e fundamenta-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Em outras manifestações do STJ: “A indenização previdenciária é diversa e independente da contemplada no direito comum, inclusive porque

têm elas origens distintas: uma, sustentada pelo direito acidentário; a outra, pelo direito comum, uma não excluindo a outra, (enunciado nº 229/STF), podendo, inclusive, cumularem-se”²⁶.

Em suma, se do ato ilícito emanar defeito ou diminuição da capacidade ou incapacidade total pelo qual o indivíduo não possa exercer a sua profissão ou tenha diminuído o valor do seu trabalho, a indenização abrangerá uma pensão correspondente à importância do trabalho, no todo ou em parte, além de todas despesas do tratamento físico e psíquico e lucros cessantes até o fim da convalescença (CCB, art. 950).

3. CARÁTER ÉTICO E EDUCATIVO DA PENSÃO

O Código Civil de 2002 previu, em duas hipóteses distintas, a concessão de valor mensal ou prestação de trato sucessivo aos beneficiários da vítima falecida ou à própria vítima que tenha sofrido lesão incapacitante, ou seja, defeito pelo qual não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou tenha a sua capacidade de trabalho reduzida.

No art. 948, em caso de homicídio, além de outras reparações, deverá o ofensor prestar “alimentos” a quem o morto os devia. Por sua vez, segundo a dicção do art. 950, que é objeto do presente estudo, se da ofensa resultar incapacidade total ou parcial para o trabalho, a vítima terá direito a uma pensão correspondente ao valor que auferia antes do infortúnio.

Para analisarmos a pensão prevista no artigo 950 do Código Civil é necessário, antes de qualquer coisa, entender o sentido do termo “pensão”. A expressão, por si só, remete à obrigação de **pagamento periódico** de um determinado valor a alguém, senão vejamos o seu significado:

“**PENSÃO.** (1) S. f. (lat. *Pensio*) Dir. Civ. **Termo polissêmico. 1. Benefício periódico destinado a prover regularmente a subsistência de alguém.** 2. Hotel de pequenas proporções, com alimentação incluída na diária. 3. na enfiteuse, o mesmo que foro ou *laudêmio*. Cognatos,

todos atinentes à primeira acepção: *pensionar* (v.), dar pensão; *pensionário* (s.m.) e *pensionista* (s. 2 g.), aquele que recebe pensão (aplicáveis à segunda acepção); *pensioneiro* (s.m.), quem paga pensão”(g.n.).⁷

Além disso, o termo também denuncia a natureza de prestação alimentar, independentemente do fato que tenha causado o seu surgimento. É que a pensão, seja em razão de aposentadoria, seja por causa de ato ilícito ou decorrente de obrigações familiares, sempre terá como seu objetivo primeiro a manutenção da subsistência de uma pessoa. Significa dizer que o pensionamento possui cunho alimentar, natureza que torna óbvia a periodicidade mensal da obrigação.

Logo, ambas as hipóteses são de **pensionamento mensal**, seja aos dependentes do morto, seja à própria vítima, de modo que a utilização das expressões “alimentos” no art. 948 e “**pensão**” no art. 950 não significa que haja diferença ontológica e substancial entre uma e outra. Nas hipóteses supracitadas, **ambas têm natureza de prestação alimentícia**.

Assim sendo, é conveniente transcrever, mais uma vez, o pensamento do mestre Arnaldo Rizzardo, especificamente sobre os alimentos ou pensão prevista no artigo 948:

“O Superior Tribunal de Justiça revela forte inclinação para essa exegese: “A perda de filho recém-nascido causa sofrimento e dor à mãe e a todos os familiares, a atingir o patrimônio moral. Contudo, na esfera patrimonial, inexistente prejuízo a ser reivindicado pelos pais, **porquanto a indenização por dano material, em forma de pensão, visa restabelecer a situação financeira anterior ao ato ilícito, recompondo a renda que não mais será auferida** em razão da morte de quem recebia. **Sem a caracterização de um prejuízo econômico, não se indenizam os danos materiais**”(grifos nossos)⁸.

No caso específico do artigo 950, *caput*, do Código Civil, **indenização por dano material, em forma de pensão, também**

visa restabelecer a situação financeira anterior ao ato ilícito, recompondo a renda que não mais será auferida em decorrência da redução da capacidade laborativa.

A natureza alimentar da pensão se entrelaça com a finalidade de ressarcimento, isto é, a necessidade da manutenção dos proventos mensais do prejudicado durante o período de incapacidade. Quer o dispositivo legal que a vítima não seja prejudicada em seus proventos nas hipóteses de supressão, redução ou impossibilidade de geração da renda.

A pensão mensal por danos materiais, não é apenas uma dívida alimentar, mas a recomposição dos proventos da vítima, de modo que o seu objetivo intrínseco e principal não é outra renda na inatividade, mas que permaneçam os mesmos rendimentos que ela percebia quando exercia a sua profissão, nem mais, nem menos. A pensão somente conservará o seu caráter ético e educativo se o seu objetivo for alcançado e não ultrapassado.

Outra não pode ser a conclusão. No Brasil, o ordenamento jurídico rechaçou, não acolheu, em termos de responsabilidade civil, a reparação PUNITIVA e, sim, aplica nos julgados a reparação INDENIZATÓRIA, ou seja, o ressarcimento dos danos ocasionados. Pela reparação indenizatória busca o julgador restabelecer o *status quo ante*, ressarcindo adequadamente o lesado do prejuízo que sofreu com o erro médico, procurando o *restitutio ad integrum* do patrimônio do prejudicado.

O dano é corolário natural que leva à responsabilidade civil de modo que para gerar o ressarcimento, mesmo no caso de culpa presumida, é obrigada a vítima a comprovar o prejuízo sofrido com o ato perpetrado contra ela. Uma vez realizada tal demonstração, com provas concretas e cabais do dano sofrido, o normal é que tenha por objeto a reposição das coisas como eram antes do evento causador. Sobre o assunto vale transcrever o ensinamento do professor Arnaldo Rizzardo:

“O ressarcimento propriamente dito, diferentemente, **estabelece uma situação econômica equivalente àquela que foi comprometida pelo dano, através de uma indenização em dinheiro.** Está contemplada esta maneira no Código Civil, Capítulo II, Título IX do Livro I da Parte Especial, iniciando no art. 944 e indo até o art. 954 (no Código anterior,

vinha nos Capítulos I e II do Título VIII do Livro III da Parte Especial, iniciando no art. 1.533 e se estendendo até o art. 1553). Revelando caráter pecuniário, se expressa na prestação, ao prejudicado, de uma soma, em dinheiro, adequada para originar um estado de coisas equivalente ao anterior. Para Serpa Lopes, ao prejudicado assiste o direito de exigir uma importância destinada a **reequilibrar a sua posição jurídica, ‘de modo a tanto quanto possível retornar ao estado em se encontraria, se o devedor houvesse realizado a prestação no tempo e forma devidas’**”.⁹

A finalidade ideal do procedimento reparatorio é restabelecer o *status quo*, de maneira a evitar que o lesado fique mais pobre ou mais rico do que estaria à hipótese de inocorrência do ato ilícito. É com este norte que o artigo 950 deve ser interpretado, de forma sistemática, em conjunto com as normas constitucionais e com os demais artigos do mesmo Código Civil, em especial com o **artigo 884, caput**, sendo certo que a pensão prevista somente será devida para restabelecer o *status quo*, ou seja, **se existir perda ou redução da capacidade financeira da pessoa**.

Explica-se. Segundo o **artigo 884, caput, do CC/2002**, toda vez que ocorrer qualquer vantagem de cunho econômico com prejuízo de outrem, sem justa causa, estaremos diante da figura do enriquecimento ilícito, assim entendido, aquele proveniente de ato jurídico desprovido de razão, em face da lei.

Temos, assim, que o enriquecimento ilícito seria oriundo de qualquer ato que contrarie o direito. É que sendo produto de ação ilícita ou de concessão indevida por decisão judicial, a pensão pode, em vez de fazer a vítima retornar para o *status quo ante*, ultrapassá-lo, tendo um efetivo *plus*, um ganho que não deveria.

A concessão da pensão ao ofendido na forma literal do artigo 950, *caput*, do Código Civil, pode afrontar o ordenamento jurídico e a moral, porquanto pode resultar na **duplicação dos seus rendimentos**. Ora, caso a vítima sofra apenas uma redução da sua capacidade laborativa, mas continue exercendo outra profissão sem redução dos seus proventos, o arbitramento da pensão lhe proporcionará rendimentos superiores

aos que recebia.

E como foi explanado anteriormente, a pensão não envolve os **eventuais tratamentos médicos nem os lucros cessantes**, não podendo se arguir que o aumento de renda decorreria da necessidade da vítima arcar com despesas extras. Por isso, inexistindo perda remuneratória com o afastamento do trabalho, não se deve falar em prejuízo ou dano material sofrido no tocante à profissão.

Fica evidente, então, que a pensão possui simultaneamente caráter alimentar e indenizatório, significando dizer que o seu valor deve corresponder à importância do trabalho ou da depreciação que ele sofreu, **para estabelecer uma condição financeira análoga àquela que foi comprometida pelo dano, ou seja, considerando a necessidade de subsistência da vítima.**

A finalidade da pensão estabelecida no artigo 950, *caput*, do CC/2002 é a **manutenção dos proventos mensais do prejudicado durante o período de incapacidade** para evitar prejuízos maiores nas hipóteses de supressão, redução ou impossibilidade de geração de outros proventos. O objetivo não é outra renda na inatividade e superior ao que recebia em atividade. Se houve diminuição, a pensão deve recompor os proventos e não superá-la. Se não existiu a redução, não se constituiu o dano material.

Por tal motivo, na hipótese do ofendido receber provento mensal, previdenciário ou de outra origem, idêntico ao que percebia quando se encontrava em atividade, sem deixar de auferir o valor integral, por ocasião do afastamento da profissão, não existiu prejuízo algum, pelo menos quanto à remuneração.

Observa-se, por exemplo, a situação em que a vítima foi aposentada por invalidez decorrente de acidente de trabalho e além dos proventos do INSS, recebe complementação por uma entidade de previdência privada alcançando o mesmo patamar da atividade. Não houve revés na sua situação econômica. Seus proventos permaneceram os mesmos.

Não se trata de compensação entre institutos diferentes, mas de se auferir se a estabilidade financeira se transformou em instabilidade. A origem dos proventos foi alterada, entretanto, a situação financeira, não. J. CRETELLA JR., comentando o **artigo 7º, inciso XXVIII, da**

CF/88, que versa sobre a possibilidade de indenização civil em caso de dolo ou culpa do empregador preleciona que:

“A responsabilidade que denominaremos civil, ainda que o termo se preste a alguma ambiguidade, para distingui-la dos aspectos precedentemente indicados, é o referente aqui à ordem patrimonial. Um caso de responsabilidade civil supõe, antes de tudo, **um equilíbrio econômico a ser restabelecido entre dois patrimônios** (Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique, en dehors du contrat*, 1.927, p. 7)

O dano patrimonial implica sempre nítido desnível em relação a valores econômicos ou éticos. Comparando-se o quanto anterior - minuendo - e o restante - o resto - , após o resultado do evento - subtraendo -, obtém-se a medida da lesão, o dano, propriamente dito, objeto da reparação.” (g. n.)¹⁰.

E, ainda que a soma do valor da aposentadoria do INSS e de uma complementação paga por uma entidade de previdência privada não chegue ao mesmo patamar dos proventos auferidos pelo ofendido na ativa, não haverá razão fática ou jurídica que autorize a sobreposição com o pagamento de pensão em valor igual ao salário ou proventos que recebia.

A conclusão nessas condições causaria enriquecimento ilícito, pois a vítima receberia uma remuneração dobrada, ou seja, um amplo favorecimento financeiro para uma pessoa que não teve diminuição nos seus proventos mensais.

O Código Civil ao prever a pensão o fez visando todo o tipo de situação: empresários, autônomos, empregados, trabalhadores eventuais, etc. Vejamos o exemplo de um motorista particular que não contribua para a previdência privada. Caso este se tornasse inteiramente capaz em razão de acidente automobilístico durante a sua jornada de trabalho e ele percebesse remuneração que ultrapassasse em R\$ 1.000,00 o teto do INSS, aí sim poderia se falar em pensão, porquanto haveria uma

redução de R\$ 1.000,00.

A pensão significa uma renda substitutiva aos proventos da vítima e auferida de forma vitalícia ou temporária para prover o seu sustento e dos seus dependentes. Uma condenação desproporcional aos prejuízos sofridos pela parte ofendida pode lesar diretamente o ofensor, pois este correrá o risco de ver seu patrimônio diminuído também desproporcionalmente e sem razoabilidade alguma. Ela deve ser arbitrada considerando a verdadeira extensão dos danos materiais sofridos, conforme dispõe a regra do artigo 994, *caput*, do Código Civil vigente.

Por força do *caput* do art. 944 continua vigendo, portanto, o princípio da *restitutio in integrum*, retornando-se, preferencialmente, ao *statu quo ante* ou indenizando o equivalente em dinheiro, quando isto não seja possível, embora o parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002 estabeleça que “*se hower excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização*”.

Caso o Judiciário feche os olhos para a real situação econômico-financeira da vítima, isto é, a existência ou não de redução patrimonial e em que grau, considerando a percepção de quaisquer outros proventos ou remuneração, estará desprezando também a regra da extensão do dano como medida da indenização e da vedação ao enriquecimento ilícito, ferindo também o princípio da legalidade e o direito fundamental de propriedade da CEF, ambos constitucionalmente assegurados através do artigo 5º, incisos II e XXII, da Carta Magna.

Repita-se, qualquer entendimento diferente ensejará a aplicação do artigo 884, *caput*, do CC/2002, haja vista a indenização por danos materiais buscar o restabelecimento da situação patrimonial anterior do lesado, ou seja, o equilíbrio econômico rompido. A respeito do assunto é importante citar o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no seguinte julgamento:

“Apelação Cível

Número: 2005.000020-1

Des. Relator: Des. Luiz César Medeiros.

Data da Decisão: 19/04/2005

Apelação Cível n. 2005.000020-1, de Pomerode.

Relator: Des. Luiz César Medeiros.

RESPONSABILIDADE CIVIL -
MUNICÍPIO - SERVIDOR PÚBLICO -
MORTE - ACIDENTE DE TRABALHO
- CF, ART. 7º, INC. XXVIII; CC, ARTS 186
E 927 - INDENIZAÇÃO COM BASE NO
DIREITO COMUM - RESPONSABILIDADE
SUBJETIVA - CULPA CONCORRENTE -
**DANOS MORAIS - REPARAÇÃO - DANOS
MATERIAIS - ALIMENTOS - PREJUÍZO
INOCORRENTE**

1. O servidor público vítima de acidente do trabalho, para o efeito de responsabilidade civil pelo direito comum (Código Civil, arts. 186 e 927), não se equipara ao “terceiro” aludido no § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Desse modo, para fins do estabelecimento da obrigação indenizatória decorrente de infortúnio laboral, excluída a esfera previdenciária, que adota a teoria da responsabilidade objetiva, além da comprovação do evento danoso e do nexo de causalidade entre o ocorrido e a atividade profissional, é indispensável a demonstração da culpa do empregador, seja ele empresa ou pessoa jurídica de direito público.

Demonstrado o nexo de causalidade e a culpa pelo acidente laboral envolvendo preposto do Município, o dever de indenizar recai sobre o ente público.

2. Na fixação do valor dos **danos morais** deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o *quantum* indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido.

3. Sendo a vítima servidor público municipal e correspondendo a pensão previdenciária aos vencimentos integrais do falecido (CF, art. 40, § 7º), não está o ente público obrigado

a pagar alimentos a seus dependentes”(g.n.).
(...)

Mutatis mutandis essa é a situação dos autos. Se do acidente tivesse resultado a invalidez do servidor público, passaria este a perceber pensão no valor exatamente igual ao da sua remuneração quando em atividade. Tendo ele falecido, a pensão devida aos seus dependentes também não é inferior ao da remuneração auferida pelo funcionário falecido.

4. Ante o exposto, em sede de reexame necessário, **reformo parcialmente a sentença e julgo improcedente o pedido de pensão alimentícia deduzido na inicial, uma vez que a autora já vem percebendo o benefício previdenciário da pensão por morte. No mais, confirmo os termos da respeitável sentença.**

III - DECISÃO:

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, em sede de reexame, reformaram parcialmente a sentença.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Francisco Oliveira Filho e Newton Trisotto.

Florianópolis, 19 de abril de 2005.

E com muito acerto o Digníssimo Relator Des. Luiz César Medeiros cita o voto do eminente Des. Newton Trisotto proferido nos autos da Apelação Cível n. 2002.017820-4 naquele Tribunal:

“Não há prova de que em razão da redução da sua capacidade laborativa também sofreu redução na remuneração. Ou seja, não se encontram presentes os pressupostos que poderiam autorizar a condenação na verba em referência. Sobre a quaestio, permito-

me reproduzir, parcialmente, o voto inserido no acórdão relativo à Apelação Cível n.º 2000.007087-4:

(...)

“Se o empregador é obrigado a mensalmente recolher as contribuições previdenciárias que constituem o fundo de previdência (‘Seguridade Social’) para que seus empregados usufruam dos benefícios previstos na Constituição e na Lei 8.213/91, não é justo, lógico e razoável que se lhe negue o direito de deduzir da indenização a que for eventualmente condenado o quantum do auxílio-acidente ou da pensão que o obreiro ou seus dependentes venham a dele receber. Equivaleria a negar ao causador de acidente de trânsito o mesmo direito em relação ao seguro obrigatório, pago por todos os proprietários de veículos automotores.

“A hipótese de acidente do trabalho com redução da capacidade laborativa é ainda mais ilustrativa da necessidade de ser revista a quaestio. Exemplifico: O empregado que percebia salário mensal de R\$ 500,00 (quinhentos reais) passa a receber auxílio-acidente de 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício, conforme a Lei 9.032/95. Se culpado pelo acidente, o empregador é condenado a pagar, também para compensar a redução da capacidade laborativa, idêntica quantia. O empregado, que continua a trabalhar na empresa, exercendo outras funções, terá a sua renda mensal duplicada: perceberá R\$ 1.000,00 (mil reais).

“Ao contrário do que se tem afirmado, penso que a **cumulação das indenizações resulta em enriquecimento ilícito**. Para evitá-lo, deveria a lei prever a possibilidade de o INSS sub-rogar-se no direito do empregado, até o limite do benefício pago a este, permitindo que ajuizasse demanda

contra o empregador que deu causa ao sinistro. Nessa hipótese, a ‘seguridade social’ teria uma atuação com as características próprias de uma seguradora no contrato de seguro facultativo. “Outro exemplo para ilustrar a **necessidade** de ser reformulado o entendimento busco na Administração Pública. O servidor contribui com uma parcela inexpressiva - variável de 4% a 12% - para o instituto de assistência municipal, estadual ou federal. No nosso Estado, essa contribuição é destinada ao Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina. Vindo a falecer o servidor, os seus dependentes terão direito a pensão em valor equivalente ao da sua remuneração (CF, art. 40, § 7º). Comprovado que o óbito ocorreu por culpa do empregador, ou seja, do Estado, seria justo que fosse ele condenado a pagar aos dependentes da vítima pensão de valor igual àquela que receberão do Ipesc?”(g.n.)

Do mesmo modo o Des. Vanderlei Romer daquele Tribunal, como relator da Apelação Cível n. 2004.034122-1, em caso similar, interpretou o artigo 1539 do CC/1916, correspondente ao artigo 950 do Código Civil vigente, enfocando o requisito da suspensão ou redução de renda como autorizador da concessão de pensão:

“O artigo 1539 do Código Civil de 1916 previa o pagamento de pensão na hipótese da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer seu ofício ou profissão ou, ainda, lhe diminuísse o valor do trabalho. Nenhuma destas hipóteses se afigura *in casu*, pois pelo que exsurge dos autos, não houve qualquer espécie de redução remuneratória”.

Esta também é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Número do processo: 1.0000.00.233476-1/000(1)

Relator: E D U A R D O ANDRADE

Relator do Acordão: E D U A R D O ANDRADE

Data do acordão: 18/06/2002

Data da publicação: 21/06/2002

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRABALHO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - LER - CULPA DA EMPREGADORA - COMPROVAÇÃO.

Com relação à ação civil de reparação do dano derivada do acidente do trabalho, a responsabilidade é subjetiva, exigindo-se a comprovação de culpa do empregador ou seus prepostos, nos termos do artigo 7º, XXVIII, da CF.

Age a empregadora com culpa ao permitir que seu empregado trabalhe como digitador durante 6:30 h em ambiente impróprio, sem intervalo para descanso, sem orientação sobre a segurança do trabalho e estimulando uma espécie de disputa entre os funcionários, com aumento de salário para quem digitar maior número de toques por hora.

Não havendo prova de que a empregada exercia sua profissão e **nem do valor de seus rendimentos, aliado ao fato de que a empregada recebe sua aposentadoria do INSS e mais complementação pela Forluz, em valores superiores ao salário que recebia quando em atividade, não se há falar em dano material indenizável, respondendo a empregadora apenas pelo dano moral comprovado.**

É possível ver o mesmo entendimento na esfera trabalhista. Para elucidar a questão vale transcrever o voto do Excelentíssimo Dr. FRANCISCO SÉRGIO SILVA ROCHA, Desembargador da 1ª Turma do Egrégio TRT da 8ª Região e Revisor no julgamento do Recurso Ordinário nº 01128-2003-008-08-00-9:

RO 01128-2003-008-08-00-9

RECORRENTES: INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTARCTICA DA AMAZÔNIA S/A e AMBEV COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS

Dr. José Rubens Barreiros de Leão

RECORRIDO: EDINALDO SILVA DOS SANTOS

Dr. Thiago Carlos de Souza Dias

(...)

DO DANO MATERIAL

(...)

“Indenização por Danos Materiais

A indenização por danos materiais, em sua quantificação, deve observar a comprovada redução patrimonial, experimentada pela vítima, em razão do ilícito. Mede-se, pois, pela exata extensão do dano (art. 944 CC), havendo este de ser aquilatado segundo aquelas condições concretamente presentes à data do sinistro, sem a possibilidade de se fazerem suposições, como, por exemplo, aquela efetuada no voto do Exmo. Desembargador Relator, de que, em razão do acidente, o empregado, embora haja passado a perceber, a título de benefício previdenciário, valor equivalente à remuneração que auferia à data do acidente (R\$ 226,75), viu-se impossibilitado de ascender profissionalmente ou de obter aumentos salariais ou melhores colocações no mercado de trabalho.

Ora, do mesmo modo como poderia ascender profissionalmente, absolutamente possível também que viesse o reclamante a amargar

longo período desempregado, ou mesmo até que viesse a morrer prematuramente.

Em suma, na fixação da indenização por danos materiais, não há como ser feito exercício de futurologia, havendo o quantum de ser fixado segundo a situação concretamente existente à época da verificação do ato ilícito: o reclamante estava empregado, percebendo a remuneração mensal de R\$226,75 - fl. 04 (e não aquela de R\$ 528,00 - fl. 424 - a partir de qual o Juízo de primeiro grau fixou o quantum indenizatório por danos materiais). O acidente de trabalho ocorreu em 13.06.95, sendo que, após essa data, o empregado ainda continuou trabalhando, normalmente, por, mais ou menos, um mês, quando se manifestou a paraplegia. A partir de 9.07.95, passou a perceber auxílio-doença por acidente do trabalho no montante de R\$ 206,31 (fl. 18), benefício esse que foi convertido em aposentadoria por invalidez em 02.01.96, com idêntico valor de provento (fl. 17).

Levando em conta a não incidência de exação previdenciária sobre o valor do benefício, pode-se concluir que o patamar de ganhos mensais do reclamante, após o acidente, ficou-se, praticamente, inalterado, inexistindo, pois, redução patrimonial a ser reparada.

Dou, assim, parcial provimento ao apelo da empresa para excluir da condenação o valor da indenização por danos materiais, fixada em primeiro grau, no montante de R\$ 171.022,00.”

O TRT da 8ª Região julgando caso mais grave, de morte, cuja decisão foi publicada em 17/01/2006, manteve a interpretação:

RO 01695-2004-114-08-00-6

RECORRENTE: HARNISCHFEGER DO BRASIL
COM*RCIO E INDUSTRIA LTDA. (P & H

MINEPRO SERVICES)

Dr. Joseane Maria da Silva

RECORRIDO: ESP*LIO DE RAIMUNDO
OLIVEIRA LIMA

Dr. Rômulo Oliveira da Silva

**DA INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL
PENSIONAMENTO PELO INSS.** A fixação do valor devido a título de indenização por dano material, nos casos em que da lesão resultar a morte do empregado, importar em compensação aos familiares pelo tratamento e luto provocado e também na prestação em dinheiro, levando-se em conta a dor moral pela privação dos familiares em ter a presença daquela pessoa que ajudava na composição do orçamento familiar, como membro produtivo. Ocorre que se o trabalhador passa a ser pensionado pelo INSS, como é o caso dos autos, nada mais existe a ser indenizado pela empresa-reclamada.

De igual maneira, acertou o TST ao decidir pela permanência do acórdão regional que ordenou a empresa apenas a complementar o benefício previdenciário e assim restaurar a situação financeira que a vítima detinha antes do ilícito:

PROCESSO: AIRR **NÚMERO:** 771957

ANO: 2001

PUBLICAÇÃO: DJ - 12/05/2006

PROC. Nº TST-AIRR-771957/2001.5

A C Ó R D Ã O

4ª Turma

JCMDN/DJR

AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. DANO MORAL INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A decisão regional encontra-se em perfeita harmonia com o entendimento consagrado pela Súmula nº 392 desta Corte, de sorte que o recurso de revista não merece trânsito. 2. DANO MORAL. Arestos oriundos do TJ/SP, TAC/SP e TJ/MG não se prestam à prova de

dissenso pretoriano diante da regra estabelecida no artigo 896, a da CLT. 3. VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA. Estando a decisão regional em perfeita harmonia com o entendimento consagrado pelas Súmulas n.ºs 219 e 329 desta Corte, o recurso de revista não merece trânsito. Súmula n.º 333 do TST. Agravo de instrumento não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º TST-AIRR-771957/2001.5 em que é Agravante DELPHI AUTOMOTIVE SYSTEMS DO BRASIL LTDA. e Agravado BELANISIA PEREIRA COSTA.

(...)

3. DANO MORAL

(...)

Também acertou a r, sentença ao condenar a reclamada a complementar os ganhos mensais da reclamante em relação a pensão paga pelo INSS e o salários pagos ao pessoal da ativa que exercem a mesma função da reclamada, como meio de neutralizar os prejuízos materiais causados à mesma, o que se mantém pelos seus próprios fundamentos acrescidos a estes....

As divergências trazidas à colação para o cotejo de teses relativas ao

tema dano moral transcritas nas razões de fls. 358/361 não se prestam ao fim colimado, eis que oriundas de Turmas do Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Alçada Cível de São Paulo e Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em dissonância com a regra do artigo 896, a, da CLT. Ilesos, por outro lado, os artigos 129 do CP, 159 e 1.538 do CPC, e 51 e 52 da Lei n.º 5.250/67, até porque a matéria não foi analisada na origem com espeque nos referidos preceitos, não tendo a parte cuidada de prequestioná-los junto ao órgão julgador de origem.

Nesse contexto, concluo que a matéria não restou devidamente prequestionada, nos termos do entendimento consubstanciado na Súmula-TST nº 297, que assim prescreve:

Nº 297 PREQUESTIONAMENTO. OPORTUNIDADE.

CONFIGURAÇÃO - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003

I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.

II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão...

Com efeito, referido Verbete Sumular exige que a matéria objeto de recurso tenha sido explicitamente abordada na decisão impugnada, cabendo à parte interessada a interposição de Embargos de Declaração objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.

Ausente o devido prequestionamento, mostra-se impossível o confronto jurisprudencial pretendido, diante da completa ausência de manifestação do Regional a respeito da matéria articulada pela agravante.

(...)

Ante o exposto, NEGOU provimento ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 26 de abril de 2006.

JUÍZA CONVOCADA MARIA DORALICE NOVAES

Relatora

Outrossim, não se pode desconsiderar o fato do ofendido continuar trabalhando, com menor remuneração, ou dele se dedicar a outra atividade que lhe proporcione os mesmos rendimentos ou até superiores. Neste sentido, já se posicionou o STJ:

“A norma do art. 1.539 do Código Civil traz a presunção de que o ofendido não conseguirá exercer outro trabalho. **Evidenciado que a vítima continuou a trabalhar nesse período, ainda que em atividade distinta, mas com a mesma remuneração, a pensão é descabida, por ausência de prejuízo.** (STJ, 4ª Turma, RESP 235393, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator, j. 23.11.1999)”.

“Acordão **Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 569351

Processo: 200301288840 UF: MG Órgão

Julgador: TERCEIRA TURMA

Data da decisão: 07/12/2004 Documento:

STJ000600620

Fonte DJ DATA:04/04/2005 PÁGINA:304

Relator(a) CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Decisão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por unanimidade, conhecer do recurso especial da autora e dar-lhe provimento e não conhecer do recurso especial da instituição financeira. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr.

Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Ementa Indenização. Dano material e dano moral. Acidente do trabalho. DORT

(Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho). Artigo 1.539 do Código Civil de 1916 (950 do vigente). Prova do dano. Lucros cessantes. Juros moratórios. Precedentes da Corte.

1. O art. 1.539 do Código Civil de 1916 (art. 950 do vigente), na parte final, estabelece que a pensão será correspondente à “importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”. Com isso, o que vale para a fixação do percentual, em princípio, é a incapacidade para o trabalho que exercia no momento do ato lesivo, pouco relevando que haja incapacidade apenas parcial para outras atividades, **salvo a comprovação de que o ofendido efetivamente exerce outro emprego remunerado**. A mera possibilidade de fazê-lo está fora da presunção legal.

2. Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime de responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula nº 54 da Corte.

3. É pertinente a condenação por dano moral quando há lesão à saúde, por menor que seja, ainda mais quando, como no caso, gera incapacidade absoluta e permanente do ofendido para o exercício da sua profissão.

4. A questão dos lucros cessantes fica ao desabrigo, no caso, porque não provado pela instituição financeira que não poderia ter ocorrido.

5. A mais atualizada jurisprudência da Corte entende cabível a constituição de capital para assegurar o pagamento da condenação, não examinando o acórdão recorrido a possibilidade de sua substituição pela inclusão em folha.

6. Vivo o ofendido, a pensão é vitalícia, na forma de monótona jurisprudência da Corte.

7. Recurso especial da autora conhecido e provido e recurso especial da instituição financeira não conhecido”.

A solução é a complementação do benefício previdenciário ou da renda que porventura ainda possua a vítima, para recompor o valor dos proventos que vinha recebendo anteriormente. Este é o exato objetivo da lei, que coaduna a indenização ao grau de depreciação da remuneração paga pelo trabalho a que a doença ou o ferimento inabilitou, e a pensão somente cumprirá o seu caráter ético e educativo se ele for alcançado.

4. PERÍODO DE DURAÇÃO DA PENSÃO

Outra questão controversa é a definição do período de duração do pensionamento. Ele deve ser estabelecido com base na expectativa de vida da vítima de incapacidade ou de forma vitalícia, até a sua morte? Para a maioria, a vítima de lesões com sequelas permanentes tem direito a pensão vitalícia; não até o seu tempo provável de sobrevivência. Aqui, voltamos a utilizar os ensinamentos do professor Arnaldo Rizzardo:

“A pensão pela redução da capacidade de trabalho, quando paga à própria vítima do acidente, alonga-se por toda a vida e não pelo tempo de vida provável. Enquanto viver, ela terá direito. “A limitação de pensões desta natureza, ao tempo de vida provável da vítima, só tem pertinência naqueles casos em que o beneficiário da pensão não é a própria vítima do dano; assim, por exemplo, na hipótese da mulher que recebe pensão pela morte do marido”.¹¹

Assim, o causador do dano pagará a indenização enquanto viver a vítima. Aspectos particulares envolvendo esse tema são examinados nos seguintes acórdãos:

Acórdão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 324149

Processo: 200100551936 UF: SP Órgão Julgador: QUARTA TURMA

Data da decisão: 06/03/2003 Documento: STJ000486835

Fonte DJ DATA:26/05/2003 PÁGINA:362

RST VOL.:00170 PÁGINA:91

Relator(a) ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Decisão Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar e Fernando Gonçalves. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Ementa CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. LESÃO NO JOELHO. INCAPACIDADE PARCIAL PERMANENTE. DANO MORAL CONFIGURADO. PENSÃO. AUMENTO VINCULADO AO REAJUSTE DA CATEGORIA PROFISSIONAL. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA NORMA VIOLADA. DISSÍDIO LIMITADO. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA N. 54-STJ. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA DEVIDA.

I. Bastante à configuração do dano moral a demonstração da ocorrência do acidente de trabalho por culpa do empregador, em que o autor sofreu lesão permanente, **percebendo, inclusive, pensão vitalícia.**

II. Os juros de mora incidem a partir do evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 do STJ.

III. Legítimo o critério de atualização da pensão devida ao ex-empregado em consonância com base no reajuste da categoria profissional a que pertencia o autor.

IV. A ausência de indicação da norma violada, adicionada à limitada extensão do dissídio pretoriano proposto, impede o conhecimento

do especial sobre todas as questões suscitadas da parte.

V. Alteração do critério de fixação da verba honorária sucumbencial, em face do substancial êxito do autor na demanda.

VI. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

Processo Ag 695676

Relator(a)

Ministro FERNANDO GONÇALVES

Data da Publicação

DJ 28.10.2005

Decisão

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 695.676 - PR (2005/0121169-6) RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

AGRAVANTE: ELECTROLUX DO BRASIL S/A

ADVOGADO: FABÍOLA POLATTI CORDEIRO FLEISCHFRESSER E OUTROS

AGRAVADO: FREDERICO RAMOS

ADVOGADO: JOSENEY CARNEIRO

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ELECTROLUX DO

BRASIL S/A contra decisão do Vice-Presidente do extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná indeferindo o processamento de recurso especial com fundamento no art. 105, inciso III, letras “a” e “c” da Constituição Federal, manejado frente a acórdão assim ementado: “Ação ordinária de indenização. Ilegitimidade passiva. Inexistência. Julgamento “extra petita”. Inocorrente. Nexo de causalidade. Termo da pensão aos 65 anos do beneficiado. Aplicável somente em caso de morte. Valor da pensão e da indenização corretamente fixados.

(...)

Em relação ao termo final do pensionamento, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de

que, viva a vítima, a pensão é vitalícia.

Nesse sentido:

“Indenização. Dano material e dano moral. Acidente do trabalho. DORT (Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho). Artigo 1.539 do Código Civil de 1916 (950 do vigente). Prova do dano. Lucros cessantes. Juros moratórios. Precedentes da Corte.

1. O art. 1.539 do Código Civil de 1916 (art. 950 do vigente), na parte final, estabelece que a pensão será correspondente à “importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”. Com isso, o que vale para a fixação do percentual, em princípio, é a incapacidade para o trabalho que exercia no momento do ato lesivo, pouco relevando que haja incapacidade apenas parcial para outras atividades, **salvo a comprovação de que o ofendido efetivamente exerce outro emprego remunerado**. A mera possibilidade de fazê-lo está fora da presunção legal.

(...)

6. Vivo o ofendido, a pensão é vitalícia, na forma de monótona jurisprudência da Corte.

7. Recurso especial da autora conhecido e provido e recurso especial

da instituição financeira não conhecido.” (Resp 569.351/MG, Terceira

Turma, rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJU de 04.04.2005)

Por fim, consoante iterativa jurisprudência deste Tribunal, o valor da indenização por dano moral só pode ser alterado na instância especial quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no caso em tela.

A quantia fixada pelo Tribunal a quo a título de danos morais, cem salários mínimos, não escapa à razoabilidade, nem se distancia do bom senso e dos critérios adotados por esta Corte para casos semelhantes, devendo, por isso, ser prestigiado o aresto hostilizado.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.
Publicar.

Brasília, 20 de outubro de 2005.

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES,
Relator

Por outro lado, o Tribunal Superior do Trabalho recentemente definiu de forma contraditória a previsão de pensão vitalícia até os 70 anos para vítima de acidente de trabalho. Incoerente, obviamente, porque se é vitalícia o seu termo final é a morte e não uma determinada idade. Mesmo assim, vale transcrever:

Acórdão Inteiro Teor

PROCESSO: RR NÚMERO: 784730

ANO: 2001

PUBLICAÇÃO: DJ - 11/04/2006

PROC. Nº TST-RR-784.730/2001.6

C: A C Ó R D ã O

4ª TURMA

MAC/mc3m

RECURSO DE REVISTA DA REDE
FERROVIÁRIA FEDERAL. COMPROVAÇÃO
DE RECOLHIMENTO DO DEPÓSITO
RECURSAL. PRAZO. SÚMULA N.º 245-TST.

(...)

V O T O

(...)

3 DA PENSÃO VITALÍCIA

Requer o Recorrente o restabelecimento da decisão originária quanto ao pagamento de pensão vitalícia, invocando os termos dos arts. 159 e 1539 do Código Civil. Estes os argumentos de que se valeu o órgão julgador regional para afastar da condenação a parcela em comento (a fls. 734):

Relativamente à pensão vitalícia até os 70 anos de idade, entendo que o artigo 1539 do Código Civil Brasileiro a estabelece no caso de incapacidade laborativa total, para qualquer atividade, o que não é o caso do Recorrido. O próprio INSS, ao constatar a doença, o

encaminhou ao Centro de Reabilitação, onde se verificou que, apesar da Disacusia neurosensorial bilateral, tem potencial para RP. A hipótese dos autos não reclama a solução pretendida pela parte Autora, à luz dos elementos de prova consignados nos autos, já que evidenciada a incapacidade relativa do empregado. O preceito de ordem legal invocado não foi violado, na forma da Súmula n.º 221-TST.

Revista não conhecida.

(...)

Brasília, 22 de março de 2006.

JUÍZA CONVOCADA MARIA DE ASSIS
CALSING

Relatora

Contudo, não parece que a duração do pensionamento deve ser estabelecida nas formas expostas nos julgamentos acima. Isto porque elas não consideram a finalidade do instituto, da pensão como forma de reparar com nítido caráter alimentar, ético e educacional.

Primeiro, porque fere o bom senso a previsão de uma obrigação vitalícia onerando o ofensor por tanto tempo, às vezes superior a sua própria vida, e se estendendo aos seus herdeiros, cada um na medida de seu quinhão. Segundo, porque a finalidade da pensão como já foi exaustivamente demonstrado é propiciar o retorno ao *status quo ante*, isto é, a mesma situação financeira que o ofendido possuía antes do ato ilícito.

Assim, sendo o caso de redução parcial da capacidade laborativa da vítima a pensão deverá ser arbitrada proporcionalmente à redução da sua renda que é a importância de seu trabalho.

O critério da vitaliciedade para a pensão serviria se a sua finalidade fosse tão somente para repor os proventos da vítima incondicionalmente e independentemente da existência ou não de um efetivo prejuízo material. Entretanto, como a pensão busca ressarcir o dano material que é nada mais nada menos que a real redução ou a eliminação dos proventos de modo que a vítima volte a perceber o mesmo valor que recebia em atividade, ela deve ser arbitrada pelo tempo provável de vida produtiva.

Ora, a pensão não deve durar até a provável data ou efetiva morte

do ofendido, mas pelo tempo que lhe restava até uma aposentadoria “normal”, ou seja, por tempo de contribuição, idade, a depender do caso concreto. O que deve ser considerado, então, é a expectativa de vida produtiva, até quando o indivíduo trabalharia em condições normais.

O raciocínio é simples. A pessoa que teve uma redução nos seus proventos obterá direito a pensão correspondente ao mesmo valor dessa diminuição e chegará determinado momento que ele se aposentará de acordo com as suas contribuições e as do empregador, se for empregado.

Caso os proventos pagos pelo INSS sejam no mesmo valor daqueles recebidos antes do ato ilícito e, posteriormente, ao valor da soma entre os proventos reduzidos e a pensão civil que os complementou, a situação financeira permanecerá inalterada. Assim não haverá razão para continuar o pagamento da pensão.

A situação é melhor visualizada com o seguinte exemplo: o indivíduo “A” possuía uma renda mensal no valor de R\$1000,00 e contribuía com R\$80,00 para o INSS. Com o dano, houve uma redução de 50% da importância do seu trabalho e da sua capacidade. Por isso, a vítima continuou trabalhando em outra função, percebendo R\$500,00 e contribuindo com R\$40,00. Sem dúvida a pensão deveria então ser calculada com base na efetiva redução sofrida de modo a recompor a capacidade financeira do lesado.

Portanto, a pensão seria também em R\$500,00 mais R\$40,00 de contribuição. Imaginando-se que restaria um prazo de 28 anos para a aposentadoria do ofendido, a pensão duraria pelo mesmo tempo e acompanharia os mesmos reajustes da categoria da ativa. Na data da aposentadoria, ele receberia de forma integral pelo INSS e não necessitaria mais da pensão, ficando o devedor/ofensor exonerado da obrigação.

O raciocínio também serve para a hipótese de incapacidade absoluta. Se o mesmo indivíduo “A” recebesse mensalmente R\$10.000,00 e contribuísse com R\$800,00 para a previdência pública e fosse vítima de acidente de trânsito, ficando totalmente incapaz, a pensão seria a diferença entre a aposentadoria por invalidez paga pelo INSS e os R\$10.000,00 mais R\$800,00.

Desta forma, a vítima receberia o mesmo valor até a data que se aposentaria em condições normais, quando provavelmente auferiria apenas o benefício previdenciário para o qual estava contribuindo e

tinha se planejado.

O mesmo entendimento é aplicável na hipótese da vítima contribuir para previdência privada. Caso a vítima embolsasse mensalmente R\$10.000,00, com de R\$800,00 e R\$1000,00 para as previdências pública e privada, o pensionamento seria a diferença entre o que recebia na ativa e o somatório da aposentadoria por invalidez paga pelo INSS com a complementação da previdência privada, até a data prevista para a sua aposentadoria por contribuição.

Afinal, por qual razão deveria o ofensor pagar um valor superior e por mais tempo do que a própria vítima tinha planejado para o seu futuro? Se a parte ofendida tinha planejado se aposentar recebendo R\$4000,00 a menos do que ganhava em plena atividade com 65 anos, por que pagar uma pensão equivalente ao que ele recebia na ativa e para a vida toda? Não parece razoável tampouco proporcional e por certo fere estes princípios constitucionais tão utilizados pela doutrina e jurisprudência.

5. CONCLUSÃO

A intenção do legislador ao prever a pensão no artigo 950 do Novo Código Civil para as hipóteses de incapacidade parcial ou total (invalidez) foi de evitar o empobrecimento da vítima e resguardar o padrão da sua vida social e financeira. E para a norma cumprir a sua finalidade, o magistrado deverá considerar toda e qualquer circunstância vivenciada pela vítima em seu cotidiano antes e após o dano físico.

O benefício previdenciário pago pelas instituições de previdência pública e privada a vítima incapaz deve ser considerada no cálculo da pensão prevista pela norma do artigo 950 do Código Civil. Não se trata de compensação, mas de averiguação da realidade financeira da vítima e, portanto, da verdadeira extensão do dano e da necessidade do pensionamento.

Portanto, a pensão busca ressarcir a real redução ou a eliminação dos proventos de modo que a vítima volte a perceber o mesmo valor que recebia em atividade e uma vez estabelecida ela deverá ser paga mensalmente durante o tempo provável de vida produtiva. Tratando-se de uma relação continuada fica sujeita a rotineira comprovação da sua necessidade, de modo que desaparecendo ou alterando-se a sua causa é possível a desoneração ou revisão do valor estabelecido, respectivamente.

Notas

- ¹ Maria Helena Diniz, conceitua as duas espécies de dano em sua obra *Curso de Direito Civil*. 2004, p. 68, vol. VII.
- ² Maria Helena Diniz, conceitua as duas espécies de dano em sua obra *Curso de Direito Civil*. 2004, p. 68, vol. VII.
- ³ Programa de Responsabilidade Civil, 6ª Edição, Malheros Editores, p. 135.
- ⁴ Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 234.
- ⁵ Programa de responsabilidade civil, 6ª Edição, Malheros Editores, p. 136.
- ⁶ Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 235/236.
- ⁷ Sidou, J. M. Othon. *Dicionário jurídico. academia brasileira de letras jurídicas*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 586.
- ⁸ Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 221.
- ⁹ Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 51.
- ¹⁰ *Comentários à Constituição de 1988*, págs. 1002/1003, Vol. II, 1ª. Ed. 1.989.
- ¹¹ Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 235.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado. Vol.02 Negócio Jurídico. Atos Jurídicos Lícitos. Atos Ilícitos*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Código civil na visão do advogado*. Vol.03. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 3. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DIREITO, Carlos Alberto M. e CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao novo C.C.: da responsabilidade civil. das referências e privilégios creditórios. arts. 927 a 965*. Vol. 13. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. Vol. 3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. “Responsabilidade civil subjetiva e objetiva” in Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves / Coordenadores Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César, Roberto Rosas; apresentação Arruda Alvim. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil*. Arts. 927 a 965. Vol.11. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade*

- civil*. Vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: das obrigações*. Vol. 5. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol 3. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol.04. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol. IV. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIOÊNCIA FÍSICA CONTRA O IDOSO: UM ESTUDO NO AMBIENTE DOMÉSTICO EM ARACAJU

Gicélia Oliveira de Santana, Licenciada em Letras Vernáculas pela UFS, Bacharela em Direito graduada pela UNIT, Especialista em Gerontologia Social pela UFS, Especialista em Direito Civil pela UNIT, Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil (aposentada), Advogada (exerceu a advocacia de 02/2001 a 11/2007). Atualmente é Tabeliã, por aprovação em concurso do TJSE. Aluna da Pós-Graduação em Processo Civil pela PUC/Esmese/CPCMarcato.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo conhecer o fenômeno da violência contra os idosos na cidade de Aracaju. A violência, em geral, é palavra usada em abundância pela mídia, em face da insatisfação da população brasileira com a segurança pública. Diuturnamente nossas casas são invadidas com imagens degradantes de violência praticadas contra o cidadão que se dirige ao trabalho, que está na rua ou que volta para a sua casa. Dentro dos lares, concomitantemente com esta violência urbana, o fenômeno também está sendo praticado contra os idosos, e desta feita, os agressores são os próprios membros da família, cuidadores, profissionais vizinhos ou amigos, enfim, pessoas das quais se espera que sejam, de fato, cuidadores zelosos dos idosos. A complexidade desta questão, neste trabalho, foi analisada com base nos inquéritos policiais da Delegacia de Grupos Vulneráveis, dos Procedimentos administrativos da Promotoria de Justiça de Defesa dos Idosos em Situação de Risco, nas Resenhas dos Processos adquiridas via internet e nas entrevistas realizadas com as autoridades ligadas ao tema, em pesquisa efetivada em 2007. A seguir buscou-se tecer algumas considerações a respeito da violência física, a partir de um referencial teórico baseados em aspectos legais e bibliográficos. Através da análise qualitativa do referencial teórico e dos dados obtidos na pesquisa, chegou-se a alguns resultados que apontam para a existência real da agressão doméstica contra os idosos, perpetradas pelos seus familiares. As famílias

pesquisadas foram exclusivamente das classes mais pobres, já que não encontramos registros de denúncias das classes mais altas. As famílias são desestruturadas afetiva e financeiramente, estando os agressores quase sempre desempregados sendo, também, usuários de drogas lícitas ou ilícitas. Encontrou-se indícios de que a desestruturação afetiva pode ser causa endógena da violência. O grau de escolaridade das vítimas e dos agressores é baixíssimo. As vítimas, na quase totalidade do universo pesquisado, são portadoras de enfermidades físicas ou mentais, fator este que propicia maior fator de risco para todo tipo de violência. Por razões processuais os agressores, à época da pesquisa, ainda não tinham sido punidos. Por fim, constatou-se que a violência existente nos lares, não é só interpessoal, ela é, essencialmente, estrutural e institucional. As desigualdades sociais e a omissão dos poderes públicos colocam o idoso em situação de risco e prejudicam a sua qualidade de vida.

PALAVRAS-CHAVES: Violência; família; idoso.

SUMMARY: The aim of this work is to know aspects of violence against elderly people in Aracaju city. Violence is the word which is generally used on the world media, dissatisfied with the public security. Daily, we can watch on television channels degrading images of citizens, being attacked by any kind of violence on the way to work or just going home. The urban violence phenomenon is happening with older adults at their own houses by members of the family, neighbor and carers. All information we have got in this work comes from research in police stations which take care of vulnerable groups and from legal proceedings on the internet, carried out in the year of 2007. We take into consideration physical violence, based on theoretical references and legal bibliographic aspects. The result takes us to some real acts of domestic aggressions against the elderly by his family. It was not possible to research high class families, so the population studied were poor communities. It was observed that unemployment and the use of licit and illicit drugs are in the root of the problem as well poverty and the low level of education. The victims are almost carrier of physical and mental disease, reason why all kind of violence is possible. As the legal processes delay a long time, the aggressors were not punished until the end of this research. Finally, the study demonstrates that there is

valence at home, but not only among members of the same family. It is something essentially structural and institutional. And that is a fact that the huge gap between rich and poor and the absence of public sectors are responsible for the bad of quality of life in the older adults.

KEYWORDS: Violence; family; the elderly.

INTRODUÇÃO

A violência contra idosos deve ser analisada no contexto das grandes mudanças familiares. Os idosos são vítimas dos mais diversos tipos de violência que vão desde insultos e agressões físicas perpetradas pelos próprios familiares e cuidadores (violência doméstica), maus-tratos sofridos em transportes públicos e instituições públicas e privadas, até a própria violência decorrente de políticas econômicas e sociais, que mantenham ou aumentem as desigualdades socioeconômica ou de normas socioculturais que legitimem o uso da violência (violência estrutural). A questão da violência contra idosos não se prende tão somente aos conflitos intrafamiliares, conflitos estes muitas vezes invisíveis à sociedade, é necessário que se esteja atento à construção do “ser idoso”, quase sempre associado à obsolescência, se traduzindo, assim, em violência estrutural. Isto coloca a questão da violência contra idosos numa amplitude maior, ou seja, a construção da cidadania em um ambiente democrático.

A implementação do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, resultou que a questão dos maus-tratos passasse a contar com um instrumento legal que “regula os direitos às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”, com previsão de pena pelo seu descumprimento. Ainda de acordo com o Estatuto, no seu artigo 6º, prevenir a ameaça ou violação dos direitos dos idosos passa a ser um dever de toda a sociedade brasileira, bem como torna obrigatória a sua denúncia aos órgãos competentes (autoridades policiais, Ministério Públicos, Conselhos do Idoso, etc.).

A partir da entrada em vigor da referida lei surgem questões sobre a disponibilidade, as condições de funcionamento dos serviços de

denúncia e proteção aos idosos e sobre a necessidade de criação de serviços específicos para este grupo populacional. A partir daí necessário se faz a presença dos cidadãos, cumprindo com o seu dever de comunicar as formas de violência que têm contato. Será, no entanto, que este dever está sendo cumprido? E se é efetivo o cumprimento, que tipos de denúncias ocorrem com mais frequência? Em situações em que se confirmem os maus-tratos, o Estado brasileiro está apto para exercer seu papel de mediador dos conflitos? Estas questões têm sido levantadas, cotidianamente, pela sociedade em geral.

O presente trabalho teve como objetivo conhecer e estudar o fenômeno da violência física contra os idosos no ambiente familiar e procurou dar respostas às questões inerentes ao estudo e, dentro deste princípio, realizou-se uma análise nos inquéritos policiais, nos procedimentos administrativos da Procuradoria de Justiça de Defesa dos Idosos em Situação de Risco e nas resenhas dos processos judiciais abertos para apuração dos delitos denunciados, além de se ter realizado entrevistas com a autoridade policial, o representante do MP e a presidente do Conselho Municipal do Idoso.

Esperamos que possam os resultados finais, de alguma forma, contribuir para a formulação de políticas e ações governamentais que permitam criar/aperfeiçoar os mecanismos que facilitem o acesso às informações e aos direitos dos idosos, principalmente no que diz respeito à defesa de sua dignidade.

FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Os princípios das Nações Unidas visam assegurar que seja dada atenção prioritária às pessoas idosas. Os pontos básicos considerados são: dignidade, participação, independência, cuidados e autorrealização. A preocupação com a população idosa no final do século passado surge pela constatação de que uma das maiores conquistas sociais do século XX foi o aumento da longevidade. Jamais uma vida adulta tão longa foi experienciada de forma tão massiva pela população de quase todo o mundo. O fenômeno da longevidade provocou verdadeira revolução no curso de vida das pessoas, redefinindo relações de gênero, arranjos e responsabilidades familiares e alterando o perfil das políticas públicas.

A preocupação em saber como o idoso está sendo tratado, isto é,

se está sendo violentado ou não, no seio de uma família que está se adaptando à nova realidade, foi o elemento norteador deste trabalho; e para dar resposta a esta pergunta fundamentamos o estudo num referencial teórico, que parte do tripé: conflito, agressividade e violência, e vai até a inserção do idoso na família atual.

CONFLITO, AGRESSIVIDADE E VIOLÊNCIA

Existe uma associação íntima neste tripé e convém que seja esclarecida. O homem é um ser social. Vive com outros homens, no lar, na escola, no trabalho, no clube e na rua. “Cada cabeça é um mundo”, como se diz popularmente. De fato, cada cabeça carrega emoções, interesses e desejos que muitas vezes não se coadunam com os interesses do outro que está ao seu lado esporádica ou comumente.

Quando esta diversidade de interesses entra em confronto, dá-se o conflito. O conflito, portanto, é inerente ao ser humano. Não existe nada de anormal no antagonismo entre pessoas, mas a forma de como administrar esse antagonismo poderá não ser tão simples como aparenta. Conforme LISBOA (2006), o procedimento aconselhável para solucionar um conflito é o diálogo pacífico.

No entanto, nem sempre o conflito pode ser resolvido de forma pacífica necessitando, pois, de que os opositores imponham o seu ponto de vista. Todos nós já passamos por um momento semelhante.

Dependendo do nosso opositor, precisaremos de argumentos verbais convincentes, argumentos estes que muitas vezes falham e, por isso, lança-se mão de procedimentos belicosos. Estes procedimentos podem ser formais, quando se procura os meios jurídicos apropriados, ou informais, quando se tenta resolver o confronto, embora belicosamente, mas apenas entre os opositores. Esta forma de solução é uma solução agressiva. A agressão, portanto, é natural e saudável, pois nela se usa meios honestos e prudentes para solução do conflito, segundo GAIARSA (1993). Precisamos nos defender, nos impor quando necessário.

Conforme CARAM (1977), a existência de várias teorias mostra a complexidade e a divergência do problema da agressividade. Esta divergência e amplitude criam, ao mesmo tempo, certos mitos populares sobre a agressão e algumas polêmicas ideológicas que levam

à deformação da realidade. “A falta de unanimidade sobre o assunto nada mais é do que a pulsão da vida e da morte”.

Dentro de construção por nós formulada, a agressividade está relacionada com os fatores sociais e pode ser positiva ou negativa. Quando positiva, ela é uma adaptação social e, quando negativa, é a sua inadaptação às estruturas sociais. Relacionando-a assim, a agressividade tanto serve para fins construtivos quanto destrutivos. Em pequenas doses ela é estimulante. Em altas doses é veneno.

Todo homem deseja conquistar o respeito do seu próximo, adquirir posição social, vencer e, para tanto, utiliza a agressividade para atingir estes fins. É o lado positivo da agressividade e está a serviço das estruturas sociais. As instituições, na medida em que serve os indivíduos, absorvem uma boa parte da agressividade, mas ideologicamente, transformam esta agressividade em *violência*. Este é o lado negativo. Este fenômeno acontece porque o indivíduo, com o intuito de crescer, mobiliza-se para a participação, porque deseja mudanças. Se estas mudanças, no entanto, não são acolhidas pelas estruturas sociais, haverá uma força para a desmobilização. Aí aparece a violência nas estruturas sociais gerando um desequilíbrio e uma insegurança no indivíduo. Esta atitude por parte das instituições leva o homem ao medo, à revolta e à consequente violência. É, portanto, a violência superior legitimando a inferior.

Vista desta maneira a violência está vinculada à inexistência de formas consensualmente aceitas e de expectativas razoáveis para promover a sua administração, conforme VELHO (1996).

GAIARSA (1993) diz, também, que na raiz de toda repressão está a agressividade, a qual evolui para a violência, se não tivermos habilidade no uso desta agressão. O controle da agressividade é adquirido. E' necessário estabelecer relações interpessoais, aprender a dominar-se e ter habilidade para não ser afetado pela agressividade do outro. (op. cit)

LISBOA (2006), saindo um pouco dessa ligação com as estruturas sociais, nos diz que a violência é uma agressividade sem sentido. E' uma luta não para resolver o conflito, mas para destruir ou prejudicar o oponente. A violência não é natural e é a chave para a invalidade, para a falta de solidariedade e dos desafetos. E' uma luta não para resolver o conflito, mas para destruir ou prejudicar o oponente. Ela é um sentimento sem sentido porque, desde quando o Estado se organizou através do contrato social, nós delegamos o poder de punir a este mesmo

Estado. Nós podemos buscar os meios legais para termos acesso aos bens de consumo, bem como a aplicar a punição devida a cada um, isto é, não podemos fazer justiça com as próprias mãos. Neste sentido, pois, a violência é um ato sem sentido.

VIOLÊNCIA: CONCEITO, CAUSAS E CLASSIFICAÇÕES

Após a análise do tripé: conflito, agressividade, violência, esmiuçamos alguns conceitos de violência e concluímos que buscar um consenso destes conceitos não é uma tarefa fácil, já que é um “ fenômeno macroestrutural, inserido dentro do microcosmo das relações sociais travadas cotidianamente”.

Segundo LISBOA (2006) (o.p. cit.): “Violência é um fenômeno gerado nos processos sociais que leva as pessoas, os grupos, as instituições e sociedades a se agredirem mutuamente e tomarem à força a vida, o psiquismo, os bens ou o patrimônio alheio” (pág. 15).

Para BOBBIO (1983): “Violência é a intervenção física de um indivíduo ou grupo contra outro indivíduo ou grupo ou contra si mesmo e tem como finalidade destruir, ofender ou coagir” (pág.1.291).

FERNANDEZ (2004) entende que: “Violência é um comportamento de agressividade gritante e cruel que denigre e prejudica tanto o agressor como a vítima” (pág 24).

MINAYO (2004): “Violência é uma noção referente aos processos e às relações sociais interpessoais, de grupos, de classes, de gênero, ou objetivadas em instituições, quando empregam diferentes formas, métodos e meios de aniquilamento de outrem, ou de sua coação direta ou indireta, causando-lhes danos físicos, mentais e morais” (pág. 13).

Observa-se que os conceitos têm pontos em comum. Todos eles indicam que a violência é um fenômeno interpessoal, (embora o suicídio seja uma forma de autoviolência), existe na violência o emprego da força, que pode ser física ou intelectual e, ainda, que a violência consiste em um abuso de poder. O conceito de MINAYO (2004) foi o adotado por esta pesquisa, por entendermos como o mais completo. A autora nos apresenta, neste conceito, todas as variáveis da violência, desde os tipos de relações até o produto final, que é o dano.

As causas da violência foram analisadas à luz de LISBOA (2006) que diz que esta possui uma causa exógena e outra endógena, sendo

esta última, intrínseca ao comportamento humano. E por ser interna se instala desde a concepção até os seis primeiros anos de vida. A criança que é abandonada pela mãe, que não recebe amor e carinho de uma mãe substituta, nela se instala a semente da violência. O autor deixa claro que não existe criança violenta na primeira infância, mas estes fatos são determinantes no seu comportamento. É a causa determinante de toda violência.

As causas exógenas estão fora do indivíduo. São as injustiças, as desigualdades, a miséria, o narcotráfico, a corrupção, ou seja, todo e qualquer fato que detone o ato violento. Dentro das exógenas estão as causas predisponentes e as desencadeantes.

Quanto à classificação MINAYO (2004) diz que a violência é estrutural, interpessoal e institucional. Adotando outra classificação, as sociais são a estrutural e institucional.

No que pese a Constituição Federal/88, em seu artigo 5º frisar “que 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”, esta conquista ainda não foi alcançada por nós e esta forma cruel de desigualdades é o que MINAYO (2004) chama de violência estrutural.

A violência interpessoal é a que se concretiza no cotidiano. É a violência urbana, a doméstica, etc.

Por violência institucional entende-se a omissão dos poderes públicos na gestão das políticas sociais pelo Estado e pelas instituições. É uma forma de discriminação.

HISTÓRIA NATURAL DA VIOLÊNCIA

LISBOA (2006) trata a violência como uma epidemia e como tal deve ser, segundo o mesmo autor, combatida com a prevenção. O autor, também, define a saúde como “resultado do equilíbrio dinâmico entre o indivíduo e seu meio ambiente” e a doença como um desequilíbrio biológico e comportamental. Com este desequilíbrio o indivíduo poderá ser portador de um distúrbio de personalidade e de caráter.

Ressalte-se que no século XIX o médico penitenciário LOMBROSO, adepto da escola positivista, classificou os criminosos em natos, loucos, por paixão ou por ocasião. Esta classificação era determinista, pois

rotulava os homens de criminosos baseados no seu perfil biológico. FARIAS JR (1996) traz a lume este posicionamento de LOMBROSO, advertindo, contudo, que esta é uma posição ultrapassada.

Convém ressaltar que o pensamento de LISBOA (2006), quanto à divisão da história natural da violência, nem de longe se assemelha às ideias de LOMBROSO, pois este rotulava os homens como criminosos pela sua cor, raça, etc. enquanto LISBOA entende que o desamor poderá moldar a personalidade de uma criança. O desamor é a causa, a violência é a consequência.

A história natural da violência está dividida em dois períodos: o pré-patológico e o patológico. O pré-patológico por sua vez está dividido em duas partes que são o de susceptibilidade, que está presente nas crianças que passaram por privação materna, que desmamou precocemente, que não teve afeto, não foi amada, não foi tocada e o pré-clínico que existe quando esta mesma criança com as privações já descritas passa a ser humilhada, espancada, etc. Segundo o autor a semente da violência está adubada, mais um pouco e ela se torna um delinquente.

Como doença que é, deve ser tratada desde a concepção com aconchego, com a presença da mãe biológica ou substituta, com amor. O ambiente deve ser sadio e amoroso.

O autor enumera três tipos de violência: a preponderante, as predisponentes e as desencadeantes. A preponderante é surgida com a privação materna e começa desde a concepção, as predisponentes surgem no período pré-clínico e são aquelas que podem se originar dos maus tratos com a criança antes dos seis anos, e as desencadeantes surgem em qualquer momento da vida quando um fato qualquer detona o desejo, sem sentido, de agredir.

Na adolescência, fase que a pessoa está passando por várias transformações físicas, psíquicas e emocionais, o perigo para que estas causas desencadeantes detonem, é muito grande.

Partindo do raciocínio do autor todo o combate à violência, para ser eficaz, terá que partir da causa preponderante. É preciso tratar a família no seu cerne, visando formar bons cidadãos.

VIOLÊNCIA CONTRA IDOSOS

Conforme BEAUVOIR (1970) a violência contra idosos sempre existiu. Em muitas sociedades primitivas o velho não era respeitado e quando já não cumpria o seu papel era banido com o isolamento ou com a morte.

Estas sociedades viviam de forma utilitarista, se o velho não mais contribuía para o seu sustento próprio ou dos outros eram deixados de lado. A violência era extrema. A autora descreve a situação de uma velha que ainda tinha dentes tendo, ela mesma, quebrado os seus dentes, porque não era justo naquela idade ainda possuí-los já que só os mais jovens precisavam deles. Era uma afronta aos mais jovens. No entanto, quando havia afeto dos filhos e netos para com seus anciãos, as medidas de banimento eram tomadas, com muito sofrimento por estes membros, mas não deixavam de ser tomadas. Era uma violência institucionalizada.

A violência intrafamiliar ocorria desde os primórdios da humanidade, tendo variações para culturas e sociedades diferentes. Muitos estudos documentam a existência de violência contra os idosos, mas não trazem clareza nas informações antecedentes para causas e consequências das situações avaliadas. Verificam-se diferentes reações ao envelhecimento humano, como os esquimós, que trabalhavam até o momento em que não conseguiam mais prover a si mesmos; então esse era o momento de cometer o suicídio, pois pessoas incapacitadas e velhas para a vida normal deveriam desaparecer dessa sociedade. Existiam diversas formas de tratar os idosos em sociedades unanimemente culminando com o sacrifício dos seus velhos.

Continuando sobre o relato da situação dos velhos na Antiguidade, ressalte-se que os membros do grupo Inuit (esquimós) ao mesmo tempo demonstram carinho e afeição aos indivíduos mais velhos de sua comunidade, mas também podem abandoná-los em uma estrada, ou auxiliá-los a cometer suicídios por afogamento ou estrangulamento. Por outro lado, observa a negação do envelhecimento pela sociedade Cuiva, onde os idosos são tratados como se a velhice não existisse, a fim de evitar um processo de ruptura social causado pelo envelhecimento. Prossegue com alguns relatos e poucos momentos de apreço ao idoso por parte destes povos antigos.

Por fim, conclui-se o estudo dizendo que as soluções práticas adotadas pelos primitivos com relação aos problemas que os velhos lhes colocavam são muito diversas: pode-se matá-los, deixar que morram, conceder-lhes um mínimo vital, assegurar-lhes um fim confortável, ou mesmo honrá-los e cumulá-los de atenção.

No relatório mundial sobre violência, da Organização Mundial da Saúde - OMS, também são encontrados relatos de sociedades tradicionais

em algumas partes da África e da Índia, onde mulheres viúvas idosas são abandonadas e suas propriedades são tomadas ou lhes são infligidas práticas de casamento forçado, violência sexual e expulsão de seus lares. Verifica-se, na África Subsaariana, a expulsão de mulheres idosas de seus lares, para viver na pobreza em áreas urbanas, devido à acusação de bruxaria, que também ocorre na República Unida da Tanzânia, onde cerca de 500 mulheres idosas, são assassinadas, todos os anos, por este motivo.

BEAUVOIR (1070) nos transmite, portanto, uma visão da velhice na fase histórica e no ocidente podendo se ver que alguns povos, como os romanos, descartavam os velhos afogando-os. Ser velho e pobre na Roma antiga era ser inservível. No entanto, nem todos os povos violentavam os seus velhos, alguns povos tinham-nos como sábios. Enfim, a sorte do velho neste período da humanidade estava condicionada ao seu poder econômico.

Na época atual, segundo a mesma autora, os povos ditos civilizados aplicam aos idosos os mesmos tratamentos, apenas o assassinato é proibido, quando não é disfarçado. Hoje a Organização Mundial da Saúde - OMS considera a violência contra o idoso uma questão de saúde pública e por isto merece a proteção dos poderes constituídos. Neste diapasão foram criadas leis de proteção do idoso.

Atualmente os estudiosos estão conscientes que a violência contra o idoso, em sua grande maioria, parte do seu núcleo familiar. Esta é a violência interpessoal, no entanto, deve ser ressaltada a violência estrutural e institucional.

SOUZA (2004) coloca a importância do desenvolvimento de leis que atendam à necessidade e garantam o direito dessa faixa etária da população que está se ampliando, pois é dever do Estado e da família a manutenção de uma velhice digna aos seus idosos, preferencialmente no âmbito familiar. É dever do Direito em conscientizar e normatizar a família do seu papel em relação à tutela jurídica e amparo desses idosos, uma vez que o Estado não poderá oferecer tal condição optando pelo contexto institucional, afastando-o de sua família.

No Brasil existia, antes da CF/88, uma dificuldade em nomear essa faixa da população, que já foram chamados de velhos, anciãos, terceira

idade, melhor idade, etc, mas a Constituição Federal/88, no artigo 230, Lei 8.842/94 e a Lei 10.741/03, a define como “pessoas idosas ou idosos”.

No que pese toda a complexidade da questão, os idosos têm, desde a CF/88, a intenção de proteção legal, como no artigo 230 que esclarece: “ a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e o bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

Em 1994, a Lei nº 8.842, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso, que tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, fornecendo condições para respeitar sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, sendo que nesta lei, em seu capítulo IV, § 3º, fica explícito o dever de todo cidadão denunciar qualquer forma de negligência e maus tratos ao idoso. Ainda nesta lei, artigo 10, inciso IV, fica esclarecido o papel da Justiça no trato com o idoso: promover e defender os direitos da pessoa idosa, zelar pela aplicação das normas sobre o idoso, determinar ações para evitar abusos e lesões a seus direitos.

A criação do Estatuto do Idoso, em 2003, é a mais nova conquista dos idosos, tendo o intuito de regular os direitos assegurados às pessoas com idade superior ou igual a 60 anos, embora ainda passível de análise e aperfeiçoamento.

Embora as leis existam, ainda há muito que se elaborar neste *iceberg* da violência contra o idoso, porque, mais do que leis que amparem o idoso, vítima da violência, há, por trás disso, agressores muitas vezes familiares a esses idosos que, portanto, deveriam ampará-los nessa situação. Para o idoso pode ser angustiante utilizar as leis para denunciar agressores, muitas vezes gerados por ele. O Estatuto do Idoso, por ser uma lei também processual, trata dos crimes e de suas penas, no entanto, a denúncia do agressor não é uma solução. Punir com reclusão quem violenta o idoso, muitas vezes significa prender a única pessoa capaz de cuidar desse idoso, se bem orientada.

COSTA (2003) em seu estudo, traz referência à família como uma criação do ser humano e que não basta viver juntos, mas manter a relação profunda de família de plena reciprocidade entre os sexos e as gerações. Porém, o idoso na sua vida familiar nem sempre consegue desempenhar em papel de relevância.

A Organização Mundial da Saúde - OMS considera, hoje, a violência como uma questão de saúde pública, e por assim considerá-la definiu-a como: “uma noção referente aos processos e às relações sociais, interpessoais, de grupos, de classes, de gênero, ou objetivadas em instituições, quando empregam ou meios de aniquilamento de outrem, ou de sua coação direta ou indireta, causando-lhes danos físicos, mentais e morais.” E contra o idoso o já citado organismo internacional da Saúde definiu a violência como um ato de acometimento ou omissão, que pode ser tanto intencional como involuntário. O abuso pode ser de natureza física ou psicológica ou pode envolver maus tratos de ordem financeira ou material. Qualquer que seja o tipo de abuso, certamente resultará em sofrimento desnecessário, lesão ou dor, perda ou violação dos direitos humanos e uma redução na qualidade de vida para o idoso.

O Ministério da Saúde, no documento de Política Nacional de Redução de Acidentes e Violências contra Idosos, nas suas classificações epidemiológicas define maus tratos contra idosos como ações únicas ou repetidas que causam sofrimento ou angústia, ou ainda, a ausência de ações que são devidas, que ocorrem numa relação em que haja expectativa de confiança, conforme. MINAYO (2006) o termo mau trato é sinônimo de abuso.

Atualmente, verifica-se uma maior atuação dos idosos na população, em decorrência do desenvolvimento tecnológico e científico, maiores possibilidades médicas de melhorias nas condições de saúde, estimulação de informações pela mídia. Assim, o idoso permanece atuante na sua comunidade durante mais tempo, o que lhe traz possibilidade de gratificação, quando bem aceito, ou decepção e possível depressão, se frustradas as suas expectativas.

Antigamente, era visto quase em todas as sociedades que o idoso transmitia o conhecimento aos mais jovens mas, hoje, com o desenvolvimento tecnológico e a globalização das informações, os mais jovens, têm acesso a informações que nem sempre são atingidas pelos idosos e já não identifica-se mais quem ensina e quem aprende. Portanto, essa consciência mundial sobre a violência pode modificar uma estrutura que está se formando de maneira frágil e, se o envelhecimento mundial mantiver esse padrão atual, em breve a situação de violência será muito semelhante à vivida pelas mulheres e crianças. Mas se os jovens forem conscientes da possível relação de troca que existe com o idoso,

e não mais vê-lo como parte a ser desprezada na sociedade, talvez seja o princípio de uma companhia de conscientização e prevenção contra a violência em nível mundial.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O IDOSO

BEAUVOIR (1970) nos diz na introdução da sua obra *A Velhice*, que os seres humanos não estão preparados para o envelhecer e como mecanismo de fuga ignoram a velhice” (pág. 7).

E por que esta ignorância, este silêncio? Segundo ela porque a sociedade de consumo substituiu a consciência infeliz para a consciência da felicidade. Ignorando a velhice, a sociedade não é só culpada, mas, sobretudo criminosa, porque a velhice avança e o silêncio nos paralisa impedindo que exijamos políticas públicas para proteção do idoso.

A sociedade, para com os velhos, é também ambígua. Ora nos apresenta um velho Sábio, cheio de experiência, ora nos apresenta uma imagem que se opõe à primeira, isto é, de um velho louco objeto de zombaria das crianças. Com esta dubiedade a sociedade tem seus interesses econômicos, políticos, enfim, ideológicos, que petrificam as pessoas fazendo-as ignorar que caminham para a velhice. A velhice é, portanto, uma realidade bem definida. Mas quais são os critérios que nos indicam a chegada da velhice? Inegavelmente esta é um fenômeno biológico. O organismo da pessoa idosa sofre transformações no corpo, mas não se pode dizer que o critério biológico é o único. O indivíduo sofre transformações psicológicas e todas estas situações humanas têm dimensões existenciais.

Do ponto de vista biológico, a velhice é um processo que começa na concepção e termina com a morte. A velhice é, portanto, um processo progressivo de mudanças desfavoráveis ligado à passagem do tempo. Daí se determinar uma idade limite para a entrada na velhice, que no Brasil é a partir de 60 anos de idade. A lei determina que no Brasil é velha a pessoa que atingiu 60 anos, para efeito de alguns direitos, a exemplo da gratuidade ou do meio ingresso nos espetáculos culturais e de lazer, e para outros direitos como o recebimento da assistência social prevista na Lei Orgânica de Assistência Social, mais conhecido como o BPC, a idade limite é 65 anos. No entanto, a questão não é tão simples assim, pois a velhice deve ser encarada como uma multiplicidade de aspectos.

CONFORT (1977) diz que o envelhecimento deve ser estudado à luz do critério biológico e do sociogênico. Por sociogênico, o autor entende como os papéis impostos ao idoso pela sociedade. Como BEAUVOIR, ele critica a pressão da sociedade sobre o idoso e conclui que os maiores estragos do envelhecimento não estão no critério biológico e sim no sociogênico. Neste ponto, os dois autores estudados se interpenetram, pois ambos dizem que atingido o limite cronológico do envelhecimento as pessoas são rotuladas de insensatas, imprestáveis, caducos e assexuados.

A pessoa não deixa de ser cidadã ao atingir a idade cronológica, dita como limite para a passagem à velhice, pois continua pagando impostos, votando, exercendo os mesmos deveres e usufruindo dos mesmos direitos que uma pessoa jovem, no entanto, a sociedade rotula-os como diferentes, à parte.

Por tudo que nós dissemos, fundamentado nas leis e nas obras citadas, a velhice deve ser compreendida não só do ponto de vista biológico, mas, também cultural e psicológico.

EVOLUÇÃO DEMOGRÁFICA

O crescimento demográfico brasileiro, do qual resulta uma crescente participação da população idosa, se caracterizou por elevadas taxas de crescimento nos anos 50 e 60. A partir daí, essas taxas têm reduzido continuamente e estima-se que o envelhecimento da população brasileira se acentuará nas próximas décadas. As taxas de crescimento da população brasileira que estiveram em torno de 3% em 50 e 60 declinaram para 1,4% ao ano na primeira metade de 90. Espera-se que esta queda continue e esta taxa se situe abaixo de 1% em 2020.

Com a taxa de crescimento da população jovem diminuindo, o resultado é o crescimento da população idosa. Este é o crescimento pela base, isto é, a população idosa aumenta porque a população jovem diminui. Este crescimento é típico dos países subdesenvolvidos.

Nos países desenvolvidos, no entanto, o crescimento da população idosa se dá pelo topo, isto é, o aumento se dá na população idosa, não ocorrendo alteração na população jovem. Isto está ocorrendo atualmente na Europa e Estados Unidos: a diminuição na taxa de natalidade já havia ocorrido há mais tempo e, agora, a população idosa continua

crescendo em face das políticas públicas de saúde ou outros fatores, o que possibilita cada vez mais uma melhoria na qualidade de vida dos idosos e, em consequência, existe uma redução da mortalidade adulta ocasionando um aumento da população idosa.

A melhoria nas condições de vida do idoso está ocorrendo também no Brasil. Com certeza o idoso de hoje vive melhor do que nos anos 60, no entanto, o nosso aumento populacional ainda é pela base, isto é, redução do aumento de fecundidade.

O aumento da população idosa no mundo é, portanto, um fato irreversível. No Brasil, segundo dados do IBGE a população de idosos em 2000 era de 8,7 milhões (5,2%) da população total e a projeção para 2020 é de 17,8 milhões da população total (18,6%). Segundo MENEZES (2002), o envelhecimento populacional de Sergipe não foge à regra nacional, isto é, envelhecimento pela base. Em 2000 em termos percentuais equivalia a 7,4% da população total, portanto, percentual maior que a média nacional, enquanto que o índice de Aracaju era de 10,7% maior que a média nacional e sergipana.

O principal componente do envelhecimento populacional em Aracaju está na redução da fecundidade, mas não se pode desprezar o componente específico da migração, sobretudo da população do interior do Estado, em face da construção dos vários conjuntos habitacionais. (op. cit.)

Este crescimento da população idosa no Brasil, em Sergipe e em Aracaju, reforça os conflitos capazes de desembocarem atos de violência contra esta população.

A FAMÍLIA, UMA REALIDADE SEMPRE DIFERENTE

De acordo com o pensamento de ICETA (1999). A família é fundamentada nos valores cristãos. Para o autor é a célula-máter da sociedade, mas se esta afirmativa for tomada de uma maneira estática, torna-se uma abstração, e o é porque esta afirmativa refere-se à família de uma maneira impessoal, mas quando a mesma é analisada de forma concreta, sem teorizar, mergulhando no interior de cada família, vê-se que esta é dinâmica. Está em constante evolução. Esta família não teorizada tem momentos estelares, tem suas angústias e encaram seus

desafios de acordo com os princípios e critérios dos seus membros.

As famílias são, portanto, diversas. Têm propostas e circunstâncias originais e irrepetíveis. A família com filhos, às vezes deficientes; a família na qual falta um dos pais; a família sem filhos; a família ninho vazio, em cada uma, é um mundo à parte.

Uma família sem recursos, vítima de qualquer violência, semelhante às pesquisadas, que vive na guerra, pouco tem a ver com a família que vive num constante bem-estar.

Portanto, não existem critérios para falar da família sem maiores especificações, muito menos neste momento, no qual em nossa própria cultura se admite como familiares, formas de vida às vezes desconcertantes.

Sobre a família se construiu toda a trama, não só do casal, como da sociedade. A família, também, é uma realidade concreta e diferente. Mas o que tem às famílias em comum, se é que os tem? Têm os seguintes valores: a transmissão da vida, a educação dos filhos, a transmissão da cultura e do sentido da vida e incorporação da sociedade em que vive.

Pari passu a estes valores comuns deve-se atentar para os valores tradicionais da família que são: amor, casamento e fidelidade; obediência e respeito aos pais; amor e respeito aos anciãos; transmissão do sentido transcendente da vida; primeira escola de conhecimentos, da tolerância, de liberdade e solidariedade, de sacrifício e de fidelidade; lugar de acolhida, de hospitalidade, de fraternidade. Qualquer um desses valores pode corresponder a um contravalor, isto é, a autoridade pode se transformar em autoritarismo, etc. A família, como vemos, é uma realidade dinâmica, por isto novos valores emergiram ao longo dos tempos.

O processo de urbanização e industrialização brasileira que se deu no início do século XX alterou sobremaneira a estrutura da família patriarcal, visto que o capitalismo exigiu a presença da mulher no mercado de trabalho tornando-a produtora de rendimentos, faz-nos pensar que provocou uma redução na autoridade marital. Não obstante, isso nem sempre se concretiza, posto que a crença de muitas mulheres e homens na superioridade do marido ou companheiro continua a ser sustentada por representações diversas e não só econômicas.

Aqui convém citar Machado de Assis em seu conto *O capítulo dos chapéus*, nele o escritor nos transmite a verdade de que quando alguém

é submetido, por um longo tempo, à vontade de outrem, não consegue libertar-se desta submissão com facilidade.

Como já disse ICETA (1999), valores emergentes alteraram a família patriarcal e um destes valores foi a promoção da mulher. Evidentemente que esta promoção não foi gratuita, foi à custa de mobilização e, também, da mudança por conta do processo de industrialização e urbanização. Estas mudanças refletiram no ordenamento jurídico brasileiro, dando maior proteção à mulher.

Código Civil de 1916 foi alterado, em 1943, pelo Estatuto da Mulher, que amenizou os rigores da lei civil vigente, mas mesmo assim a mulher ainda precisa de autorização marital para comercial, ainda estava sujeita ao débito conjugal, etc. Mas o direito é dinâmico e outras mudanças aconteceram a exemplo de 1977 com a lei do divórcio, no entanto, só em 1988, com a Constituição Federal que vige atualmente, o homem deixou de ser considerado o cabeça do casal.

Na verdade a Constituição Federal/88, e todas as leis posteriores, só vieram dar um cunho de legalidade a uma situação que de fato existia. Hoje o que existe é uma família de poder compartilhado, em relação à prole e tudo que se refere à família.

A Constituição de 1967, assim rezava: *a família é constituída pelo casamento, e merece a proteção dos poderes públicos*. A Constituição de 1988 já não mais remete a família ao casamento e assim diz no seu artigo 226: a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. E no parágrafo 3º diz que reconhece a união estável entre o homem e a mulher, na forma da lei. Este parágrafo foi regulamentado pela Lei nº. 9.278/1996, mais conhecida como a lei da união estável.

Esta é a situação da família brasileira nos tempos modernos e, com ICETA (1999) diremos: “Em épocas conturbadas, a esperança, o saber erguer os olhos sobre a aparência das coisas, o ver tudo o que essas mudanças tornam possível, o saber transcender, criam a confiança de ser um homem e uma mulher novos. Precisamos de homens e mulheres assim, novos. Que saibam estruturar-se naquilo que permanece purificado e renovado, assumindo o que de melhor trazem os novos ares que sacodem a história. Que saibam criar uma família nova e capaz de dar resposta aos tempos e aos seres humanos de hoje”. (pág 75). Mas este não é o panorama vivido pelas famílias pesquisadas.

Conforme os documentos avaliados, a família objeto desta pesquisa,

no entanto, é desestruturada. Nela prevalecem os contravalores de ICETA (1999), não está fundamentada no amor, no respeito mútuo na fidelidade, é constituída de membros carentes economicamente e, quase sempre, usuários de drogas lícitas e ilícitas. Os idosos, membros dessas famílias, não têm, no lar, a acolhida, a fraternidade e a solidariedade que lhes são devidas.

A família, portanto, não é mais sólida e capaz de dar suporte emocional aos seus membros, mas ela persiste e é, ainda, o princípio básico da existência humana.

METODOLOGIA

O estudo ora apresentado é de natureza qualitativa numa abordagem descritiva e de cunho documental e de campo. A característica da pesquisa qualitativa é o compromisso expresso de enxergar eventos, ações, normas, valores, etc. da perspectiva das pessoas estudadas. O estudo descritivo busca descrever características de determinada população ou fenômeno (GIL/1996). A pesquisa foi realizada na cidade de Aracaju, no ano de 2006.

Optamos por este tipo de pesquisa por considerarmos que o objeto em estudo busca, através da análise dos documentos analisados e da subjetividade dos entrevistados, descrever como e por que ocorre a violência no ambiente doméstico, apreendendo os significados expressos pelos mesmos.

O estudo documental teve como matéria os inquéritos policiais obtidos na Delegacia de Grupos Vulneráveis, os procedimentos administrativos oriundos da Promotoria de Defesa de Acidentados do Trabalho, Portadores de Deficiência, Idosos em Situação de Risco e Direitos Humanos e, ainda, as resenhas dos processos judiciais, nos quais os idosos aparecem como vítimas e obtidas via internet. Na pesquisa de campo utilizamos, como instrumento de coleta, entrevistas com a Delegada, a Promotora e a Presidente do Conselho, contendo questões que poderiam nos dar subsídios para responder às nossas questões sobre o objeto do estudo e atender ao nosso objetivo inicial.

Para análise dos inquéritos policiais utilizamos o método da amostragem intencional. Dentre os 67 inquéritos policiais abertos naquela Delegacia escolhemos 20, por entendermos ser o tamanho

da amostra significativo, já que corresponde a 30% do universo. As notícias crimes chegadas à Delegacia foram de 269, no entanto, por razões técnico-processuais, só 67 inquéritos foram abertos, sendo este o nosso universo de análise. Os inquéritos abertos correspondem a todas as formas de violência contra idosos, mas a nós interessava os casos de violência física e, na amostra escolhida, encontramos 5 casos.

Conforme estatística anexa, o Ministério Público realizou, no período pesquisado, 106 procedimentos, sendo que apenas 4 foram de violência física. O critério usado por nós para escolha dos documentos que iríamos analisar foi, também, o da amostragem aleatória. 20 procedimentos foram, aleatoriamente, escolhidos e dentro desta amostra 3 agressões físicas foram encontradas. Ressalte-se que este número corresponde a 75% da totalidade de agressões físicas do período pesquisadas.

Considerando que a população de Aracaju em 2006 foi de 505.286 habitantes, segundo dados do IBGE, e que as denúncias na Delegacia e no MP, no mesmo período, somam 375 casos, temos que este total equivale a 0,08% da população. Os 8 casos de violência física pesquisados equivalem a, aproximadamente, 8,25% do total das violências denunciadas.

Como havíamos previsto anteriormente, a pesquisa documental não respondia a todo o nosso questionamento, portanto, optamos por uma complementação através das entrevistas com as autoridades que acompanham estes casos de violência.

As autoridades aceitaram participar do estudo e assinaram o Termo de Consentimento Livre. As Sras. Delegada e Presidente do Conselho Municipal de Idosos, preferiram responder à entrevista por escrito, já a Promotora de Justiça o fez verbalmente.

Como forma de preservar o anonimato e não identificar os sujeitos da pesquisa e, ainda, para atender ao pedido da Sra. Delegada, nenhuma referência nominal foi feita em relação aos denunciadores, às vítimas e aos indiciados.

RESULTADO E DISCUSSÃO

O *Jornal da Cidade*, em sua edição de 7/8 de janeiro de 2007, como referência da violência em Aracaju, publicou notícia sobre agressão de familiares contra idosos. Segundo este periódico, a Delegacia de Grupos

Vulneráveis recebeu, no ano de 2006, 269 notícias crime (queixas) de violência contra este grupo. Numa primeira análise pode-se pensar que este é um número pequeno, no entanto, nenhum cidadão deve ser violentado, para tanto existe a *persecutio criminis*. Este número, segundo os nossos entrevistados, é mínimo em relação à realidade.

Do total de notícias crime apenas 67 inquéritos policiais foram instalados. Esta divergência de números deve-se ao que prescreve a Constituição Federal/88, a Lei 9.099/95 e o Código de Processo Penal. O artigo 5º da Constituição Federal prescreve: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País à inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (grifo nosso).

A Lei Magna, portanto, protege tanto a vida quanto a liberdade dos indivíduos e, dentro deste princípio, não se abre um procedimento para apurar um delito, se da análise inicial constatar-se que é uma notícia que carece de fundamento. Nesta primeira triagem muitas notícias crime não vingam.

Com o advento da Lei nº 9.099/95, conhecida como Lei dos Juizados Especiais, todos os delitos de baixo potencial ofensivo, isto é, aqueles que têm pena máxima inferior a 2 anos, não estão sujeitos à abertura de inquérito. Muitos crimes cobertos pelo Estatuto do Idoso estão fora desta restrição, pois têm pena máxima superior a 3 anos.

Este preâmbulo é uma justificativa para a divergência entre a informação da autoridade policial ao *Jornal da Cidade*, em 07/08/2006, e o número de inquéritos encontrados e pesquisados para este trabalho. Duas hipóteses poderão ter ocorrido para impor esta divergência, como já salientado: ou as denúncias careciam de fundamento ou os casos eram de baixo potencial ofensivo, sujeitos, portanto, à Lei 9.099/95.

Existe, em Aracaju, uma promotoria de grupos vulneráveis para proteger os interesses indisponíveis dos idosos. São interesses indisponíveis: a liberdade, a integridade física, a vida, dentre outros. E como guardião destes interesses, assim que o MP toma conhecimento de uma situação de risco contra os idosos, instaura, em princípio, um procedimento administrativo.

Apurados os fatos e constatada a situação de risco, o MP coloca os responsáveis a par da gravidade das sanções que daí poderão advir. Se o

caso for passível de correção administrativa, os responsáveis assinarão um termo de ajustamento de conduta e serão acompanhados por àquele órgão para o efetivo cumprimento dos termos. Se necessário, o fato será comunicado à autoridade policial para inquérito ou para o Poder Judiciário.

Segundo FALCÃO (2006), a violência contra o idoso é onipresente e se expressa de maneira variada nos níveis individual, familiar, institucional, comunitário e em âmbito nacional e internacional. Afeta negativamente a qualidade de vida das pessoas, provoca medo, desarticula as estruturas familiares, limita a autonomia dos indivíduos e sua liberdade de ação. Além disso, ocasiona enorme impacto na economia, gerando crescentes gastos com saúde, seguridade e diminuindo a produtividade.

De acordo com o *Relatório Mundial sobre Violência e Saúde* (2002) da Organização Mundial da Saúde (OMS), atualmente a violência é o maior e mais crescente problema de saúde pública do mundo, provocando evidente impacto físico, psíquico e social (MINAYO/2004).

Constatamos, na pesquisa, a veracidade da onipresença da violência contra os idosos no âmbito familiar, de acordo com o universo pesquisado. Em face do modesto número de casos encontrados, somos tentados a pensar que os índices são irrisórios e que, portanto, nenhum impacto poderá trazer do ponto de vista econômico e social. Porém, os nossos entrevistados foram unânimes em afirmar que os números não refletem a realidade porque “não há essa consciência quanto ao dever de denunciar”. E ainda: “sabemos que é grande o número de abusos e violências contra o idoso, mas o registro dessa violência é mínimo em relação à realidade dos mesmos”.

Diante dos fatos apurados, podemos sim, afirmar, que existe violência, no âmbito familiar, contra os idosos. Ressalte-se, no entanto, que a totalidade do universo pesquisado refere-se a pessoas das classes D/E, isto é, de baixíssimo poder aquisitivo. Esta descoberta gerou uma pergunta que foi feita aos nossos entrevistados: As denúncias de violência física são comuns a todas as classes sociais ou só existem nas classes mais baixas? Os entrevistados responderam que existem denúncias das classes mais altas, mas em número muito menor, tendo em vista que estas pessoas procuram outras instâncias para fazer esta denúncia, até por receio de escândalos envolvendo seus nomes.

Retratando a problemática da violência doméstica, a maioria das

pesquisas enfatiza a violência contra mulheres e crianças. O nosso foco é o idoso, portanto, a criança e a mulher não idosa não serão enfatizadas no nosso trabalho, a mulher quando idosa, no entanto, será objeto do nosso estudo.

Houve, nos casos pesquisados, uma prevalência no sexo feminino. Conforme nosso estudo teórico, desde a antiguidade essa dinâmica da vitimização prevalente da mulher é observada. Em algumas culturas, como na África Subsaariana, as mulheres idosas têm sua sabedoria e experiência compreendidas como bruxaria e sofrem as consequências violentas de tal acusação. Esse padrão de vulnerabilidade se mantém como mostram pesquisas mais atuais e, muitas vezes, associa-se a relatos de violência contra a mulher em períodos antecessores ao envelhecimento, o que leva a refletir a questão da relação dos casos de violência doméstica em um contexto mais amplo: essas mulheres vitimizadas na juventude poderão ser as idosas violentadas no futuro.

Foi possível verificar que os idosos agredidos estão na faixa etária de 70, 80 e 90 anos. Apenas em dois casos pesquisados as vítimas tinham 65 e 67 anos, respectivamente. Convém ressaltar que a vítima de 65 anos era do sexo masculino, não estava acamado, mas era alcoólatra e era sempre agredido pela companheira e os filhos desta, tendo sido o caso denunciado por um filho da vítima. A vítima de 67 anos é do sexo feminino, goza de saúde física e mental, não é dependente química e trabalha. Estava sendo agredida pelo companheiro e foi ela mesma que denunciou.

Embora acreditemos ser a idade um fator de risco para a violência, convém ressaltar que todos os agredidos eram pessoas com problemas de saúde física, emocional ou mental. Portanto, pode-se afirmar que o maior fator de risco é a dependência, e não a idade. Outro fator relevante é o estado civil do idoso. Geralmente é solteiro, separado ou viúvo.

Prevalentemente as vítimas estavam acamadas e necessitando de cuidados especiais sendo, ironicamente, agredidas pelos seus filhos, filhas, netos, netas, genros, noras e, em uma gradação menor, pelo seu companheiro ou companheira. Em apenas um caso a vítima, que era do sexo masculino, não estava acamado, sendo, no entanto, dependente de álcool e foi agredido por sua companheira. Na quase totalidade dos casos pesquisados, os agressores eram pessoas nas quais os idosos confiavam.

Esta dependência do idoso é, às vezes, física e mental, e em nenhum caso houve dependência financeira. O universo estudado é formado por pessoas de baixo poder aquisitivo, de pouca escolaridade e é grande o número de pessoas residentes na mesma casa, no entanto, quase sempre todos são financeiramente dependentes do idoso.

Concluindo o perfil do idoso agredido, este é, em sua maioria mulher, está necessitando de cuidados especiais por ser portador de deficiência física, emocional ou mental. Em sua totalidade não dependiam financeiramente dos agressores, *e esta não dependência é até um fator de risco*, pois ocasiona no agressor o sentimento de apropriação dos rendimentos ou do imóvel que o idoso possui. Quando da resistência por parte do idoso, gera a violência física.

Geralmente o idoso não denuncia e, quando um terceiro procede a esta denúncia, o idoso nega-a, às vezes por medo, às vezes por não ter opção de quem cuide dele e, às vezes, porque lhe pesa denunciar seus descendentes.

Conforme FALCÃO (2006) o abuso contra o idoso pode advir da natureza violenta transgeracional (familiar), da sociedade (cultural) ou da própria personalidade do cuidador. Além disso, situações estressantes e a história de vida do agressor são igualmente relevantes para a violência contra o idoso. Nos grandes centros, a desordem urbanística, o estresse, a miséria e o desemprego são fatores causais de distúrbios comportamentais e mentais, confundem-se com a questão das drogas e pairam no tempestuoso céu da violência nos conglomerados populacionais brasileiros. Fadiga por excesso de trabalho, poucas horas de sono, tensão e ansiedade configuram importantes fatores desencadeantes. Algumas características dos que maltratam idosos são: baixa autoestima, falta de recursos, pouco controle dos impulsos, angústia, falta de capacidade para enfrentar situações, doenças e frustrações. Em geral, eles são pessoas nas quais os idosos depositam confiança, como familiares, cuidadores, empregados, profissionais da área de saúde, entre outros. Verificou-se que os agressores possuem maiores chances de apresentar distúrbios mentais, emocionais, de isolamento social ou alcoolismo. Pesquisas têm estabelecido que amiúde trata-se de pessoas que sofreram abuso na infância.

Dentre os trabalhos e pesquisas revisados, os filhos, netos e

cônjuges/companheiros são os campeões entre os agressores, no mesmo percentual. Alguns trabalhos mostraram que filhos homens, solteiros, com menos de 49 anos são mais agressivos do que os demais descendentes. Os valores divergiram de acordo com as peculiaridades de cada país, povo ou estado. As pesquisas envolveram países de todos os continentes, confirmando que a violência contra o idoso é um problema universal. Detectou-se, ainda, relação entre o baixo nível socioeconômico e a violência contra o idoso, principalmente no que concerne à violência pelo uso de álcool/drogas e à agressão por vizinhos. Dessa maneira, o idoso passa a apresentar um sentimento de incapacidade de lidar com filhos, netos e companheiro ou companheira e enfrentar o mundo que o cerca.

Em geral é possível perceber no agressor falta de responsabilidade e interesse em cuidar do idoso, irritação, hostilidade e estresse por diversas causas. Pode-se identificar, por parte dos idosos, a negação da ajuda de terceiros, seja da sociedade em geral ou de profissionais da área de saúde, em virtude da opressão.

O abusador pode depender do idoso agredido, tanto emocionalmente quanto financeiramente em termos de transporte e de alojamento. Cuidadores em relação de dependência com a família do ancião podem abusar ou violentar os idosos como forma de compensar seus sentimentos de inferioridade e inadequação. Muitos cuidadores estão inseridos num contexto de estresse e necessidade de cuidar, no qual vivenciam um dilema: eles desejam desprender-se da carga de cuidados, mas se sentem com a obrigação de cuidar. Conseqüentemente experimentam uma mistura de emoções, como a de amor e ódio. O ciúme e os conflitos familiares, por vezes, fazem com que idosas sejam maltratadas por suas noras.

Mais de 50% dos idosos, cujos familiares são usuários de drogas/álcool, sofrem algum tipo de abuso físico ou emocional. Quando a pessoa que cuida do idoso apresenta problemas de alcoolismo, dependência de drogas ou dificuldades emocionais aumenta o risco de violência.

No universo de nossa pesquisa as famílias eram desestruturadas, de baixíssimo poder aquisitivo e escolaridade e usuários de droga. Em apenas um caso de senhor de 90 anos, a sua filha agressora *não era usuária de droga*. Pelo menos não ficou configurado no inquérito policial. Também

não ficou demonstrado se a mesma encontrava-se desempregada. Em todos os outros casos, o agressor ou é usuário de drogas ou é alcoólatra ou está desempregado. Detectamos, também, existir uma agressividade interna não controlada em alguns descendentes. Houve prevalência de sexo feminino.

Segundo LISBOA (2006), a violência é uma agressividade sem sentido. É uma luta não para resolver o conflito, mas para destruir ou prejudicar o oponente. A violência não é natural e é a chave para a invalidez, para a falta de solidariedade e dos desafetos e esta afirmativa foi validada na nossa pesquisa.

A violência possui uma causa endógena, isto é, intrínseca ao comportamento humano. E por ser interna se instala desde a concepção até os seis primeiros anos de vida. A criança que é abandonada pela mãe, que não recebe amor e carinho de uma mãe substituta, nela se instala a semente da violência (op.cit.) O autor deixa claro que não existe criança violenta na primeira infância, mas estes fatos são determinantes no seu comportamento. É a causa determinante de toda e qualquer violência.

As causas exógenas estão fora do indivíduo. São as injustiças, as desigualdades, a miséria, o narcotráfico, a corrupção, ou seja, todo e qualquer fato que detone o ato violento. Estas causas exógenas são as predisponentes e as desencadeantes da violência.

Encontramos, nos inquéritos e procedimentos analisados, situações que nos apontam para as causas endógenas. Será que são atos gratuitos, destituídos de sentido, ou são histórias de violência familiar passada, rejeição infantil, cujo rejeitado está descarregando seus rancores na forma de violência, no presente? Acreditamos nesta hipótese.

Os entrevistados ratificam o nosso posicionamento quando dizem: “os seus agressores quase sempre são envolvidos com a questão da droga lícita ou ilícita, desconhecem as leis de proteção ao idoso ou foram *maltratadas quando crianças pelo próprio idoso*”. Ressalte-se que a afirmação foi destacada pelo próprio entrevistado. Outro entrevistado assim responde: “a forma como eles receberem cuidados determina a forma como prestarão cuidados no futuro”.

Quanto às causas predisponentes e desencadeantes ficou patente a presença destas quando detectamos a agressão dos descendentes para com os seus ascendentes, em face de uso de drogas, alcoolismo, desemprego, baixa escolaridade, baixo poder aquisitivo e desestrutura familiar.

Perguntado à autoridade policial quais as causas da violência contra os idosos, ela assim respondeu: “o fator econômico é o principal motivo para existência das práticas delituosas contra os idosos, além do fator cultural inserido no pensamento de muitas pessoas que não dão o devido valor às pessoas mais velhas. Enfim, o próprio cotidiano atarefado dos entes da família que laboram o dia inteiro e quando retornam para suas casas não têm paciência e disponibilidade com a pessoa idosa que como uma criança necessita de um cuidado especial”. Conforme esta autoridade, um conceito novo aparece como predisponente à violência contra o idoso: **o preconceito**.

MINAYO (2004) classifica a violência como estrutural, institucional e interpessoal. Por violência estrutural entende-se toda forma de desigualdade e discriminação. A Constituição Federal/88 prevê, em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, no entanto, este direito não foi alcançado por todos. Enquanto houver um brasileiro sem direito à vida, à segurança, à moradia, à saúde e ao lazer, estamos diante de uma forma de violência estrutural. Recentemente, a mídia divulgou o resultado de um concurso escolar de redação, patrocinado pela ONU, cuja vencedora foi uma criança brasileira de 9 anos. Destaca-se, no trabalho da criança, a preocupação com a fome e, no trabalho, ela diz: “enquanto houver brasileira deixando de comer por vaidade e brasileiros deixando de comer por que não chega comida a sua mesa, este País não é um país civilizado”.

Por violência institucional (op.cit.) entende que seja a omissão dos poderes públicos na gestão das políticas sociais pelo Estado e pelas instituições e por violência interpessoal é a que se concretiza no cotidiano. É a violência urbana, a doméstica, etc. Comungamos com esta afirmativa.

Numa leitura superficial podemos dizer que a violência doméstica é exclusivamente interpessoal, no entanto, assim não pode ser entendido, pois a velhice não é uma questão privada e sim pública. O lar é o *locus* onde essas violências ocorrem, mas é preciso reconhecer que a sociedade contemporânea colocou novas demandas na vida familiar que alteram os papéis sociais tradicionais e as estruturas que sustentam os modos de vida em família. Até há poucas décadas, o papel da cuidadora atribuído à mulher podia ser desempenhado sem o acúmulo de tarefas

que hoje lhe é imposta. Familiares próximos deixaram de ser cuidadores principais das gerações precedentes, e o que se verifica hoje é que grande parte das violências contra idosos ocorre em casos em que diferentes gerações convivem na mesma unidade doméstica, uma evidência de que o convívio plurigeracional não pode ser visto como garantia de velhice bem-sucedida, e nem mesmo sinal de relações mais amistosas entre as sucessivas gerações.

O convívio entre as gerações tem sido imposto pelo empobrecimento da população, pela estrutura e crescimento desorganizado das cidades, fatores que se associam à ausência de políticas públicas voltadas para a saúde e a assistência, contribuindo para que a população idosa fique à mercê da violência social, física e psicológica. Desse modo, a precariedade social e econômica têm contribuído de forma contundente na construção e na constituição do fenômeno da violência. Em outras palavras, a violência estrutural pode ser o fio condutor da violência que atinge o homem e a família e, dentro desta, o idoso.

Todos os inquéritos pesquisados demonstraram que as famílias viviam em situação de extrema pobreza e que esta pobreza era o efeito da ausência do Estado, na prestação do que preconiza a Constituição Federal/88, ou seja, moradia digna, alimentos, segurança e saúde, que são direitos fundamentais previstos no seu artigo 5º. Esta ausência coloca o idoso em situação de risco dentro da família. Concluindo, a violência contra o idoso, mesmo acontecida no ambiente doméstico é, também, de ordem estrutural e institucional, porque o Estado não está preparado para cumprimento dos princípios que Ele mesmo instituiu.

O artigo 1º da Carta Magna Brasileira enumera os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre estes estão a cidadania e a dignidade humana.”A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social”.

Embasados neste conceito, podemos dizer que o idoso objeto do nosso estudo e inserido no universo pesquisado, é um cidadão? Nossa resposta é não. Qual o valor que os familiares atribuíam aos seus idosos? Qual o valor que estes idosos atribuíam a si próprios? Se o ser humano

não possui um valor, ele não possui dignidade, porque dignidade é valor.

Portanto, entre o que a Constituição Federal/88 preconiza e o que na prática o Estado concede aos seus nacionais, existe um fosso enorme e, assim, está validada a nossa hipótese de que a ausência do Estado no oferecimento de serviços adequados à assistência à saúde do idoso, assim como a falta de suporte social, torna o papel a ser exercido pelas famílias muito penoso, caracterizando-se como fator de risco para a violência.

Portanto, o Estado está aparelhado com os instrumentos legais, mas na prática, ainda não houve a implantação dos instrumentos adequados, isto é, políticas públicas capazes de assessorar a família no cuidado com seus idosos. A falta destas políticas está contribuindo para o agravamento da violência doméstica e o conseqüente declínio da qualidade de vida do idoso. Este é o nosso entendimento, após estudos teóricos e pesquisa documental e de campo.

Um dos objetivos específicos do trabalho é saber quais as penas imputadas aos agressores. Numa visão simplista e imediata, este objetivo é cumprido com a simples compreensão do tipo de delito cometido, e esta compreensão advém da leitura dos inquéritos policiais, pois se todos cometeram lesões corporais médias, este crime está tipificado no Código Penal Brasileiro e na Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), já que esta lei é processual, isto é, trata dos delitos e das penas. No entanto, a busca deste entendimento não é tão simples tendo em vista os vários princípios constitucionais que amparam a liberdade do indivíduo. O artigo 5º da Constituição Federal/88, diz que a liberdade é um bem protegido pelo Estado, bem este que está no mesmo patamar de proteção que está, também, a vida, portanto, nem sempre é possível a punição esperada pela sociedade. Constatamos isto nos casos analisados que teve os inquéritos concluídos, mas, aqueles enviados à justiça, até à conclusão da pesquisa, estavam pendentes de julgamento, talvez em face do tempo decorrido, que para justiça era um tempo curto, ou em face de erro na condução do processo e, ainda, por outros fatores alheios ao nosso conhecimento.

CONCLUSÃO

Uma grande conquista da humanidade, já no final do século XX, foi o crescimento da expectativa de vida. Este crescimento não se

deu abruptamente, ao contrário, foi fruto de trabalho árduo, com estudos e pesquisas na busca do controle das doenças, principalmente as infecciosas, que ceifavam vidas preciosas em plena capacidade produtiva. Uma das consequências desta conquista, evidentemente, foi o surgimento da população idosa, trazendo, no entanto em seu bojo, outro tipo de conflito.

No século passado, *pari passu* com esta conquista, surgiu uma grande dificuldade: crescimento desordenado dos centros urbanos, evidentemente, com reflexos na qualidade de vida dos cidadãos.

Ora, o envelhecimento da população, aliado ao desgaste da vida moderna, ampliou os problemas do homem e da família, surgindo mais conflitos capazes de produzirem as explosões de violência.

Apesar da conquista do aumento da expectativa de vida não ter surgido abruptamente, só agora, com a população já envelhecida, é que os pesquisadores despertaram o interesse na busca de solução das consequências dos conflitos, gerados por este envelhecimento, no Estado, na sociedade e na família.

Um destes conflitos é a violência contra o idoso, que está longe de ser solucionado, pois exige de todos os envolvidos, ações rápidas e efetivas e, no entanto, os programas de combate a esta violência não têm dado resposta eficaz. Na verdade estes programas são quase inexistentes e, quando existem, esquecem a família, que efetivamente cuida cotidianamente, presta os primeiros socorros e, ironicamente, é autora de grande parcela da violência.

Vimos que estas famílias são estruturalmente desorganizadas, possuem dificuldades econômicas e emocionais, portanto, estão nos seus limites, e a ausência do Estado, num *laissez-faire* odioso, atinge mortalmente a dignidade humana, valor ontológico do homem, capaz de liberdade. Temos que educar as pessoas para que elas sejam capazes de encontrar a liberdade como expressão de dignidade. Só um homem livre é capaz de respeitar o seu próximo.

Apesar de o Brasil possuir um ordenamento jurídico eficaz, com leis, às vezes superiores aos países desenvolvidos, peca, no entanto, na

aplicação destas leis e, por isto, nós operadores do direito, geriatras, gerontólogos, e toda a sociedade, temos que nos mobilizar para exigir do Estado o cumprimento efetivo dos direitos que estas leis asseguram aos idosos.

A violência familiar contra o idoso só será resolvida com o resgate da dignidade do indivíduo, com o reconhecimento de sua existência cidadã e com a efetiva implantação dos princípios que as leis anunciam, pois dignidade e cidadania são princípios fundamentais da pessoa humana e só através da criação de serviços e programas que possam dar maior suporte à família brasileira para cuidar dos seus idosos em seus lares, como por exemplo, a criação de centros-dia, hospitais-dia, etc, seremos capazes de conter a violência dentro da família e diminuir os índices de negligência e abandono contra este segmento da população. As causas endógenas da violência são agravadas, portanto, com a omissão do Poder Público na implantação dos serviços essenciais ao resgate da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- BEAUVOIR, Simone – *A velhice* – Paris/1970 – tradução de Maria Helena Franco Monteiro – Editora Nova Fronteira - Rio de Janeiro/1990.
- BINGEMER, Maria Clara Lucchetti; BARTHOLO JR., Roberto dos Santos – *Violência, crime e castigo* – Edições Loyola - São Paulo/1996.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco – *Dicionário de política* vol. 2 – 1983 – tradução da EDUNB – Editora da UNB - Brasília/1993.
- BRASIL, *Constituição Federal/88*, 5ª ed. São Paulo: Editora Manole, 2008.
- BRASIL, *Código Civil*, 13ª ed. São Paulo: Editora Rideel. 2007.
- BRASIL, *Código Penal*, 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.
- BRASIL, *Código de Processo Penal*, 14ª ed. São Paulo: Editora Rideel.



2008.

BRASIL, *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

BRASIL, *Lei 10.741* de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

CARAM Dalto – *Violência na sociedade contemporânea* – Editora Vozes – Petrópolis - RJ/1977.

CONFORT, Alex – *A boa idade* – Difusão editorial S/A – São Paulo/1977 – tradução de Nelson Pujol Yamamoto – DIFEL/Difusão Editorial - Rio de Janeiro.

COSTA, Moacir – Coordenador - *Homem e Mulher – crises e conquistas* – Edições Melhoramentos - São Paulo/1990.

COSTA, P.L.; Chaves P.G.S. – *A vivência afetiva e a violência doméstica contra os idosos* (pesquisa) – Belo Horizonte/2003.

FALCÃO, Deusivânia Vieira da Silva; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito – *Maturidade e velhice: pesquisas e intervenções psicológicas* – volume 1 – 1ª edição – Editora Casa do Psicólogo - São Paulo/2006.

FALEIROS, Vicente de Paula – *Violência contra a pessoa idosa – ocorrências, vítimas e agressores* – Editora Universa - Brasília/DF/2007.

FERNANDES, Maria das Graças Melo; FRAGOSO, Kátia Suênia de Melo, in *Revista da terceira idade* nº 25 – SESC - São Paulo/2002.

FERNANDEZ, Isabel – *Prevenção da violência e solução de conflitos: o clima escolar como fator de qualidade* – tradução de Fulvio Lubisco – MADRAS - São Paulo/2005.

FARIAS JÚNIOR, João – *Manual de Criminologia* - Juruá Editora – Curitiba/1996.

GAIARSA, José Ângelo – *Agressão, violência e crueldade* – Editora Gente - São Paulo/1993.

GIL, Antonio Carlos – *Como elaborar projetos de pesquisa* – Editora Atlas - São Paulo/1996.

ICETA, Manuel – *A família como vocação* – Paulus – São Paulo/1999.

LISBÔA, Antonio Marcio J. – *A primeira infância e as raízes da violência* – L.G.E. Editora - Brasília/2006.

MENESES, Neilton Santos (pesquisa) Aracaju/2002.

MINAYO, Maria Cecília – *Violência contra idosos – o avesso do respeito à*



experiência e à sabedoria – Secretaria Especial dos Direitos Humanos - Brasília/2004.

MINAYO, Maria Cecília – *Violência contra idosos: relevância para um velho problema* – Brasília/2003.

OMS – Organização Mundial de Saúde – Relatório Mundial sobre Violência e Saúde – 2002.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos – *Cidadania e Justiça – A política social na ordem brasileira* – Editora Campus - Rio de Janeiro/ 1987.

SOUZA, A. M. V. – *Tutela Jurídica do Idoso – A assistência e a convivência familiar* – Alínea Editora - Campinas/São Paulo.

VELHO, Gilberto; Alvito, Marcos – *Cidadania e violência – Editoras UFRJ/ FGV - Rio de Janeiro/1996.*



A VALIDAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS EM PROL DOS DESIGUAIS

Saraí Araujo Alves, *advogada, pós-graduanda em Direito Processual Civil e em Direito do Estado.*

RESUMO: Este breve estudo pretende uma reflexão acerca da efetividade das ações afirmativas no Processo Civil brasileiro, como proposta para a ratificação do princípio da isonomia, em prol dos desiguais. Intencionou-se revelar, como proposta prioritária, que as ações afirmativas não apenas consagram a igualdade perante a lei, mas sim o direito à igualdade diante das desigualdades. A partir da percepção da necessidade de uma Justiça mais rápida, principalmente no que tange aos processos em que uma das partes está no rol dos desiguais, é que se entendeu a imprescindibilidade da utilização das ações afirmativas em prol destes. Não se pode, como bem asseverava Rui Barbosa, entender uma Justiça tardia, pois, “Justiça tardia não é Justiça, é injustiça manifesta”. A intenção é, justamente, fazer com que estes desiguais sejam igualados no Processo Civil, priorizando-se suas necessidades advindas de suas limitações. Na verdade, o que se pretende é denotar a necessidade de o magistrado, através das ações afirmativas, fazer jus ao direito em favor dos litigantes, fazendo com que ambos participem do processo de forma igualitária. Através deste breve estudo, há de se evidenciar a defesa efetiva da desigualdade processual em consonância com o princípio da isonomia.

PALAVRAS-CHAVE: Ações afirmativas; princípio da isonomia; processo civil; direitos; garantia.

ABSTRACT: This brief study is to reflect on the effectiveness of affirmative action in Civil Procedure, as proposed for the ratification of the principle of equality, in favor of uneven. Purposed to reveal, as proposed priority, that affirmative action not only to equality before the law, but the right to equality before the inequalities. From the perception of the need for quicker justice especially when it comes to cases where one party is on the list of unfair, is that you understand how essential

the use of affirmative action in favor of. Can not, as asserted and Rui Barbosa, understand that justice delayed, because “Justice delayed is not justice, is manifest injustice.” The intention is precisely to make them unequal to be matched in the civil case, prioritizing their needs arising from their limitations. Indeed, the aim is to denote the need for the judge, through affirmative action, to do justice to the law in favor of the parties, so that both parties participate equally. Through this brief study is to demonstrate the effective defense of procedural inequality according to the principle of equality.

KEYWORDS: Affirmative action; principle of equality; civil procedure; rights; guarantee.

1. INTRODUÇÃO

O tema aqui discutido versa sobre a efetividade das ações afirmativas como proposta de utilização no Direito Processual Civil, a fim de que se possa garantir e ratificar, através delas, o princípio da igualdade substantiva, viabilizando, assim, uma Justiça mais rápida, principalmente no que tange aos processos em que uma das partes está no rol dos desiguais. Não se pode, como bem asseverava Rui Barbosa, entender uma Justiça tardia, pois, “Justiça tardia não é Justiça, é injustiça manifesta”.

O sistema normativo processual civil passa, mais uma vez, por modificações, a fim de melhor igualar as condições dos desiguais que são parte do processo. Este novo instituto altera os artigos 1211-A, 1211-B, 1211-C, no CPC, e acrescenta o art. 69-A à Lei nº 9.784.

Destarte, percebe-se que a intenção é, justamente, fazer com que estes desiguais sejam igualados no Processo Civil, priorizando-se suas necessidades advindas de suas limitações.

O Direito, como sendo ciência social, deve sempre estar atento às necessidades da sociedade e garantir que todos sejam tratados de forma igualitária. A Justiça, quando tardia, torna-se uma injustiça, visto que não vai garantir um real direito ao cidadão que dele necessita para continuar a viver de forma digna.

Por ser fato notório, a discriminação acontece a todo momento em

nossa sociedade, seja ela em relação à cor, ao gênero, à orientação sexual, à idade, à condição socioeconômica, dentre tantas outras formas de exclusão social. Entretanto, ela não pode e não deve alcançar os ditames legais, vez que a lei prioriza a igualdade entre todos.

Por isso que as ações afirmativas são um tema atual e de importante relevância, apesar de ser tão polêmico, merecendo destaque no nosso ordenamento jurídico, notadamente no Direito Processual Civil.

2. AÇÕES AFIRMATIVAS

É sabido que, a partir da Declaração Universal de 1948, inúmeros tratados internacionais foram firmados visando à proteção dos direitos fundamentais. Nessa primeira fase (pós-nazismo), os direitos humanos voltavam-se à proteção geral, expressada pelo temor da diferença, embasando-se na igualdade formal. Numa fase posterior, fez-se necessária a proteção do sujeito de direito, visto em sua individualidade e particularidades, surgindo, ao lado do direito à igualdade, o direito à diferença e à diversidade.

Como bem esclareceu o Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, o Professor Universitário Ricardo Maurício Freire Soares, em artigo publicado em 2008:

(...) Como bem observa J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 221), o ser humano passou a despontar como fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes inerentes à representação política. Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.

Embora o primado da dignidade da pessoa humana já pudesse ser depreendido da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de

agosto de 1789, fruto da Revolução Francesa, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, a sua positivação constitucional só foi ocorrer com o advento da Lei Fundamental Alemã de 1949, que preceituava, no seu art. 1.1., que a dignidade do homem é intangível e os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la. A partir deste momento, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser exteriorizado como princípio do constitucionalismo ocidental. (...) ¹

Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em diversos de seus dispositivos, o repúdio pela igualdade “processual” e sua opção pela concepção de igualdade dita “material” ou “de resultados”, podendo ser citados, como exemplo, os artigos 3º, 7, inciso XX, 37, inciso VIII, e art. 170.

Nessa linha de pensamento, enfatiza o Professor Ricardo Maurício, no artigo aqui já mencionado, *verbis*:

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), integrando a categoria dos princípios fundamentais, ao lado de outras normas principiológicas, a saber: princípio republicano, princípio do Estado Democrático de Direito, princípio federativo, princípio da separação de poderes (arts. 1º e 2º), objetivos fundamentais da República (art. 3º), e os princípios que orientam as relações internacionais (art. 4º).

Nesse sentido, oportuna é a lição de Flávia Piovesan (2000, p. 54-55), ao destacar a essencialidade deste princípio, quando salienta **que a dignidade da pessoa humana está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de**

sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Encontra-se também a tradução do princípio no título VII da Carta Magna brasileira, quando o art. 170, *caput*, estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Discorrendo sobre este aspecto, sustenta André Ramos Tavares (2003, PP. 138-139) que se trata, sem dúvida, no art. 170, do mesmo princípio constante do art. 1º, aplicado (especificado) no âmbito econômico, já que a dignidade da pessoa humana ou a existência digna tem, por óbvio, implicações econômicas. Segundo ele, verifica-se que a liberdade caminha com a dignidade, mas o significado mais forte desta está na privação de ofensas e humilhações. No campo econômico, pois, impõe-se que a todos sejam garantidas condições mínimas de subsistência. (...) (grifou-se)²

Como bem ensina o Ministro Joaquim Barbosa, em artigo publicado sobre as ações afirmativas:

Vê-se, portanto, que a Constituição Brasileira de 1988 não se limita a proibir a discriminação, afirmando a igualdade, mas permite, também, a utilização de medidas que efetivamente implementem a igualdade material. E mais: tais normas propiciadoras da implementação do

princípio da igualdade se acham precisamente no Título I da Constituição, o que trata dos Princípios Fundamentais da nossa República, isto é, cuida-se de normas que informam todo o sistema constitucional, comandando a correta interpretação de outros dispositivos constitucionais. **Como bem sustentou a ilustre Professora de Direito Constitucional da PUC de Minas Gerais, Carmen Lúcia Antunes Rocha, “a Constituição Brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio; a ideia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-las (...)** O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilastras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República). E prossegue a ilustre jurista, fazendo alusão expressa aos dispositivos constitucionais acima transcritos: “Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – *construir, erradicar, reduzir, promover* – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º, da Lei Fundamental da República, traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade.³ (...) (grifou-se)

Observa-se, portanto, que a Constituição brasileira está em sintonia com o atual Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com efeito, o Brasil é signatário dos principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, os quais permitem expressamente a utilização das medidas positivas tendentes a mitigar os efeitos da discriminação.

Observa-se que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada hoje por 167 Estados, dentre eles o Brasil (desde 27 de março de 1968) define, em seu 1º, a discriminação racial como:

...qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência na origem nacional ou étnica que tenha como objectivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.

A referida Convenção, ainda em seu artigo 1º, nº 4, preceitua:

Art. 1º - 4. – Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Dispositivo de igual teor também figura no art. 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), ratificada pelo Brasil em 1984, com reservas na área de direito de família, reservas essas que foram retiradas em 1994, *verbis*:

Art. 4º – 1. A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

Cumprido ressaltar que, embora tenha ganhado visibilidade na mídia com as políticas de cotas raciais e com o projeto de lei que cria o Estatuto da Igualdade Racial, as ações afirmativas não se restringem à inclusão de afrodescendentes na sociedade, mas se aplicam também a outros grupos minoritários, como mulheres, portadores de necessidades especiais, minorias étnicas, idosos, crianças, e até a determinadas pessoas jurídicas como associações com finalidade de proteção a certos grupos ou empresas de pequeno porte.

Denota-se, portanto, que as ações afirmativas se utilizam de políticas públicas compensatórias, que visam, em última instância, aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminação, cumprindo, assim, o projeto democrático traçado pela sistemática constitucional de 1988. Por meio delas, transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.

Como bem asseverou o Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior:

...o direito à existência digna não é assegurado apenas pela não abstenção do Estado em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade. Passa também pelo cumprimento de prestações positivas. Não foi à toa que a nossa Lei Fundamental impôs, ao Estado e à

sociedade, a realização de ações integradas para a implementação da seguridade social (art. 194), destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social.⁴

2.1 DEFINIÇÃO

As ações afirmativas são uma criação pioneira do Direito dos Estados Unidos como políticas discriminatórias positivas em contraposição à discriminação negativa.

Ela não pode ser confundida com ação estatal, vez que os particulares, ao desenvolver programas que favoreçam a superação das desigualdades, também estão trabalhando com as ações afirmativas.

Sobre as ações afirmativas, enfatiza a Ministra Carmen Lúcia:

A expressão *ação afirmativa*, utilizada 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 desigualladas, 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.⁵

Enfatiza, por oportuno, a professora Carmen Lúcia, no trabalho acima citado: *“Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detêm o poder.”*

Seus objetivos são os seguintes, segundo lição do Ministro Joaquim B. Barbosa Gomes, no artigo aqui já mencionado, *verbi*:

Assim, além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural,

pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher. O elemento propulsor dessas transformações seria, assim, o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades de ação afirmativa, cuja eficácia como agente de transformação social poucos até hoje ousaram negar. Ou seja, de um lado essas políticas simbolizariam o reconhecimento oficial da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação. De outro, elas teriam também por meta atingir objetivos de natureza cultural, eis que delas inevitavelmente resultam a trivialização, a banalização, na *polis*, da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas à implantação do pluralismo e da diversidade. Por outro lado, as ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas sobretudo eliminar os “efeitos persistentes” (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada “discriminação estrutural”, espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados. [...] Por fim, as ações afirmativas cumpririam o objetivo de criar as chamadas personalidades emblemáticas. Noutras palavras, além das metas acima mencionadas, elas constituiriam um mecanismo institucional de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente.⁶

Como se pode observar, as ações afirmativas se constituem em armas potenciais no combate a qualquer tipo de discriminação. Nesse momento, vale refletir como essas ações podem se tornar efetivas no Direito Processual Civil, a fim de viabilizar a paridade de armas entre as partes, ratificando, assim, a igualdade substancial no âmbito do processo.

2.2 AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Não se pode alcançar a exata dimensão do princípio da igualdade sem que se compreenda, primeiramente, uma das melhores concepções de justiça da atualidade, dada por John Rawls. Esse doutrinador ensina que:

A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. **Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aquiecer a uma teoria errônea é a falta de uma melhor; de maneira análoga, a injustiça só é tolerável quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Por serem as virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça não aceitam compromissos. (grifou-se)⁷**

A ideia da igualdade sofreu, ao longo do tempo, uma notável evolução em sua aceção, não restando dúvidas de que a Constituição de 1988 acolheu a transformação do princípio da igualdade, passando este de um conceito constitucional estático e negativo, para um conceito dinâmico e positivo. Esta nova noção exige do legislador e dos operadores do Direito uma maior atenção, a fim de que o dogma da igualdade formal não venha a ser um obstáculo em defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.

Como enfatiza a melhor doutrina, se soubermos quando podemos discriminar, conheceremos o conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

Sobre a matéria, bem enfatiza o jurista português Guilherme Machado Dray, citado por Joaquim Barbosa em seu artigo sobre as ações afirmativas, aqui já mencionado:

Paulatinamente, porém, a concepção de igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições.⁸

Percebe-se, portanto, que as ações afirmativas compreendem que a igualdade deixa de ser apenas um princípio jurídico, passando a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

Em se tratando de discriminação, é o princípio da isonomia que vai controlá-la e, através da não-discriminação, vai funcionar como norte para coibir o tratamento diferenciado a qualquer cidadão. Como bem enfatizou o Ministro Joaquim Barbosa:

...não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha-se erguido de uma condição periférica à de

potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo no plano doméstico uma política de exclusão, aberta ou dissimulada, legal ou meramente informal, em relação a uma parcela expressiva de seu povo.

(...)

Com efeito, a discriminação, como um componente indissociável do relacionamento entre os seres humanos, reveste-se inegavelmente de uma roupagem competitiva. Afinal, discriminar nada mais é do que uma tentativa de se reduzirem as perspectivas de uns em benefício de outros. Quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais que impedem o seu combate, mais ampla se mostra a clivagem entre discriminador e discriminado. Daí resulta, inevitavelmente, que aos esforços de uns em prol da concretização da igualdade se contraponham os interesses de outros na manutenção do *status quo*. É curial, pois, que as ações afirmativas, mecanismos jurídicos concebidos com vistas a quebrar essa dinâmica perversa, sofram o influxo dessas forças contrapostas e atraíam considerável resistência, sobretudo da parte daqueles que historicamente se beneficiaram da exclusão dos grupos socialmente fragilizados. (grifou-se)⁹

Hodiernamente, mesmo com todo o aparato legal que impõe a não-discriminação, ainda se percebe uma forte tendência a se discriminar as pessoas através de diversas maneiras. Essa prática está mais arraigada na questão da raça, gênero, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.

2.3 AÇÕES AFIRMATIVAS E AS QUESTÕES DE GÊNERO

Falar da discriminação de gênero é perceber toda a história evolutiva da sociedade mundial. Mesmo que a mulher tenha alcançado um patamar atual de ascensão profissional, ainda assim, a discriminação em relação a ela é latente e imperante. Notoriamente, esta discriminação era ratificada até mesmo legalmente. No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, esta discriminação foi combatida, permitindo a existência de mecanismos capazes de superá-la. Foi justamente com o intuito de combater esta discriminação de gênero que surgiram as Leis 9.100/1995 e 9.504/1997, que estabeleceram cotas mínimas de candidatas mulheres para as eleições. Estas leis revelam que o Estado reconhece a discriminação existente entre homens e mulheres na sociedade. Estas leis vieram efetivamente implementar a isonomia em matéria de gênero.

Sobre a matéria, bem enfatizou a Desembargadora Maria Berenice Dias:

Frágeis e insuficientes, no entanto, são os mecanismos de promoção da igualdade de gênero, pois, em nome da preservação ao princípio da isonomia, acaba-se consagrando a desigualdade. A incorporação, em textos legais, de dispositivos de proteção à mulher por meio de incentivos específicos, funda-se na concepção, incluída em textos de convenções internacionais, de que não seriam consideradas discriminatórias medidas ou ações afirmativas com o propósito de sanar situações de desigualdade.

A Plataforma de Ações aprovada na IV^a Conferência Mundial sobre a Mulher, em Beijing, no ano de 1.995 - documento subscrito pelo Brasil -, reafirma e recomenda a adoção de ações afirmativas, por meio de quotas, incentivos fiscais e medidas legais que busquem superar a desigualdade entre homens e mulheres.¹⁰

Outro notável avanço contra a discriminação de gênero foi a publicação da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Essa senhora, Maria da Penha, foi homenageada na referida lei, diante de sua notável superação na vida pessoal, cuja história cabe destacar, *verbis*:

Maria da Penha protagonizou um caso simbólico de violência doméstica e familiar contra a mulher. Em 1983, por duas vezes, seu marido tentou assassiná-la. Na primeira vez por arma de fogo e na segunda por eletrocussão e afogamento. As tentativas de homicídio resultaram em lesões irreversíveis à sua saúde, como paraplegia e outras sequelas. Maria da Penha transformou dor em luta, tragédia em solidariedade. À sua luta e a de tantas outras devemos os avanços que pudemos obter nestes últimos vinte anos.¹¹

A Lei 11.340/2006 é resultado do trabalho conjunto de diversas ONG's, juntamente com a sociedade civil e o Governo Federal, constituindo um notável avanço na efetivação dos Direitos Humanos e das ações afirmativas no Brasil. Sobre essa lei, cabe enfatizar:

(...) O novo texto legal foi o resultado de um longo processo de discussão a partir de proposta elaborada por um consórcio de ONGs (ADVOCACY, AGENDE, CEPIA, CFEMEA, CLADEM/IPÊ e THEMIS). Esta proposta foi discutida e reformulada por um grupo de trabalho interministerial, coordenado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, e enviada pelo governo federal ao Congresso Nacional.

Através da relatoria do projeto de lei foram realizadas audiências públicas em assembleias legislativas das cinco regiões do país, ao longo de 2005, que contaram com intensa participação de entidades da sociedade civil e resultaram em um substitutivo acordado entre a relatoria, o consórcio de ONGs e o executivo federal

que terminaria aprovado por unanimidade no Congresso Nacional e sancionado pela Presidência da República.

Em vigor desde o dia 22 de setembro de 2006, a Lei Maria da Penha dá cumprimento, finalmente, à Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, da OEA (Convenção de Belém do Pará), ratificada pelo Estado brasileiro há 11 anos, bem como à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), da ONU. (...) ¹²

Cabe lembrar que a constitucionalidade da referida lei chegou a ser questionada. Os que sustentaram a sua inconstitucionalidade, afirmaram que a lei fere o princípio da isonomia, na medida em que estabelece uma desigualdade somente em função do gênero, além de que a mulher vítima estaria sendo beneficiada com melhores instrumentos de proteção e punição contra o agressor, fato este não observado em benefício do homem, quando este fosse vítima da violência doméstica ou familiar.

Cabe enfatizar, por oportuno, que a lei visa à proteção das mulheres em relação aos membros da sua comunidade familiar, formada por vínculos de parentesco natural (pai, mãe, filha etc), civil (marido, sogra, padrasto ou outros), por afinidade (primo ou tio do marido, por exemplo) ou afetividade (amigo que mora na mesma casa). Isto é, assegura maior proteção frente àqueles indivíduos que deveriam proporcionar à vítima (mulher) um mínimo de amor, respeito e dignidade, valores que devem estar presentes em qualquer entidade familiar.

Ademais, no âmbito doméstico e familiar, dentre os casos de violência doméstica, é quase absoluto se tratar de violência cometida contra mulheres e crianças. É raro alguém presenciar ou noticiar um caso de violência doméstica em que a vítima era o companheiro/marido e a mulher, a agressora.

Não podemos deixar de lembrar que a questão da violência doméstica, no período anterior ao advento da Lei 11.340/2006, recebia tratamento negligente e descompromissado por parte do Estado, para dizer o mínimo. Com efeito, os crimes de lesão corporal e ameaça, delitos mais constantes no âmbito da violência familiar e doméstica,

eram conceituados como crimes de menor potencial ofensivo. Destarte, recebiam o tratamento legal previsto pela Lei 9099/95, que, na grande maioria das vezes, ensejava, quando não a renúncia do direito de representação por parte da vítima – o que acarretava a extinção da punibilidade do agressor –, a imposição de transação penal ao autor do fato, sob a forma mais comum de doação de cestas básicas à entidade pública ou privada com destinação social (nos termos ditados pelo parágrafo 1º. do artigo 45 do CPB).

Tal situação configurava, obviamente, um estímulo à impunidade e servia de incentivo para o agressor manter-se numa postura arrogante e desafiadora ao aparelho estatal de repressão à violência.

O Judiciário mostrou-se sensível à ratificação dessa modalidade de ação afirmativa, com a implementação da Lei Maria da Penha, conforme se observa com os julgados abaixo relacionados:

LEI MARIA DA PENHA. HABEAS CORPUS. MEDIDA PROTETIVA. RELAÇÃO DE NAMORO. DECISÃO DA 3ª SEÇÃO DO STJ. AFETO E CONVIVÊNCIA INDEPENDENTE DE COABITAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DE ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A MEDIDA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DECURSO DE TRINTA DIAS SEM AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir os conflitos n.ºs. 91980 e 94447, não se posicionou no sentido de que o namoro não foi alcançado pela Lei Maria da Penha, ela decidiu, por maioria, que naqueles casos concretos a agressão não decorria do namoro.

2. Caracteriza violência doméstica, para os efeitos da Lei 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas

causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação.

3. O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica.

4. O princípio da isonomia garante que as normas não devem ser simplesmente elaboradas e aplicadas indistintamente a todos os indivíduos, ele vai além, considera a existência de grupos ditos minoritários e hipossuficientes, que necessitam de uma proteção especial para que alcancem a igualdade processual.

5. A Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, justificando-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar.

6. O Ministério Público tem legitimidade para requerer medidas protetivas em favor da vítima e seus familiares.

7. Questão ainda não analisada pela instância a quo não pode ser objeto de análise por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

8. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. (STJ, Sexta Turma, HC 92875 / RS, Relatora Desembargadora Convocada do TJMD, Ministra Jane Silva, data do julgamento 30/10/2008, grifou-se)

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE LESÕES CORPORAIS (ART.129, §9º, CP) - PRELIMINAR -INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA) - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO

CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA - MÉRITO - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS - PALAVRA DA VÍTIMA - COERÊNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA - CONDENAÇÃO MANTIDA - APELO IMPROVIDO. I - A Lei Maria da Penha foi resultado de inúmeras reivindicações de diversos setores da sociedade brasileira, inconformados com a crescente violência doméstica praticada contra a mulher, e também de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a exemplo dos instituídos na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém - ratificada em 27 de novembro de 1995 e promulgada por meio do Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. II - Inexiste qualquer afronta ao princípio constitucional da isonomia, pois segundo a acepção deste é necessário tratar os desiguais na medida de suas desigualdades e a Lei Maria da Penha objetiva a concretização deste princípio, coibindo práticas violentas crescentes contra a mulher, a qual, historicamente, é vítima de discriminação. III - Não cabe a absolvição quando o acervo probatório constante nos autos oferece a segurança necessária para embasar um juízo condenatório, que é o caso. IV - A palavra da vítima, estando em harmonia com a conclusão do laudo pericial de lesões corporais, ganha especial relevo, sendo suficiente para embasar um juízo condenatório. V - Apelo improvido. Unânime. (TJSE, Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 0665/2008, Relator Desembargador Edson Ulisses de Melo, julgado em 22 de junho de 2009, grifou-se)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEI

Nº 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA) - MEDIDAS PROTETIVAS - INCONSTITUCIONALIDADE - INOCORRÊNCIA - RECURSO PROVIDO. O princípio da isonomia não pode ser entendido de maneira absoluta, pois apesar da Constituição Federal considerar todos iguais perante a lei (isonomia formal), o texto constitucional possui mecanismos para dar proteção aos hipossuficientes, como se depara no § 8º do art. 226 (isonomia material). Assim, a Lei Maria da Penha constitui um mecanismo constitucional de proteção à mulher discriminada nas relações familiares, não havendo inconstitucionalidade em seus dispositivos. (TJMG, 5ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0672.06.226189-2/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS, Relator do Acórdão Dês. Adilson Lamounier, julgamento 20/05/2008, grifou-se)

2.4 AÇÕES AFIRMATIVAS E OS PORTADORES DE DEFICIÊNCIAS

Segundo o Programa de Ação Mundial¹⁵, no mundo, existe atualmente um grande número de pessoas portadoras de deficiência. Na maioria dos países, em cada dez pessoas, uma é portadora de deficiência.

A Constituição Brasileira, em seu artigo 37, VIII, prevê expressamente a reserva de vagas para deficientes físicos na Administração Pública. As Leis nº 7.835/89 e 8.112/1990, que regulamentaram o mencionado dispositivo constitucional, implementaram as ações afirmativas em prol dos deficientes físicos.

Com efeito, a Lei 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União) estabelece, em seu artigo 5º, §2º, que *“às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento)*

das vagas oferecidas no concurso.”

O Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a matéria, atuou de forma a referendar a “discriminação positiva”, senão vejamos:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada.** Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, Primeira Turma, RE 227299/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 14/06/2000, grifou-se)

2.5 AÇÕES AFIRMATIVAS E A LEI Nº 12.008, DE 29 DE JULHO DE 2009

Em 2009, através da promulgação da Lei 12.008/2009, houve a alteração dos artigos 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C, todos do Código de Processo Civil, abaixo transcritos, senão vejamos:

Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.

Art. 1.211-B. A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas.

§ 1º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

Art. 1.211-C. Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, em união estável.

A Lei 12.008/2009 trouxe ainda uma importante inovação ao acrescentar o art. 69-A à Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, *in verbis*:

Art. 69-A. Terão prioridade na tramitação, em qualquer órgão ou instância, os procedimentos administrativos em que figure como parte ou interessado:

I - pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos;

II - pessoa portadora de deficiência, física ou mental;

[...]

IV - pessoa portadora de tuberculose ativa, esclerose múltipla, neoplasia maligna, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, ou outra doença grave, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após o início do processo.

§ 1º A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade administrativa competente, que determinará as providências a serem cumpridas.

§ 2º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária. [...] (grifou-se)

Pelo que se pode observar, os referidos artigos revelam a prioridade oferecida às pessoas com mais de sessenta anos, portadoras de deficiência e com doenças graves, com relação à tramitação dos processos não apenas no âmbito judiciário, mas também no administrativo.

Há de se ressaltar que, em se tratando dos idosos, esta prioridade já era garantida pelo Estatuto do Idoso, Lei 10.173 de 2001.

Imprescindível é que a pessoa interessada requeira nos autos do processo e comprove, através de documentos, que se enquadra nas hipóteses acima mencionadas. A prioridade vai acontecer depois de constatada a adequação da parte solicitante. Neste momento, há o benefício da prioridade do processo e o mesmo passa a ser visto de forma especial.

Pode-se dizer que estas reformas do Código do Processo Civil podem propiciar uma prestação jurisdicional mais célere.

Percebeu-se que o legislador teve a preocupação de não apenas favorecer os idosos, mas também aquelas pessoas que, por algum motivo, podem ser prejudicadas pelo retardamento da prestação jurisdicional.

Como é notória, a demora na prestação jurisdicional é fator prejudicial a qualquer pessoa, no entanto, o legislador intuiu a urgência na efetividade da prestação jurisdicional ao grupo de pessoas tratadas pela Lei 12.008/2009, dando efetividade, portanto, aos ditames trazidos pela Carta da República de 1988 ao referendar o meta princípio da dignidade da pessoa humana como um paradigma de nosso ordenamento jurídico.

2.6 AÇÕES AFIRMATIVAS E O PROCESSO CIVIL

É de se notar que as ações afirmativas são instrumentos que já são utilizados, na atualidade, pelos Poderes do Estado, notadamente o Judiciário e o Executivo, nas mais diversas oportunidades, a fim de se efetivar a igualdade material entre as partes. Podem-se citar alguns exemplos de sua aplicação, consoante se observa das transcrições legais abaixo citadas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu artigo 4º, traz como princípio norteador a prioridade absoluta dada às crianças e aos adolescentes:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação

dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;**
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;**
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;**
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (grifou-se)**

Pode-se ainda visualizar a aplicação das ações afirmativas com a adoção da Lei 1.060/50, no âmbito do Direito Processual Civil, na medida em que a parte menos favorecida economicamente não se verá inviabilizada de requerer a produção de uma prova pericial, por exemplo, por não poder arcar com os honorários periciais, nem, muito menos, ter obstaculizado o seu acesso ao Judiciário, por não dispor de recursos para o pagamento das custas iniciais do processo. Como se observa, essa lei dá plena efetividade ao art. 5º, inciso XXXV que preconiza: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”*. Observando-se as diretrizes trazidas pela Lei 1.060/50:

Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986)

Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

(...)

V - dos honorários de advogado e peritos.

VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade. (Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001)

VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

(...)

Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986)

Art. 5º. *Omissis*

(...)

§ 2º. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais.

§ 3º. Nos municípios em que não existirem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado.
(...)

Referidas diretrizes foram também ratificadas com o §1º do art. 22 da Lei 8.906/94:

Art. 22. *Omissis*

§1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.
(...) (grifou-se)

Outra não é a ideia trazida pelas ações afirmativas no âmbito do Processo Civil, quando se autoriza a inversão do ônus da prova, a fim de viabilizar a paridade de armas em proveito do consumidor, a teor do que preconiza o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, em seu artigo 6º, abaixo transcrito:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (...)

Denota-se, pela sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, o poder conferido ao juiz de direcionar a instrução processual, visando, sempre, um equilíbrio equânime entre as partes, sem comprometer a duração razoável do processo e os princípios decorrentes do devido processo legal. É o que se depreende da leitura dos artigos abaixo colacionados:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Pode-se visualizar ainda a incidência das ações afirmativas com a nova Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, ao preconizar, *verbis*:

Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas corpus.

§ 1o Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator.

§ 2o O prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de 5 (cinco) dias.

Não se pode olvidar a importância da prioridade quanto aos precatórios alimentares, a teor do que preconiza o art. 100 da Constituição Federal.

Em relação aos precatórios, não se pode deixar de mencionar a Emenda Constitucional nº 62, que altera o regime de pagamento dos precatórios devidos pela União, Estados e Municípios. Referida emenda preconiza que os entes federativos, que possuírem débitos judiciais superiores ao valor previsto em orçamento, poderão pagar primeiro os precatórios considerados de pequeno valor e aqueles pertencentes a pessoas com mais de 60 anos.

Como se pode observar, diversos são os institutos que hoje são utilizados pelo Estado na facilitação e na efetividade dos direitos das minorias, seja em nível endoprocessual, seja em nível extraprocessual.

No entanto, cabe ressaltar que tais medidas ainda são insuficientes

para atender à enorme necessidade de um país periférico como é o Brasil, com tantas deficiências na aplicação das políticas públicas em áreas essenciais, como a educação, saúde, dentre tantas outras.

No âmbito do Poder Judiciário, constata-se a ausência da adequada oportunidade de Defensorias Públicas em todos os Estados, a não obediência à duração razoável do processo, a falta de preferência de julgamento aos portadores de doenças graves, dentre tantas outras situações que, por serem notórias, fazem parte da consciência coletiva de nossa sociedade.

Entretanto, e como neste estudo procurou se ressaltar, há grande movimentação por mudanças, tanto em termos de produção legislativa, como aqui observado, mas também como um anseio da população, já tão sofrida, e dos próprios operadores do Direito que, em última instância, deverão ser os grandes incentivadores de novos paradigmas cada vez mais significativos, a fim de que possamos minorar a desigualdade substancial. Nessa nova dimensão, os juízes têm um significativo papel como agentes transformadores das mudanças demandadas pela sociedade.

Nesse sentido, bem enfatizou o doutrinador e Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia e Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP, Dirley da Cunha Júnior, sobre a atuação do Magistrado:

A expansão do papel do Juiz é uma exigência da sociedade contemporânea, que tem dele reclamado, mais do que uma mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei, um destacado *dinamismo* ou *ativismo* na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos fundamentais e valores substanciais, em especial. Essa demanda social, fruto das novas condições sociais e econômicas, tem propiciado um crescente reconhecimento do fenômeno da *criação judicial do Direito*, por meio de uma interpretação constitucional criativa e concretizadora, em virtude da qual os juízes e tribunais investem-se da aptidão e legitimidade para inovar a ordem jurídica, constituindo *ex novo* o Direito, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais, ainda

que dependentes de legislação concretizadora.

(...)

...O Juiz, no Estado Social da sociedade de massas, deve assumir novas responsabilidades e aceitar a nova missão de interventor e criador das soluções reclamadas pelas novas demandas sociais, tornando-se co-responsável pela promoção de interesses finalizados por objetivos socioeconômicos. Do contrário, mostrando-se incapaz de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, máxime dos direitos sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação. Nós não precisamos de Juízes assim.¹⁴

É este o fim último buscado e ansiosamente almejado no Estado de Direito, por intermédio, especialmente, das ações afirmativas, em seus mais diversos matizes.

3. CONCLUSÃO

Ao término deste estudo, percebeu-se que, através da criação das ações afirmativas, houve uma maior efetivação da cidadania para uma parcela da população que está em condição desfavorável.

Não há como se exercer a cidadania de forma plena se não for respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana. Imprescindível, pois, que todos possam ter uma vida digna, através da garantia de seus direitos fundamentais. Entretanto, o que se evidencia no contexto atual é uma desigualdade social latente, notadamente no âmbito processual. Porém, as ações afirmativas vêm justamente trabalhar no sentido oposto desta discriminação, garantindo a dignidade e a inclusão social aos grupos sociais potencialmente visados, tais como os afrodescendentes, os deficientes físicos, os índios, as mulheres e os idosos. Elas se tornam instrumentos de efetivação dos direitos destes grupos.

Algumas pessoas, por conta de situações debilitantes as mais diversas, deveriam gozar de tratamento especial no processo, fazendo com que a celeridade fosse uma prerrogativa a elas assegurada. O magistrado, ainda que na ausência de lei, deve valer-se dos princípios norteadores

do processo, a fim de propiciar, durante todo o trâmite processual, a paridade de armas entre os litigantes, seja na elaboração da prova, seja na nomeação de defesa técnica aos necessitados, objetivando, sempre, uma prestação jurisdicional adequada e eficiente, diante das peculiaridades do caso concreto.

Durante muito tempo, desde a promulgação do Código do Processo Civil, os menos favorecidos estavam à mercê da morosidade e nem sempre conseguiam usufruir de seus reais direitos. A partir da Lei nº 12.008/09, este problema foi resolvido e deu-se mais uma chance de garantia de igualdade material aos idosos, deficientes físicos e portadores de doenças graves.

Há de se ressaltar, porém, que não bastam apenas mecanismos legais que diminuam a morosidade do processo. Estas alterações devem ser vistas como ferramentas potenciais para uma prestação jurisdicional mais justa e célere aos que mais precisam de urgência na resolução das lides nas quais estejam envolvidos.

Por fim, não se pode afastar a cautela recomendada pela Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha (*Apud* Gomes) na aplicação das ações afirmativas, *verbis*:

É importante salientar que não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. **Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, como o objetivo de se romperem preconceitos contra elas ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar,**

a estudar, a se divertir etc. com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, empregos, em locais de lazer etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade. (grifou-se)¹⁵

Partindo-se dessas premissas, pode-se ir além, e contemplar o objetivo primaz das ações afirmativas: tornar o princípio da igualdade substancial uma realidade concreta, vivida e sentida por nossa sociedade, que, assim, deverá incorporar o valor da igualdade como objeto de um direito primário de ordem constitucional, como um valor universal a permear e infundir todas as relações sociais.

Assim ocorrendo, pode-se esperar pelo dia em que três objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (“construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “reduzir as desigualdades sociais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”) deixem de ser uma proclamação meramente retórica, e, a partir dessa construção diuturna das ações afirmativas, sejam incorporados ao cotidiano das pessoas, à nossa realidade nacional.

Notas

¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, justiça e princípios constitucionais*. Salvador: Jus Podivm, 2008, pág 77 a 92. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado - Anhanguera–Uniderp | Rede LFG, pág. 04.

² SOARES, Ricardo Maurício Freire, Op. Cit., pág. 5.

³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro*. Artigo publicado na Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 38 n. 151 jul./set. 2001 P. 129-152. Material da 2ª aula da Disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – UNIDERP/REDE

LFG, pág. 12.

⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Fonte disponível em: <http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina93.doc>. Material da 7ª aula da Disciplina Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado

– Anhanguera-Uniderp | Rede LFG, pág. 11.

⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, nº 15, p. 85-99, 1996.

⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa, Op. Cit., pág. 08.

⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pág. 04.

⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa, Op. Cit., pág. 03.

⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa, Op. Cit., pág. 05.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Ações afirmativas: uma solução para a desigualdade*. Disponível em < <http://www.universia.com.br/materia/imprimir.jsp?id=8459> > Acesso em 13 de maio de 2010.

¹¹ <<http://www.trabalho.df.gov.br/paginas/imprensa/download/leimariadapenha.pdf>>, pág. 07. Acesso em 16 de maio de 2010.

¹² <<http://www.trabalho.df.gov.br/paginas/imprensa/download/leimariadapenha.pdf>>, pág. 10. Acesso em 16 de maio de 2010.

¹³ Programa de ação mundial para pessoas deficientes – Biblioteca virtual de Direitos Humanos. Disponível em <www.direitoshumanos.usp.br> Acesso em 13 de maio de 2010.

¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Interpretação constitucional e a criação judicial do direito: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais*. Revista Baiana de Direito, Salvador, nº 01, p. 181-200, jan./jun. 2008. Material da 5ª aula da Disciplina Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – Anhanguera-Uniderp | Rede LFG, páginas 02 e 13.

¹⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit., pág. 19.

4. BIBLIOGRAFIA

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, justiça e princípios constitucionais*. Salvador: Jus Podivm, 2008, pág 77 a 92. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado - Anhanguera -Uniderp | Rede LFG.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro*. Artigo publicado na Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 38 n. 151 jul./set. 2001 P. 129-152. Material da 2ª aula da Disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – UNIDERP/REDE LFG.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Fonte disponível em: <http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina93.doc>. Material da 7ª aula da Disciplina Teoria Geral

do Estado e do Direito Constitucional, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – Anhanguera-Uniderp | Rede LFG.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, nº 15, p. 85-99, 1996.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008

DIAS, Maria Berenice. *Ações afirmativas: uma solução para a desigualdade*. Disponível em < <http://www.universia.com.br/materia/imprimir.jsp?id=8459>> Acesso em 13 de maio de 2010.

BRASIL. Lei nº 11.340/2006. Disponível em: <http://www.trabalho.df.gov.br/paginas/imprensa/download/leimariadapenha.pdf>, Acesso em: 16 de maio de 2010.

BRASIL, Programa de ação mundial para pessoas deficientes – Biblioteca virtual de Direitos Humanos. Disponível em <www.direitoshumanos.usp.br> Acesso em 13 de maio de 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Interpretação constitucional e a criação judicial do direito: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais*. Revista Baiana de Direito, Salvador, n. 01, p. 181-200, jan./jun. 2008. Material da 5ª aula da Disciplina Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – Anhanguera-Uniderp | Rede LFG.

