

## ACHEGAS SOBRE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO: UMA ABORDAGEM ANALÍTICO-NORMATIVA

*Beclaute Oliveira Silva*

Doutor em Direito (UFPE). Mestre em Direito (UFAL). Professor Adjunto (Mestrado e Graduação) da FDA/UFAL. Membro do IBDP e da ABDPC. Sócio Fundador da ANNEP.

O Universo não é uma ideia minha.  
 A minha ideia do Universo é que é uma ideia minha.  
 A noite não anoitece pelos meus olhos,  
 A minha ideia da noite é que anoitece pelos meus olhos.  
 Fora de eu pensar e de haver quaisquer pensamentos  
 A noite anoitece concretamente  
 E o fulgor das estrelas existe como se tivesse peso.  
 Fernando Pessoa (*Alberto Caeiro, in Poemas Inconjuntos*)

**RESUMO:** *O presente trabalho aborda o tema da inserção dos tratados de direitos humanos, no sistema pátrio, em uma perspectiva normativa, dando ênfase ao aspecto sintático, embora o semântico e o pragmático, por certo, ocasionalmente sejam mencionados. A influência kelseniana no presente escrito será determinante, dada a contribuição do aludido autor à análise escalonada do sistema jurídico, bem como sua visão de norma jurídica, além da influência que seu pensamento possui sobre o modo de pensar deste articulista.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Direitos Humanos. Tratados.*

**ABSTRACT:** *The present work approaches the subject of the insertion of the treated ones to human rights, in the native system, in a normative perspective, giving emphasis to the syntactic, even so the semantic one aspect and the pragmatic one, for right, occasionally is mentioned. The influence kelsenians in this writing is crucial, given the contribution of the author alluded to the staggered analysis of the legal system as well as its vision of rule of law, and the influence that his own thinking about the way of thinking of this writer.*

**KEYWORDS:** *Human Rights. Treated.*

### INTRODUÇÃO

Este artigo será desenvolvido sob a seguinte sistemática. O primeiro item terá por função fixar algumas premissas que servirão de fio condutor do que será desenvolvido neste ensaio.

No segundo item, a análise se voltará para os tratados de direitos humanos aprovados de forma ordinária, enfatizando-se a distinção feita pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343/SP, que diferenciou, do ponto de vista normativo, os aludidos tratados das demais leis, bem como o modo como estes são inseridos no direito pátrio. Neste

ponto, destacam-se a questão da inserção de nova categoria introdutória de normas jurídicas, as leis supralegais, bem como sua eficácia impeditiva, já que esta tem o condão de suspender, de certa forma, o efeito de norma constitucional.

Além disso, será efetuada uma pequena abordagem acerca do controle dos aludidos tratados, sem pretensão de exaurir o tema, já que se busca trazer para o debate, sob um prisma formal, alguns problemas da conjuntura constitucional pátria hodierna.

No último item, a questão que irá ser posta e analisada tem por objeto a possibilidade de o Poder Constituinte Reformador inserir no sistema nova cláusula pétreia. Esta discussão é relevante no intuito de situar normativamente os tratados de direitos humanos, que uma vez inseridos via Emenda Constitucional, veiculam direitos e/ou garantias fundamentais.

Bem, eis a proposta e o caminho a ser trilhado. Cumpre lembrar que as opiniões aqui lançadas não são verdadeiras nem falsas, mas apenas uma forma de ver o mundo.

## **1 ESTABELECENDO ALGUMAS PREMISSAS**

Ao se referir ao Poder Constituinte, Britto (2003, p. 47-48) fez questão de salientar a necessidade de se delimitar as linhas que o separam do Poder Reformador. Lança assim as seguintes ponderações: “[...] o Poder Constituinte é o poder de dispor sobre o todo da Constituição, e não menos; o Poder Reformador (que é um poder estatal, e, portanto, constituído) é o poder de dispor sobre partes da Constituição, e não mais”.

Acrescenta que o Poder Constituinte impede que o mundo jurídico mude por conta própria “*a ponto de dar a si mesmo um novo começo.*” (BRITTO, 2003, p. 48, grifos no original). Desta feita, não pode o constituído tornar-se constituinte. Essas premissas, fixadas no trabalho do Min. Carlos Ayres Brito, juntamente com a pena analítica de Alf Ross, irão nortear algumas das linhas neste trabalho.

Para que o Poder Constituinte Originário seja preservado em nosso sistema, faz-se mister o respeito às denominadas cláusulas pétreas, entre as quais estão os direitos e as garantias fundamentais. Só a partir da delimitação dos contornos do que sejam tais cláusulas é possível demarcar a competência do Poder Reformador.

Outro ponto relevante a ser destacado consiste em entender como se insere no sistema jurídico a categoria *supralegalidade*. Trata-se de uma lei abaixo da Constituição e acima das

demais leis? A resposta a essa questão irá repercutir no modo como se comprehende o ordenamento pátrio. Forte no caso a concepção kelseniana de função criativa do ato de aplicar o direito, em que um ato de cognição se entrelaça a um ato de vontade gerativo de novas significações (KELSEN, 1979, p. 462-473), já que coube ao STF abrir novas veredas.

Serão essas linhas que irão permear estas achegas de perfil analítico-normativo, a começar pela análise dos tratados de direitos humanos, inseridos na ordem jurídica pátria de forma ordinária<sup>1</sup>. Os tratados veiculados sob a forma do art. 5º, §3º, da CF/88 (EC nº 45/2004) serão objeto de averiguação no item 3 deste trabalho.

## **2 TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS APROVADOS PELA VIA ORDINÁRIA**

### **2.1 NATUREZA JURÍDICA: LEGAL, CONSTITUCIONAL OU SUPRALEGAL?**

Inicialmente, com relação aos direitos e garantias fundamentais, um problema de demarcação surgiu por conta da estipulação contida no art. 5º, § 2º, da CF/88, que se transcreve: “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.”

O aludido texto levou a interpretações de que havia uma abertura formal para inclusão de novos direitos e garantias fundamentais, sem a via da Emenda Constitucional e, por consequência, de novas cláusulas pétreas, para além das fixadas pelo Poder Constituinte Originário, no ato de pôr a Constituição. Seria uma forma flexível de alterar o sistema constitucional, no ponto referente aos direitos e garantias fundamentais. Esta corrente exegética passou a reputar os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil como norma constitucional. (TUCCI, 1998; PIOVESAN, 2003).

Neste trabalho, opta-se por outro caminho hermenêutico. Na realidade, o Poder Constituinte Originário não criou uma forma simplificada de alteração da Constituição. Enfatiza-se aqui a supremacia da Constituição. (BOMFIM, 2008, 31-34). Apenas deixou claro que o rol de direitos e garantias fundamentais catalogados no art. 5º da CF/88 não era *numerus clausus*. Esse é o entendimento que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal

---

<sup>1</sup>Qualifica-se de forma ordinária o modo comum de admissão de tratados no direito pátrio, já que a EC nº 45/2004 acrescentou uma forma especial de inserção dos aludidos instrumentos normativos.

Federal e pelo próprio Poder Reformador, que fez incluir uma nova maneira, mas não a única, de introdução dos tratados de direitos humanos no sistema pátrio. Deve-se salientar que antes do aludido julgamento, havia na doutrina o entendimento de que lei federal teria o condão de revogar disposições inseridas em tratados ratificados, já que estes não gozavam de primazia sobre aquela. (REZEK, 1998).

Com relação ao entendimento perfilhado pelo STF, o caso emblemático é o que teve por objeto a análise do Pacto de San José da Costa Rica, Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, no RE 466343/SP, quanto à prisão civil do depositário infiel. Como é cediço, o aludido tratado versa sobre direitos humanos. A decisão veiculada no referido feito definiu o mencionado tratado como sendo de natureza “supralegal”, nos seguintes termos:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status normativo supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.460/2002)<sup>2</sup>. (Destaque no original).

A definiçãoposta na decisão é a que melhor se coaduna com a ordem jurídica pátria? Pode ser. Contudo, outra possibilidade pode ser construída. É o que se propõe de forma sintética no próximo subitem.

## 2.2 SUPRALEGALIDADE E SUA INSERÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO

Deve-se destacar que a estipulação lançada na fundamentação em recurso extraordinário, que é o caso, não prescreve, mas indica o modo como o julgador chegou à decisão. Fundamentação, no caso, não prescreve, descreve, ainda que para cumprir estipulação normativa – obrigatoriedade de fundamentar (art. 93, IX, da CF/88). (SILVA, 2007). Por ser descritiva, submete-se ao juízo de verificação verdade-falsidade típico das ciências. Por essa razão, pode-se criticar o sentido do termo supralegal do ponto de vista

---

<sup>2</sup> Trecho conclusivo do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Ayres Britto, no julgamento do RE 466343/SP.

descriptivo, já que, do ponto de vista prescritivo, a discussão ficaria para o âmbito de validade-invalidade, que não é pertinente para os limites do presente texto.

Indo ao tema, pode-se afirmar que, com relação ao adjetivo supralegal, percebe-se que foi utilizado, na decisão do STF anteriormente referida, com o intuito de indicar uma relação hierárquica. No caso, a relação de hierarquia entre os tratados de direitos humanos ratificados da forma comum e as demais leis pátrias.

A ideia difundida não parece ser a que melhor se amolde ao sistema pátrio. Por isso se propõe outra interpretação, sem que isso venha de alguma forma alterar as consequências da decisão veiculada pelo STF, mas tão só lançar uma descrição mais condizente à estrutura vigente.

A nova leitura se impõe pelo fato de que a existência de uma instância hierárquica diferente implicaria a adição de um novo degrau no sistema escalonado difundido por Hans Kelsen. Até aqui, nenhum problema. A questão é que a inserção de novo patamar, entre a Constituição e as demais leis infraconstitucionais, implicaria admitir que a norma denominada “supralegal” funciona como fundamento de validade das leis que lhe são subalternas. Isso é o que decorre do ensinamento de Kelsen (1979, p. 310) sobre a matéria. A citação, malgrado longa, esclarece o que se pretende defender. Segue:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta.

Assim, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções retirariam seu fundamento de validade dos tratados sobre direitos humanos. Não parece ser esta a melhor interpretação, pelo que se prefere abandoná-la. Mas qual seria a construção hermenêutica apta a solucionar de forma sistêmica o aludido problema? No caso, seria inserir os tratados de direitos humanos aprovados de forma ordinária como sendo uma nova categoria ao lado das demais, mas com competência concorrente ante os outros instrumentos de introdução de norma jurídica. Em vez de pô-la em outro degrau, colocá-la ao lado. Justifica-se.

A supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos ratificados de forma ordinária resulta numa espécie diferenciada de competência concorrente, já que sua existência não impediria, por exemplo, que outro instrumento introdutor de normas veiculasse, em sua omissão ou ausência, regulação sobre direitos humanos. Assim, o legislador infraconstitucional será livre para regular a matéria, desde que não haja estipulação em tratado, mantendo-se uma competência concorrente cumulativa ou plena. (CUNHA, 2008, p. 815). Regular em lei o que já está regulado em tratado teria a mesma consequência de uma matéria reservada à lei complementar ser veiculada por lei ordinária. Não há um problema de hierarquia, mas de competência. Um conflito de legalidade.

A diferenciação na competência concorrente aplicada aos tratados de direitos humanos decorre do fato de que a superveniência do tratado não torna ineficaz a disposição da outra lei, mas a revoga, como assentou a decisão do Supremo Tribunal Federal. Aqui não se aplicaria a disposição do art. 24, §4º, da CF/88<sup>3</sup>. Tampouco o disposto no art. 24, §1º, da CF/88<sup>4</sup>, já que não se trata de vínculo entre lei federal e estadual, mas de instrumentos normativos emanados da esfera federal.

Outro argumento apto para justificar a inserção horizontal dos tratados supralegais é o fato de não existir no sistema pátrio um controle de supralegalidade, ao modo do controle de constitucionalidade e de legalidade. Assim, não sendo categoria de nível constitucional, submete-se ao controle de legalidade típico dos demais instrumentos primários infraconstitucionais de inovação da ordem jurídica. (CARVALHO, 2004).

Por essas razões se opta por entender que os tratados supralegais são instrumentos primários de inovação da ordem jurídica ao lado dos demais instrumentos de igual função. Todos submetidos ao estatuído pela Constituição Federal vigente.

### **2.3 REVOGAÇÃO DOS TRATADOS SUPRALEGAIS**

Uma questão que se coloca é qual o instrumento apto para revogar um tratado supralegal. Como há matéria própria, resta evidente que, assim como uma lei ordinária não pode revogar uma lei complementar, um tratado não pode ser revogado por outra lei ordinária

---

<sup>3</sup> Art. 24, § 4º, da CF/88: “A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia a lei estadual, no que lhe for contrário”.

<sup>4</sup> Art. 24, §1º, da CF/88: “No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

ou complementar, por exemplo. Entretanto, os tratados não são imutáveis. Podem-se vislumbrar três formas possíveis de revogação.

A primeira maneira seria a denúncia, forma normal de revogação de tratados, sendo um ato de competência exclusiva do Chefe do Executivo. (WEIS, 1999, p. 35). Corta-lhe a vigência, possuindo conteúdo negativo.

Outra forma seria a inserção de outro tratado suprallegal no sistema. Neste caso, poderia haver a revogação expressa ou tácita (critério cronológico ou da especialidade). No caso da revogação tácita, sempre oportuna a feliz constatação de Gabriel Ivo (2006, p. 1004-111), de que a revogação tácita é subjetiva, só verificável no ato de aplicação, ou seja, no caso concreto.

A Emenda Constitucional também aparece como uma forma de se retirar do sistema disposições de tratados suprallegais ou até mesmo ele próprio. Talvez este seja o modo mais eficiente e prático de se alterar disposições suprallegais.

À exceção da denúncia, os outros modos são capazes de reintroduzir a eficácia da prisão do depositário infiel. Ou seja, a sistemática eleita pelo STF acabou por estipular uma alta restrição à discricionariedade do Legislativo pátrio. Ressalta-se que a Corte Suprema não elaborou a partir do nada, mas do produto veiculado pelas instâncias competentes que ratificaram o tratado, bem como editou a EC nº 45/2004, conferindo novo estatuto aos tratados de direitos humanos, como bem salientou Gilmar Ferreira Mendes em seu voto, já citado.

## 2.4 CONFLITO ENTRE TRATADO SUPRALEGAL E DEMAIS LEIS FEDERAIS

Como já adiantado no subitem 2.2, não há uma relação de hierarquia entre as demais leis federais e os tratados suprallegais. Assim, o conflito possível será no campo da matéria. Ou seja, se a matéria versa sobre direitos humanos, a primazia sempre será dos tratados, embora a legislação comum possa versar sobre ela complementando, sem restringir, aditando ou inovando. Exercício, pois, de uma competência concorrente diferenciada ou *sui generis*.

Uma questão que se põe é: se a legislação interna é mais benéfica que a supralegal, qual prevalece?

Uma saída seria adotar a sistemática de que a lei melhor deveria prevalecer, já que o tratado de direitos humanos não poderia ser empecilho ao exercício pleno de direitos, que pela conjuntura internacional dos países signatários não puderam avançar tanto como na legislação interna, livre das ingerências de cada Estado, no jogo de força internacional.

Outra solução seria aplicar a primazia dos tratados supralegais sobre a legislação interna, mesmo que a disciplina sobre a matéria na lei local seja mais benéfica.

Duas soluções possíveis. Opta-se pela segunda. A escolha pela primazia dos tratados internacionais, como deixou assentado o STF, foi decorrência do próprio texto constitucional originário, art. 5º, §2º, da CF/88: “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.” Conjugado pela opção do Poder Reformador, inseriu o parágrafo terceiro no artigo quinto da Constituição, reforçando o papel dos tratados de direitos humanos para o sistema pátrio.

Ou seja, há uma nítida direção para o instrumento, a forma. Ademais, esta interpretação reforça a ideia de compromisso internacional em defesa dos direitos humanos, firmado pelo país no plano externo, catalogado pelo Poder Constituinte Originário como princípio regente das relações do Brasil com outros Estados, art. 4º, II, da CF/88: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II- prevalência dos direitos humanos.”

Não se descarta a primeira possibilidade, até porque, em um trabalho de orientação kelseniana, o que menos se espera é uma interpretação correta. Os sentidos diversos são sempre possíveis. No entanto, a primeira opção não parece ser a que melhor se coaduna à sistemática estabelecida pelo ordenamento vigente.

No plano interno, o conflito entre tratados supralegais e demais instrumentos normativos ou até mesmo entre dois ou mais tratados supralegais deve ser resolvido em última instância, via recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, art. 105, III, a, da CF/88:

Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

Isso porque, como já exposto, o tratado supralegal não é Constituição, tampouco é superior às demais leis do sistema.

## 2.5 O ART. 5º, LXVII, DA CF/88 E O PACTO DE SAN JOSE DA COSTA RICA (tratado supralegal)<sup>5</sup>

A análise do disposto no art. 5º, LXVII, da CF/88 se faz necessária neste momento, já que o aludido dispositivo esteve no centro da discussão sobre a natureza dos tratados internacionais, inseridos no sistema pátrio de modo ordinário. “[...]não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

A construção elaborada pela Suprema Corte deitou raízes na distinção efetivada por Afonso da Silva, com a nomenclatura eleita por Maria Helena Diniz acerca da eficácia da norma<sup>6</sup> constitucional. O constitucionalista paulista classificou as normas constitucionais da seguinte forma: norma constitucional de eficácia plena, norma constitucional de eficácia contida, norma constitucional de eficácia limitada. (AFONSO DA SILVA, 2007, p. 81). Maria Helena Diniz (1989, p. 100-101) denominou a norma de eficácia contida como norma de eficácia redutível ou restringível, sendo o último termo o mais difundido.

A preocupação aqui será a norma de eficácia contida ou restringível, pois foi esta categoria a escolhida pelo STF para servir de fundamento à decisão do STF no RE 466.343/SP.

Como salienta Cunha Júnior (2008, 160), a incidência das aludidas normas não necessita de eventual complementação infraconstitucional. No entanto, a própria norma constitucional prevê meios ou conceitos que possam vir a conter a sua eficácia plena. No mesmo sentido caminha Bomfim (2008, p. 39), que afirma sobre a questão: “o que caracteriza esta última é a simples *possibilidade* de contenção e não apenas a efetiva redução dos efeitos.” A seguir, a definição Afonso da Silva (2007, p. 116):

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência

<sup>5</sup> Os argumentos lançados neste item tomam por parâmetro a sistemática eleita pelo STF, embora este articulista entenda que a norma que estipula a prisão civil do depositário fiel seja de aplicabilidade plena e imediata.

<sup>6</sup> O termo norma está sendo utilizado no sentido comum e não como sendo o mínimo irredutível do deôntico, por exemplo, já que é desta forma que o constitucionalista paulista trabalha.

discrecionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

Acrescenta Diniz (1989, p. 101) que seu âmbito eficacial não poderá ser ampliado, mas restringido por intervenção legislativa. Noutros termos, restringir não é eliminar. Em sua exposição, a autora paulista indica como exemplo de norma constitucional de eficácia restringível a prevista no art. 5º, LXVII, da CF/88, em comento.

Esclarecido o aludido ponto, passa-se a abordar o dispositivo que versa sobre a prisão civil.

Como percebeu de forma analítica Britto, em seu voto no RE nº 466.343/SP, existem duas normas no dispositivo constitucional (art. 5º, LXVII, da CF/88). Uma que veda a prisão civil por dívida, e outra que estabelece duas exceções permissivas. Transcreve-se:

O fato é que o tema prisão civil – e os eminentes Ministros que me precederam bem demonstram – é de matriz constitucional, vem regrado por um dispositivo, inciso LXVII do art. 5º, que tem dois bens caracterizados relatos ou dos núcleos deônticos de facilíma percepção. O primeiro é uma regra geral vedatória, claramente exposta: não haverá prisão civil por dívida. Esse é o comando central, o compromisso da Constituição com a liberdade física de locomoção do indivíduo. Não haverá prisão civil por dívida. Os atosnegociais não terão a força de viabilizar a prisão de quem quer que seja, mas a Constituição, no segundo relato, no seu segundo núcleo deôntico, traz duas exceções: não há dúvida. Podemos até dizer, por isso mesmo, que essa norma constitucional é de eficácia restringível, num primeiro momento, a estimular o legislador a trabalhar no campo da aplicação das ressalvas, mas o fato é que são apenas duas ressalvas: a primeira, inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, ainda que nessa ressalva a Constituição tenha tentado dificultar a prisão civil porque o inadimplemento há de ser voluntário e, mais do que isso, inescusável de obrigação alimentícia e, finalmente, a do depositário infiel<sup>7</sup>.

A tese acima transcrita, norteadora da decisão, traz alguns problemas. Não há no texto constitucional remissão à restrição de eficácia posta no dispositivo, como, por exemplo, a previsão do art. 5º, VIII, da CF/88: “[...] ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.” Exemplo presente na obra de Diniz e Cunha Júnior, ambas já citadas.

Tampouco há nos dispositivos conceitos jurídicos indeterminados que imponham uma restrição à sua aplicabilidade. Ou seja, o conceito de norma constitucional de aplicabilidade contida ou restringível não se aplicaria ao disposto na questão do depositário infiel, apesar da opção feita pelo STF e por Diniz, salvo no caso de se considerar “prisão civil” e “depositário

---

<sup>7</sup>Trecho do voto do Min. Carlos Ayres Britto no RE nº 466.343/SP.

infiel” expressões veiculadoras de conceitos juridicamente indeterminado, tais como: ordem pública, relevância, perigo público eminentes etc. Parece não ser o caso.

Outro problema que se impõe à adoção da classificação de Afonso da Silva e Diniz (1989, p. 101) ao caso é o fato de que a norma infraconstitucional reduz a eficácia da norma constitucional, mas não a elimina, “isto porque nascem com todas as potencialidades, porém, mediante conceitos nelas contidos ou por intervenção legislativa, seu âmbito eficacial não será ampliado, mas restringido.”

Então em que lugar se enquadra a restrição eficacial para a possibilidade de prisão civil do depositário infiel? Criou-se uma nova categoria ou uma norma de eficácia contida *sui generis*?

Crê-se que não. A situação da norma que prevê a prisão civil não se enquadra na hipótese de norma constitucional de eficácia contida, mas na categoria de norma constitucional de eficácia limitada. Na lição de Cunha Júnior (2008, p. 161), “são normas que, ao revés, dependem da intervenção legislativa para incidirem, porque o constituinte, por qualquer motivo, não lhes emprestou normatividade suficiente para isso” o que não impede que as aludidas normas irradiem efeitos aptos a inibir ou impedir a edição de disposições. (p. 161).

A opção pela norma constitucional de eficácia limitada se dá pelo fato de que para que haja prisão civil se faz necessária previsão infraconstitucional, segundo entendimento lançado pelo STF. Tal previsão existia antes do nascimento da Constituição de 1988. Por tal razão o dispositivo tinha aplicabilidade imediata e direta, mas não por si, senão pelo complemento infraconstitucional (Código Civil de 1916, DL nº 911/69 e Código Civil de 2002).

No caso, o tratado de San José da Costa Rica, admitido como supralegal, revogou as previsões que complementavam a regra constitucional da prisão civil do depositário infiel, dando-lhe eficácia imediata e direta. Desta forma, cessou a aptidão para produzir efeitos. Tornou, naquele ponto, a norma constitucional ineficaz. Tem assim natureza impeditiva de efeitos.

Assim, não houve uma redução ou restrição ou contenção de eficácia, mas a eliminação desta, até que seja restabelecida por outro tratado supralegal ou por emenda constitucional, únicas formas, como visto, de restabelecer a eficácia plena da norma constitucional que prescreve a prisão do depositário infiel. Situação análoga pode vir a acontecer com relação ao devedor de alimentos.

Por versar a matéria acerca de restrição à liberdade, a eficácia limitada não pode dar ensejo a controle por omissão. O modal deôntico é o permitido, sob a forma bilateral (permitido fazer ou permitido não fazer ou, simplesmente, faculdade). Ademais, não poderia manejar-se a ação direta de constitucionalidade por omissão, na situação, ainda que o modal fosse obrigatório, já que a omissão que obriga o Legislativo se dá no plano infraconstitucional. O poder de reformar a Constituição sempre é uma faculdade.

### **3 CLÁUSULAS PÉTREAS E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS VIA EMENDA CONSTITUCIONAL**

A Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu um novo modo de entronização de tratados de direitos humanos. Tal previsão está estipulada no art. 5º, §3º, da CF/88: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). É uma faculdade. Pode o legislador pátrio aprovar um tratado de direitos humanos como categoria supralegal ou constitucional. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada mediante o Decreto Legislativo nº 186, de 9/7/2008, seguiu o rito previsto no art. 5º, §3º, da CF/88, sendo norma constitucional.

Deflui do exposto que as garantias contidas nos tratados, para ganhar a cunha de preceito constitucional, necessitam submeter-se aos regimes das emendas constitucionais. Porém, serão cláusulas pétreas os tratados de direitos humanos constitucionalizados? Noutros termos, pode o Poder Reformador elaborar novas cláusulas pétreas?

Um ponto que deve ser levado em consideração no debate decorre do disposto no art. 5º, §2º, da CF/88, c/c o art. 60, §4º, IV da CF/88: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.” Imunizam-se, assim, pela cláusula pétrea, outros direitos e garantias que decorriam dos princípios por ela adotados, como é o caso da anterioridade tributária, anualidade da eleição, mandado de injunção coletivo, fundamentação da decisão judicial etc. No caso, serão cláusulas pétreas as garantias fundamentais expressas e implícitas, impostas pelo constituinte originário.

Para resolver o problema que norteia este item, deve-se levar em consideração que o Poder Constituinte Originário estabeleceu em nossa Constituição o que, quem, quando e onde

poderia ser objeto de reforma. O artigo que estabelece as cláusulas pétreas são as normas básicas de nosso sistema jurídico. Como salienta Ross (1997, p. 67), a norma básica de um sistema não pode ser juridicamente modificada. A mudança dela só pode ocorrer por um poder de fato e não de direito.

A partir da premissa lançada por Ross (1997, p. 68), pode-se afirmar que não possui competência o poder constituído de se reformular, ou seja, de criar novos limites ao poder de reforma, construindo novas cláusulas pétreas. Nas palavras de Alf Ross, “[...] una competencia derivada que no destruye la competencia de la cual se deriva, sino que funciona dentro de ella.” Interessante conclusão a de Britto (2003, p. 85):

Se o poder constituído pudesse a qualquer tempo se travestir de poder constituinte, alternando a seu gosto os planos do ser e do dever-ser, ele teria a possibilidade de se assumir como coveiro da Constituição que o fez nascer e aí privaria de sentido a própria e verdadeira função constituída, que é, como bem o disse o constitucionalista argentino Reinaldo Vanossi, a de impedir o surgimento de um poder revolucionário.

A possibilidade de se alterar cláusulas pétreas criaria outro problema, a saber, a possibilidade de o Poder Constituinte Derivado se autolimitar, gerando óbices ao exercício da competência derivada conferida pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Legislativo.

Mendes (2007, p. 219) denomina a regra que veda a aludida alteração como cláusula pétreia implícita, pois intangíveis ao Poder de Revisão: “as normas que disciplinam o próprio procedimento de emenda, já que o poder delegado não pode alterar as condições da delegação que recebeu.”

Ora, ampliar o rol de cláusulas pétreas implica modificar as condições da delegação – no caso analisado, suprimindo-a parcialmente. Tal prerrogativa extrapola a delegação conferida pelo Poder Constituinte Originário ao Legislativo Federal. A ADI nº 3685-DF, que definiu o princípio da anualidade da eleição como cláusula pétreia, reforça o argumento ao reputar a EC nº 4/93 não como inovação, mas como mero aperfeiçoamento do dispositivo criado pelo Poder Constituinte Originário, como se lê do seguinte excerto do acórdão da ADI acima referida: “6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral”.

Reforçando o argumento, o preciso e analítico pensamento de Britto (2003, p. 76):

Quem pode modificar, suprimir, ou aditar uma cláusula pétreia substantiva, pode assim proceder com todas as outras, pois “cesteiro que faz um cesto, faz um cento”. E com total ingerência do Poder Reformador nas cláusulas

pétreas, a ponto de suprimi-las, onde fica a identidade axiológica da Constituição? Onde ficam as principais “ideias de Direito” (Georges Burdeau) que serviram de mote à faina constituinte?

Admitir tal prática implicará também a própria ruptura da ordem constitucional, maculando sua cláusula mais cara, que é a supremacia da Constituição, como bem destacou Britto (2003, p. 78-79).

Por isso, embora os tratados de direitos humanos introduzidos sob a forma do art. 5º, §3º, da CF/88 veiculem direitos e/ou garantias fundamentais, podem ser objeto de alteração por via de emenda constitucional, até mesmo revogados<sup>8</sup>, pois se submetem aos limites que o Poder Constituinte Originário estabeleceu para o modelo normativo vigente. Não goza assim, no sistema constitucional, de qualquer primazia, seja ela formal ou material.

Noutros termos, o Poder Constituinte Reformador pode criar novos direitos e novas garantias fundamentais, mas não nova cláusula pétreia.

## NOTAS CONCLUSIVAS

Pretendeu-se neste texto trazer alguns problemas, com as respectivas reflexões sobre os tratados de direitos humanos. Aqui, nada de conclusivo, tão só de indicativo. Esta foi a proposta.

No percurso gerativo do presente ensaio, muito se alinhavou acerca do tormentoso tema dos tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com o sistema jurídico pátrio, facilitado pelas reflexões teóricas do Min. Carlos Ayres Britto, ora concordando, ora discordando, em um diálogo franco.

A título de notas finais, sintetizo algumas reflexões:

- a- Os tratados de direitos humanos podem veicular normas de natureza infraconstitucional, qualificadas como supralegais, e normas de natureza constitucional.
- b- Os tratados supralegais não são hierarquicamente superior às demais leis infraconstitucionais, apesar da orientação do STF.
- c- A revogação dos tratados supralegais pode ser realizada pela denúncia, por outro tratado supralegal ou por emenda constitucional.

---

<sup>8</sup>Aqui não se adota o chamado “princípio da proibição de retrocesso”, categoria ideológica política de matriz comtiana (basta ler a chamada “lei dos três estados”) que hoje se tem apresentado como novidade. Como diria Cazuza, em “O tempo não para”: “Eu vejo o futuro repetir o passado. Eu vejo um museu de grandes novidades.”

- d- Conflito entre tratados supralegais e os demais instrumentos infraconstitucionais deverá ser dirimido em última instância pelo STJ.
- e- A existência de tratados supralegais não elimina a possibilidade de o legislador infraconstitucional disciplinar questões referentes aos direitos humanos, mas sua superveniência implicará revogação dos diplomas que regulem a mesma matéria de modo diverso, ainda que sejam mais benéficos.
- f- A regra que prevê a prisão do depositário infiel, apesar da decisão do STF, não é uma norma constitucional de eficácia contida ou restrinível, mas uma norma constitucional de eficácia limitada.
- g- A Emenda Constitucional que introduz tratado de direitos humanos no sistema jurídico interno cria direitos e/ou garantias fundamentais, mas não tem o condão de criar cláusula pétreas, já que esta é atribuição do Poder Constituinte Originário.
- h- Tratados de direitos humanos veiculados por Emenda Constitucional podem ser revogados por outra Emenda Constitucional.

## REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BOMFIM, Thiago. **Os princípios constitucionais e sua força normativa.** Salvador: Jus Podivm, 2008.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: JusPodivm, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos.** São Paulo: Saraiva, 1989.
- IVO, Gabriel. **Norma jurídica:** produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** Trad. João B. Machado. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1979.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REZEK, J. F. **Direito Internacional Público**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSS, Alf. Sobre la auto-referencia y um difícil problema de derecho constitucional. In: **El concepto de validez y otros ensayos**. Trad. Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés. 3. ed. México: Fontamara, 1997.

SILVA, Beclaute Oliveira. **Agarantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**. São Paulo: RT, 1998.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

## REGULAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E SERVIÇOS PÚBLICOS: UMA VINCULAÇÃO ESSENCIAL

*Mônica Teresa Costa Sousa*

Doutora em Direito (UFSC). Professora do Curso de Graduação em Direito e de Pós-Graduação (Mestrado) em Cultura e Sociedade da UFMA. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito e Desenvolvimento (NEDD/UFMA). Avaliadora do INEP/MEC.

**RESUMO:** *O artigo apresenta primeiramente o contexto histórico da reforma do Estado no Brasil, considerando as significativas mudanças para a Administração Pública, o que deu ensejo à criação de um modelo inovador de organização e fiscalização das atividades econômicas e dos serviços públicos no Brasil, tal seja o modelo regulatório. Neste novo ambiente administrativo que gerou consequências econômicas, o processo de desenvolvimento deve ser tomado não apenas a partir dos indicadores econômicos favoráveis, mas também considerando o crescimento do número de usuários de serviços públicos e a necessidade de incremento da universalização não apenas como princípio, mas como diretriz do processo de regulação de tais serviços.*

**PALAVRASCHAVE:** *Regulação. Desenvolvimento. Serviços Públicos.*

**ABSTRACT:** *The article shows primarily the historic context of the State renovation in Brazil, considering the significant changes to the Public Administration, which give opportunity to the creation of an innovative model of organization and supervision of economic activities and public services in Brazil, such as the regulatory model. In this new administrative environment that generated economic consequences, the process of development should be taken not only from favourable economic indicators, but also considering the growth on the number of public service users and the necessity to increase the universalization, not only as a principle, but as a guideline of the process of regulation of such services.*

**KEYWORDS:** *Regulation. Development. Public Services.*

### INTRODUÇÃO

Desde o início da década de 1990 o Estado brasileiro vem passando por alterações significativas em se tratando da ordem econômica. Muito se questionou acerca de tais modificações, seja em relação ao momento político que marca o que se convencionou chamar de reforma do Estado, seja por causa das profundas transformações em determinados setores da economia, que passam a contar com uma nova estrutura de fiscalização e controle, tal seja a regulação.

Embora previsto na CF/88 praticamente desde sua origem, o não exercício direto de atividades econômicas pelo Estado se torna uma realidade efetivada a partir da política de privatizações, instituição das agências reguladoras e consequentes marcos regulatórios em

setores sensíveis da ordem econômica nacional, notadamente a prestação de serviços públicos, dantes concentrados exclusivamente nas mãos do Estado.

Na esteira de uma reformulação do Estado subsidiada pelos exemplos de reformas em países anglo-saxônicos e por relatórios do Banco Mundial, o Estado brasileiro inicia nos anos 1990 uma tentativa de modernização e reestruturação que encontra reflexo na ordem constitucional vigente e, apesar de grande número de críticas principalmente a partir dos partidos de oposição ao governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, toma forma definitiva com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

A partir do modelo administrativo proposto, o Estado deixaria de ser prestador direto de serviços públicos e se afastaria de atividades econômicas comumente associadas à Administração Pública, como telefonia e prospecção de petróleo, em exemplos respectivos. A proposta tinha como objetivo, além da reconfiguração da Administração Pública, transformar a prestação de serviços e o exercício de atividades econômicas em forças capazes de promover o desenvolvimento, seja através do alargamento do ambiente concorrencial, seja por meio da universalização de serviços públicos.

A ideia central deste artigo é, em um primeiro momento, analisar o contexto histórico em que se deu a reforma do Estado, apontando suas principais características e alterações que deram novos rumos à Administração Pública, para em seguida iniciar-se a discussão acerca da necessidade de determinação de um novo modelo de organização e fiscalização das atividades econômicas e dos serviços públicos no Brasil, tal seja o modelo regulatório.

Finalizar-se-á a exposição das ideias com a vinculação necessária, neste novo ambiente econômico e administrativo, entre a regulação e o processo de desenvolvimento, tomando este não apenas como crescimento econômico, o que seria facilmente percebido a partir do ambiente competitivo alargado, mas também a partir do crescimento do número de usuários de serviços públicos e da necessidade de incremento da universalização não apenas como princípio, mas como diretriz do processo de regulação dos serviços públicos.

## **1 REGULAÇÃO COMO NECESSIDADE: A REFORMA DO ESTADO NO BRASIL**

A década de 1980, não por acaso denominada década perdida, marca a grande crise que assolou os Estados da América Latina em seu contexto organizacional e fiscal. Embora se pretenda, a partir de argumentos da esquerda latino-americana, gravá-la como decorrente das

práticas de Estados desenvolvidos que provocaram a crise da dívida, ou ainda, por meio dos argumentos ditos neoliberais, marcar a crise como decorrente do populismo, protecionismo e estatismo típicos das economias sul americanas, o fato é que a crise se deu em razão do próprio modelo de desenvolvimento experimentado pelos países latinos entre as décadas de 1930 e 1970. Bresser-Pereira (1998, p. 91) afirma que os fatores que desencadearam a crise se devem principalmente ao modelo nacional-desenvolvimentista marcado por uma forte ingerência do Estado na condução das atividades econômicas.

O Brasil não se manteve alheio a esse padrão. Desde a I Guerra Mundial a ordem econômica nacional estava voltada para um modelo centralizador e marcadamente intervencionista, seja na prestação de serviços públicos seja na exploração de atividades econômicas que hoje nem de longe são consideradas atividades essenciais ao Estado, sendo mineração e siderurgia exemplos paradigmáticos. O nacionalismo que tomava conta da economia nacional impedia a expansão do mercado, vez que atividades econômicas de grande porte se perpetuavam nas mãos do Estado, sem chances, inclusive do ponto de vista legal e normativo, de que fossem exercidas pela iniciativa privada.

Esse ambiente de diminuta concorrência e por consequência nenhuma competitividade entre iniciativa privada e agentes públicos contribuiu negativamente para o alargamento do Estado e sua natural burocratização, situação que em meados da década de 1990 não mais tinha lugar em um ambiente internacionalmente volátil e competitivo do ponto de vista financeiro, haja vista o processo de privatização de empreendimentos públicos ter se tornado uma regra mundial, o que pode ser confirmado considerando-se a venda da Volkswagen, na Alemanha e a venda da British Telecom, no governo da então primeira ministra Margareth Thatcher, na Inglaterra. No continente sul americano, o movimento ganha força primeiramente no Chile, levando-se em conta os ditames do Banco Mundial e culminando com a venda da Teléfonos de Chile, em 1990. (RIBEIRO; EID JÚNIOR, 2003).

O Estado brasileiro precisava modernizar-se e o empresariado mostrava força estruturando-se a fim de tomar o lugar do Estado em atividades que seguramente seriam melhor exploradas pela iniciativa privada, deixando ao Estado espaço, orçamento e organização para atividades que realmente lhe dissessem respeito, como saúde, educação e segurança. Tem-se ainda que as grandes estatais, por muito tempo, foram consideradas “cabides de emprego”, considerando principalmente a distribuição de cargos comissionados junto às empresas do Estado. A redução desse inchaço empregatício era um dos incentivos ao

processo de privatização e reorganização das estatais. Sobre esta questão, Ribeiro e Edi Júnior (2003, p. 26) esclarecem:

Argumentos sobre sua [das empresas estatais] ineficiência e má administração, associados à imagem de haverem se tornado cabides de emprego, sujeitas às mazelas e obscuridades do poder político, foram gradativamente minando a estrutura montada pelo Estado. Este havia se tornado um mau gestor, um mau patrão.

A fim de alcançar objetivos de eficiência e boa administração, o governo federal, notadamente a partir do primeiro governo Fernando Henrique Cardoso, inicia uma série de medidas com vistas à reorganização e reposicionamento do Estado. Posteriormente, um relatório do Banco Mundial não por acaso denominado *The State in a changing world*, confirma a necessidade de mudança no modelo estatal. O relatório afirma de maneira categórica que a busca pelo desenvolvimento demanda um Estado presente, mas não onipresente, ou seja, o Estado é central para o processo de desenvolvimento, não como agente isolado e sim como sócio, um facilitador e fiscalizador. (WORLD BANK, 1997, p. 5).

A década de 1990 é precisamente a década da globalização. A rapidez na circulação de informações e a redução dos custos desta disseminação significaram um aumento substancial na movimentação de capital e no aumento da produtividade e competitividade internacional. É neste cenário que as grandes empresas nacionais e multinacionais tomam força e conglomerados empresariais se lançam no mercado dos até então exclusivos serviços públicos.

O Estado tinha dificuldades em se sustentar o Estado como único ente prestador de benefícios e serviços públicos, considerando inclusive a participação mais efetiva da sociedade civil consumidora e usuária destes serviços. Materializava-se a partir desta nova modelagem um Estado capaz de encontrar, junto à iniciativa privada, agentes capazes de fornecer serviços que antes oneravam e impediam o mesmo de exercer suas atividades essenciais. Para Bresser-Pereira (1998, p. 93), a relação que deveria ser estabelecida entre Estado e agentes privados não poderia ser antagônica, e sim complementar, observados os setores onde cada agente (público e privado) é mais eficiente.

A partir dessas premissas, desencadeou-se, principalmente no Brasil, uma série de reformas econômicas que foram desde a privatização de setores antes sob o domínio exclusivo do Estado, como mineração e siderurgia, até a tida como mais impopular das reformas econômicas, a representada pela Emenda Constitucional n. 9, de 1995, que findou o monopólio das atividades relacionadas à exploração de petróleo no Brasil.

Essas medidas, denominadas de neoliberais, não são simplesmente a dilapidação do patrimônio público, como muito se disse a época. São orientadas para o mercado, sem dúvida, mas seu objetivo central era tornar o país mais competitivo, vez que tornavam os agentes econômicos menos dependentes da ação do Estado. Estes mesmos agentes, advindos da iniciativa privada, são capazes de realizar aportes financeiros em infraestrutura que oneravam desnecessariamente o Estado, isso sem falar na meritocracia determinante para a ocupação de cargos estratégicos.

No Brasil, a proposta de reformulação do Estado se concretiza como já informado, a partir de 1995, com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e a instituição do Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). As iniciativas de reforma do Estado foram primeiramente aplicadas em países desenvolvidos como a Inglaterra, Austrália e Nova Zelândia, e o Brasil se destaca por ter sido o primeiro país em desenvolvimento a pôr em prática tal projeto.

Sob o ponto de vista jurídico-organizacional, a maior repercussão da reforma do Estado é a Emenda Constitucional n.19, de 1998, conhecida por Emenda Constitucional de Reforma da Administração Pública. Justamente neste ano o MARE deixa de existir e as ações sequenciais que dizem respeito à reforma do Estado ficam a cargo, em nível federal, do Ministério do Planejamento.

De acordo com o Plano Diretor da Reforma do Estado, o objetivo da reforma passa pelas seguintes dimensões:

[...] a) uma dimensão institucional-legal, voltada à descentralização da estrutura organizacional do aparelho do Estado através da criação de novos formatos organizacionais, como as agências executivas, regulatórias, e as organizações sociais; b) uma dimensão gestão, definida pela maior autonomia e a introdução de três novas formas de responsabilização dos gestores – a administração por resultados, a competição administrada por excelência, e o controle social – em substituição parcial dos regulamentos rígidos, da supervisão e da auditoria, que caracterizam a administração burocrática; e c) uma dimensão cultural, de mudança de mentalidade, visando passar da desconfiança generalizada que caracteriza a administração burocrática para uma confiança maior, ainda que limitada, própria da administração gerencial. (MARE, 1995, p. 44).

A dimensão institucional-legal é a mais representativa para este texto, vez que a instituição de agências reguladoras se confirma em setores antes dominados exclusivamente pelo Estado, e que agora não têm mais o ente público como fornecedor do serviço, como no caso do serviço de telefonia fixa comutado, ou em setores em que o Estado permanece atuante, mas compete com agentes privados, como no setor petrolífero.

As agências reguladoras, nestes exemplos, representadas respectivamente pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e Agência Nacional de Petróleo (ANP), são realidade e fiscalizam desde o compartilhamento de infraestrutura até a resolução de eventuais conflitos entre o usuário do serviço e o concessionário. Deste modo, o Estado acaba por diminuir seu papel como executor ou prestador do serviço, sem, entretanto, permanecer alheio ao mesmo, vez que as agências reguladoras são por excelência entidades da Administração Pública.

As estratégias de reorganização estavam previstas no relatório do Banco Mundial divulgado em 1997. Por meio de uma reorganização, o Estado passaria a se legitimar sobre sua eficiência econômica. O ambiente administrativo favorável ao mercado faria com que este e o Estado se afinassem em torno de uma competitividade dita sistêmica, em que estariam tais entes (Estado e mercado) alinhados na tentativa de otimizar as condições de competitividade do país. (LECHNER, 1996, p. 40). O Estado estaria, a partir de então, voltado para a criação de condições atraentes para os investimentos estrangeiros ao mesmo tempo em que coordenava e não mais executava isoladamente os fatores internos de produção, tendo em vista uma estratégia desenvolvimentista.

Esse papel, a partir das determinações do Banco Mundial (1997), passava por cinco etapas, a saber:

- i) estabelecer um marco jurídico-institucional estável e confiável a fim de maximizar a eficiência do mercado;
- ii) promover a estabilidade econômica, a disciplina fiscal e o controle do déficit público;
- iii) investir pesadamente em serviços sociais essenciais e de infraestrutura;
- iv) proteger, a partir de políticas públicas determinadas e em redes de segurança social, os mais vulneráveis economicamente
- v) proteger o meio ambiente, inclusive da ação extensiva do mercado, resguardando-se o conceito de desenvolvimento sustentável. É neste quadro que se insere o modelo regulador. A inovação trazida com a criação das primeiras agências reguladoras diz respeito principalmente à consecução da primeira tarefa do novo Estado, tal seja estabelecer regras jurídicas de conduta para os agentes econômicos, num ambiente econômico e jurídico estável e confiável, não mais sujeito aos critérios políticos em caráter exclusivo.

## 2 REGULAÇÃO E INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

O modelo de participação do Estado na atividade econômica, pautado no art. 173 da CF/88 traz a ideia esclarecida acima, ou seja, o Estado não mais há que se portar como único agente econômico, ou mesmo como agente superior, salvo as ressalvas feitas pelo próprio texto constitucional, tais sejam os casos de relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional. Esse afastamento estatal em decorrência do texto constitucional e de sua efetivação a partir da reforma do Estado abriu caminho à prestação de serviços públicos por meio de entes particulares.

Essa delegação, entretanto, não há que se dar de maneira descontrolada. Não prestar diretamente não significa não fiscalizar, cobrar, intervir. A figura da intervenção do Estado no domínio econômico persiste, seja no exercício direto de atividades econômicas com fins lucrativos ou não, seja na prestação de serviços públicos por parte dos particulares, mediante concessões, permissões ou autorizações, de acordo com o tipo de serviço. A intervenção continua, mas agora se dá de maneira indireta, por meio de inovação estrutural no Estado brasileiro, tal seja a instituição de agências reguladoras.

Regulação, no entender de Grau (2006), é forma indireta de intervenção do Estado no domínio econômico e acontece a partir do instante em que este se afasta do papel de empresário e passa a atuar como gerente, atendendo exatamente as aspirações da reforma estatal da década de 1990, toda ela baseada no modelo gerencial de administração pública<sup>9</sup>. A regulação se confirma quando o Estado age como agente normativo e regulador da atividade econômica, como previsto no art. 174 da CF/88, sendo as atividades de fiscalização e normatização típicas de intervenção regulatória.

Do ponto de vista histórico, as ações interventivas têm por base o estabelecimento da livre concorrência em padrões razoáveis de conduta, ou seja, o mercado não poderia estar livremente nas mãos dos competidores, sob pena de configurarem-se inúmeras falhas de mercado, tal e qual aconteceu nos Estados Unidos à época dos trustes. (HOVENKAMP, 2005). A determinação de regras gerais prévias, estáveis e confiáveis, verificada também no projeto de reforma do Estado pelo qual passou a Administração Pública brasileira encontra

---

<sup>9</sup> A intervenção do Estado no domínio econômico pode se dar de maneira direta, quando o Estado efetivamente atua como agente econômico (caso dos monopólios estatais) ou indireto, quando o Estado assume um papel normativo e fiscalizador do exercício da atividade econômica. Cf. GRAU (2006) e MOREIRA NETO (2002).

reflexo na criação das agências reguladoras e na promulgação da Lei 8884/94, conhecida como Lei Antitruste.

Para Kovacic e Shapiro (2000), a busca da eficiência econômica elege a concorrência como meio mais eficiente para governar a economia, a fim de proteger o bem estar do consumidor (ou usuário de serviço) e da sociedade como um todo. Mas a livre concorrência, erigida ao status de princípio constitucional junto ao ordenamento jurídico brasileiro, não é absoluta. É livre, mas não absoluta. A garantia de um eficiente mecanismo de fiscalização em mercado regulado, como o de serviços públicos, é determinante para os projetos desenvolvimentistas do Estado brasileiro.

Assim, inaugura-se no Brasil o tempo da regulação. Concomitante ao processo de privatização dos serviços públicos e de alguns setores da economia nacional, faz-se necessária a determinação de regras claras e previamente estabelecidas, a fim de fiscalizar e normatizar setores importantes do mercado, como os serviços de telefonia fixa e móvel e distribuição de energia elétrica, bem como atividades econômicas de repercussão nacional, como as atividades de mineração, siderurgia e prospecção de petróleo.

A criação de órgãos reguladores já era prevista na Constituição Federal pelo menos em dois setores (telecomunicações e petróleo) bem antes da completude da reforma do Estado. Mas o aparecimento das muitas agências reguladoras, quadro atual da Administração Pública, somente teve lugar após o período de privatizações.

Há uma diversidade de conceitos em se tratando de regulação, mas todos convergem em um ponto: a atividade regulatória consiste em estabelecer e efetivar regras que garantam o funcionamento de setores de mercado, seja este os de serviços públicos, seja o de atividades econômicas propriamente ditas. A fim de esclarecer essa convergência, identificam-se as seguintes definições:

O conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-se em direções socialmente desejáveis. (ARAGÃO, 2002, p. 37).

Tem-se, pois, que a regulação é capaz de controlar o agente econômico, seja este da esfera pública ou privada, para que não haja, no exercício desta atividade econômica propriamente dita, lesão ao bem estar social. Sundfeld (2006, p. 18) trabalha com uma

perspectiva um tanto política de regulação, mas não deixa de determinar o caráter normativo e fiscalizador, de maneira objetiva, por parte do Estado.

Para Sundfeld (2006), regulação é uma espécie de intervenção estatal que se manifesta a partir de poderes e ações com objetivos marcadamente econômicos, como o controle de preços e tarifas e a entrada de novos agentes no mercado, como por outros que possuem justificativas variadas, mas que resultam em consequências econômicas, como as medidas ambientais. A regulação atinge setores exclusivamente privados, como o comércio, bem como setores em que os agentes econômicos privados atuam no campo da reserva estatal, tais sejam os concessionários de serviços públicos.

A regulação se torna uma realidade no Estado brasileiro quando este percebe, a partir da reforma dos anos 1990, que suas estruturas orçamentária, administrativa e tecnológica não teriam condições de efetivar, em tempo hábil e condições de competitividade, investimentos necessários a fim de incentivar setores essenciais ao desenvolvimento econômico. Desta forma, a atividade regulatória chega com a finalidade de mitigar a intervenção do Estado no domínio econômico, o que não significa em absoluto abandonar as refeitas do planejamento econômico.

O Estado passa, então, a determinar linhas de ação previsíveis, a fim de determinar condutas e impor regras não mais de caráter exclusivamente político, mas sim majoritariamente técnico, a fim de que seja prestado, da melhor maneira possível, um serviço público. Vale lembrar que regulação é um direito do usuário, que não pode ficar à mercê do concessionário do serviço.

A regulação pode ser de vários tipos, e cada modalidade se aproxima de determinador setor. Para Junqueira (2008, p. 45), a regulação pode ser econômica, quando há intervenção nas decisões de mercado; social, quando diz respeito aos interesses trans-individuais, como o meio ambiente e administrativa, quando é típica da estrutura e funcionamento da Administração Pública, como a exigência de relatórios e prestação de informações. Além dos tipos de regulação, a autora indica também os objetivos da atividade reguladora, e estes dizem respeito basicamente à prestação de serviços públicos, como a eficiência, a garantia da universalidade, a obrigatoriedade de um canal de comunicação com o usuário e o estímulo à inovação em infraestrutura.

O que se verifica é que a regulação se traduziu numa política estatal efetiva e estável, vez que o modelo não foi substituído desde sua criação. Também se percebe a despolitização

de muitas decisões provenientes das agências reguladoras, que têm se multiplicado e deixado de ser exemplos exclusivos de entes da Administração Pública federal, vez que há criação destas também em âmbito estatal e municipal<sup>10</sup>. A regulação se confirma, então, como um modelo administrativo de sucesso e enfrenta um grande desafio: coordenar a atividade econômica e a prestação dos serviços públicos com a política desenvolvimentista do Estado, o que será abordado em seguida.

### **3 REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS COMO CAMINHO PARA O DESENVOLVIMENTO**

Um ambiente regulatório adequado pode ser um facilitador do desenvolvimento, mas a relação que parece lógica pelo menos no Brasil tem enfrentado alguns entraves, embora tais problemas não neguem o caráter preferencial por um ambiente regulado junto às políticas públicas de desenvolvimento.

Uma das questões mais significativas acerca do processo de regulação e consequente externalização das consequências diz respeito à universalização dos serviços públicos. É fato que esta última é uma das características dos serviços, mas o que se questiona é se a partir das privatizações e prestação dos serviços por parte dos particulares há possibilidade de conciliar os interesses de mercado dos concessionários com o atendimento generalizado da rede social amparada pelos serviços públicos, considerando que muitas vezes o interesse dos concessionários, sob o ponto de vista lucrativo, não atende a uma demanda significativa de potenciais e possíveis usuários que continuam alijados de serviços básicos e essenciais como distribuição de energia elétrica.

Em uma análise exclusivamente dedicada a esta questão, Diogo Coutinho (2002, p. 65) levanta alguns aspectos relevantes, questionando se em um ambiente marcado por interesses aparentemente antagônicos há lugar para uma teoria da regulação voltada para o crescimento econômico e aumento de bem estar social.

---

<sup>10</sup> Como exemplo de agência reguladora estadual, tem-se a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE). Criada em dezembro de 1997, pela Lei estadual 12.786. A ARCE regula os serviços públicos de distribuição de energia elétrica, de fornecimento de gás e prestação de serviços de água e esgoto, bem como regula o sistema de transporte terrestre de passageiros em escala intermunicipal. Atua ainda como mediadora de conflitos entre os prestadores de serviço e os usuários dos mesmos (ARCE, 2012). Já na esfera municipal, tem-se como exemplo a Agência Reguladora de Águas e Saneamento Básico do Município de Ponta Grossa (ARAS), criada pela Lei 8.428/2006. A ARAS tem como funções regular, controlar e fiscalizar o serviço público de abastecimento de água e esgoto no município de Ponta Grossa (ARAS, 2012).

No novo mercado dos serviços públicos no Brasil, a infraestrutura passa a ser bancada exclusivamente pelos concessionários de serviço, ainda que em serviços como energia elétrica e telecomunicações tenha havido aproveitamento de redes. Desta forma, os aportes financeiros em inovações em tecnologia e capacitação de pessoal passam a ser tarefas fundamentais do setor privado. Não investir em tais setores comprometeria sobremaneira a prestação do serviço, o que pode gerar conforme previsão contratual, o fim da concessão.

O problema é que os concessionários investem em tecnologia e alcance da rede não apenas por imposição contratual, mas sim porque os seus ganhos advêm principalmente do pagamento da tarifa, contraparte dos usuários. A lógica seria então pensar que, quanto maior o número de usuários, maior a arrecadação de tarifas, mais lucro para o concessionário, mais possibilidades de investimento, o que ocasionaria a melhoria na prestação do serviço e a expansão da rede. Mas o resultado deste raciocínio não é tão evidente, e uma das dificuldades desta relação é o alcance geográfico dos serviços públicos, trazido por Coutinho (2002, p. 67):

Isto implica, na prática, o desafio de obter, por meio da regulação, investimentos de expansão da infraestrutura em direção a localidades não atendidas por serviços públicos. Deve-se ter em conta, ainda, que em geral tais localidades encontram-se distantes de centros urbanos e comerciais e são habitadas por populações de baixa renda, o que desestimula o investimento privado. Ademais, a construção de novas redes de infraestrutura requer investimentos cujo retorno exige longa maturação, custos irrecuperáveis e elevadas economias de escala.

Embora tenha havido expansão da rede e consequentemente do alcance dos serviços públicos, ainda há uma considerável margem da população que permanece alheia aos serviços, ou que os usufrui em razão da prestação direta dos mesmos pelo Estado. Desta forma, as agências reguladoras teriam um papel diverso daquele reservado aos agentes de mercado, tais sejam os próprios concessionários.

A ordem econômica nacional, portanto, pode e deve se valer do mecanismo de regulação para promover a universalização dos serviços, por meio de políticas econômicas reguladoras de conteúdo redistributivo. Uma das possibilidades é considerar consórcios entre empresas privadas e o setor público, afinal crer que apenas a iniciativa privada deve promover a universalização a partir de seus próprios recursos pode alterar o cenário atrativo da prestação dos serviços públicos para um completo desinteresse pelas concessões.

Acreditar que as empresas privadas promoveriam a universalização tão-somente por meio da remuneração a partir das tarifas é ingenuidade. Como também é acreditar que as agências reguladoras podem impor esta obrigação aos concessionários. As agências podem e

devem fiscalizar, normatizar e sancionar o setor regulado, mas a menos que o comando normativo seja expresso, não podem obrigar os concessionários a universalizar os serviços se estes não suportam o ônus deste investimento.

Um dos fatores que dificulta essa determinação por parte das agências é justamente o momento em que se instituiu o modelo regulatório no Brasil. Pós-privatizações, o modelo regulatório foi imposto sem uma estratégia clara para a universalização. (COUTINHO, 2002, p. 70). Os concessionários se viram submetidos às regras da regulação após a privatização dos serviços que passaram às suas mãos, quando o ideal seria que conhecessem as regras do jogo antecipadamente.

Entretanto, a falta dessa estratégia à época deve ser suprida e a universalização dos serviços a partir da regulação é meta do próprio desenho institucional do Estado brasileiro. Há duas boas possibilidades neste sentido. A primeira é trabalhar com tarifas diferenciadas, de acordo com a capacidade financeira do usuário, realidade comum nos Estados Unidos. A outra é submeter o mercado à competitividade. A multiplicidade de prestadores de um mesmo serviço fomenta a concorrência, e esta pode ser o diferencial da determinação de tarifas. Mas ainda que haja um cenário competitivo e esteja previsto no marco regulatório a diferenciação de tarifas, Coutinho (2002, p. 76) acrescenta:

Empresas privadas não investem em universalização a não ser quando esta apresenta perspectivas excepcionais de rentabilidade futura que justifique inversões ou quando são obrigadas a isso pelas regras de regulação que tenham, dentre seus escopos, objetivos redistributivos estabelecidos criteriosamente.

Desta forma, esperar que as empresas privadas concessionárias tenham auto-interesse em atender as exigências de universalização é desconhecer a realidade do mercado. Faz mais sentido esperar esta universalização a partir de iniciativas conjuntas, como já citado, considerando investimentos em infraestrutura, meios diferenciados de financiamento e tarifação, além de reconhecimento de fatores externos aos serviços públicos prestados, mas que repercutem de maneira significativa quando se trata do alcance dos mesmos, tais sejam os níveis de emprego e renda da população.

Sem considerar estas possibilidades, é difícil imaginar a concretização de um marco regulatório que tenha por objetivo a universalização do serviço a menos que se estabeleçam políticas públicas alheias à regulação por si só, além de uma tarifação diferenciada, que vá ao encontro do princípio constitucional da capacidade contributiva.

À medida que a coletividade tem acesso a serviços públicos essenciais, como gás encanado, distribuição de energia elétrica e serviços de telecomunicações, verifica-se uma evolução social que demonstra desenvolvimento não apenas do ponto de vista econômico, mas principalmente, humano. Se o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) medido pelas Nações Unidas leva em consideração a renda, o nível de escolaridade e a expectativa de vida, é de se esperar que a associação entre a fruição desses serviços e a melhora do IDH seja evidente, e é desta forma é que a universalização dos serviços públicos se mostra como um caminho para o desenvolvimento.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É incontrovertido, inclusive por meio do comando constitucional, que o Estado deve se afastar de atividades típicas da iniciativa privada salvo determinação expressa do texto da Constituição, a fim de voltar-se às questões públicas essenciais. Por muito tempo o Estado brasileiro foi um grande empresário, controlador de grandes empresas que além de não serem competitivas do ponto de vista produtivo, ainda serviam a interesses políticos que iam desde o loteamento de cargos à evasão de dinheiro público, e exemplos são as agências regionais de desenvolvimento (SUDENE e SUDAM, principalmente), gigantes estatais como a extinta Companhia Vale do Rio Doce (CVRD).

O fato é que a reformulação era inevitável, e tanto isso se confirma que mesmo o atual governo federal, grande crítico da política de privatizações quando era oposição, agora segue o mesmo caminhar, como fazem prova as sequenciais rodadas de licitações promovidas junto ao setor petrolífero<sup>11</sup> (ANP, 2012).

Em nenhum momento a reforma da Administração Pública teve como fim decretar a completa ausência do Estado do setor produtivo ou mesmo da prestação de serviços. Se assim o fosse, não haveria porque investir seguidamente no modelo regulatório e na estruturação de entes públicos que tivessem como atribuição primeira a tarefa de fiscalizar, orientar e normatizar o exercício de atividades econômicas, principalmente quando estas dizem respeito de maneira mediata ao bem estar coletivo, como é o caso da prestação de serviços públicos.

---

<sup>11</sup>A ANP (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis) realizou a primeira rodada de licitações em junho de 1999. Desde então, as rodadas vêm sendo promovidas anualmente. Foi aberta em 2011 a 11ª Rodada para a contratação de atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, considerando-se o regime de concessão. (ANP, 2012).

O modelo utilizado atende aos anseios de um Estado enxuto, porém eficiente, e que continue a conduzir o exercício de atividades típicas da iniciativa privada, como os serviços de telefonia. Isso sem falar na economia de recursos públicos, antes direcionados às atividades que não encontravam reflexo direto no incremento da qualidade de vida da imensa maioria da população, como a mineração. Afinal pode-se afirmar que a CVRD, hoje Vale, não foi responsável, enquanto estatal, pelo aumento do IDH nas regiões em que era atuante. Em absoluto utiliza-se este exemplo para caracterizar a empresa em questão como benfeitora da coletividade, uma vez privatizada. Apenas se pretende dizer que o simples fato de uma atividade estar nas mãos do Estado não gera como consequência imediata o bem estar da coletividade.

Esse bem estar pode perfeitamente advir da redistribuição propiciada pela reforma do Estado e pelo modelo regulatório, desde que haja vinculação entre a atividade regulada e o interesse público, o que pode ser percebido a partir do maior alcance dos serviços públicos prestados por concessionários. Mas é de bom alvitre lembrar que regulação não tem como finalidade distribuir riqueza. Que não se espere dos concessionários ações caridasas no sentido de diminuir seu reembolso pelo serviço prestado. Esse modelo apenas afastaria eventuais interessados de um mercado atraente como o dos serviços públicos.

A tarefa da regulação não é obrigar o concessionário a prestar favores, mas sim determinar que o alcance de serviços públicos essenciais se dê como uma qualificação, uma obrigação contratual que não inviabilize a continuidade da prestação do serviço. Essa obrigação contratual pode vir por meio de uma política de tarifação diferenciada ou ainda por meio de convênios e parcerias entre o setor público e a iniciativa privado. Desta forma, pode-se vislumbrar um alargamento do número de usuários, o que em se tratando de serviços como energia elétrica e telecomunicações, fará com que os índices de desenvolvimento humano e econômico alterem-se em sentido crescente.

## REFERÊNCIAS

ANP. Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Rodadas de licitações. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?id=516>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

ARAGÃO, Alexandre. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAS. Agência Reguladora de Águas e Saneamento Básico do Município de Ponta Grossa. **Institucional.** Disponível em: <<http://www.pontagrossa.pr.gov.br/aras>>. Acesso em: mar., 2012.

ARCE. Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará. **Atuação.** Disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br/arce/institucional/Arce>>. Acesso em: mar., 2012.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. Um novo Estado para a América Latina. **Novos Estudos CEBRAP.** Rio de Janeiro, n.50, março 1998.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 65-86

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy:** the Law of Competition and its practice. 3.ed. St. Paul (Minn): West Publishing, 2005.

JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Regulação e desenvolvimento econômico. **Anais do III Congresso Ibero Americano de Regulação Econômica.** São Paulo, nov. 2008

KOVACIC, William; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. **Journal of Economic Perspectives**, v. 14, n. 1, Winter 2000. Disponível em: <<http://www.e-jep.org/archive/1401/14010043.pdf>>. Acesso em: jan. 2010

LECHNER, Norbert. Reforma do Estado e condução política. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política.** n. 37, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006.

WORLD BANK. **World Development Report, 1997:** the State in a changing world, Washington, D.C., World Bank, 1997.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: PRECISANDO CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

*Marcos Ehrhardt Júnior*

Advogado. Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor de Direito Civil da UFAL, dos Cursos de Pós-Graduação da UFPE, do Centro Universitário CESMAC e da Escola Superior da Magistratura em Pernambuco (ESMAPE).

**RESUMO:** *O modelo teórico apresentado neste artigo serve de fundamento para melhor compreensão da evolução da responsabilidade civil em nosso sistema jurídico, já sendo possível perceber a redução da importância da contrariedade a direito para configuração do dever de indemnizar, num modelo que privilegia a tutela dos interesses da vítima, deixando em segundo plano a conduta do ofensor para ressaltar o elemento dano como protagonista.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Responsabilidade Civil. Ato ilícito. Dano.*

**ABSTRACT:** *The presented theoretical model in this article serves footing for better understanding of the evolution of the civil liability in our legal system, already being possible to perceive the reduction of the importance of the opposition the right for configuration of the duty to indemnify, in a model that privileges the guardianship of the interests of the victim, leaving in second plain the behavior of the offender for standing out the element damage as protagonist.*

**KEYWORDS:** *Civil Liability. unlawful act. Damage.*

### INTRODUÇÃO: O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE

A análise do conceito de responsabilidade, enquanto categoria na Teoria Geral do Direito, é um trabalho complexo, quando se considera que certas imprecisões conceituais que permeiam a discussão induzem, em alguns casos, a reduzir seu conceito a um ou alguns de seus elementos e, em outros, a limitá-lo a algum de seus objetivos. Não são poucas as situações em que a práxis forense identifica a culpabilidade, a imputabilidade ou a causalidade com alguma espécie de responsabilidade, criando a ideia de que, de certo modo, alguns desses elementos se encontram no conteúdo necessário, vale dizer, intrínseco, da noção de Responsabilidade. (LARRAÑAGA, 2004, p. 16-7).

No mesmo sentido, Dias (2006, p. 3-4) afirma que

toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas [...] Nesse terreno, onde as dificuldades filosóficas ameaçam, a cada passo, desviar a pesquisa para o plano metafísico, é que coincidem as noções de responsabilidade, culpabilidade e imputabilidade, tanto que a acepção vulgar assimila uma às outras. Não é possível atacar esse

juízo, mas é preciso não diminuir a estreita afinidade que apresentam aquelas ideias.

Ocorre que o termo “responsabilidade” não denota uma relação específica entre um conjunto determinado de condições, pois a “responsabilidade não é um fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social.” (DIAS, 2006, p. 4). Dependendo do sistema de responsabilidade particular e do âmbito normativo em questão, podem ser identificados distintos conjuntos de condições com consequências normativas de diversas naturezas.

O que se procura destacar com tal afirmação é que os juízos de responsabilidade não apresentam um único propósito: dependendo do contexto e da área normativa concreta, podem se encaminhar a objetivos de naturezas distintas (LARRAÑAGA, 2004, p. 17), regrando condutas direta ou indiretamente (através da imputação de deveres ou sanções) para prevenir a ocorrência de fatos ilícitos (responsabilidade penal) ou disciplinar a compensação econômica pelos danos sofridos (responsabilidade civil).

Pode-se afirmar que a responsabilidade constitui uma das categorias centrais do sistema social e jurídico, porquanto serve como parâmetro de imputação dos atos individuais. Seu estudo, por perpassar a multiplicidade dos atos humanos, pode ser realizado sob três perspectivas bem diferenciadas: a responsabilidade moral, a responsabilidade jurídica e a responsabilidade coletiva. Enquanto a responsabilidade moral ocorre no âmbito de uma reflexão ético-filosófica de um indivíduo consciente e com liberdade de escolha (=autonomia), a responsabilidade, sob o prisma jurídico, pode se verificar tanto no campo civil como na seara penal. Nesta, o ato do ofensor confronta-se com as normas de toda uma sociedade, enquanto naquele ocorre numa relação entre particulares. (BARRETO, 2008, p. 57).

Sobre o tema, Gomes (2005, p. 219) anota que

Na linguagem cotidiana, diz-se responsável a pessoa que apresenta condições morais de assumir os seus atos; aquele que age honestamente, cumprindo a palavra dada; também se diz responsável quem dirige e controla uma atividade. Ao revés, irresponsável é a pessoa que não cumpre sua palavra nem os compromissos assumidos, não despertando confiança. Nesse contexto, a palavra responsabilidade é relacionada à honestidade, possuindo o sentido comum de “assunção de tarefas ou atividades e cumprimento dos compromissos assumidos”; ela ainda pode significar a imputação de um evento a alguém, que é seu causador ou o detentor do poder de controlar sua ocorrência.

Não é objetivo deste trabalho apresentar a evolução filosófica, social e antropológica de tal categoria. As observações acima formuladas têm por objetivo ressaltar que ao longo dos

tempos, a evolução da categoria “responsabilidade” ocorreu mediante desintegração de uma noção unitária do termo, que confundia aspectos morais, religiosos, filosóficos e jurídicos, em direção à formação de distintos conceitos parciais.

Não é objetivo do presente trabalho, nessa curta digressão evolutiva, proceder à distinção entre responsabilidade jurídica e responsabilidade moral. No entanto, deve-se apenas alertar para a impropriedade comumente destacada de se separar esses âmbitos da responsabilidade utilizando somente o falso critério que põe o âmbito moral como puramente interno em contraposição ao âmbito jurídico, que seria puramente externo. Como bem adverte Dias (2006, p. 6), a responsabilidade pode resultar da violação, a um tempo, das normas, tanto morais como jurídicas; logo, não há separação estanque entre as duas disciplinas, já que tradicionalmente não se concebe uma teoria do direito estranha à moral, devendo-se ainda anotar que “o direito não deixa de apresentar seu aspecto interno, revelado na convicção jurídica do homem.”

Se nos primórdios tudo se reduzia à manutenção do equilíbrio e não se distinguia a responsabilidade entre o indivíduo e o grupo social, entre a vida privada e a atuação pública, e por vezes entre questões divinas e humanas, a progressiva delimitação de tais noções permitiu vislumbrar a ofensa a partir de distintas formas, fazendo com que fosse possível a particularização da sanção (VILLEY, 1977, p. 49) e sua evolução.

Nos últimos séculos constata-se um refinamento de tais categorias, abandonando a morte e castigos físicos que impunham ao ofensor intenso sofrimento corporal, para alternativas de arrependimento público e de compensação financeira à vítima, separando-se a pessoa do ofensor do seu patrimônio, sendo este último responsável, proporcionalmente, pelo prejuízo infligido ao ofendido.

Ao comentar o regime do Talião, Gaburri (2007, p. 75-97) anota que por muito tempo a pena não era necessariamente equivalente e poderia ser ainda maior do que o dano sofrido. O talião, fundado na experiência social e religiosa, baseava-se na autotutela. Apenas com o surgimento do Código de Hamurabi (2200 a. C.), passou a existir uma lei escrita, elaborada pelo Estado em substituição à vontade das partes, transferindo a vingança, até então privada, para o espaço público. Já o critério da compensação, baseado no pagamento de indenizações ou multas pelo causador do dano, com o objetivo de assegurar à vítima o regresso ao *status quo ante*, começa a ser desenvolvido a partir do Código de Manu (entre 1300 e 800 a.C.). Vale anotar ainda que nos primórdios do direito romano, até a criação da Lex Aquilia, não se distinguia responsabilidade civil e penal. Com o desenvolvimento da Lex Aquilia, passou a

ser disciplinada a aplicação de multas, responsabilização por dívidas e o *damnum injuria datum*, cristalizando a ideia da reparação pecuniária do dano, que serviu como uma das bases para o desenvolvimento da matéria até os dias de hoje.

Se no princípio a justiça de mão própria, também denominada de vingança privada, ou seja, a reparação do mal pelo mal, era a alternativa mais difundida, a evolução social consagrou em regra jurídica o talião, disciplinando quando e em que condições a vítima teria direito de retaliação, comportamento que perdurou até que se percebesse que era mais conveniente exigir a composição do prejuízo do que a retaliação, já que, o resultado desta era, em última instância, a duplicação do dano, pois, como ensina Dias (2006, p. 26), “[...] onde era um, passavam a ser dois os lesados.” Com a consagração da composição pelo uso, veda-se a vingança privada e transfere-se ao Estado a direção da composição dos prejuízos sofridos pelos lesados.

Aos poucos, fortaleceu-se a importância de um código de comportamento social, necessário à própria existência da comunidade, ao lado da existência de um poder político centralizado, sustentado por uma autoridade responsável pela criação e aplicação de normas que têm como suas diretrizes a proteção da vida e das estruturas econômicas, permitindo a decantação de um conceito puramente jurídico de responsabilidade.

## **1 RESPONSABILIDADE CIVIL VS. RESPONSABILIDADE PENAL**

Tradicionalmente, a responsabilidade estritamente jurídica foi erigida sob dois paradigmas bem definidos: proteção da vida e da integridade física (responsabilidade penal) e proteção dos bens econômicos (responsabilidade civil), sendo a primeira representada pelo castigo e a segunda pela obrigação de restituição (ou compensação). Trata-se, por conseguinte, de instrumento de reação – racional e refletida – da sociedade e da vítima contra o autor da conduta danosa. (GOMES 2005, p. 220).

Enquanto no paradigma penal a sanção está umbilicalmente relacionada a um elemento subjetivo, ou seja, a intencionalidade do agente ofensor, no paradigma civil a sanção pode prescindir desse elemento subjetivo, dependendo apenas de um estado de coisas (responsabilidade pelo resultado), o que permite vislumbrar claramente a importância de se distinguir a *ofensa do dano*. (LARRAÑAGA, 2004, p. 22-23).

No primeiro caso, ou seja, na responsabilidade penal, a conduta ilícita é castigada, pois constitui uma violação a um sistema normativo de interesse geral que independe de quem individualmente sofre as consequências do ilícito. Trata-se, por conseguinte, de uma expressão da reprovação social que tem por objetivo reestabelecer o equilíbrio social e evitar que outros sejam levados a imitar o comportamento do ofensor.

Já na responsabilidade civil, não se busca primordialmente a punição da conduta que causa dano a uma pessoa específica; muito embora não se conteste que, em certa medida, assim como destacado em relação à responsabilidade penal, o prejuízo imposto ao particular afete o equilíbrio social.

Pontes de Miranda (Apud DIAS, 2006, p. 11) afirma que

o homem que causa dano a outrem não prejudica somente a este, mas à ordem social; a reparação para o ofendido não adapta o culpado à vida social, nem lhe corrige o defeito de adaptação. O que faz é consolar o prejudicado, com a prestação do equivalente, ou, o que é mais preciso e exato, com a expectativa jurídica da reparação.

O que se persegue, no campo civil, é a reparação do infortúnio, vale dizer, uma justiça compensatória, ou, como explica Larrañaga (2004, p. 26), “[...] *el interés público no reside en la amenaza de una respuesta ante el ilícito, sino en proveer de instrumentos para restituir relaciones equilibradas, y en esta medida ‘justas’, entre los individuos.*”

Também é possível vislumbrar outras diferenças marcantes entre os sistemas acima referidos. Tradicionalmente, enquanto o modelo da responsabilidade civil ainda está focado na coação patrimonial, o paradigma penal está centrado na coação pessoal. Anote-se ainda que em nosso estágio evolutivo a vítima do dano não pode se utilizar de autotutela para punir o ofensor. Só lhe cabe pedir uma reparação pelos prejuízos sofridos, vale dizer, busca-se um retorno à situação patrimonial anterior, quando possível.

No campo penal vige o princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, não existindo ilícito sem expressa previsão legal; por se tratar de um sistema fechado, não existe a possibilidade de delimitação de um ato ilícito advindo da violação ao conjunto de normas penais. Já no sistema civil, a contrariedade a direito não precisa ser expressamente prevista (BRAGA, 2003, p. 75), pois se trabalha com tipos abertos, não havendo necessidade de enunciação literal do ato contrário ao direito, que pode ser construído a partir do confronto com um princípio ou outra norma, quando violar valores incorporados ao sistema jurídico.

Lorenzetti (1998, p. 121) afirma que “quando existem valores claros e compartilhados, deles podem derivar regras com um conteúdo material, e quem delas se afasta, incide em uma

conduta antijurídica.” No entanto, tal afirmação deve ser vista com ressalvas, bem sintetizadas na afirmação de Braga Netto (2007, p. 78):

Existem, decerto, limites operacionais – legislativos, jurisprudenciais e doutrinários. A contrariedade ao direito tem de estar presente. Sem ela não há ilicitude. O que precisamente defendemos é que a caracterização da contrariedade ao direito tem de estar a cargo da interpretação, possibilitando a penetração dos valores, princípios e normas constitucionais.

Ocorre que com a modificação do paradigma constitucional em 1988, questões existenciais passaram a ocupar posição central no campo do direito privado, que já não mais se limita à defesa do patrimônio, enxergando-o como meio para assegurar uma existência digna ao indivíduo e não como fim em si mesmo.

Dessa forma, a nova conformação constitucional, que abre espaço para demandas coletivas buscando a compensação por danos extrapatrimoniais, cria novos campos ao estudo da responsabilidade jurídica, relativizando a estanque e tradicional divisão entre responsabilidade civil e penal, sendo importante anotar que o modelo contemporâneo da responsabilidade civil ostenta uma permeabilidade aos valores que é inédita aos olhos clássicos. Possui uma mobilidade que lhe permite transitar pelo sistema jurídico, incorporando referências axiológicas e traduzindo-as em sanções, em ordem a assegurar, de forma aberta e plural, a preponderância dos valores fundamentais para a comunidade onde está inserido. (BRAGA NETTO, 2003, p. 4).

Como delimitar então o espaço dos ilícitos propriamente civis, separando-os dos ilícitos criminais e demais sistemas particulares? Para identificar se a relação é de direito civil deve-se analisar se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular (igualdade jurídica formal entre os partícipes da relação) ou quando o próprio Estado se relaciona paritariamente com o particular.

Anote-se ainda que não se faz necessário distinguir o lícito do ilícito para a estruturação da norma jurídica. A divisão dos fatos jurídicos em lícitos ou ilícitos é posterior à norma e ocorre no plano da existência, ou seja, após a juridicização dos fatos, isto é, após seu ingresso no mundo jurídico.

Por enquanto, deve-se prosseguir com a análise conceitual e das características da responsabilidade civil em nosso ordenamento. Afinal, na composição do conceito jurídico da responsabilidade, deparava-se com construções doutrinárias que misturam o conceito de ilicitude civil com as noções de *culpa*, *dano* e o *dever de indenizar*, numa perigosa simplificação que não atende às necessidades de um sistema jurídico em constante evolução,

sendo necessário, antes de prosseguir, buscar uma delimitação mais adequada de algumas noções básicas na construção do conceito jurídico de responsabilidade.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA TEORIA GERAL DO DIREITO

### 2.1 PRECISANDO CONCEITOS: ILÍCITO ≠ RESPONSABILIDADE

Como visto no item anterior, a responsabilidade constitui categoria central do sistema social e jurídico e serve como parâmetro de imputação dos atos individuais. Por perpassar a multiplicidade dos atos humanos, pode ser analisada sob diversas perspectivas. Iniciemos o estudo com a distinção entre os conceitos de responsabilidade e ilícito.

Em qualquer manual sobre o assunto, a noção de “ato ilícito” sempre aparece mesclada com a responsabilidade civil<sup>12</sup>. No entanto, como se demonstrará, esta é apenas uma das modalidades possíveis da eficácia daquela, já que, nem sempre basta que alguém cause um dano a outro para que seja obrigado a repará-lo. Mas a confusão entre categorias não para por aí: todo ilícito é culposo e causa o dever de indenizar? Existe uma necessária ligação entre eles?

Há quem sustente que “sem culpa, não há ato ilícito” (GOMES, 1976, p. 314-415), devendo o elemento *culpa* ser somado ao elemento *dano* para que seja possível a existência de ato ilícito, a saber: “*ato ilícito* é, assim, a ação ou omissão *culposa* com a qual se infringe, direta e imediatamente, um preceito jurídico do direito privado, *causando dano a outrem*.<sup>13</sup>” Evidente que tradicionalmente se costuma destacar a relação umbilical entre ilícito-culpa-dano, como ocorre nas passagens transcritas.

Não se costuma valorizar a categoria dos atos ilícitos como geradora de efeitos civis que merecem ser estudados. Desde o texto do antigo art. 159 do CC/16 que se mantém uma

---

<sup>12</sup> Para Silvio Rodrigues (2002, p. 7), o ilícito civil ocorre quando o agente, por seu procedimento, causou dano a alguma pessoa. Já Arnaldo Rizzard (2005, p. 28) sustenta que “a ação humana eivada de tais máculas, isto é, de culpa no sentido estrito ou lato, denomina-se ‘ato ilícito’, porque afronta a ordem jurídica, ou desrespeita o que está implantado pela lei. E a responsabilidade consiste na obrigação de sanar, ou recompor, ou ressarcir os males e prejuízos que decorrem de mencionadas ações.” Paulo Nader(2010, p. 6) afirma que “responsável é a pessoa que se sujeita às consequências pelo descumprimento do dever; é a que deve garantir eventuais indenizações.” Entre os autores estrangeiros clássicos, a constatação se repete: René Demogue(1923, p. 361) define a responsabilidade civil como o estudo das condições e dos efeitos do ato ilícito; para Jean Carbonnier (2000, p. 362) a responsabilidade civil seria “l’obligation de réparer le dommage cause à autrui.” Para Francesco Messineo (1971, p. 337), atos ilícitos são aqueles que, numa tradução livre, “queridos pelo sujeito que os realiza e cumpridos contra uma norma de lei, produzem um dano a outro sujeito; e, por causa dele, importa para quem haja realizado o ato a obrigação de ressarcir o dano inferido.”

associação entre ilícito e responsabilidade civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar o direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Recorra-se, mais uma vez, ao magistério de Gomes (1987, p. 417) para ilustrar tal afirmação:

A consequência jurídica do ato ilícito é a obrigação de indenizar. O estudo de sua extensão e fundamento constitui objeto da teoria da responsabilidade civil, um dos mais importantes capítulos do direito civil, agregado, porém, à parte especial do direito das obrigações, justo porque essa responsabilidade se concretiza numa obrigação pecuniária, da qual é fonte, precisamente, o ato ilícito.

Se é verdade que o dever de indenizar “traduz a eficácia por excelência do ilícito civil” (BRAGA NETTO, 2003, p. 84), existem ilícitos civis que não produzem, como eficácia, o dever de indenizar. O que é essencial à estruturação do ilícito civil é a configuração da *contrariedade ao direito*, ou seja, do juízo de valor negativo que o sistema jurídico faz relativamente à determinada ação ou omissão. Embora exista em grande parte das situações, o dano seria apenas o componente eventual na categoria do ilícito civil.

Para corroborar a afirmação, cite-se o caso do *desforço pessoal imediato*, previsto no art. 1.210 do Código Civil vigente: “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.”

Ocorrendo o ilícito civil turbação ou esbulho, independentemente da ocorrência de dano, a eficácia do fato relaciona-se à possibilidade do exercício da autotutela, ou seja, faculta-se, v.g., ao possuidor turbado o direito de manter-se na posse, retirando o ofensor.

No Código de Defesa do Consumidor pode-se encontrar a figura da publicidade enganosa ou abusiva. Se o diploma consumerista consagra a informação adequada e clara como direito básico do consumidor (art. 6º, inciso III), considera ilícito civil qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (art. 37, §1º, do CDC), independentemente da ocorrência de dano. Neste ponto, importante destacar o entendimento de Braga Neto (2003, p. 84):

Exigir o dano, como um *a priori* absoluto, é engessar os ilícitos civis, esvaziando sua função normativa. Sistemas não absolutamente fechados, como o direito civil contemporâneo, têm de contar com expedientes teóricos que permitam uma resposta às violações e agressões ocorridas. Esses expedientes hão de ostentar uma relativa mobilidade, do contrário serão inócuos em sua proposta de proteção.

Na concepção clássica, de cunho eminentemente patrimonial, talvez não existisse razão de ordem prática para diferenciar ilícto de responsabilidade civil. Entretanto, tal comportamento não se coaduna com uma ordem constitucional que busca a proteção da pessoa humana de modo integral, o que não implica necessariamente o resarcimento do dano em pecúnia.

A postura tradicionalmente repressiva (posterior à ocorrência da lesão) não pode ser vista como a única solução disponível no sistema jurídico, devendo ceder lugar a uma dimensão preventiva, sob pena de frustrar a efetividade do direito. Não se pode esperar inerte que ocorram violações, sobretudo quando se está diante de valores não patrimoniais, devendo a conversão em *perdas e danos* ser considerada como o último caminho a ser trilhado, o que justifica a preocupação em precisar os conceitos acima trabalhados na direção da construção de novas alternativas de aplicação do direito. (CAVALCANTI, 1984, p. 23-4).

Dentro desse contexto, resta definir o que seria essencial para a configuração do fato ilícito. Neste ponto, adota-se o entendimento sustentado por Mello (2007): “para que se possa considerar ilícto um fato, seja evento, seja conduta, é necessário que implique violação da ordem jurídica, negando os fins do direito, e seja praticado ou esteja vinculado a alguém imputável.”

Vislumbra-se a configuração do fato ilícito mediante a reunião de dois elementos distintos: a *contrariedade ao direito* e a *imputabilidade*. Sem que concorram esses dois elementos, não há que se falar em ilicitude.

A noção de “contrariedade ao direito” exprime a violação da ordem jurídica, ou seja, em última instância, significa a negação da própria finalidade do direito. Não importa se a contrariedade ao direito decorre de infração direta ou da violação indireta (=fraude à lei) à norma jurídica.

Do mesmo modo, é irrelevante a natureza do dever (e consequentemente do direito) que haja sido infringido, para caracterizar a contrariedade a direito suficiente a compor o suporte fático da ilicitude como gênero. Se (a) o dever é daqueles que cabe a todos, porque correspontivo de direito absoluto (=direito cujo sujeito passivo é o alter, ou seja, direito a sujeito passivo total), como os direitos reais ou os direitos da personalidade, ou se (b) se trata de dever correspontivo de direito relativo (=direito cujo sujeito passivo

é determinado, individuado), como os direitos conteúdo de relações jurídicas de crédito (ditas também obrigatoriais), de parentesco, de tutela, de curatela, e outras que resultam de negócio jurídico ou ato jurídico stricto sensu, somente importa para definir espécies particulares de ilicitude. (MELLO, 2007, p. 224).

Basta a infração a dever jurídico, sem que haja pré-exclusão da ilicitude, como ocorre quando configuradas as excludentes de ilicitude, tais como a legítima defesa e o estado de necessidade. (MELLO, 2007, p. 223-4). Desse modo, dentre outros, não constituem atos ilícitos “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente” (art. 188, inciso II, do CC/02), quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Nada obstante, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado (art. 930, CC/02), competindo à mesma ação contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I c/c parágrafo único do art. 930). Razão pela qual se pode afirmar que para que a contrariedade a direito componha o suporte fático do fato ilícito, não devem existir normas que pré-excluam a ilicitude. O tema recorrentemente vem sendo abordado pela jurisprudência: “Embora a lei declare que o ato praticado em estado de necessidade seja lícito, não libera quem o pratica de reparar o prejuízo que causou, podendo ajuizar ação regressiva posteriormente para se ressarcir das despesas efetuadas” (AgRg no Ag 789.883/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Quarta Turma, julgado em 15/5/2007, DJ 4/6/2007, p. 363).

Pontes de Miranda (1984, p. 238) afirmava que a reparação do dano “pode ser por haver contrariedade a direito ou sem haver contrariedade a direito.” No segundo caso, não haveria ilicitude e a reparação se fundamentaria pelo fato de ter ocorrido invasão à esfera jurídica de outrem. Vale consignar ainda que para o autor o que importava era saber “quem sofre o dano, e não qual o dano, porque o dano ao patrimônio não é ao bem corpóreo ou incorpóreo como tal, mas a patrimônio de alguém. O dano ao peixe que não é de ninguém não é ressarcível; nem o é ao pássaro, que poderia ser apanhado pelo transeunte ou quem tenha alçapão. Por isso que a proteção é da pessoa, e não do bem.”

Desse modo, a indenização não depende apenas de um juízo de reprovação do comportamento do sujeito, mas sim da criação de um dano que o ordenamento jurídico considere não justificado, ou seja, está-se diante de uma valoração comparativa de dois

interesses contrapostos: o interesse ameaçado por um certo tipo de conduta e o interesse que com aquela conduta realiza (ou tende a realizar) o agente.

Como anota Perlingieri (2008, p. 649-650):

Essencialmente ilícito é o fato doloso ou culposo que causa um dano injusto. Nem todos os fatos não conformes ao ordenamento são ilícitos, porque o ordenamento não é totalmente formado por normas imperativas, por princípios de ordem pública e por bons costumes. Existem normas dispositivas, isto é, derogáveis pelo sujeito. Os atos que derrogam normas dispositivas, ainda que não conformes à lei, não são ilícitos.

O exemplo citado demonstra que em nosso sistema existe previsão expressa de situações que embora lícitas, vale dizer, conformes ao direito vigente, causam prejuízo e, por conseguinte, geram obrigação de indenizar. Não há, pois, como associar definitivamente o dano aos fatos ilícitos, uma vez que pode existir a obrigação de indenizar mesmo diante de condutas permitidas pelo direito. Dito de outro modo: o dano não é requisito essencial para configuração da ilicitude do ato, pois há que se valorar a conduta do ofensor com independência de suas consequências. (CAORSI, p. 293).

Ao tratar das fontes do dever de reparar o dano, Pontes de Miranda (1984, p. 283) sustentava que “nem todas as lesões de direito causam danos, nem todos os danos ofendem direitos, nem se pode dizer que só o que é pecuniariamente avaliável há de ser ressarcido”, ressaltando a complexidade da matéria.

Adriano de Cupis (Apud BATISTA, 2003, p. 45) faz uma distinção entre *fato lesivo* e *fato jurídico danoso*. Para o referido autor, o fato lesivo seria um fenômeno físico, psíquico ou social que pode ou não ser valorado pela ordem jurídica, vale dizer, “pode transformar-se em hipótese normativa ou não ultrapassar o chamado mundo fático. Quando passa a integrar o suporte fáctico hipotético da norma qualifica-se como ‘fenômeno’ jurídico, com denominação de dano ou fato jurídico danoso”, no que parece buscar respaldo no entendimento de Montenegro (1998, p. 7), que sustenta que “nem todo prejuízo rende azo à indenização. Preciso é que a vítima demonstre também que o prejuízo constitui um fato violador de um interesse jurídico tutelado do qual seja ela o titular.”

Já a imputabilidade na ilicitude está relacionada à capacidade para praticar ilícito. Tal afirmação permite verificar que contrariedade a direito e ilicitude não são conceitos coextensivos, uma vez que esta exige a capacidade delitual para sua configuração. Deste modo, todo ato ilícito é contrário ao direito, mas nem todo ato contrário ao direito é

necessariamente ilícito, pois pode restar configurada hipótese de pré-exclusão de ilicitude (art. 188, CC/02) ou simplesmente inexistir agente que seja imputável.

Veja-se, a guisa de exemplo, a tormentosa situação dos absolutamente incapazes que causam danos a terceiros. O ato praticado pelo incapaz, embora seja contrário a direito, não é ilícito por lhe faltar a imputabilidade, vale dizer, a capacidade delitual do agente ofensor. Nem por isso restará afastado o dever de indenizar, conforme dispõe o art. 928 do CC/02:

o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Há de se distinguir a *imputabilidade*, enquanto elemento cerne da ilicitude (ou seja, a capacidade de praticar a conduta contrária ao direito), do *nexo de imputação*, que ocorre quando o sistema impõe a certas pessoas, em determinadas situações (como os pais diante de atos danosos de seus filhos menores), o dever de ressarcir o dano causado. Explica Lôbo (2009, p. 326) que o imputável é o que “deu causa ao dano ou que o direito qualifica como responsável, ainda que não tenha tido culpa ou mesmo participação no evento.”

Kelsen (1996, p. 32-33) afirma em sua *Teoria Pura do Direito* que

[...] a sanção prescrita por uma norma jurídica está condicionada por um ato ilícito, mas ela pode alcançar um indivíduo distinto do autor do ato. Nenhum elemento da conduta daquele contra quem a sanção está dirigida figura entre as condições desta sanção. O indivíduo em questão é somente responsável da conduta de outro e como tal é o objeto da sanção, sem haver sido o autor do ato ilícito ao qual dita sanção é imputada.

Dito de outro modo, é possível afirmar que o nexo ou fator de imputação responde à pergunta sobre qual a *razão* pela qual é imputado a alguém o dever de indenizar. A resposta pode compreender a culpa ou outro fator objetivo, como o risco gerado pela atividade do responsável. (FERREIRA DASILVA, 2006, p. 56).

Nesse sentido, a imputação deve ser entendida apenas como atribuição do dano injusto a determinada pessoa, aproximando-se da causalidade jurídica. (LOUREIRO, 2008, p. 721-37).

Pontes de Miranda (1984, p. 210) esclarece que:

A imputabilidade, a atribuição do dever de prestar a indenização, nem sempre coincide com a antijuridicidade, nem com algum “ato” que a lei repute ilícito. Às vezes há regra jurídica que, para proteger algum bem ou interesse de outrem, permite que se atinja a esfera jurídica de alguém, e

estabelece, para equilíbrio, que o favorecido pela lei excepcional indenize o dano causado.

A verificação do nexo causal e a determinação do fator de imputação demandam operações mentais distintas. Após a ocorrência de um dano, verifica-se o nexo causal ao indagar qual o ato que foi determinante para o resultado; quando se questiona por que o ofensor deverá ser responsabilizado pelo prejuízo, está-se a perquirir o fator de imputação a ser empregado no caso concreto.

Conforme se verá mais adiante, o atual modelo de codificação, fundado no princípio da solidariedade social, admite, em algumas hipóteses taxativamente previstas, o deslocamento do nexo de imputação, mitigando o clássico modelo do CC/16 que preconizava a imputabilidade vinculada indissociavelmente à falta de cuidado do agente (=culpa), em prestígio dos interesses da vítima, dirigindo-o para aquele que tem melhores condições de suportar o ônus do pagamento da indenização (art. 932 e 933, CC/02), uma vez que a responsabilidade civil não é concebida como punição ao agente ofensor, mas como reação ao prejuízo sofrido pelo sujeito lesado, mediante a eliminação de todas as consequências nocivas que o direito considera resarcíveis. (LOUREIRO, 2008, p. 721-37).

Os obstáculos ao pensamento acima apresentado são de diversos matizes e não serão objeto de análise específica por se afastarem do objetivo deste trabalho. Em breve síntese, poder-se-ia apontar que aqueles que não admitem a imputabilidade como elemento cerne na caracterização da ilicitude, como proposto acima, costumam argumentar que no campo penal a imputabilidade é vista como pressuposto de aplicabilidade da pena e não mais como elemento configurador do ilícito.

Tal posicionamento provoca uma série de questionamentos quanto à aplicação das normas penais em relação aos incapazes. Aquele desprovido de discernimento praticaria fato típico (=ilícito penal)? Para a maioria dos tratadistas que se ocupam do direito penal, praticaria, mas não seria punido (mas sim submetido à medida de segurança). Existiria então um crime, sem pena? Seria possível uma norma em cuja estrutura existisse o antecedente, mas não o consequente? A falta de coerência científica de tal entendimento salta aos olhos, mas não será objeto de maiores digressões, pois ultrapassa os objetivos deste trabalho.

Ocorre que não se podem confundir elementos completantes do núcleo do suporte fático (culpabilidade, dano, dever de indenizar) com seu próprio cerne. Sem a imputabilidade, desfalca-se o suporte fático de elemento essencial, o que o tornaria insuficiente, isto é, o que impediria a incidência da própria norma jurídica.

Ainda sobre o tema, vale transcrever lição de Jorge Cesar Ferreira da Silva (2006, p. 58): Não se pode perder de vista a distinção entre *imputação* e *imputabilidade*, e entre *imputação* e *culpa*. Por imputação entende-se a imposição, a alguém, de um dever. É o ato de “subjetivar” um dever jurídico. Por sua vez, *imputabilidade* é a *capacidade subjetiva de dever*, ou seja, capacidade de assumir a posição passiva em alguma relação jurídica. A imputabilidade, portanto, matéria do art. 3º do Código, é pressuposto da imputação. Ao alienado, que não tem discernimento para a prática de atos civis, não pode ser imputado dever. Além disso, não se pode dizer que ele aja com culpa, dado que não tem discernimento do dever a ser cumprido. Por não ser “imputável”, não é, também, “inculpável”. De qualquer modo, a culpa não se confunde com a imputação. *Inculpar* é atribuir culpa e *imputar* é atribuir dever. O dever pode ser atribuído em razão da culpa, ou por outro fator. Contudo, como a culpa foi tradicionalmente tida como o elemento essencial da imputação, não é incomum ver-se na doutrina, e também na legislação (p. ex., art. 396), a identidade entre os termos.

O marco teórico a ser adotado ao longo do texto é bem simples: ilícito civil e responsabilidade não são sinônimos. A primeira categoria é mais ampla, pois entre os seus efeitos existem outros distintos do dever de reparar e/ou compensar um prejuízo experimentado. Além disso, um indivíduo pode ser responsabilizado mesmo pela prática de uma conduta conforme ao direito (lícita), desde que não configurados os requisitos das normas que pré-excluem a ilicitude.

Ser ilícito significa que o fato contrário ao direito foi praticado por alguém imputável, o que na maioria dos casos implicará o dever de indenizar. Entretanto, a conduta que enseja a responsabilização nem sempre exigirá a demonstração da culpa do ofensor, conforme será visto mais adiante.

## 2.2 COMO CLASSIFICAR O FATO ILÍCITO?

Importante concluir a delimitação conceitual mencionada no item anterior com uma classificação para os fatos ilícitos em nosso sistema jurídico<sup>13</sup>. Inicialmente se faz necessário dividir os fatos ilícitos (em sentido amplo) em dois grupos: *fatos ilícitos absolutos e fatos*

---

<sup>13</sup> O marco teórico a ser adotado será aquele apresentado por Marcos Bernardes de Mello a partir do pensamento de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, e apresentado na obra Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência, em especial o capítulo XIV, aqui já referida anteriormente.

*ilícitos relativos.* O critério para distinção dessas duas categorias baseia-se na natureza do dever descumprido.

Deve-se perquirir se entre aquele que pratica o ilícito (ofensor) e a vítima (ofendido) (a) não existe relação jurídica, (b) existe relação jurídica, mas ela é de direito absoluto, vale dizer, relações *erga omnes*, como ocorre com os direitos da personalidade (art. 12, CC/02) e os direitos reais (art. 1.228, CC/02), ou (c) existe uma relação jurídica resultante de um ato jurídico prévio (negócio jurídico ou ato jurídico em sentido estrito).

Nos dois primeiros casos, se ocorrer descumprimento, está-se diante de fatos ilícitos absolutos. No último caso, trata-se de fato ilícito relativo. Desse modo, se alguém é atropelado na rua, o motorista pratica fato ilícito absoluto, diferentemente daquele que não observou os prazos contratuais num contrato de empréstimo, que pratica ilícito relativo.

O art. 186 do Código Civil consagra o princípio da incolumidade das esferas jurídicas, impondo a todos os sujeitos de direito a noção do *neminem laedere*, ou seja, o dever geral de não causar dano a quem quer que seja. Neste diapasão, assim dispõe: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O princípio da incolumidade das esferas jurídicas tem assento constitucional, pois o art. 5º de nosso texto fundamental consagra entre os direitos e garantias fundamentais, considerando-os invioláveis, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X), além do direito de resposta, proporcional ao agravo, sem prejuízo da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V).

Cada um de nós tem o legítimo direito de responsabilizar aquele que interfere indevidamente em nossa esfera jurídica, o que configura uma relação de ilícito absoluto, pois oposta em relação a sujeito passivo indeterminado (*alter*). Dito de outro modo: não importa a ausência de relação jurídica prévia com o agente que causou um dano, existe um dever legal prévio, geral e abstrato de não causar danos (*neminem laedere*), oponível contra todos.

Os ilícitos absolutos diferem dos relativos justamente porque nesta categoria viola-se direito que pertence à esfera jurídica de sujeito determinado, sendo possível que as próprias consequências do dano estejam disciplinadas no negócio que originou a referida relação jurídica entre ofensor e vítima.

Vale destacar que o ilícito relativo não se limita a hipóteses de violação de deveres contratuais, também se incluindo nessa classificação a inobservância de deveres típicos de relações de parentesco, tutela, curatela e de atos unilaterais como a gestão de negócio.

Entretanto, é possível que exista prévia relação jurídica entre o ofensor e o ofendido, e mesmo assim a violação seja enquadrada como fato ilícito absoluto. Explique-se. Para que ocorra a configuração de ilícito relativo faz-se necessário que a natureza do dever descumprido seja o conteúdo desta relação. Desse modo, se atropelo o meu credor que havia celebrado comigo um contrato de mútuo feneratício, tratar-se-ia de ilícito absoluto, e não relativo.

### **2.2.1 Os fatos em sentido estrito ilícitos**

Considerando que existem situações em que a ilicitude resulta de simples eventos, ou seja, de fatos da natureza, é possível delimitar a categoria dos *fatatos em sentido estrito ilícitos*. Nesta categoria estariam as situações descritas como caso fortuito e força maior. Para o leitor mais desavisado, pode parecer estranho considerar jurídico um fato da natureza, já que “a ilicitude seria valoração de ato humano e, portanto, não serviria para adjetivar fato natural, que é indisciplinável pelo homem e, consequentemente, pelo direito.” (MELLO, 2007, p. 239).

Esclarece Lôbo (2009, p. 231) que os fatos da natureza que interessam ao direito civil são “apenas os que interferem nas relações humanas, de modo a propiciar a aquisição, modificação e extinção de direitos e deveres jurídicos. O fato natural em si não é nem pode ser objeto do direito, pois nenhuma consequência teria.”

Desse modo, a possibilidade de alguém responder pelo prejuízo decorrente de caso fortuito ou força maior está presente em diversos dispositivos da codificação vigente: arts. 399<sup>14</sup>, 492<sup>15</sup>, 575<sup>16</sup>, 667<sup>17</sup>, 862<sup>18</sup> e 868<sup>19</sup>. Anote-se que nesses casos, a contrariedade a direito

<sup>14</sup>Art. 399, CC/02: “o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”.

<sup>15</sup>Art. 492, CC/02: “até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador. § 1º Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste”.

<sup>16</sup>Art. 575, CC/02: “se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito”.

não se deve a fatores voluntários, mas se caracteriza pela “consequência danosa a terceiro resultante do evento natural, em relação ao qual a vontade humana não tem atuação.” (MELLO, 2007, p. 240).

Nesta categoria de fato ilícito, não devem ser enquadradas as hipóteses de responsabilidade pelo fato da coisa ou do animal previstas na legislação vigente (arts. 936 a 938 do CC/02). Para configuração do fato em sentido estrito ilícito é necessária “a ausência, mesmo indireta, de atuação humana quanto ao evento, o que acontece sempre, em situações provocadas por caso fortuito, ou força maior.” (MELLO, 2007, p. 240). Ou seja, tanto nesta categoria como no ato-fato ilícito exclui-se a culpa e a intencionalidade de seu suporte fático. (LÔBO, 2009, p. 322).

## 2.2.2 Os atos-fatos ilícitos

Deixando de lado os fatos da natureza, antes de se abordar a questão do ato ilícito, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a categoria dos *atos-fatos ilícitos*. Tal categoria configura meio-termo entre os fatos jurídicos em sentido estrito (=inexiste vontade) e os atos jurídicos (=vontade elemento cerne, ou seja, o mais importante). Lôbo (2009, p. 233) os define como comportamentos humanos aos quais a lei atribui consequências, independentemente de estes terem sido queridos ou não; categoria bastante útil quando é necessário valorar e disciplinar o resultado fático sem considerar como relevante o querer dos sujeitos, que, por conseguinte, prescindem de capacidade jurídica para realizar tais condutas.

Mello (2007, p. 137) ressalta que nesta categoria a norma jurídica abstrai qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir na origem, para, desse modo, sustentar que “não importa se houve, ou não, vontade em praticá-lo” motivo pelo qual “o ato dissolve-se no fato” (LÔBO, 2009, p. 233-234), reconhecendo-se, no plano jurídico, situações fáticas provocadas por comportamentos humanos que são considerados irrelevantes para a incidência

<sup>17</sup>Art. 667, CC/02: “o mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. § 1º Se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento”.

<sup>18</sup>Art. 862, CC/02: “se a gestão foi iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responderá o gestor até pelos casos fortuitos, não provando que teriam sobrevindo, ainda quando se houvesse abatido”.

<sup>19</sup>Art. 868, CC/02: “o gestor responde pelo caso fortuito quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preferir interesse deste em proveito de interesses seus”.

da norma jurídica, uma vez que não integram o seu suporte fático. No mesmo sentido, Pontes de Miranda (p. 82-3) sustenta que:

Quando o ato não foi querido, ou se abstrai de ter sido, mas a regra jurídica incide, fazendo-se jurídico e, pois, producente de eficácia jurídica, não produz negócios jurídicos nem ato jurídico *stricto sensu*, mas sim atos-fatos jurídicos. Os atos humanos jurisdicizáveis são, portanto, ou declarações de vontade, ou manifestações de vontade (negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*), ou atos-fatos jurídicos. Nesses, a vontade não é causa deles; a regra jurídica incide sobre eles sem ver neles declarações ou manifestações de vontade; são atos-fatos, atos a que se dá a entrada no mundo jurídico como fatos jurídicos, e não como atos jurídicos.

Podem-se citar como tradicionais exemplos o ato infracional<sup>20</sup> e o mau uso da propriedade (art. 1.227, CC/02<sup>21</sup>), que não serão objeto de um estudo mais detalhado por ultrapassarem os objetivos do presente trabalho.

### **2.2.3 Os atos ilícitos**

Dentre as categorias acima citadas, é a dos atos ilícitos a categoria mais importante ao presente estudo. Afinal, o que a difere das demais é justamente a “relevância da vontade determinante da conduta, que é inexistente no fato *stricto sensu* ilícito e irrelevante no ato-fato ilícito.” (MELLO, 2007, p. 243).

Nesta categoria, a contrariedade a direito pode resultar tanto de ação quanto de omissão, e embora a culpa seja mencionada pela maioria dos autores como elemento caracterizador dos atos ilícitos, já se demonstrou acima a existência de situações que embora não sejam culposas, podem perfeitamente ser qualificadas como ilícitas. Sobre o tema, Mello (2007, p. 244-5) afirma que

a arraigada ideia de que a culpa seria um componente essencial da ilicitude levou a doutrina a adotar soluções técnicas para justificar sua presença onde, na realidade, não existe. Assim é que se fala em culpa objetiva, culpa presumida, fictícia, ou mesmo em inversão do ônus da prova, dentre outras propostas com que, tecnicamente, se procura contornar a realidade do ato ilícito sem culpa, para fazê-lo culposo.

<sup>20</sup> Vide art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que define o ato infracional como a conduta praticada por menor, criança ou adolescente, tipificada na lei penal como crime ou contravenção, ficando seu autor sujeito a sanções ali previstas. Mediante simples verificação, fácil perceber que no suporte fático da norma não existe vontade consciente como elemento cerne, faltando àqueles incapazes enquadrados na norma discernimento para entender a natureza de seus atos e autodeterminação para conduzir-se segundo tal entendimento.

<sup>21</sup> Art. 1.277, CC/02: “o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.”.

A exigência da existência de danos e consequentemente do dever de reparação para a configuração do ilícito também já foi objeto de análise nos itens anteriores. Assim como ocorre com a culpa, existem atos ilícitos que não apresentam caráter indenizativo. Veja-se, por exemplo, o rol de condutas consideradas nulas pelo sistema jurídico no art. 166:

é nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Ou ainda o disposto no art. 1.638 do Código Civil, que tratam respectivamente de ilícitos invalidantes e caducificantes: “perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

Para melhor compreensão do tema, cumpre delimitar as diversas espécies de ato ilícito disciplinadas em nosso sistema jurídico. Se para realizar tal tarefa, analisa-se o suporte fático de cada uma das situações acima descritas, é possível enquadrá-las, no que concerne ao campo do direito civil, em dois grupos: (a) *atos ilícitos absolutos* e (b) *atos ilícitos relativos*. Por outro lado, se o critério a ser empregado considerar a eficácia jurídica dos fatos em análise, eles podem ser classificados em atos ilícitos *indenizativos*, *caducificantes* ou *invalidades*.

Inicia-se com o ato jurídico ilícito em sentido estrito, ou simplesmente, ato ilícito absoluto. Esta espécie encontra-se disciplinada no art. 186 do Código Civil e retrata situações onde não existem relações jurídicas de direito relativo entre o ofensor e o ofendido. Como particularidade, pode-se anotar que o dano, em qualquer de duas espécies, seja patrimonial (dano emergente ou lucro cessante) ou extrapatrimonial (moral ou estético), é elemento completante do núcleo do suporte fático do ato ilícito absoluto, assim como o dever de reparar o prejuízo causado à vítima.

A segunda espécie acima mencionada, o ato ilícito relativo, costuma ser denominada de ilícito contratual, pois sua configuração depende da violação de deveres resultantes de relações jurídicas de direito relativo. No entanto, enquadram-se nessa categoria situações de descumprimento de atos unilaterais, como ocorre, por exemplo, na gestão de negócios, razão pela qual seria mais adequado denominá-lo de ilícito negocial, expressão mais ampla do que

ilícito contratual, limitado àquelas relações nascidas de negócios jurídicos ou atos jurídicos em sentido estrito.

No campo do ato ilícito relativo (ilícito negocial) distinguem-se situações nas quais o devedor, culposamente, impossibilita a prestação, outras nas quais incide em mora (art. 397 CC/02): “o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.” E, por fim, situações onde ocorre o denominado adimplemento ruim, uma vez que o cumprimento da obrigação por parte do devedor não se deu de modo satisfatório ao credor.

Importante anotar, assim como se verificou na categoria anterior, que nem sempre do ato ilícito relativo nasce pretensão indenizatória. Veja-se a esse respeito o disposto no art. 251 do Código Civil: O descumprimento de uma obrigação de não fazer acarreta o direito de exigir o seu desfazimento, independentemente de autorização judicial em caso de urgência.

O Código Civil, por exemplo, disciplina situações nas quais o descumprimento dos deveres contratuais implica desconstituição do negócio jurídico celebrado ou a possibilidade de exigir o cumprimento do avençado em juízo (art. 475, CC/02): “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”

Quanto à classificação dos atos ilícitos em relação a sua eficácia, deve-se apenas registrar que o ilícito caducíficante tem por objetivo a perda de um direito em face da conduta ilícita culposa praticada por alguém imputável, diferentemente dos ilícitos invalidantes, que se restringem às hipóteses de ilícitos relativos e se caracterizam por retirar dos atos praticados sua utilidade prática, como forma de sanção do sistema àqueles atos praticados sem observância do regramento legal.

Deve-se deixar bem claro que se partiu do marco teórico definido por Pontes de Miranda e secundado por Marcos Bernardes de Mello, segundo o qual as sanções, no campo do direito civil, não se resumem ao resarcimento ou compensação dos prejuízos. A consequência da prática de um ilícito civil pode ser, simplesmente, o impedimento da produção dos efeitos desejados pelas partes.

Braga Netto (2003, p. 103), ao comentar sobre as características do ilícito caducíficantes anota que sempre que a sanção civil consistir, de forma direta e imediata, na perda de um direito, o ilícito é caducíficante e não deve ser confundido com os ilícitos

invalidantes, que por vezes, de forma oblíqua, podem eventualmente neutralizar a eficácia dos atos praticados em desconformidade com o sistema jurídico.

## **CONCLUSÃO: O RESUMO DA CLASSIFICAÇÃO PROPOSTA**

O objetivo do presente item foi chamar atenção para a necessidade de se precisar os conceitos, evitando-se generalizações que ao longo dos anos fizeram considerar como características do gênero peculiaridades de algumas espécies de ilícito. Do exposto acima, pode-se concluir, com base na doutrina de Pontes de Miranda,<sup>descrita na perspectiva de Sanseverino (2010, p. 32)</sup> que:

os elementos do ato ilícito situam-se no plano da existência, enquanto a obrigação de indenizar surge no plano da eficácia. Há estreita correlação entre os pressupostos da responsabilidade civil (fato, nexo de imputação, ilicitude, nexo causal e dano), ocorridos no plano da existência, e os elementos da obrigação de indenizar (credor, devedor e prestação indenizatória), no plano da eficácia, uma vez que o ato ilícito é a principal fonte do dever de reparar os danos. Com isso, o dano como elementos de um ato ilícito e a indenização como prestação da obrigação de indenizar *lato sensu*, embora sejam institutos jurídicos distintos relacionam-se entre si.

A delimitação de contornos precisos para as categorias do ilícito, do dano e da responsabilidade permite uma melhor compreensão do fenômeno jurídico na realidade contemporânea, em constante evolução. Nesse sentido, Dias (2006, p. 25), referindo-se ao estudo das categorias que compõem a noção de jurídica responsabilidade, anota que:

O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que evolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes.

Nos itens anteriores, destacou-se que ser ilícito significa que o fato contrário ao direito foi praticado por alguém imputável, o que na maioria dos casos implicará o dever de indenizar, mas nem sempre exigirá a demonstração da culpa do ofensor. Passou-se à classificação do ilícito para afastar do presente estudo o aprofundamento das categorias fato em sentido estrito ilícito e ato-fato ilícito, diante da ausência de culpa e de intencionalidade em seu suporte fático.

Daqui em diante, será objeto de estudo detalhado a categoria do ato ilícito indenizativo, especialmente na forma relativa, vale dizer, focar-se-á no ilícito negocial, que

tem na reparação do dano sua eficácia. Entretanto, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a evolução do pensamento jurídico no que tange à responsabilidade civil, cuja importância pode ser bem aquilatada na advertência de Perlingieri (2008, p. 649-60):

Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre estes, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo o ato deve ser também merecedor de tutela. [...] Considerando que os valores constitucionais impõem plena concretização, compreende-se totalmente a necessidade, aqui manifestada, de não limitar a valoração do ato ao mero juízo de licitude e de requerer também um juízo de valor: não basta, portanto, negativamente, a não invasão de um limite de tutela, mas necessário, positivamente, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica de valores, como desenvolvimento coerente de premissas sistemáticas colocadas na Carta Constitucional. O juízo de valor do ato deve ser expresso à luz dos princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam. Nem todo ato lícito é merecedor de tutela: a simples licitude exime, em regra, apenas a responsabilidade.

O modelo teórico apresentado neste artigo serve de fundamento para melhor compreensão da evolução da responsabilidade civil em nosso sistema jurídico, já sendo possível perceber a redução da importância da contrariedade a direito para configuração do dever de indenizar, num modelo que privilegia a tutela dos interesses da vítima, deixando em segundo plano a conduta do ofensor para ressaltar o elemento *dano* como protagonista.

No mesmo diapasão, interessante estabelecer a diferença entre a noção de responsabilidade baseada na dívida daquela baseada no crédito. Na responsabilidade enquanto dívida, a investigação gira em torno do ofensor, analisando-se os pressupostos necessários para castigá-lo. Verificam-se a conduta, a antijuridicidade e a culpabilidade. Neste modelo a autoria é fundamentalmente individual, no que difere da noção de responsabilidade como crédito, focada na vítima, que tem como objetivo principal sua reparação. Como consequência, a antijuridicidade se desprende da tipicidade, prescindindo-se em várias situações da descrição prévia do ilícito, já que se reconhecem hipóteses de responsabilidade por atividade lícita ao lado de “ilícitos atípicos” extraídos do dever genérico de não causar dano a outrem. (LORENZETTI, 1995, p. 162).

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. Responsabilidade e Teoria da Justiça Contemporânea. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (org.). **Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria Geral do Dano**. São Paulo: Atlas, 2003.

- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos Ilícitos Civis.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CARBONNIER, Jean. **Droit Civil – Les Obligations.** 22. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.
- CAORSI, Juan J.Benítez. Reflexiones em torno a la noción de ilicitude. **Revista de Direito Privado**, n. 21, p. 293.
- DEMOGUE, René. **Traité des Obligations em Général.** Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923.
- DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesar. **Inadimplemento das Obrigações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GABURRI, Fernando. Da insuficiência da noção de culpa e de risco: da necessidade de um sistema geral objetivo de imputação de Responsabilidade civil Extracontratual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (org.). **Ensaios sobre Responsabilidade Civil na Pós-modernidade.** Porto Alegre: Magister, 2007.
- GOMES, Orlando. **Obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- \_\_\_\_\_, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- GOMES, José Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura del Derecho.** Buenos Aires: Eudeba, 1960.
- LARRAÑAGA, Pablo. **El concepto de Responsabilidad en la Teoría Contemporánea del Derecho.** México: Fontamara, 2004.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. Ato Ilícito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.) **Teoria Geral do Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil.** Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- \_\_\_\_\_. Las nuevas fronteras de la responsabilidad civil: análisis económico – responsabilidad civil – protección de la parte débil. **Anais do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil.** Blumenal, out. 1995, v. 2, p. 162.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico.** Plano da Existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MESSINEO, Francesco. **Derecho civil y comercial, v. II.** Buenos Aires: EJEA, 1971.

MONTENEGRO, Antônio Lindebergh. **Ressarcimento de danos.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil:** Responsabilidade Civil, vol. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional.** Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** T. XXVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. O ilícito civil ocorre quando o agente, por seu procedimento, causou dano a alguma pessoa. In: **Direito Civil:** Responsabilidade Civil, vol. 4, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral.** São Paulo: Saraiva, 2010.

VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mor responsable. **Archives de Philosophie du Droit,** Paris, 22, p. 49, 1977,

## A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

*Prof. Dr. César Barros Leal*

Procurador do Estado do Ceará, Doutor em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México, Pós-doutorando em Estudos Latino-americanos pela UNAM (Faculdade de Ciências Políticas e Sociais), Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

**RESUMO:** *O artigo destaca a missão constitucional da defensoria pública de assegurar aos hipossuficientes de recursos o acesso à justiça e realça a necessidade de fortalecê-la como instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Registra o autor um voto exarado pelo Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, então juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconhecendo a relevância do direito de acesso à justiça, e debruça seu olhar sobre as prisões, nas quais a atuação do defensor público se torna imprescindível para a defesa dos direitos do recluso e, de igual modo, a cobrança ao Estado de sua obrigação de adequar as condições do cativeiro aos standards previstos pelas Regras Mínimas da ONU.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à Justiça. Instituição Essencial. Direitos dos Presidiários. Promoção da Justiça Social.

**ABSTRACT:** *The article highlights the constitutional mission of public defenders to assure to the needy people the access to justice and underlines the need to strengthen it as an institution essential to jurisdictional function of State. The author cites a vote written by Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, at that time judge of the Inter-American Court of Human Rights, recognizing the importance of the right of access to justice, and focuses his gaze on the prisons, in which the role of public defender becomes imperative for the defense of the rights of the inmates and the adjustment of the conditions of captivity to the standards set by the UN Standard Minimum Rules.*

**KEYWORDS:** Access to Justice. Essential Institution. Prisoners' rights. Promotion of Social Justice.

Há em nossa sociedade uma classe desvalida, necessitada, pobre e abandonada. Esta classe está nas entranhas de nossa sociedade, é a classe mais numerosa, é nosso povo, é nossa sociedade mesma: compõe-se de todos aqueles infelizes que, não tendo tido a sorte de herdar um patrimônio, nem a fortuna de adquirir educação, se encontram submissos na ignorância e na miséria, se veem desnudos e famintos, por todas as partes humilhados; em todas as partes oprimidos. Sobre esta classe recai comumente não só o peso e rigor das leis senão também, e isto é mais terrível, a arbitrariedade e injustiça de muitas autoridades e de muitos dos agentes policiais.

Ponciano Arriaga

### CONSIDERAÇÕES PRIMEIRAS

Não me incluo entre os que proclamam com orgulho: sou defensor público. Mas confesso que a figura do defensor público sempre foi objeto de meu mais acendrado respeito, tanto mais porque, desde quando escancarei os olhos para as iniquidades de um mundo

perverso, onde me coube nascer e viver, esta tem exercido sobre mim um enorme fascínio. O que atribuo não apenas à sua missão constitucional de assegurar, aos que comprovarem insuficiência de recursos, o acesso à Justiça (incluída a Justiça social, pilar da cidadania, erigida como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos), um mister que se agiganta num país de analfabetos, no qual midiaticamente se nutre, sob a capa do assistencialismo, uma infame exclusão socioeconômica, senão também ao fato de que nunca deixou de ressoar, nos tímpanos de minha memória, como um chamamento à consciência e à luta, a advertência de Ovídio, tão incômoda quanto intensamente desafiante, de que o tribunal está fechado para os pobres.

A esse respeito: “O que se busca com a atuação dessas instituições é a realização da Justiça, tomado esse termo não apenas no sentido de Justiça de estrita legalidade, de Justiça jurisdicional, mas de Justiça abrangente da equidade, da legitimidade, da moralidade.” (FERREIRA, 2002).

Nesta estação de tempo em que se busca, a duras penas, estruturar e aprimorar a defensoria pública da União e de numerosas entidades federativas, fortalecendo-a como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, em harmonia com o art. 134 da Carta Cidadã, impõe-se disseminar, em todos os segmentos da sociedade, a consciência de que uma Defensoria enfraquecida repercute necessariamente na aplicação claudicante das leis, na fragilização das instituições, no declínio dos indicadores sociais, no menoscabo aos direitos fundamentais dos cidadãos e na consequente vulneração do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Valorizar a Defensoria Pública, outorgando-lhe efetiva autonomia funcional, administrativa e financeira, reconhecida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, alcançando-a ao patamar do Ministério Público e da Magistratura, instituições com as quais forma um triângulo equilátero, em expressão de Rocha (2005), reconhecendo sua importância num agrupamento de prioridades que abarque por igual a segurança, a saúde e a educação, constitui um dever impostergável de todo governante que se insurgue contra as desigualdades e persiga, compromissado com os objetivos maiores do Estado Brasileiro, o bem-estar de todos e o desenvolvimento humano e social, pautando suas políticas públicas pela promoção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A não ser assim ter-se-á tão-somente o discurso supérfluo dos que, em sua acentuada miopia intelectual, são incapazes de perceber o alcance de uma assistência jurídica integral e gratuita, prestada judicial e extrajudicialmente, tal como o define a Lei Maior, a milhões de

pessoas necessitadas, sem acesso à generalidade dos bens e dos serviços básicos para uma vida decente, que carregam consigo como um estigma, um ferrete, o labéu da hipossuficiência, do baixo nível de instrução, da míngua de perspectivas de ascensão social, e para as quais a plena igualdade de direitos, bem como o princípio da dignidade humana, fundamento esta da própria república federativa, são postulados de uma utopia que se pretende seja real.

Nobres os que, no exercício quixotesco de sua função, malgrado a ausência de condições, a mesquinhez de vencimentos, a insuficiência de servidores (e aqui me permito objetar, toda excepcionalidade guardada, a contratação nestas circunstâncias de advogados privados), armam-se da “serena coragem” de que nos fala a Oração do Defensor, da autoria de Paraguassú Eleres, e assumem com a obstinação dos justos e a rebeldia dos insubmissos a responsabilidade de universalizar, efetivar e cotidianizar os direitos e garantias individuais, melhorar os índices de desenvolvimento social, levar a cabo programas de educação em direitos humanos, expandindo uma atenção otimizada aos que dela dependem cabalmente e a encaram, por isso mesmo, como derradeira instância de defesa e asseguramento da cidadania, confiando em sua aptidão para lhes tornar acessível à Justiça e salvar as barreiras dominantes, erguidas pela potestade e pela prepotência dos mais fortes.

Evoco as palavras de Robert e Seguin (2000, p. 8), em seu livro **Direitos Humanos, Acesso à Justiça:** um olhar da Defensoria Pública:

Na luta pela defesa do Homem algumas Instituições são representativas do patamar de desenvolvimento alcançado. Entre essas, a Defensoria Pública exsurge como um marco da possibilidade de ser garantido ao pobre o Acesso à Justiça e à busca por uma prestação jurisdicional isonômica. O princípio da igualdade entre as partes é densificado pela atuação institucional, fazendo com que uma pessoa não dependa de sua fortuna para ter seus direitos reconhecidos e que se deixe de fazer Justiça em virtude da pobreza do titular do direito.

Leia-se também esta citação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (apud ROBERT; SEGUIN, 2000, p. 204):

Sem Defensoria Pública, parcela substancial, quiçá majoritária da sociedade estaria condenada a mais execrável sorte de marginalização, além das que já sofrem, a econômica e social: a marginalização política. Condenados, os necessitados a serem cidadãos de segunda classe, perpetra-se o mais hediondo dos atentados aos direitos, liberdades e garantias constitucionais, impossibilitando que na sociedade brasileira se realize o Estado de Direito - pela ilegalidade sem sanção, se afirme o Estado Democrático - pela cidadania sem ação; e se caminhe para o Estado de Justiça - pela imoralidade sem oposição.

## 1 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Louve-se nossa Constituição Federal que, ao instituir o direito fundamental à assistência jurídica, colheu inspiração no Direito Internacional dos Direitos Humanos, mais precisamente nos instrumentos universais de proteção desses direitos, entre os quais sobrelevam a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Pactos Internacionais de Direitos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (o Pacto de San José), em cujos enunciados se funda o ideal da acessibilidade da Justiça, extensivo a todas as pessoas, indistintamente, em particular as que carecem de meios para contratar um advogado particular e de assumir os gastos de um processo, sem prejuízo para sua subsistência e de sua família, mas confiam na disposição do Estado de lhes prover uma atenção apropriada, no contexto da ampla defesa e do devido processo legal, até o último grau de recurso, impedindo que o catálogo de direitos repouse no panteão das letras mortas, fazendo, ao revés, vivente o direito vigente.

Em boa hora transcrevo o voto exarado pelo Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, relativo à Sentença de 2 de setembro de 2004, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Instituto de Reeducação do Menor *versus* Paraguai:

A Corte Interamericana reconheceu a importância do direito de acesso à justiça; tanto é assim que, desde sua Sentença de 03.11.1997 (parágrafo 82), no caso *Castillo Páez versus Peru*, até a presente data, reiteradas vezes assinalou que o direito de toda pessoa de acesso a um recurso simples e rápido ou efetivo perante juízes ou tribunais competentes que a amparem em seus direitos fundamentais (art. 25 da Convenção) constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, senão do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção.

## 2 A DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO PRISIONAL

Conquanto seja diversificada a função do defensor público (na área de família, da infância e da juventude, dos direitos do consumidor, da execução criminal, bem como no cível, na fazenda pública, em acidentes de trabalho e na previdência e assistência social), onde mais se divisa a necessariedade de sua atuação é na ambiência do cárcere, este território de ninguém, esquecido pelos homens, desaguadouro dos males da justiça criminal, habitado, em sua maior parte, pelos despossuídos, pelos miseráveis, pelos

pobres dos pobres, o que abona a imagem de uma Justiça para marginalizados e traz à memória o poeta argentino José Hernández, em sua obra prima *El Gaucho Martín Fierro* ('Para ele são os calabouços, / Para ele as duras prisões; / Em sua boca não há razões / Embora a razão lhe sobre; / Que são sinos de pau / As razões dos pobres'), reforçando o apotegma citado por Alejandro H. Bringas e Luis F. Roldán Quiñones: No cárcere se castiga a pobreza, não o delito. (OLIVEIRA, s/d).

Para eles, “[...] os filhos de ninguém, os donos de nada”, de que nos fala Eduardo Galeano em *El Libro de los Abrazos* (OLIVEIRA, p. 236), “muitos deles autores de fatos delitivos cometidos em flagrância, alguns de bagatela,” o defensor público é o guardião que lhes oportuniza acessar os benefícios da lei e afiançar a igualdade processual (*equality of arms*) no itinerário da execução.

A defesa dos cativos colide, porém, com a insuficiência desses profissionais, que, faltos de recursos (estruturais e materiais), são de regra impotentes para atenderem adequadamente, como a consciência e o padrão elevado de profissionalismo lhes ditam, a uma demanda cada vez mais crescente.

Alhures, discorrendo sobre a imprescindibilidade dos defensores públicos, transmudados em agentes transformadores da sociedade, mensageiros da equidade e da esperança, aos quais impende abrir o tribunal aos pobres,

Os Defensores Públicos, além de Operadores do direito, por terem oportunidade de lidar com uma camada mais desprotegida e desinformada da população, são também agentes de mudança, atuando numa educação informal do povo para conscientizá-lo da cidadania que possuem. Ao informar a parte de seu direito o Defensor Público faz mais do que apenas defender um direito subjetivo, ele muda paulatinamente uma consciência social. (OLIVEIRA, s/d, p. 225):

Na dicção Afonso da Silva (1999, p. 588),

sua ingente tarefa é defender zelosamente os presos, com fundamento no axioma de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário as lesões ou ameaças ao direito e que todos os seres humanos, sem distinção, com assento no princípio constitucional da igualdade, devem ser respeitados e viver ao abrigo do Estado.

O Dr. Sergio García Ramírez, em voto concordante à Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Medidas Provisórias no caso do Cárcere de Urso Branco, de Porto Velho, Rondônia, datada de 7 de julho de 2004, advertiu:

Está pendente, em termos gerais, uma imensa obra reivindicadora dos direitos humanos nestas instituições, praticamente aonde quer que se vá. Esta situação não somente milita contra direitos fundamentais senão põe em cheque a Justiça penal em seu conjunto, uma de cujas expressões mais dramáticas — não a única, evidentemente — é a privação de liberdade. Esta coloca a quem a padece a mercê das circunstâncias, que podem chegar a ser

anárquicas, se não intervier o Estado para impedi-lo e organizar a vida em reclusão. O discurso e as normas penitenciárias se chocam brutalmente com a realidade de muitas de nossas prisões. Isto deve mudar, logo e profundamente.

Ao defensor público, indo além de sua função meramente jurisdicional, incumbe cobrar do Estado às medidas necessárias para que este adeque as condições do encerro aos *standards* sobre a matéria referidos pelas Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e outros documentos de defesa dos direitos humanos, de caráter e relevância universais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Relembro a lição do bretão Santo Ivo: “Jura-me que sua causa é justa e eu a defenderei gratuitamente.” Em seu talento, em sua combatividade na luta pelo Direito, na “retidão de sua consciência, muito mais importante do que o tesouro do conhecimento” (OSORIO; GALLARDO apud DIAZ, 2001, p. 79), em sua crença na corporificação dos sonhos, reside à razão do triunfo da dignidade sobre a ignomínia e o segredo das transformações que hão de sepultar as injustiças do presente. Para isso se faz preciso ter esperança num amanhã menos desonroso, aquela esperança, em palavras de Schiller, cujo “brilho mágico entusiasma os mais moços e não é enterrada com o ancião, pois este, quando extenuado encerra o curso da vida, ainda a planta sobre o túmulo.”

Endereço as palavras de Plieto (2001, p. 279):

A defesa dos pobres implica o privilégio de abraçar uma cruzada constante contra as travas e iniquidades que se opõem à Justiça, em desfavor dos menos favorecidos, e de privilegiar, ao mesmo tempo, nossa classe profissional em sua transcendência histórica, a tal grau que se houvesse outra vida, sem dúvida ter-se-ia que vivê-la como advogado lutando por esses propósitos, e quando nosso filho, parafraseando Couture, nos peça conselho acerca de seu futuro, será uma honra — estou seguro disso — sugerir-lhe que exerça a defensoria pública [...].

À prestação jurisdicional (a que muitos pretendem equivocadamente restringir a ação da defensoria pública) se soma, a bom juízo, a efetividade de uma defesa bem mais ampla que abarque, sob o signo da solidariedade, a promoção da justiça social. Não é suficiente apenas afirmar que a instituição, olhos e ouvidos dos excluídos, é um instrumento de efetivação de seus direitos humanos; é preciso avançar — este é o grande desafio, máxime das novas gerações — e diminuir o descompasso existente entre o Brasil legal e o Brasil real, entre os

ideais da democracia e da paz social e a realidade de milhões de brasileiros que aspiram a uma cidadania plena.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DÍAZ, Hermínio Huerta. **Cartas a un Joven Defensor Público.** México: Suprema Corte de Justiça, 2001.

FERREIRA, Sérgio D'Andrea. **Defensoria Pública – Instituição essencial do Exercício da Função Jurisdicional pelo Estado e à Justiça.** Brasília: Câmara dos Deputados, Consultorias Legislativa, 2002.

OLIVEIRA, de Barros Leal, César. **Viagem Pelos Caminhos da Dor:** Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos (Casos do Brasil e do México). Tese de doutorado (Universidade Nacional Autônoma do México).

ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria Pública e Transformação Social. **Revista Pensar,** Fortaleza, v. 10, n. 10, p. 1-5, fev. 2005.

ROBERT, Cinthia Robert; SEGUIN, Elida. **Direitos Humanos, Acesso à Justiça:** Um Olhar da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

## INCOMPATIBILIDADES ENTRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

*Hugo Leonardo Rodrigues Santos*

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UFPE. Pós-graduado em Ciências Criminais pela UNAMA e em Direito Penal e Processo Penal pela ESMAPE. Professor de Direito Penal e Criminologia em cursos de graduação e pós-graduação de Maceió (AL). Membro associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e da Associação Internacional de Direito Penal - AIDP. Pesquisador colaborador do Núcleo de Estudos da Violência de Alagoas – NEVIAL.

**RESUMO:** *Em razão da ineficiência do sistema de justiça penal tradicional, existe uma tendência de solucionar certos problemas criminais por meio da mediação entre ofensor e vítima. Nesse sentido, a justiça restaurativa é um exemplo claríssimo de solução pacificadora e consensual, com finalidade de satisfação dos interesses dos envolvidos na dinâmica criminal, sobretudo as vítimas, de modo menos burocrático e formalista. Por ser um modelo recente e ainda em desenvolvimento, existem dificuldades enormes em conceituar esse novo paradigma. Por essa razão, é preciso cautela ao comparar essas medidas restaurativas com institutos já incorporados no sistema criminal tradicional. Assim, o sistema de soluções consensuais adotado pelo processo penal brasileiro, sintetizado pelo instituto da transação penal, não pode ser confundido com essas práticas restaurativas. Isso, porque não concretiza os objetivos propostos pela justiça restaurativa, na medida em que não evita a judicialização de conflitos, nem tampouco cuida de soluções efetivamente pacificadoras para o crime. Além disso, na prática não garantiu a celeridade almejada quando da criação do instituto. Por essas razões, é mister afirmar que não se pode confundir a real natureza da transação penal, afirmando que a mesma se aproxima de práticas restaurativas.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Justiça Restaurativa. Transação Penal. Incompatibilidade. Procedimento Penal Sumaríssimo. Juizado Especial Criminal.*

**ABSTRACT:** *Due to the inefficiency of the traditional penal justice system, there is a strong tendency to solve certain criminal problems through mediation between offender and victim. Thusly, the restorative justice is a perfect example of a both pacifying and consensual solution, aiming the satisfaction of the interests of those who were directly or indirectly involved into the criminal dynamics, especially when it comes to the victims, in a much less bureaucratic and formalist way. Because it is a pretty recent and still in development model of behaving, immense difficulties in forming its concept exist. Many are the dissensions regarding which could be the defining characteristics of this new paradigm. That way, caution is asked, being unadvisable in every sense making comparisons between these restorative measurements and institutes which have previously been incorporated to the traditional criminal system. So, the consensual solutions system which has been adopted by the Brazilian penal law system, which was synthesized by the penal transaction institute contained into the Summary Procedure of the Criminal Special Judgeship Law, cannot be mistaken with those restorative exercises. The reason for this is that the fore mentioned Law does not realize the goals which are proposed by the restorative justice, for it neither avoids the judicialization of conflicts nor approaches effectively pacifying solutions for criminal behavior. In addition, when it comes to practice it does not guarantee the longer for celerity in solving legal problems – which was the main purpose in creating that institute. For these reasons it is of much relevance concluding that one can neither mistake the real nature of penal transaction nor wrongfully affirm that it approaches restorative techniques.*

**KEYWORDS:** *Restorative Justice. Penal Transaction. Incongruity. Summary Penal Procedure. Criminal Special Judgeship.*

## INTRODUÇÃO

Diz-se que certas práticas são revolucionárias, quando inauguram um modelo conceitual inédito e extremamente diferenciado com relação àquele que o precedeu. Nos singulares momentos em que isso ocorre, é preciso um tempo razoável para que sejam sedimentadas essas novas ideias, em qualquer ramo científico. Isso, porque o desenvolvimento de um novo conceito é difícil, já que normalmente essa construção argumentativa é realizada por meio de lento processo de agrupamento de consensos, e de exclusão daquelas ideias incompatíveis com o novo paradigma. Poderíamos dizer que essa lentidão é ainda maior nas ciências sociais, como o direito, em razão de não possuir bases experimentais consolidadas, como no caso das ciências normais. O embate de ideias sem um lastro empírico é mais volátil, porque pode envolver ideologias e subjetivismos<sup>22</sup>.

Essa problemática transparece, no âmbito das ciências criminais, com a polêmica que envolve o desenvolvimento da justiça restaurativa. Trata-se de um modelo singular de realização de justiça penal, mais voltado para o diálogo entre os interessados no conflito criminal, e consequentemente menos focado em reprimendas estatais ou formalismos procedimentais. Nesse sentido, distancia-se enormemente das características do sistema punitivo tradicional, extremamente vinculado à burocrática estrutura formal do Poder judiciário, além de consolidado na reação oficial ao crime, caracterizado por sanções que independem da satisfação dos interesses das vítimas.

A compreensão mais aprofundada acerca da justiça restaurativa ainda está sendo efetuada. Assim, faz-se necessário tentar distinguir conceitualmente esse novo paradigma de quaisquer outros institutos que lhe sejam incompatíveis. Já que ainda é cedo para se almejar um conceito acabado de justiça restaurativa, é possível ao menos tentar aprimorar o entendimento a respeito desse novo modelo, identificando-se possíveis incongruências conceituais. Ou seja, considerando que não se pode, até aqui, afirmar definitivamente o que é a justiça restaurativa, ao menos é possível afirmar o quê, em absoluto, ela não é.

---

<sup>22</sup>Todas essas observações resultam da leitura do magistral estudo de Thomas Kuhn (2011), *passim*. Estamos pressupondo que a dogmática penal pode ser considerada uma ciência social, muito embora existam inúmeras ressalvas a essa tese. Segundo o autor, ciência normal seria aquela “firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas” (p. 29). Interessante frisar que a estruturação de paradigmas no direito se faz de maneira um pouco diversa das demais ciências, pois o direito se fundamenta em uma necessidade social exterior. (p. 40).

O sistema criminal brasileiro inaugurou um modelo consensual de justiça penal, a partir da edição da Lei nº 9.099/95, a qual criou o procedimento sumaríssimo. Dentre os vários institutos benéficos advindos da norma referida, pode-se destacar a transação penal. Essa consiste em uma grande novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois possibilita a não instauração de processo penal, nos casos em que o acusado aceita as propostas oferecidas pelo órgão de persecução.

Ora, esse modelo consensual poderia ser precipitadamente comparado com as práticas restaurativas. Por esse motivo, o presente texto tem como objetivo identificar se é possível afirmar equivalências entre o instituto da transação penal, representante ilustre da política de despenalização adotada pelo procedimento sumaríssimo, com a justiça restaurativa. Por meio de uma análise mais detida será possível constatar se existem ou não semelhanças entre os dois fenômenos jurídicos.

## **1 A INACABADA CONCEITUAÇÃO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA**

A justiça restaurativa pode ser compreendida como um novo modelo criminológico de solução de conflitos penais, que tem como fundamento maior a conciliação e intermediação entre infrator e vítima, enfatizando as instâncias civis e a própria sociedade como mediadoras, em lugar do antiquado e formalista Estado-juiz. É sintomática a emergência de um sistema dessa natureza, já que existe uma tendência de transformação da justiça penal unilateral e verticalizada, a qual paulatinamente “[...] cede o passo a uma justiça negociada, interactiva e horizontal que procura a composição dos interesses utilizando uma racionalidade dialéctica.” (RODRIGUES, 2001, p. 143).

A implantação do novel paradigma ainda é recente, motivo pelo qual, por hora, não é possível apontar com exatidão todas as características definidoras dessa tendência. No entanto, podem ser destacados alguns traços importantes dos modelos restaurativos.

Primeiramente, as práticas restaurativas aproximam o sistema punitivo de um modelo democrático de Direito, tentando suavizar os efeitos da dinâmica criminosa, e de sua resolução (reação) social, por meio de um diálogo, de um consenso. Ora, “sendo a justiça penal a manifestação única do poder punitivo, cujo espaço são consentidas as mais sérias supressões de garantias individuais e direitos civis [...], deve ser contida em prol da efetivação da democracia.” (AMARAL, 2007, p. 173-174).

Ademais, a justiça restaurativa consiste em uma mudança radical na forma de vislumbrar o delito. Trata-se de verdadeiramente trocar as lentes, entendendo o crime “[...] como um dano e uma violação de pessoas e relacionamentos. A justiça deveria se concentrar na reparação, em acertar o que não está certo.” (ZEHR, 2008, p. 170). Assemelha-se, portanto, a um método fenomenológico de tratar o crime, pois advoga a eliminação de estruturas teóricas prévias, defendendo que se ignorem conceitos previamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico, para focar-se no dano efetivo causado pelo crime, nos prejuízos que a ação delituosa acarreta. O crime passa a ser visto como uma lesão real, e não mais como uma categoria formal e abstrata, um fato típico-antijurídico-culpável, uma metáfora do sistema jurídico-penal.

Por essa razão, o crime passa a ensejar uma reação que consiste em uma reparação da lesão, ao invés de mera retribuição estatal pelo mal causado. Isso, porque o delito consiste em um problema que impacta, sobretudo, a vítima e a sociedade, os quais precisariam ser legitimamente restaurados após os prejuízos sofridos.

Cumpre lembrar que o sistema criminal não é capaz de concretizar efetivamente as funções declaradas da pena criminal. Daí a importância de se atentar para as funções reais ou latentes da pena, essas sim realizadas concretamente pelo funcionamento do sistema punitivo. (SANTOS, 2005, p. 2-3). Portanto, considerando a falência da execução da pena com respeito aos seus propósitos formais, mais importante que esperar por uma improvável ressocialização do criminoso é reparar os danos causados pelo delito. Assim, a legitimação da justiça restaurativa se daria por meio da eficácia na oferta de soluções concretas para os danos sofridos, distanciando-se das teorias legitimadoras tradicionais da pena criminal.<sup>23</sup>

Não obstante, a justiça restaurativa não tem por objetivo simplesmente substituir a justiça retributivista, mas servir como seu complemento. “Isto porque, a justiça restaurativa não tem o escopo de reduzir a criminalidade, mas sim o impacto causado pelo crime sob os cidadãos, sem qualquer auspício retributivo.” (AMARAL, 2007, p. 178). Ou seja, esse sistema serviria para a prevenção de certos delitos, mas não se aplicaria a todas as situações. Existem danos graves para os quais não se pode abrir mão de uma solução mais drástica, oferecida pelo sistema penal. Por isso, não acreditamos que o novo modelo seria suficiente para a abolição por completo do sistema punitivo, mas poderia servir como uma alternativa eficiente, em algumas situações.

---

<sup>23</sup>Mais detalhes sobre as teorias de legitimação e deslegitimação da pena criminal, vide Paulo QUEIROZ. **Funções do Direito Penal. Passim.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

A justiça restaurativa corresponde a uma tendência, já antiga, de incremento no respeito e proteção dos interesses da vítima, cujo fruto mais conhecido talvez seja a própria evolução científica da vitimologia (inclusive com seus reflexos dogmáticos), nas últimas décadas. A vítima, com isso, passou a ser considerada como verdadeiro sujeito da relação conflituosa, e não mais um mero expectador passivo de seu deslinde, por um terceiro (o Estado) alheio a seus interesses.

Com o modelo restaurativo, a solução do conflito passou a ser mediada de maneira informal, sem a necessidade de utilização do burocrático aparelho judiciário. (MOLINA, 2010, p. 417). A reação oferecida pela justiça restaurativa, por isso, é por natureza desinstitucionalizada. Isso é importante, pois evita a sedimentação de comportamentos reativos por parte do acusado, decorrentes da institucionalização que é característica do processo penal tradicional<sup>24</sup>.

No mais, trata-se de uma justiça de base comunitária, que se desvincilha de uma atitude punitivista frente ao crime, “(s)em vencedores nem vencidos, sem humilhar nem submeter o infrator, sem ameaça-lo com as iras ou com o peso da lei, sem apelar a força vitoriosa do Direito.” (MOLINA, 2010, p. 417).

Em síntese, a justiça restaurativa reúne algumas características marcantes, as quais são reflexos da tentativa de superar a falência do sistema de justiça penal. E foi justamente a ineficácia das respostas tradicionais que impulsionou o desenvolvimento desse novo modelo de solução de conflitos. Nesse sentido, “a justiça penal falhou naqueles que deveriam ser os seus objectivos primeiros: não logra ressocializar o agente reintegrando-o enquanto cidadão preparado para respeitar as normas; não garante a satisfação das necessidades concretas da vítima, correspondendo mal às suas expectativas de superação dos danos originados pelo crime; não fomenta a participação comunitária na solução dos problemas comuns nem tem conseguido garantir a pacificação de sociedades alarmadas pela violência e pela criminalidade.” (SANTOS, 2008, p. 36-37).

Como já explicado, o conceito de justiça restaurativa ainda está em construção, motivo pelo qual ainda não se pode identificar de modo terminativo como se caracteriza esse modelo, havendo consenso tão-somente sobre algumas das qualidades de práticas que poderiam ser consideradas restaurativas. (SICA, 2007, p. 10). Nesse sentido, Leonardo Sica afirma que

---

<sup>24</sup>Boa parte da literatura correspondente à escola criminológica do *labelling approach* objetivou criticar esses efeitos nocivos, vinculando a criminalização secundária à ritualização dos procedimentos e, principalmente, formação de estereótipos e rotulações.

“qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como prática restaurativa.” (p. 10).

A ausência de uma definição estanque, de um conceito estático de justiça restaurativa, não consiste em um grave problema, a priori. Isso, porque o modelo restaurativo teria como maior qualidade essa plasticidade conceitual, podendo adaptar-se facilmente às técnicas e experiências concretas de apaziguamento de conflitos criminais. Nesse sentido, “procurar um conceito unívoco e simples poderia ensejar uma visão reducionista de uma proposta cuja riqueza está justamente na diversidade e na flexibilidade, o que permite a sua melhor adaptação a diferentes cenários sociais.” (SICA, 2007, p. 10).

Contudo, a partir dessas características fundamentais das práticas restaurativas, pode-se antecipadamente excluir desse modelo todas as soluções que não se coadunem com as suas linhas gerais, estruturantes. Seguindo esse raciocínio, cumpre ensaiar um questionamento, averiguando-se se as práticas do sistema consensual do processo penal brasileiro, inaugurado com a criação dos juizados especiais criminais, podem ser chamadas de restaurativas. Essa análise será efetuada pelo estudo de seu principal instituto despenalizador, a transação penal.

## 2 O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Justamente em razão das já explicadas dificuldades em se conceituar a Justiça restaurativa, poderia haver inopinadas comparações entre esse novel modelo consensual e certos preceitos dogmáticos já incorporados no sistema criminal brasileiro. O perigo seria, justamente, possibilitar equivalências disparatadas entre institutos jurídicos que possuem características totalmente incompatíveis com tal paradigma consensual, os quais restariam equivocadamente confundidos com práticas restaurativas.

Por exemplo, a transação penal, instituído pelo procedimento sumaríssimo da Lei de juizados especiais criminais (Lei nº 9.099/95), poderia, precipitadamente, ser confundido com uma prática restaurativa. No entanto, isso não pode, sob nenhuma hipótese, ser admitido como verdadeiro, como será explicado.

A criação dos juizados especiais criminais inaugurou o consensualismo no sistema punitivo brasileiro, diferenciando-se bastante do funcionamento do sistema penal tradicional. Nesse sentido,

(a)s medidas do juizado criminal como modelos de justiça consensual, negociada, são medidas despenalizadoras, sobretudo pelo caráter de *contratualismo* que as rege, ao passo que a justiça penal tradicional impõe a pena ao indivíduo de maneira unilateral, autoritária e vertical, sem espaço aberto para a negociação. (CARDOZO, 2006, p. 47).

O modelo consensual brasileiro, apesar de ter inspiração em políticas criminais de minimização do sistema punitivo, não adotou a desinstitucionalização, nos moldes do paradigma integrador anglo-saxão. (MOLINA, 2010, p. 475). Contudo, conseguiu inegavelmente aprofundar o diálogo, outrora quase inexistente, entre infrator e vítima, o que pode ser confirmado pela previsão de efeitos despenalizadores a partir da composição de danos, regulada pelo art. 74 da Lei nº 9.099/95. Se a vítima já se satisfez com a composição dos danos civis, não seria mais justificável a instauração de um processo penal, nos crimes de menor potencial ofensivo. (GRINOVER, 1996, p. 119).

Isso ocasionou naturalmente uma grande empolgação dos penalistas. Por essa razão pode-se falar que houve uma verdadeira idolatria, precipitadamente criada em torno desse modelo consensual inovador. Assim, com relação à lei de juizados especiais criminais, é fácil perceber que quando de sua edição, o novo estatuto “foi recebido sem reservas e tornou-se depositário de expectativas de transformação de um obsoleto, seletivo e estigmatizante sistema de justiça criminal.” (PRADO, 2006, p. 1).

Mas é importante ressaltar que, infelizmente, o problema da seletividade do sistema criminal não foi resolvido a partir do consensualismo. O filtro seletivo, que nos moldes tradicionais concentrava-se nos órgãos de persecução penal, acabou sendo colocado nas mãos das vítimas interessadas. (AZEVEDO, 2000, p. 163). Por outro lado, isso acabou contribuindo para a ocorrência de um efeito totalmente inverso àquele esperado pelos mais otimistas, porque o número de processos criminais nas varas comuns acabou não diminuindo, após a implantação dos juizados especiais criminais. (WUNDERLICH, 2005, p. 36). Em outras palavras, a adoção do consensualismo não resultou em uma retração do *Jus Puniendi*. Pelo contrário, é possível perceber a expansão da justiça penal, mesmo após a instituição dos juizados.

Esse fenômeno, muito embora seja surpreendente para alguns, pode ser facilmente compreendido se se percebe que houve a revalorização de alguns tipos penais referentes a crimes de menor danosidade social, muitos dos quais já deveriam ter sido abolidos do sistema punitivo. Por isso, “o diagnóstico da justiça penal consensual não é bom, seja qual for o ângulo de sua análise.” (WUNDERLICH, 2005, p. 35).

O modelo brasileiro de justiça criminal consensual, portanto, acabou expandindo o sistema punitivo, ao invés de servir como freio para seu crescimento acelerado. (WUNDERLICH, 2005, p. 34). É justamente por isso que, segundo alguns, acabou servindo paradoxalmente como argumento para uma ideologia punitivista de tolerância zero<sup>25</sup>, contrariando o fato de que a sua (inocente) ideia inspiradora teve como fundamento lógico uma retração do *jus puniendi*.

Cumpre observar que a mesma crítica também poderia ser proferida contra a justiça restaurativa, pois a mesma possivelmente também possibilita uma ampliação da rede de controle penal, vez que poderia atrair uma clientela para o sistema criminal, a qual, de outro modo, não seria submetida penalmente. (PALMOLLA, 2009, p. 139).

Outra observação importante é que, ao contrário das medidas restaurativas, os juizados criminais utilizam as estruturas formais da justiça penal. Ora, foi criado um novo órgão do poder judiciário, para dar conta do julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, denominado de juizado especial criminal. Esses juizados foram idealizados como estruturas dinâmicas, menos burocráticas e mais ágeis que as varas criminais comuns. No entanto, o que se observa é que a falta de estrutura dos juizados contribui para a morosidade dos processos, e para a não observância do devido processo legal, em algumas situações.

Por exemplo, as deficiências com relação à assistência jurídica gratuita fazem com que seja frequente a realização de audiências e imposição de sanções sem a presença de um advogado. Em pesquisa realizada nos juizados especiais de Porto Alegre, foi constatado que “em 78% dos casos a vítima comparece sem advogado. Quanto ao acusado, que na eventualidade bastante comum de comparecer sem advogado, deveria receber o atendimento de um defensor público, constatou-se que em 50% das audiências estava sem esse acompanhamento. Mesmo assim, alguns juízes realizam a audiência, chegando até a homologação de proposta de transação aceita pelo autor do fato desacompanhado de advogado ou defensor público.” (AZEVEDO, 2000, p. 169).

Com relação ao instituto da transação penal, aplicado nos juizados criminais, já foi definido como “o acordo de vontades firmado entre as partes, detentoras de direitos e

---

<sup>25</sup>COUTINHO, Jacinto de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa “efetivação constitucional”). In CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ITEC, 2005, p. 8. Para uma leitura mais detalhada sobre a política criminal de tolerância zero: SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Utilização do conceito de inimigo no sistema punitivo:** análise crítica a partir de um modelo integrado de ciências criminais. Dissertação de mestrado. Recife: UFPE, 2009.

obrigações recíprocos, objetivando, neste particular, prevenir ou pôr fim a um litígio, mediante concessões de parte a parte.” (CARDOZO, 2006, p. 82-83).

Esse instituto, segundo o discurso oficial, evitaria a pena de prisão, sendo por isso benéfico para o acusado, como medida despenalizadora. No entanto, cumpre lembrar a advertência de Geraldo Prado, de que a transação desliza em direção à prisão, porque não se desvinculou da lógica punitiva que tem no encarceramento o seu eixo principal. Isso pode ser constatado a partir das hipóteses de cabimento de prisão, mesmo após celebrada a transação penal. “(C)omo o vírus de uma doença que contamina a cultura social, a prisão volta ao discurso penal, reintroduzida de dois modos diferentes: aparece lamentada como inevitável, diante de certas circunstâncias; e é recebida com entusiasmo quando se cogita da possibilidade de expandir o sistema tradicional a negociação entre suspeito e Ministério Público, em torno da aplicação direta de pena privativa de liberdade.” (PRADO, 2006, p. 18).

Essa é a primeira das grandes diferenças entre esse instituto e os preceitos característicos da justiça restaurativa. Ao invés de primar pela restauração do dano, a transação penal é centrada em uma sanção, uma restrição de direitos, que poderia ser convertida em pena de prisão, em certas situações.

Também merece menção a questão relativa à pressão exercida sobre o autor do fato, para que aceite a proposta oferecida (um grave defeito do *plea bargaining*), o que é inadmissível em um sistema garantista. (FERRAJOLI, 2004, p. 778). Ora, a solução não surge de uma verdadeira mediação de conflitos, já que o acusado, querendo se ver livre de um eventual processo penal, aceita as condições impostas sem ser ouvido de fato, bem como sem opinar construtivamente na definição de qual a restrição de direitos que será aplicada. Logicamente que isso possibilita graves limitações sobre direitos de acusados que eventualmente podem não possuir responsabilidade sobre o fato *sub judice* (inocentes), os quais irão preferir aceitar a proposta oferecida a correr os sérios riscos de ser processado criminalmente. Portanto, não se trata a transação penal de uma construção interativa, nem tampouco esse instituto se aproxima de uma tentativa de redução dos danos decorrentes da ação criminosa.

Ademais, no que se refere à reparação dos danos à vítima, apesar de essa ter sido um dos objetivos da lei que instituiu os juizados criminais (GRINOVER, 1996, p. 71), não parece ter sido a *ratio* que orientou o instituto da transação penal. Mesmo porque a vítima não tem qualquer participação na aplicação dessa medida. Isso, porque a vítima não pode escolher de

que forma o agente será responsabilizado, já que o *Jus Puniendi* é atributo do Estado. O oferecimento da transação é atribuído ao *parquet*, é função exclusiva do órgão acusador<sup>26</sup>.

Mesmo nos casos de ação de iniciativa exclusivamente privada, o ofendido tem a liberdade de escolher se realmente deseja iniciar a ação penal, mas não pode interferir em como será o autor do fato responsabilizado. “Portanto, a redefinição do espaço da vítima não deve ser confundida com a retomada do caráter privado do processo penal de outras épocas, ainda que para essa confusão concorram as recentes reformas penais, que introduziram penas criminais em benefício direto da vítima.” (PRADO, 2006, p. 170).

Nesse sentido, existe a tendência de admitir a transação penal, mesmo nos crimes de iniciativa privada, por influência do fenômeno “detectado também lá fora, de atenuação da distinção público-privado, prolongamento da diferença (que se quer novamente apagar) entre civil e penal.” (PRADO, 2006, p. 170).

Pode-se, então, concluir que a transação penal não é verdadeiramente uma solução consensual, pacificadora. Em síntese: não há uma satisfação eficaz para com a vítima, nem tampouco essa participa ativamente da escolha da solução, com a transação penal. Desse modo, pode-se afirmar com segurança que a transação penal não apresenta as características que marcam um modelo de justiça restaurativa.

## CONCLUSÕES

Como explicado, a justiça restaurativa inaugurou uma nova tendência no solucionamento de questões criminais. Para certas situações, seria mais eficaz a adoção de uma lógica diferenciada, que empreende esforços para mediar o conflito, buscando uma solução que efetivamente restaure o dano sofrido pela vítima do crime. Esse modelo inovador ainda está sendo construído conceitualmente, motivo pelo qual não se pode, nesse estágio, chegar a uma definição rigorosa do mesmo.

No entanto, reunindo-se as características marcantes apontadas pela doutrina, é possível ao menos excluir certas hipóteses, no sentido de certificar-se de que algumas práticas

---

<sup>26</sup>Consideram-se esgotadas as discussões a respeito de ser ou não possível o oferecimento de proposta de transação pelo magistrado. A posição mais coerente é a de que somente o Ministério Público pode oferecer o benefício. Tratando-se de direito público subjetivo do acusado, caso o promotor criminal insista em não ofertar a transação, mesmo após constatado que os requisitos legais foram obedecidos, pode o juiz, utilizando-se analogicamente do art. 28 do Código de Processo Penal, remeter os autos para o Procurador-Geral de Justiça, para as providências cabíveis.

jurídicas não seguem esses preceitos inovadores do modelo restaurativo. Se até o momento não é possível dizer o quê é a justiça restaurativa, é necessário contentar-se com uma conceituação precária, por exclusão, indicando tudo aquilo que se tem certeza que ela não é.

De onde surgiu a preocupação em analisar o modelo consensual instituído pela Lei nº 9.099/95, que estruturou os juizados especiais criminais, no sentido de investigar a hipótese de serem as medidas despenalizadoras contidas nesse diploma práticas restaurativas. Para empreender tal observação, focamos o estudo no instituto da transação penal, que é marcante no procedimento sumaríssimo.

Observando-se com mais atenção, constatou-se que a transação penal não possui as características que seriam marcantes em uma solução restaurativa. Por isso mesmo, é necessário afirmar taxativamente que o conceito de justiça restaurativa não abrange, de maneira nenhuma, o instituto da transação penal.

Toda a argumentação utilizada no presente trabalho teve como fim afirmar algo que, para os mais desavisados, poderia parecer o óbvio ululante. No entanto, é importante negar categoricamente quaisquer semelhanças desse novo modelo restaurativo com estruturas que lhe são antônimas, como a transação penal, sobretudo nesse momento em que o arcabouço conceitual já construído, para explicar a justiça restaurativa, ainda está pouco desenvolvido. Seguramente, preocupações dessa natureza nunca são demasiadas ou excessivas.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Érica Babini Lapa do. Bases teóricas da justiça restaurativa: uma abordagem conceitual. In: SILVA, Ivan Luiz da *et alli* (orgs.). **Ciências criminais no século XXI**. Recife: UFPE, 2007.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Transação penal**: a despenalização no caso concreto. Recife: Nossa Livraria, 2006.

COUTINHO, Jacinto de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa “efetivação constitucional”). In CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ITEC, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Roma: Latterza, 2004.

GRINOVER, Ada Pelegrini *et alli*. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das revoluções científicas**, 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PALAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estudo jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Utilização do conceito de inimigo no sistema punitivo**: análise crítica a partir de um modelo integrado de ciências criminais. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2009.

SANTOS, Cláudia. A Mediação penal: uma solução divertida? In Franco, Alberto Silva *et alli* (orgs.). **Justiça penal portuguesa e brasileira**: tendências e reforma. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação da pena. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WUNDERLICH, Alexandre. A Vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da Lei nº 9.099/95). In CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ITEC, 2005.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008.

## LEY MARÍA DA PEÑA: CONQUISTAS Y DESAFÍOS EN BRASIL

*Stela Cavalcanti*

Promotora de Justicia de Alagoas. Maestra en Derecho Público. Autora da la obra: Violencia doméstica: análisis de la ley María da Peña. Coautora de la obra: El sistema de Justicia, derechos humanos y violencia contra la mujer. Escritora y conferenciente en diversos cursos, congresos y seminarios.

*“La ley no puede forzar a los hombres a ser buenos; pero puede impedirlos de ser malos”*  
(Autor desconocido)

**RESUMO:** *Este artigo trata das conquistas e desafios para a efetividade da Lei Maria da Penha no Brasil. Informa que a violência doméstica e familiar é um problema que aflige crianças, adolescentes, mulheres adultas e idosas em todo mundo. Enfatiza que a ação política dos movimentos de mulheres e feministas nos últimos 30 anos foi decisiva para a implantação no Brasil de uma política pública de prevenção e combate à violência contra as mulheres. Apresenta as modificações estabelecidas pela Lei Maria da Penha, principalmente no que se refere à vedação da aplicação da lei dos juizados especiais, n. 9.099/95 para os casos de violência doméstica e enumera as espécies de violências domésticas consagradas pela Lei n. 11.340/06 - Lei Maria da Penha. São apresentados dados estatísticos acerca da incidência de casos de violência doméstica no Brasil e no Mundo. Demonstra que esta Lei consagrou um novo microssistema jurídico de enfrentamento à violência doméstica e familiar no Brasil e apesar de ser um diploma recente, muito já foi realizado para a sua implementação e efetividade.*

**PALAVRAS-CHAVE:** violência contra a mulher. Violência doméstica e familiar. Lei Maria da Penha. Conquistas e desafios.

**RESÚMEN:** *Este artículo revela las conquistas y los desafíos para la efectividad de la ley María da Peña en Brasil. Informa que la violencia doméstica y familiar es un problema que aflige chicos, adolescentes, mujeres adultas y ancianas en todo el mundo. Enfatiza que la acción política de los movimientos de mujeres y feministas en los últimos 30 años fue decisiva para la implantación, en Brasil, de una política pública de prevención y combate a la violencia contra las mujeres. Presenta los cambios establecidos por la ley María da Peña, principalmente en lo que se refiere a la defensa de la aplicación de la ley en los juzgados especiales, n. 9.099/95 para los casos de violencia doméstica y enumera las especies de violencia doméstica consagradas por la ley n. 11.340/06- Ley María da Peña. Se exponen los datos estadísticos sobre hechos de violencia doméstica en Brasil y en el mundo. Demuestra que esta ley consagra un nuevo microssistema jurídico de enfrentamiento de la violencia doméstica y familiar en Brasil y aunque se trata de algo reciente, mucho ya fue hecho para que sea efectivo.*

**PALABRAS CLAVE:** Violencia contra las mujeres. La violencia doméstica y familiar. Ley de María da penha. Logros y retos.

## INTRODUCCIÓN

La violencia contra las mujeres es un problema que alcanza chicos, adolescentes, mujeres adultas, y ancianas en todo el mundo. Ocurre principalmente, por las desigualdades en las relaciones de poder entre hombres y mujeres, y también por la discriminación de género todavía presente tanto en la sociedad como en la familia.

Mientras el sexo (masculino y femenino aparecen como un dato biológico, el género<sup>27</sup> se presenta como una adquisición social. La sociedad define las creencias y los comportamientos característicos de cada sexo en un determinado período histórico y a lo largo del tiempo, la concepción del mundo ha favorecido el sub juzgamiento de las mujeres, por conceder solamente a los hombres los papeles importantes, respetados y valorizados, a costa de la opresión de las mujeres y supresión de sus derechos fundamentales. De tales diferencias y desigualdades surgió la idea de superioridad de los hombres en relación a las mujeres, responsable por la dominación masculina, instituida socialmente, dando origen a lo que llamamos de violencia de género, sufrida actualmente, tal como en todos los tiempos, solamente por las mujeres en todo el mundo.

La violencia doméstica y familiar se destaca en el panorama mundial como uno de los mayores obstáculos a la efectuación de los derechos humanos de las mujeres. Se destacan los siguientes hechos: violencia física, psicológica, sexual, moral y patrimonial, conforme establece el art. 7 de la ley María da Peña, n. 11.340/06.

Aunque los derechos fundamentales posean un carácter universal, las mujeres aun son un grupo vulnerable a todas las formas de violencia. Los medios de comunicación y las estadísticas denuncian diariamente agresiones físicas y verbales, amenazas y asesinatos practicados en el ambiente familiar, como también otros tipos de violencia practicados contra las mujeres en las relaciones domésticas y en el trabajo, teniendo como principales motivos el preconcepto y la discriminación.

---

<sup>27</sup>Dentro de la teoría feminista la terminología para las cuestiones de género se desenvolvió alrededor de la década del 70. En la edición de 1974 del libro *Masculine/Feminine or Human* de Janet S. Chafetz, la autora usa “genero innato” y “papeles sexuales aprendidos”, pero en la edición de 1978, el uso de sexo y género es invertido. En la década de 1980, la mayoría de los escritos feministas pasaron a estar de acuerdo en el uso de género apenas para aspectos socioculturales adaptados. En los estudios de género el término es usado para referirse a las construcciones sociales y culturales de masculinidad y feminidad. En este contexto, el género explícitamente excluye referencias para las diferencias biológicas y se focaliza en las diferencias culturales. Fuente: Wikipédia Disponible en: <[www.wikipedia.org.br/](http://www.wikipedia.org.br/)> Acceso en 12.01.2011

Hasta hace pocas décadas, la sociedad y el poder público no tenían grandes preocupaciones en prevenir y reprimir la violencia doméstica. El tema era tratado como un problema privado de las familias, que excluía la intervención del estado. El movimiento feminista tuvo participación definitoria en la conquista de los derechos civiles y políticos, luchando en defensa de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, junto a los ideales de derechos humanos, defendiendo la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia, tanto en las leyes como en las prácticas sociales.

La acción política de los movimientos de mujeres y feministas en los últimos 30 años fue decisiva para la implantación, en Brasil, de una política pública de prevención y combate a la violencia contra las mujeres.

A partir de la Constitución de 1988 hubo un gran cambio de paradigma, pues el estado salió de la condición de mero espectador para asumir el deber de promover acciones preventivas y represivas destinadas a combatir la violencia en el ámbito de las relaciones familiares. Mientras, el art. 5 de la Constitución Federal de 1988 que instituía la igualdad formal entre hombres y mujeres, no consiguió disminuir las desigualdades y los índices de agresiones practicadas contra las mujeres, pues especialmente la violencia doméstica continúa en cantidades alarmantes en el país. La ley n 11.340/2006, bautizada con el nombre de ley María da Peña, surgió después de historias de muchas luchas en busca de justicia contra actos de violencia doméstica y familiar.

Considerando que, la legislación brasileña no respondía de forma satisfactoria a la realidad, por no ofrecer protección necesaria a las mujeres, ni tampoco punía el agresor adecuadamente, y los resultados de las encuestas demostraban que cada vez más se complicaba el cuadro de violencia doméstica y familiar contra las mujeres en Brasil, por lo tanto se hizo necesario la creación de una ley de enfrentamiento a ese tipo de violencia.

La efectiva protección de los derechos humanos demanda no apenas políticas universalistas mas específicas, apuntadas a grupos socialmente vulnerables, entretanto victimas preferenciales de la exclusión. Esto es, la implementación de los derechos humanos requiere la universalidad y la indivisibilidad de estos derechos, agregado del valor de la diversidad.

El gran desafío del nuevo milenio es como actuar para que el reconocimiento de los derechos humanos sea capaz de generar políticas públicas y acciones eficaces que

concretamente contribuyan para la plena fruición de esos derechos por parte de las mujeres, proporcionándoles una vida libre de violencia.

## **1 DESARROLLO**

### **1.1 LA LEY MARÍA DA PEÑA Y LOS JUZGADOS ESPECIALES**

Hasta la publicación de la Ley María da Peña, la violencia doméstica contra la mujer no había recibido la debida importancia por parte de la sociedad, del legislador y ni tampoco del judiciario brasileño.

Las situaciones de agresiones sufridas por la mujer, durante poco más de diez años y hasta el 22 de septiembre de 2006, cuando entro en vigor la ley María da Peña, eran de competencia de los juzgados especiales criminales, Ley n. 9.099/95, encuadrándose tales casos de violencia como delitos de menor potencial ofensivo, cuya pena máxima era de dos años de detención, con posibilidades de commutación de esta pena en restrictiva de derecho, tal como el pago en dinero, en canastas familiares, no preveía la prisión preventiva por los crímenes de violencia doméstica, y también no hacia la detención en flagrante delito del agresor.

La ley n. 9.099/95 llegó como uno de los mayores avances de la legislación brasileña por su propuesta de despenalizar, al introducir importante cambios en la política criminal brasileña, como la aplicación de las penas no privativas de libertad, la adopción de rito sumarísimo, la posibilidad de aplicación de la pena antes del ofrecimiento de la acusación, por lo tanto representó una verdadera revolución en el sistema procesual brasilerio, desahogando el judiciario, prestándole mayor celeridad.

Sin embargo, no obstante una consciente tentativa de acabar con la impunidad, dejó el legislador de priorizar el ser humano, preservar su vida y su integridad física, como destaca (Días, 2007). Según la autora, el legislador, en el ansia de agilizar el procedimiento, al condicionar a la representación de la víctima las lesiones corporales leves y las culposas, se olvido que no es posible condicionar la acción penal a la iniciativa de la víctima cuando existe desequilibrio entre agresor y agredido. A pesar de la igualdad entre los sexos estar resaltada en la Constitución Federal, viene ya de siglos la discriminación que coloca a la mujer en posición de inferioridad y subordinación frente al hombre. Al representar contra el agresor, la

mujer víctima temía sufrir aun más agresiones, pues al retornar al hogar, se veía obligada literalmente, a dormir con el enemigo.

Injustificable la falta de conciencia del legislador de que la violencia doméstica y familiar merecía un tratamiento diferenciado. Infelizmente, ese tipo de violencia continúa acumulando estadísticas; al final, la cuestión continuaba sobre la tutela de los Juzgados Especiales Criminales y sobre la incidencia de los institutos despenalizadores de la Ley n 9.099/95.

Además, como resalta Cavalcanti (2009), la restricción conceptual de las infracciones de menor potencial ofensivo a los crímenes en que la pena aplicada no exceda los dos años, deja de considerar la gravedad objetiva del daño en varias hipótesis típicas, el ejemplo de la violencia sufrida por la mujer. Vea lo que dice la autora:

Ejemplificando, la mujer podría ser golpeada, torturada y quedarse al borde de la muerte, pero, si recuperase la salud en el plazo de 30 días y no presentase secuelas, el delito sería considerado de menor potencial ofensivo con pena que variaba de seis meses a un año, sujeto al rito de los juzgados especiales, pena restrictiva de derecho o multa, fácilmente convertido en prestación de servicios a la comunidad o pago de canastas familiares. Lo que era incoherente y un verdadero absurdo. Además, las secuelas psicológicas que esas agresiones acarreaban a las víctimas no eran observadas en la aplicación de la pena, bien como el hecho de que las agresiones fueran, generalmente, habituales.

La ley María da Peña, de forma clara y tajante anuló la utilización de la ley n. 9.099/95 para los casos de violencia doméstica, art. 41. A pesar de esto, no hubo acuerdo entre los operadores del derecho brasileño en la aplicación de este artículo, así recientemente, los ministros del Supremo Tribunal Federal, al juzgar la ADC - Acción declaratoria de constitucionalidad n. 19 y la ADI - Acción directa de inconstitucionalidad n. 4424, decidieron por la constitucionalidad del art. 41 de esta ley, dirimiendo cualquier duda existente. Enfatizando, inclusive, que la acción penal en los crímenes de lesión corporal sería pública e incondicionada, es decir, el Ministerio público bajo la obligación de iniciar la acción penal y no más la víctima.

## 1.2 DATOS ESTADÍSTICOS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN BRASIL Y EN EL MUNDO

Relato de la Organización Mundial de la Salud (OMS 2002), un estudio realizado en África del Sur, Australia, Canadá, Estados Unidos y Israel apunta que 70% de los asesinatos

de mujeres en el mundo son cometidos por hombres con quien ellas tenían o tuvieron algún tipo de relacionamiento amoroso y que en Brasil, de cada 100 mujeres brasileñas asesinadas, 70 son en el ámbito de sus relaciones domésticas.

Encuesta realizada en 2009 por el Instituto Ibope/ Avon concluye que la violencia doméstica está en el tope de las preocupaciones de las mujeres brasileñas 56%, siguiendo SIDA con 51%, violencia urbana 36% y cáncer de mamas 31% (*online* ).

La violencia doméstica compromete 14,6% del Producto Bruto Interno (PBI) de América Latina y 10.5% del PBI del Brasil, ya que la mujer agredida falta al trabajo y hace uso del sistema público de salud para tratamiento médico, siendo considerada, por lo tanto, un problema de salud pública (*online* ).

Varios factores contribuyen para eso, entre ellos: la ineficiencia del atendimiento prestado a las víctimas por el sistema de justicia; la insuficiencia de las políticas públicas de protección y asistencia a las víctimas y sus familiares, también por la ausencia de programas sociales para tratamiento de los agresores.

La ley María da Peña, n. 11.340/2006, fue idealizada con el objetivo general de contribuir para el efectivo combate a las varias formas de violencia doméstica y familiar. Sus objetivos específicos son: prevenir, cohibir, punir con mayor rigor y contribuir para la protección de las víctimas de la violencia doméstica en Brasil, cumpliendo, así, con los tratados y convenciones internacionales ya ratificados por el país.

La ley María da Peña consagra un nuevo microsistema jurídico de enfrentamiento de la violencia doméstica y familiar. Aunque se trate de algo reciente, mucho ya fue hecho para hacerla efectiva: como la creación de juzgados de combate a la violencia doméstica y familiar en varios Estados de la Federación; núcleos de atendimiento especializado en los Ministerios Públicos y en las Defensorías Públicas; ampliación de las redes asistenciales de protección; aplicación de las medidas protecciónistas de urgencia en favor de las víctimas y contra los agresores, entre otras.

El tratamiento legal diferenciado en favor de la mujer en situación de violencia doméstica está en consonancia con los objetivos fundamentales establecidos en la Constitución Federal, como la ciudadanía y la dignidad de la persona humana, imponiendo la intervención del Estado, para erradicar la violencia de género y promover la igualdad material entre los hombres y mujeres.

Después de cinco años de vigencia, la ley María da Peña fue considerada por el UNIFEM- Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer – como una de las 3 legislaciones más avanzadas en el mundo (Relato Global “Progreso de las Mujeres en el Mundo de 2008/2009”).

Según el Superior Tribunal de Justicia (STJ) en Brasil, el número de procesos de mujeres contra la violencia doméstica aumentó 150% entre 2006 y 2011. De allá para acá, fueron más de 110 mil procesos, que condenaron casi 12 mil hombres agresores (*online*).

La ley, que cuenta con más de 80% de aprobación de la población, según encuesta de la Fundación Perseu Abramo realizada en 2011, aumenta, por ejemplo, en tres veces la pena para lesión corporal leve en ámbito doméstico (*online*). Además de eso, impidió la aplicación de canastas familiares, o multa, para los casos de violencia doméstica y familiar.

Desde la creación de la ley María da Peña, la central de atención a la mujer, el Llame 180, del Gobierno Federal, ya recibió más de 240 mil denuncias. La mayoría relatos de agredidas por el marido enfrente de los hijos.

La Central de Atención a la Mujer- Llame 180, es un servicio ofrecido por la Secretaría de Políticas para las mujeres, del Gobierno Federal, con el objetivo de recibir denuncias, o relatos de violencia, reclamaciones sobre los servicios de la red y de orientar las mujeres sobre sus derechos y sobre la legislación vigente, encaminándolas para los servicios cuando sea necesario.

Además de la importancia de un servicio nacional y gratuito, que pueda constituir una importante puerta de entrada en la red de atención para las mujeres en situación de violencia, la Central se ha revelado bastante útil para el levantamiento de informaciones que subsidian un trazado de la política de enfrentamiento de la violencia y para el control de los servicios que integran la red en todo el país.

En estos más de cinco años de aplicación, la ley María da Peña ya dejó una lección: lo más importante para quien sufre violencia doméstica es denunciar enseguida, denunciar temprano y evitar que una amenaza o una agresión verbal se transformen en una tragedia.

## 2 SINTESIS Y CONCLUSIÓN

La violencia contra la mujer se destaca en el panorama mundial como uno de los mayores obstáculos para aplicar los derechos humanos. De ello resultan las siguientes consecuencias: violencia física, psicológica, sexual, moral, patrimonial, espiritual, institucional, de género o raza, doméstica y familiar, entre otras.

Hasta hace pocas décadas, la sociedad y el poder público no tenían grandes preocupaciones en prevenir y reprimir la violencia doméstica. El asunto era tratado como un problema privado, que no requería la intervención del Estado. A partir de la Constitución de 1988, en Brasil, hubo un gran cambio de paradigma, pues el Estado salió de la condición de mero espectador para asumir el deber de promover acciones preventivas y represivas destinadas a combatir la violencia doméstica.

El movimiento feminista tuvo participación decisiva en la conquista de los derechos civiles y políticos. Los derechos de las mujeres surgen como una especialización de los derechos humanos fundamentales en el orden jurídico internacional y en las constituciones contemporáneas.

A partir de la década del 70, los derechos humanos de las mujeres pasaron a ser estatizados por la edición de diversos tratados internacionales. A nivel planeta, los países asociados a las Naciones Unidas asumieron solemnemente el compromiso de realizar reformas legislativas y promover políticas públicas destinadas a la promoción de la igualdad de género, al combate a la discriminación y violencia contra la mujer. El mismo camino fue recorrido en el plano regional, por los países pertenecientes a la Organización de los Estados Americanos, a la Comunidad Europea, Organización para la Unidad Africana y Liga de los Estados Árabes.

La existencia de un instrumento internacional de protección de los derechos humanos fundamental de las mujeres, por sí solo, revela un gran avance. Las convenciones analizadas traducen el consenso de la comunidad internacional acerca de la urgencia en eliminarse la discriminación y la violencia contra la mujer y, al mismo tiempo, promover la igualdad material y substantiva. Ese consenso mundial ultrapasa la compleja diversidad cultural de los pueblos, que pasan a compartir de una misma gramática cuando el tema es la discriminación y la violencia contra la mujer.

Por medio del catálogo especial de derechos humanos consagrados a las mujeres, se protege el valor de la igualdad, basado en el respeto a la diferencia. Se consagra la idea de que la diversidad debe ser vivida como equivalencia y no como superioridad o inferioridad. Es contra las relaciones desiguales que se imponen los derechos humanos de las mujeres.

Aunque el Brasil sea suscriptor de esos tratados internacionales, solo inició el proceso de constitucionalización de los derechos humanos fundamentales más tarde que la mayoría de los países latinoamericanos. Solamente con la deflagración del proceso de democratización es que el país comienza a ratificar los tratados más relevantes en materia de derechos humanos. El primer tratado ratificado, ya en 1984, fue la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. A partir de ahí, otros importantes instrumentos internacionales de protección a los derechos fundamentales pasaron por el mismo proceso.

La dignidad humana fue levantada por la Constitución Federal de 1988 a una norma principio, dotada de fuerza vinculante en relación al poder público y a los particulares. Por ese motivo el orden jurídico, el Estado y los particulares deben respetarla y garantirla. Especialmente en lo relacionado a las mujeres, varios tratados de derechos humanos, el ejemplo de la Convención de Viena y de la Convención de Belén de Pará afirman los derechos de las mujeres como una especialización de los derechos humanos, también como es la violencia contra la mujer, grave ofensa a la dignidad humana. El constituyente no se preocupó apenas con lo positivo de este “valor fuente” del pensamiento occidental. Busco por encima de todo estructurar la dignidad humana de forma de atribuirle plena normatividad, proyectándola por todo el sistema político, jurídico y social instituido.

A pesar de las conquistas en sectores como educación, trabajo y política, las desigualdades socio económicas todavía son acentuadas. Las mujeres brasileñas, principalmente las negras, aun sufren con varias formas de discriminación. Hay un largo camino a ser recorrido en nuestro País para la aplicación efectiva de los derechos humanos fundamentales de las mujeres. Las políticas de cuño afirmativo son una importante herramienta para la construcción de una sociedad verdaderamente libre, justa igualitaria y solidaria.

La concepción de igualdad puramente formal afirma en el principio general de la igualdad delante de la ley, comenzó a ser cuestionada con la comprobación de que la igualdad de derechos no era, por sí solo, un instrumento eficaz para garantizar igualdad de puntos de partida (material). Es con ese espíritu que la igualdad determinada en el art. 5, caput, de la CF ultrapasa la barrera meramente formal y adquiere carácter substancial, junto a la idea de

igualdad de oportunidades. La intervención del Estado se torna de suma relevancia para el equilibrio de las relaciones de género creando reales condiciones de fruición de los derechos fundamentales por hombres y mujeres, sin cualquier distinción.

A pesar de haber amplia protección a los derechos humanos en Brasil, las estadísticas demuestran que acá, la perspectiva universalista de igualdad de derechos no se ha mostrado suficiente para asegurar la equidad deseada entre hombres, mujeres, blancos, indios y negros. El problema está en la desigualdad social y económica cuyas consecuencias llevan a innumerables violaciones a los derechos fundamentales. La desigualdad está estampada en los datos socio económicos de la sociedad brasileña y, cuando son considerados a la luz de indicadores como raza, etnia y género, esas diferencias se alargan, llegando a cantidades alarmantes.

Según las informaciones del Centro regional de informaciones de las Naciones Unidas en Bruselas UNRIC, las mujeres deben estar en la línea de frente de los esfuerzos de la comunidad internacional, bien como de los países, por constituir la mayoría de los 1,3 millones de personas que viven en la pobreza extrema. La feminización de la pobreza se traduce en diferencias en términos de rendimientos, salud y educación, un problema que exige una respuesta más enérgica de los gobernantes y de la sociedad civil, tanto a nivel nacional como internacional.

Las políticas públicas son los medios necesarios para la efectuación de los derechos fundamentales, una vez que poco vale el mero reconocimiento formal de derechos si él no viene acompañado de instrumentos para hacerlo efectivo. Las políticas de combate a la pobreza y discriminación deben ser prioridad en Brasil. Ellas incluyen revisión de la política económica que han generado recesión, desempleo e informalidad en el mercado de trabajo. Las mujeres son la mayoría entre las personas desempleadas, en el sector informal, están entre la población con los menores sueldos y peores ocupaciones. Además de eso, el estado debe adoptar estrategias promocionales capaces de estimular la inserción e inclusión de grupos socialmente vulnerables en los espacios sociales.

Los programas gubernamentales destinados a prevenir, punir y erradicar violaciones a los derechos humanos de las mujeres se han mostrado frágiles, por su insuficiencia, descalificación, desarticulación, fragmentación y discontinuidad. La necesidad de compromiso del Estado con la efectiva aplicación de políticas públicas sobre la óptica género se torna cada vez mayor, frente a los preconceptos al desenvolvimiento personal y social que alcanzan las mujeres en situación de discriminación y violencia.

Frente a este cuadro de desigualdad se justifica, como un imperativo de democracia y ciudadanía, la adopción, cada vez mayor, de programas que promuevan medidas afirmativas necesarias para la corrección de esas distorsiones. No menos importante es la implantación de mecanismos institucionales responsables por la formulación y control de políticas e iniciativas de promoción de igualdad.

Delante de esas constataciones y en cumplimiento de los Tratados Internacionales ratificados por Brasil sobre los derechos humanos de las mujeres, la violencia contra la mujer recibió tratamiento típico propio en el Código Penal Brasileño con la ley n. 10.886/04. Fueron retirados del Código Penal los crímenes de adulterio y seducción, con la publicación, en 2005, de la Ley n. 11.106/05. Más recientemente, la Ley n. 11.340/06, conocida como Ley María da Peña, vino a satisfacer las expectativas de las entidades de defensa de los derechos de las mujeres, creando mecanismos eficientes para cohibir la violencia contra la mujer y disponiendo sobre la creación de los Juzgados de Violencia Domestica y Familiar, alterando el Código Procesual Penal y la Ley de Ejecución Penal.

La Ley María da Peña nos presenta eficaces mecanismos de prevención, protección y represión de la práctica de la violencia domestica, como: la creación de las medidas protecciónistas de urgencia; la organización de juzgados de violencia domestica y familiar contra la mujer; la contratación de equipos multidisciplinares para atendimiento a las víctimas y sus familiares; amplio las posibilidades de prisión in fraganti y preventiva del agresor doméstico, entre otras importantes innovaciones en el combate a ese fenómeno perverso, que, a pesar de los avances, todavía hace diariamente victimas en Brasil.

El tratamiento legal diferenciado a favor de la mujer en situación de violencia domestica está en consonancia con los objetivos fundamentales establecidos en la Constitución Federal, como la ciudadanía y dignidad del ser humano, imponiendo la intervención del Estado, para erradicar la violencia de género y promover la igualdad material entre los hombres y mujeres. En esa situación específica de violencia contra la mujer, la ley especial es necesaria, bien como es legítima la actuación del Estado.

Políticas públicas eficientes, leyes específicas y pensadas en la perspectiva de género pueden contribuir para el empoderamiento de las mujeres y minimizar los problemas creados de las situaciones de violencia. Las políticas públicas concebidas sobre la óptica de género tienden a universalizar los derechos de las mujeres ya legalmente instituidos, mas vividos aun por una minoría de mujeres (blancas, urbanas, de clase media alta y mayor grado de instrucción). Las políticas públicas vueltas a la equidad entre los sexos no realizan todo el

proyecto de transformación de la sociedad, pero constituyen un gran instrumento en el combate a las desigualdades, contribuyendo efectivamente para garantizar los derechos fundamentales a todos.

No hay dudas que la Ley María da Peña trajo instrumentos importantes para una postura proactiva del Estado brasileño delante del problema de la violencia contra la mujer, dándole instrumentos de actuación más eficientes para la realización de la justicia en su significado más profundo, no apenas como la aplicación fría y ciega de reglas, pero si como un instrumento de cambio social en pro de la emancipación del ser humano en su amplitud.

Con todo, se hace necesario aun el investimento público en políticas en políticas eficaces de enfrentamiento a ese problema perverso, que aflige innúmeras mujeres en todo el país. Garantizar el tratamiento psicológico a los agresores y ampliar la red de protección y combate a la violencia doméstica en los Estados, proporcionando a las mujeres en situación de violencia atendimiento adecuado, humanizado y eficiente, es una estrategia interesante para contener el avance de este fenómeno en Brasil.

## REFERENCIAS

- BARBOSA, A. W. G. y Cavalcanti, S. V. (2007). A constitucionalidade da Lei Maria da Penha. Teresina: **Jus Navigandi**, p. 01-22. Disponible en< <http://jus.com.br/revista/texto/12451>>. Acceso el: 7 mar.2012.
- BIANCARELLI, A. **Assassinatos de Mulheres em Pernambuco**. São Paulo: Publisher, 2006.
- CAMPOS, C. H. Lei Maria da Penha: um novo desafio. In: LIMA, F.R.; SANTOS, C. (Coord). **Violência doméstica**. Vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2009.
- CAVALCANTI, S. V. **Violência doméstica contra as mulheres**: análise, artigo por artigo, de la Lei Maria da Penha. Bahia: Juspodivm, 2009.
- DIAS, M. B. **La ley María de la Peña en la justicia**: la efectividad de la ley 11.340/06 de combate a la violencia doméstica y familiar contra la mujer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GUERRA, C. S. La Ley María de la Peña (Ley n 11.340/2006) y sus innovaciones en el ámbito del derecho de las mujeres víctimas de violencia doméstica. Teresina: **Jus Navigandi**, año 14, n. 2090, 22 mar. 2009. Disponible en< <http://jus.com.br/revista/texto/12451>>. Acceso el: 7 mar.2012.

HADDAD A. y Dalla Costa, L. R. **Systema de la Justicia, derechos humanos y violencia domestica contra las mujeres.** Curitiba: Juruá, 2010.

SARLET, I. W. (2001). **Dignidade humana e direitos fundamentais na Constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

**Sites pesquisados:**

<http://www.sepm.gov.br>  
<http://www.redesaude.org.br>  
<http://www.stf.gov.br>  
<http://www.fpabramo.org.br>

## AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DAS CONTRATAÇÕES IRREGULARES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO DA DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR: Crítica à súmula 363 do TST

*Polyanna Accioly de Lima*

Mestra em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal de Alagoas, Pós-graduada em Direito Tributário pela Unisul-SC, Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo CESMAC, Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas

**RESUMO:** *Este artigo traz uma reflexão acerca das consequências jurídicas das contratações irregulares pela administração pública no âmbito da dignidade humana do trabalhador, especialmente uma crítica à súmula 363 do TST, levando em consideração o princípio da dignidade humana como razão fundante das relações de trabalho na Administração Pública.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *contratações irregulares. Dignidade da pessoa humana.*

**ABSTRACT:** *Este artigo traz uma reflexão acerca das consequências jurídicas das contratações irregulares pela administração pública no âmbito da dignidade humana do trabalhador, especialmente uma crítica à súmula 363 do TST, levando em consideração o princípio da dignidade humana como razão fundante das relações de trabalho na Administração Pública.*

**KEYWORDS:** *contratações irregulares. Dignidade da pessoa humana.*

### INTRODUÇÃO

O art. 37, § 2º, inciso II da Constituição Federal preceitua que o ingresso em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, excetuadas as nomeações para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração. Este dispositivo constitucional tem sido alvo de violações pela Administração Pública Brasileira devido a práticas patrimonialistas e clientelistas que seleciona de forma subjetiva e pessoal os apaniguados que irão ingressar no serviço público, bem como aquelas pessoas que de boa-fé ingressam no serviço público munidas de atos de nomeações irregulares como uma portaria. É recorrente que estas pessoas prestam seus serviços por anos na Administração, findando-se a relação de trabalho quando esta é considerada irregular e nula. A partir deste momento, inicia-se outro problema: o aviltamento aos direitos trabalhistas que estas pessoas deveriam ter e não os têm devido à decretação da nulidade da relação de trabalho. A própria Jurisprudência trabalhista, tentando amenizar as consequências vorazes da nulidade editou a súmula 363 do TST que assevera que o trabalhador em situação irregular contratado pela administração pública tem apenas dois direitos: as verbas decorrentes do labor despendido respeitado o

salário mínimo hora e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, este último objeto de ação declaratória de constitucionalidade no STF.

Evidencia-se, portanto, que o maior penalizado não é a Administração Pública, mas o trabalhador que está em uma relação de trabalho irregular por força de uma garantia mínima: o direito à sobrevivência. A Administração, ao contrário, submete-se ao processo judicial por improbidade administrativa que, conforme analisamos, deverá ser caracterizado dolo do agente público para sua punição. Pune-se o trabalhador incondicionalmente e inexoravelmente. O Administrador, entretanto, é submetido a processo judicial podendo ser eximido de quaisquer responsabilidades. Ademais, os direitos trabalhistas violados ferem a dignidade humana do trabalhador na proporção que um direito básico é aviltado: o direito a sobrevivência em condições dignas, em face da inviabilidade do pagamento de vários direitos trabalhistas, dentre eles: férias, décimo terceiro, adicionais, gratificações, dentre outros. Assim, o nosso texto tem por objetivo refletir acerca das consequências jurídicas das contratações irregulares pela administração pública no âmbito da dignidade humana do trabalhador.

## **1 AS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR NAS CONTRATAÇÕES IRREGULARES DE TRABALHO**

A constatação de que a existência de leis que formalmente garantissem a igualdade entre os trabalhadores não foi suficiente para suprir as suas necessidades individuais, razão do surgimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais no decorrer do século XIX, surgindo muitos movimentos populares que propugnaram o reconhecimento e efetivação de direitos fundamentais dos trabalhadores.

No Brasil, podemos constatar que os direitos fundamentais trabalhistas têm como marco de sua institucionalização, a Constituição da República de 1988. Apesar da Consolidação das leis trabalhistas ter sido promulgada em 1945, foi a Constituição de 1988 que imantou todos os trabalhadores de possíveis legislações que aviltassem seus direitos, posto que o direito ao trabalho e seus consectários é uma cláusula pétreia, “a Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata. (PIOVESAN, 2010, p. 27).

As contratações irregulares realizadas pela Administração Pública contrariando os preceitos do art. 37 da CF, parágrafo segundo, inciso II, que disciplina a necessidade imperiosa da realização de concurso público para preenchimento do quadro de pessoal têm como consequência a precarização do trabalho, aviltamento de direitos trabalhistas e não é um exemplo de trabalho decente, segundo as normas de Organização Internacional do Trabalho (OIT). Conforme evidenciamos, sob o manto da descentralização administrativa, muitos órgãos públicos vêm promovendo uma verdadeira contratação irregular de força laboral através de terceirizações ilícitas.

O trabalho decente surgiu como reação às novas formas de contratação trabalhistas ao longo dos séculos XX e XXI, por força da globalização da economia e do modelo neoliberal. Então, a OIT, em 1999, estabeleceu um padrão internacional de condição de trabalho que deve ser seguida por todos os países signatários. Define a OIT:

Trabalho decente é um trabalho produtivo e *adequadamente remunerado*, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, e que garanta uma vida digna a todas as pessoas que vivem do trabalho e a suas famílias. Permite satisfazer às necessidades pessoais e familiares de alimentação, educação, moradia, saúde e segurança. *Também pode ser entendido como emprego de qualidade, seguro e saudável, que respeite os direitos fundamentais do trabalho, garanta proteção social quando não pode ser exercido (desemprego, doença, acidentes, entre outros) e assegure uma renda para a aposentadoria.* (Emprego, Desenvolvimento Humano e Trabalho Decente: a experiência brasileira recente. Brasília: CEPAL/PNUD/OIT, 2008, p. 12 apud PIOVESAN, 2010, p 335, grifo nosso).

As contratações irregulares aos moldes da súmula 363 do TST, conforme asseveramos, não respeitam as garantias mínimas trabalhistas, não garantem a proteção social do trabalho quando não possa ser exercido, posto que a nulidade contratual gera apenas o pagamento da contraprestação pactuada, olvidando-se os riscos decorrentes da relação de trabalho como desemprego, doença, acidentes. Ademais, o Fundo de Garantia por tempo de serviço, que poderia conter de forma plena estes abusos, em alguns casos não é recolhido pela Administração Pública. O FGTS nas contratações irregulares é objeto de ADIN no STF, o que poderá extirpar de vez qualquer possibilidade de garantia de proteção do surgimento de algum risco social.

Assim, acertadamente, há vozes dissonantes da súmula 363 do TST, asseverando alguns autores que a referida súmula não assegura direitos trabalhistas mínimos, sendo

contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim preleciona Lorenzetti (2008, p. 27):

Diante disso, a reparação devida ao empregado em razão do trabalho prestado na execução de um pacto laboral inválido (CC.art. 182) não pode limitar-se ao equivalente ao salário stricto sensu, sob pena de não proporcionar ao obreiro a devida indenização (*restitutio in integrum*). No mesmo sentido salienta Dallegrave neto que “a indenização deve alcançar toda a extensão do prejuízo: férias, 13º salário, horas extras porventura comprovadas, FGTS, tudo em conformidade com o salário devido e não apenas pelo salário ajustado”, conforme preconiza a súmula 363 do TST.

São devidos, portanto, todos os direitos, inclusive previdenciários, pois não é a existência de contrato válido que realiza o cômputo do tempo para fins de aposentadoria, mas a existência de trabalho remunerado. “Assim, se houve trabalho remunerado, nos moldes trabalhistas, ainda que reconhecida a nulidade contratual, não haveria razão para negar direito às anotações correspondentes” (LORENZETTI, 2008, p. 32). Ademais, há jurisprudência farta sobre o tema.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.RECOLHIMENTO.Nos termos dos artigos 11,12,43 e 44 da Lei nº 8.212/91, são devidos os recolhimentos das contribuições previdenciárias em face de decisões judiciais, ainda que decorrentes de contrato nulo. Recurso de revista conhecido (TST, RR 61172/2002, Ac. 2<sup>a</sup> T.,17.11.2004, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva. DJU 10.12.2004). Ademais, face a pertinência do tema, “merece ser transcrita, ainda, parte da fundamentação adotada pelo Min. Renato de Lacerda Paiva,em voto proferido perante a Segunda Turma do Col. TST, em 17.11.2004: “Vale considerar que a Procuradoria Geral da União, em resposta à consulta feita junto ao Ministério da Previdência e Assistência Social, através do parecer nº 54/97, manifestou-se sobre a exigência de recolhimento de contribuições previdenciárias por ente público municipal, incidentes sobre contratos de trabalho considerados nulos, por ausência de prévia aprovação em concurso público. No aludido parecer, era analisada a hipótese em que o Instituto Nacional de Previdência Social cobrava de determinado município as contribuições previdenciárias referentes a todos os seus empregados, inclusive aqueles cuja contratação fora considerada nula por não atender aos ditames do art. 37, II, da Constituição Federal, sendo que os fundamentos à legalidade de tal cobrança foram os seguintes: O que se afirma do salário, diga-se também da Previdência Social, que não passa de salário diferido. Enquanto trabalha, o empregado contribui para os órgãos previdenciários, e, mais tarde, quando as forças lhe faltarem, ou as sombras crepusculares marcarem a proximidade do fim da vida, passará a receber o produto daquilo que ele próprio recolheu aos institutos de aposentadoria e pensões. Entendemos, [...] pois que, cabe, definitivamente, a cobrança que está sendo feitas pela Fiscalização Previdenciária. Procuramos frisar o aspecto humano da espécie. Outro não é, por sinal, o tratamento da lei. Lá está no artigo nº 12 da Lei nº 8.212/91: São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:I- como empregado: aquele que presta serviços de natureza urbana ou rural à empresa em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor-empregado.E, o art. 13 exclui dessa regra, no caso dos servidores municipais, apenas aqueles que estiverem sujeitos a sistema próprio de previdência, o que, certamente, não é o caso. Confira-se que a referência na lei é a um fato, a prestação de serviço, pouco importando a modalidade do contrato, se escrito, se verbal e, mesmo, acrescentamos agora, se for nulo desde o seu berço, porque tal nulidade não impediu que o serviço fosse prestado. Considerando-se o posicionamento da Previdência Social a respeito do recolhimento de suas contribuições sobre contratos nulos e os fundamentos legais de tal entendimento, é de conhecer do recurso de revista, por violação dos artigos 195 da CF/1988 e 12 da Lei nº 8.212/91” (TST, RR 61172/2002, Ac. 2<sup>a</sup> T., 17.11.2004, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva. DJU 10.12.2004). ( Trecho de acórdão do TST apud LORENZETTI, 2008, p. 36-37).

Assim, embora não haja contrato de trabalho válido, há relação de trabalho, e a própria lei que define as contribuições previdenciárias não faz esta distinção, não cabendo, portanto, interpretação contrária, conforme atesta a jurisprudência.<sup>29</sup>

Ademais, tem o trabalhador direito a férias, incluído o terço de férias, horas extras e o 13º salário proporcional, pois decorrem da prestação laboral e não da rescisão do contrato. Outrossim, a Constituição Federal de 1988 instituiu a obrigatoriedade do regime obrigatório do FGTS (Fundo de Garantia por tempo de serviço).

O FGTS foi criado pela Lei 5.107/66 como alternativa ao regime Celetista de estabilidade decenal. Sua natureza jurídica é indenização quando há dispensa no trabalho. Para o empregado público irregularmente contratado assevera a súmula 363 que este tem direito ao saldo de FGTS por força da medida provisória 2164-41, de 24 de agosto de 2001 que alterou a Lei do FGTS (Lei 8.036/90). Entretanto, esta garantia está sob discussão no Supremo Tribunal Federal através da ADI 3127-DF ajuizada pelo Governador do Estado de Alagoas.

Atesta o autor da ADI, dentre outros argumentos que a nulidade do contrato de trabalho nenhum efeito deve gerar visto que nem a Constituição Federal de 1988 albergou a garantia do FGTS ao irregularmente contratado; entretanto, é forçoso lembrar que a nulidade do contrato foi causada pela própria Administração que contratou irregularmente e nem deveria arguir nulidade quando causador da própria torpeza, segundo atesta o princípio civil da não alegação da própria torpeza que deve ter seus temperamentos favoráveis ao empregado, parte hipossuficiente.

A verdade é que o FGTS é uma indenização destinada ao trabalhador para compensá-lo de uma possível perda da garantia do emprego. A inclusão deste benefício ao trabalhador irregular é uma forma de compensá-lo pela dispensa que na maioria das vezes é imotivada, posto que a nulidade contratual em si não pode ser utilizada como justificativa para não garantir o FGTS do servidor irregularmente contratado. Mas a questão é controversa, e há entendimento nos dois sentidos, seja pela concessão ou não do FGTS.

---

<sup>29</sup>CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONTRATO NULO. INCIDÊNCIA.A Lei nº 8.212/91, ao normatizar o recolhimento da contribuição previdenciária, estabeleceu em seu art. 22, inciso I, que a contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, incide sobre o total das remunerações pagas pelo trabalho, qualquer que seja a sua forma. A lei, portanto, não excluiu da incidência da contribuição a remuneração paga nos contratos nulos, não cabendo ao julgador restringir o alcance da norma onde a intenção do legislador foi exatamente a de atribuir-lhe ampla incidência. (TRT 18ª REGIÃO, 1ª T., RO 00987-2006-007-18002, Re. Des. Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque. DJE 05.12.2006, P. 26)

É dizer, não é possível admitir-se que a legislação infraconstitucional possa enumerar direitos devidos em face de um contrato que a Constituição Federal já prescreva como nulo. Isso é, com o devido respeito aos entendimentos contrários, ofensa direta ao texto constitucional. (CHAVES, 2007, p.95)

A contrário senso:

Afinal, como efetivar-se a necessária compatibilização de regras e princípios se se estiver [...], diante da circunstância de prestação concomitante de igual trabalho tanto por empregado direto como por trabalhador ilicitamente terceirizado, na mesma entidade estatal? [...]. A resposta está na garantia da [...] isonomia [...], afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita. O afastamento desses efeitos antijurídicos da terceirização ilícita suporia assegurar-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços. (DELGADO, 2010, p.432).

É verdade, que há decisões consentâneas a esta segunda posição e inclusive no primeiro grau de jurisdição, garantindo aos trabalhadores em situação irregular todas as verbas trabalhistas devidas.<sup>30</sup> Entretanto, a decisão da ADI 3127 poderá retroagir neste direito obtido, permitindo-se apenas a remuneração decorrente da contraprestação pactuada, o que beneficiará a Administração Pública, pois mesmo com todas as proibições de contratar sem concurso público advindas do art. 37, parágrafo segundo, ainda continua a aviltar a Constituição Federal e ainda pretende se beneficiar da própria torpeza que causou: a contratação irregular sem a realização de concurso público.

O que dizer então da dignidade deste trabalhador irregular que após anos de prestação laboral, apenas tem direito a contraprestação financeira decorrente do trabalho despendido? O que se entende por dignidade humana nas relações trabalhistas? Estes questionamentos serão discorridos no próximo capítulo.

## 1.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO RAZÃO FUNDANTE DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Após a 2<sup>a</sup> guerra Mundial o positivismo Kelseniano passou por profundos questionamentos, pois o direito enquanto norma pura não serviu para evitar todas as mazelas evidenciadas durante o período do holocausto. Surge uma nova vertente do Direito conhecida

---

<sup>30</sup> Nesse sentido há sentença proferida na 3<sup>a</sup> vara da 23<sup>a</sup> Região

como Pós-positivismo, que tem como característica principal o resgate e incorporação de valores ao plano jurídico, adquirindo força normativa.

Os princípios, então, são valores que inicialmente foram incorporados em diversas declarações de direitos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Posteriormente, a proteção da dignidade da pessoa humana foi incorporada em diversos países através de suas Constituições, dentre elas o Brasil. Berço das violações à dignidade humana no período da 2<sup>a</sup> guerra, a Alemanha pós 1945 fez do princípio da dignidade humana, centro de valor para solução de casos jurídicos.

No âmbito do direito constitucional, a partir do segundo pós-guerra inúmeras Constituições incluíram a proteção da dignidade humana em seus textos. A primazia, no particular, tocou à Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que previu, em seu art. 1º, a inviolabilidade da dignidade humana, dando lugar a uma ampla jurisprudência, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a alçou ao *status* de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional. (BARROSO, 2010, p.05)

O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, é um valor convertido em princípio jurídico baseado na filosofia Kantiana. A filosofia Kantiana ressalta que a dignidade tem por fundamento a autonomia. Autonomia, na visão Kantiana é sinônimo de singularidade, de forma que as coisas podem ser substituídas, mas as pessoas não, pois têm dignidade. Assim, “toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia.” (KANT apud BARROSO, 2010, p. 18). Este enunciado de Kant fundamenta, no plano jurídico, um dos elementos essenciais à dignidade humana, qual seja: o valor intrínseco da pessoa humana.

Atesta Barroso (2010) que a dignidade da pessoa humana possui três elementos essenciais: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia da vontade e valor comunitário da dignidade. Como valor intrínseco da pessoa humana, a dignidade é inerente ao ser humano, que o distingue dos outros seres. É um valor incondicional, pois existe não para servir outros interesses ou instituições, mas como um fim em si mesmo. A autonomia da vontade significa a capacidade de autodeterminação do indivíduo que pode fazer escolhas sem imposições externas indevidas e finalmente o valor comunitário que destaca os valores compartilhados pela comunidade, segundo os padrões daquela comunidade.

É certo que antes da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, a Constituição de 1934 já havia discorrido sobre vários direitos trabalhistas, mas a inclusão da dignidade

humana como princípio basilar dos direitos fundamentais, que provocou uma mudança no pensamento jurídico nacional, só ocorreu em 1988<sup>31</sup>. “O termo dignidade humana provém do latim *dignus*, que significa aquele que merece, estima e honra.” (FREITAS; GOMES, 2010, p. 127). Na acepção de Kant, filósofo iluminista que possui referencial teórico de destaque sobre dignidade humana, há violação da dignidade quando o indivíduo é considerado um instrumento. Assevera que “toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia” (KANT apud BARROSO, 2010, p. 18). Nesse mesmo sentido “Düring na Alemanha, defende, com inspiração Kantiana, que a dignidade humana é violada sempre que o indivíduo seja rebaixado a objeto, descaracterizado como sujeito de direitos.” (DÜRING apud MARTELSTEIN, 2008, p.18). Essas assertivas, portanto, demonstram que o termo dignidade subjaz a ideia de respeito ao homem como ser racional, fundamentando a sua existência enquanto titular de direitos subjetivos.

Ingo Sarlet aduz um conceito mais abrangente de dignidade, englobando a proteção pública e privada do ser humano, dando uma perspectiva multidimensional ao conceito, pois para o referido autor, dignidade significa respeito pelas condições mínimas de existência, nos seguintes termos:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p. 73).

Interessante é destacar, apenas a critério enunciativo, que dentro do conceito multidimensional de dignidade, conforme mencionado por Sarlet, evidencia-se a necessidade de respeito aos demais serem que integram a vida, o que de certa forma mitiga o caráter antropocentrista do termo e enaltece a dignidade humana como uma qualidade tão especial do ser humano que o faz respeitador das outras formas de vida.

---

<sup>31</sup> Sobre a importância dos princípios com o advento da Constituição de 1988. VIDE: BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luiz Roberto. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Belo Horizonte, n. 19, ano 5, Maio de 2003. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 20 ago. de 2011.

Ademais, o termo dignidade humana subjaz alguns elementos essenciais, que são: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia da vontade e valor social da pessoa humana. Assim, além de valores imanentes ao ser humano, além da garantia de sua liberdade individual, para existir dignidade humana deve haver de forma concreta elementos materiais que possibilitem a satisfação das necessidades básicas dos seres humanos, digo de todos os seres humanos, pois são indispensáveis à sua própria existência; que é o direito ao trabalho digno, onde está inserto o conceito de mínimo existencial.

Destarte, o termo dignidade humana do trabalhador significa que no exercício do trabalho devem ser preservadas todas as garantias contraprestacionais materiais e equânimes advindas, de forma a evitar que o exercício do trabalho seja exacerbadamente superior à contraprestação financeira percebida, o que tornaria o trabalhador análogo à condição de escravo<sup>32</sup>, pelo menos em seu aspecto financeiro. Atualmente, o critério a ser definido para caracterizar um trabalho como escravo não é simplesmente a restrição à liberdade individual. A submissão do indivíduo a mero instrumento na relação laboral, olvidando-se as suas garantias individuais e equiparando-o a coisa, é uma forma de trabalho escravo e uma violação a dignidade segundo a concepção Kantiana. (informação verbal).<sup>33</sup>

O conceito de mínimo existencial em sua perspectiva laboral, portanto, significa a preservação de todas as garantias trabalhistas mínimas decorrentes da extinção da relação de trabalho, ainda que esta relação de trabalho seja declarada nula e exercida na Administração Pública de forma irregular; evitando-se assim, uma verdadeira locupletação ilícita da Administração Pública, pois contrata trabalhadores sem concurso público, utiliza a sua força de trabalho e depois os dispensa por força da irregularidade na contratação, garantindo-lhes apenas pagamento de contraprestação pactuada com valor da hora do salário mínimo. Olvidando-se, portanto, o cumprimento das garantias trabalhistas legais que deveriam ser prestadas, a exemplo do décimo terceiro salário, terço de férias, dentre outros direitos acima destacados.

<sup>32</sup>Aduz o art. 149 do Código Penal Brasileiro: Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restingindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena- reclusão , de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo primeiro. Nas mesmas penas incorre quem: I- cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II- mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho [...].

<sup>33</sup>Informação verbal obtida no Congresso On line de Direito e Processo do Trabalho através da palestra “Trabalho Escravo” proferida por Débora Tito Procuradora do Trabalho da 6ª região, Recife, 01 a 03 de setembro de 2011.

O princípio da reserva do possível, também conhecido por princípio da reserva orçamentária, aduz que a viabilidade da concretização do direito posto depende da viabilidade orçamentária do ente público. É um argumento utilizado pela Administração Pública para limitar os gastos públicos. Há, pois, uma contraposição existente entre o princípio do mínimo existencial e a reserva do possível, pois para o primeiro é necessário que o indivíduo disponha de recursos mínimos necessários para uma existência digna. Este princípio justifica a existência dos direitos sociais, posto que para exercer sua liberdade de autodeterminação é preciso que o indivíduo disponha de recursos mínimos materiais. Entretanto, assevera o princípio da reserva do possível que para que o Estado tenha a obrigação de dispor dos recursos públicos, é necessária que haja aprovação orçamentária para tanto.

Dworkin e Robert Alexy (apud SARLET, 2011) apresentaram uma concepção viável à resolução das dissensões doutrinárias apresentadas, baseada na ideia da ponderação entre princípios. Alexy estabelece parâmetros genéricos que possibilitam o reconhecimento de direitos originários a prestações em duas circunstâncias: quando imprescindível ao princípio da liberdade fática bem como quando o princípio da separação dos poderes não for atingido de forma invasiva, mas de forma diminuta. Assim, é preciso que o indivíduo disponha de meios materiais para que possa desenvolver com liberdade a sua capacidade de autodeterminação, preservando-se a autonomia dos três poderes.

Segundo estes autores, as normas princípios são utilizadas para solucionar um caso concreto visto que apenas a questão fática posta é que definirá qual princípio deve ser afastado em detrimento de outro. As normas princípios são consideradas mandados de otimização, pois apenas temporariamente são afastadas sem haver comprometimento de sua validade.

Os princípios, portanto, é uma das espécies de normas, conforme atesta doutrina majoritária<sup>34</sup>. As normas são divididas entre regras e princípios. A diferença, basilar entre regras e princípios é que as primeiras descrevem situações específicas às quais as regras devem estar adstritas. Os princípios, entretanto, submetem-se a generalidade, ou seja, podem abranger várias situações, pois sua incidência é feita através da ponderação entre princípios, de forma a afastar um dos princípios em colisão. A ponderação é uma “técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando [...] uma situação concreta dá ensejo à aplicação de

---

<sup>34</sup> Dentre muitos: Ana Paula de Barcelos e Luiz Roberto Barroso.

soluções diferenciadas.” (BARROSO, 2010, p. 6). Destarte, para a aplicação do princípio da dignidade humana , é preciso a ausência de regra ou rechaçamento de um princípio de colisão.

Segundo Barroso (2010), são elementos essenciais à dignidade humana: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia da vontade e valor comunitário. O valor intrínseco da pessoa humana significa que deve ser dado à pessoa humana um valor singular, que a diferencia de outros seres vivos, de forma a evitar qualquer tipo de exploração seja moral, econômica, etc. Assim, o valor de pessoa humana deve ser destacado de forma a considerá-la como um fim em si mesma e não como um meio para realização de metas coletivas. Ademais, o Estado existe pra o indivíduo e não o contrário.

Para a autonomia da vontade, é preciso que haja capacidade da pessoa humana decidir os rumos da própria vida sem imposições externas e o valor comunitário significa que a dignidade humana é um valor reconhecido pela comunidade segundo seus padrões civilizatórios de vida boa<sup>35</sup>

Desta forma, realizando-se um cotejo entre os elementos essenciais à dignidade da pessoa humana e a súmula 363 do TST, podemos considerar que a súmula 363 do TST não atende ao princípio da dignidade da pessoa humana nas relações trabalhistas, face aos seguintes argumentos:

1º) O valor intrínseco da pessoa humana, valor este que a faz merecedora de posição especial é aviltado na medida em que há distinção de tratamento entre pessoas que tem o mesmo valor intrínseco, ou seja: aqueles contratados sem concurso que trabalham da mesma forma e são submetidos as mesmas regras dos concursados, ao final apenas têm direito ao valor da contraprestação pactuada em relação ao número de horas trabalhadas e até o presente momento ao saldo dos valores referentes aos depósitos do FGTS. Ademais, considerando-se a visão Kantiana tão destacada outrora, considera-se que o homem não pode servir de objeto para realização dos fins do Estado. Este último é que deve respeitar as normas garantidoras dos direitos fundamentais e evitar reduzir a pessoa humana a uma “coisa”, posto que o Estado existe para suprir as necessidades humanas e não para usufruir dos benefícios de uma contratação irregular e ao fim desta contratação pagar um valor que não corresponde ao valor que deveria receber.

2º) A autonomia da vontade, significa a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos de sua vida. É evidente que em uma relação de trabalho a

---

<sup>3535</sup> O conceito de vida boa já foi tratado em capítulos anteriores

hipossuficiência do trabalhador o submete a regras impostas pelo empregador. Assim, quando a Administração contrata de forma irregular, o empregado, necessitando ter garantias mínimas de sobrevivência, não tem autonomia e na maioria das vezes conhecimento para avaliar se a relação de trabalho é regular ou não. Desta forma, como o direito ao trabalho é um direito fundamental e para garantir o mínimo existencial, cuja visibilidade está no direito a sobrevivência, é que nos resta admitir que na relação de trabalho irregular do particular com a Administração Pública, há violação ao conceito de autonomia da vontade.<sup>36</sup>

3º) O valor comunitário é o sentimento de dignidade visto pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios. Este valor segue padrões de civilidade da comunidade e destaca o indivíduo em relação ao grupo. Quanto maior o número de indivíduos que tiverem sua dignidade aviltada, maior será o sentimento de violação de dignidade na comunidade. Assim, quanto maior o número de contratados irregularmente pela Administração, maior será a violação do valor comunitário.

A súmula 363 do TST, portanto, não atende ao princípio da dignidade humana, princípio basilar na nova ordem constitucional e deve ter sua aplicação rechaçada, posto que violadora diretamente da Constituição Federal de 1988. Nossa visão não é isolada posto que conforme evidenciamos, há muitos doutrinadores e muitos juízes que destacam a violação ao referido princípio e não aplicam a súmula 363 em suas decisões, privilegiando o trabalhador que mesmo contratado irregularmente, não realiza trabalho ilícito devendo ter suas garantias mínimas preservadas. Senão vejamos:

O TRT da 22ª Região adota solução equitativa: reconhece o direito a todas as parcelas vencidas, decorrentes da execução do contrato, como férias, 13º salário, FGTS; e colhendo a tese de justa causa legal, indefere os títulos de natureza indenizatória, como aviso prévio e multa de 40% do FGTS. Isto por entender que a relação de emprego é fato, independe da vontade das partes, e os efeitos são imperativos do art. 7º da Constituição, que põe o trabalho como o principal conteúdo da dignidade humana, acima, portanto, das meras razões administrativas. Essa interpretação atende ao princípio da razoabilidade e da ponderação de valores, conferindo eficácia aos princípios do art. 7º e do art. 37 da Constituição, de modo que, nesse conflito de normas, um direito não suplante totalmente o outro, mas a cada um encontra um espaço de atuação [...], o Enunciado n. 363 do colendo TST padece de *inconstitucionalidade, ao negar os efeitos institucionais dos contratos de trabalho, confundindo-os com os efeitos administrativos.* Ademais, o preceito

---

<sup>36</sup>Pela relevância do texto não é demais mencionar: “Diz-se que o trabalhador também é culpado pela contratação irregular, devendo pagar pelo seu erro. Mas o direito tutelar vem em socorro exatamente das almas agonizantes, como o menor, o escravizado, o doente, e, porque não dizer, o doente de desemprego. Seria muito interessante, no nosso nível civilizatório, que um cidadão recusasse um emprego público sob o argumento de sua ilegalidade!” (SOARES 2005, p. 108).

*do § 2º determina a punição da autoridade (ir)responsável e não do trabalhador.* (SOARES, 2005, p.107-108, grifo nosso).

Entendemos, portanto, que o princípio da dignidade humana deve ser aplicado para afastar o uso da súmula 363 do TST, recebendo o trabalhador por todas as verbas de natureza salarial decorrentes da contratação irregular, através do uso da técnica de ponderação de interesses.

Segundo Barcellos (2010), a técnica da ponderação envolve três etapas: na primeira etapa identificar as normas relevantes para a solução do caso. No caso em tela há a súmula 363 do TST, que deve ter aplicação afastada, pois inconstitucional, devendo então ocorrer a ponderação entre dois princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana e as consequências da aplicação do princípio que veda a contratação de servidor público sem concurso público após a CF/1988.

Na segunda etapa e terceira etapas, cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e aquilatar se seria melhor aplicar a norma regra ou o princípio, ou seja, seria melhor para o trabalhador receber todas as verbas salariais decorrentes da relação irregular ou apenas a contraprestação pactuada? Utilizando-se do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, ponderando-se entre fins e meios, o mínimo existencial deve ser garantido ao trabalhador mesmo em situação irregular, de forma que deve receber todas as verbas salariais embora não tenha o direito reconhecido ao ingresso na Administração Pública. Utilizando-se esta solução, estaremos privilegiando os direitos do trabalhador e penalizando a Administração, que deve responder por todas as consequências civis, administrativas e penais decorrentes da contratação irregular conforme acima asseveramos.

## CONCLUSÃO

As relações de trabalho na Administração Pública brasileira, conforme evidenciamos, refletem o modelo político-administrativo adotado. Inicialmente, a Administração Pública patrimonialista foi o primeiro modelo de administração implantado no Brasil baseado numa estrutura administrativa patrimonial e clientelista destinada a favorecer os apaniguados da Administração. O surgimento da Administração Pública Burocrática, baseada no sistema de hierarquia e na legalidade, foi o primeiro passo para o modelo da Administração atual, afastando-se critérios personalistas. Posteriormente, adotou-se o modelo de Administração

Pública Gerencial objetivando eficiência, controle de resultados e a defesa do cidadão partícipe do modelo administrativo; este último tem por modelo de Estado atual o Estado Democrático de Direito que inseriu o princípio da dignidade humana como princípio basilar para definir os rumos da Administração.

Constatou-se, assim, que após a Constituição Federal de 1988, que foi promulgada dentro do Estado Democrático de Direito, foi adotado um modelo de gestão pública que tem por finalidade a eficiência e presteza de forma a melhor atender a todos os cidadãos indistintamente, tendo por base o princípio da impessoalidade. Assim, a investidura de servidores públicos através de concursos públicos é a melhor forma de garantir um corpo administrativo destinado a suprir, de forma impessoal, as necessidades de todos os cidadãos. Entretanto, sabe-se que o próprio ente federativo é o responsável pela contratação de pessoal sem a realização de concurso público, a critério da Administração. Muitos cidadãos de boa-fé acreditam que foram “empossados” na Administração em face da realização de portarias e publicações em meio oficial de publicidade e ao final estes servidores são expurgados do corpo administrativo em face da decretação de nulidade de suas contratações.

Pergunta-se: O que fazer diante destas situações? Como evitar que estas pessoas arregimentadas pela Administração Pública não tenham direitos trabalhistas aviltados? É preciso um controle sério preventivo realizado pelo Ministério Público e um repressivo realizado pelo Poder Judiciário de forma a evitar que estas pessoas ocupem cargos públicos irregularmente.

Conforme já disserei, não estou a defender a contratação ao arrepio da Lei, mas a propugnar pela aplicação coerente pela Administração Pública do art. 37, inciso II para evitar a ocorrência do verdadeiro *limbo* que se encontra o servidor que ocupa irregularmente o quadro administrativo sem preencher oficialmente nenhum dos dois regimes, nem contrato de trabalho, nem institucional, atingindo a sua dignidade humana.

Assim, no caso da contratação irregular decorrente de terceirização ilícita, se a Administração Pública pode ser responsabilizada por débitos trabalhistas em terceirizações lícitas, caberá com muito mais razão a sua responsabilidade também nas terceirizações ilícitas, posto que o Estado agiu com negligência na realização de certame licitatório com empresa que vilipendia a legislação trabalhista e burla ao regramento constitucional que exige aprovação em concurso público para fazer parte do quadro funcional público , conforme evidenciamos.

Do exposto, conclui-se que todo esforço doutrinário tendente a evitar a participação de cooperativas de trabalho nas terceirizações públicas ilícitas, é justamente evitar que a vedação constitucional de ingresso no serviço público sem concurso seja desatendida e crie na vida real situações desumanas e injustas àquele que prestou serviço público nas mesmas condições dos concursados, violando-se gravemente o princípio da isonomia (art. 5º, caput da Constituição Federal).

Devem ser garantidas ao trabalhador, ao contrário do que atualmente é aplicado, todas as verbas trabalhistas decorrentes do prejuízo da nulidade contratual nas três formas de relação de trabalho irregular apresentadas, e quando o agente público pratica ato de improbidade deve ressarcir ao Poder Público o prejuízo oriundo de uma contratação irregular, independentemente da ocorrência de dano à Administração Pública, conforme erroneamente a jurisprudência atual vem decidindo, pois a violação de regra objetiva em si já caracteriza a ocorrência de prejuízo à Administração, visto que o dano ocorre de forma indireta como a contratação de servidor inábil, causando prejuízo direto à comunidade que utiliza os serviços públicos.

Punindo-se a Administração nas três esferas de responsabilidade: civil, administrativa e penal e evitando-se o trabalho na Administração Pública de verdadeiros agentes de fato, que não estão submetidos a nenhum regime público institucional, estaremos protegendo estes trabalhadores da violação do seu bem maior: a sua dignidade.

Assim, apesar do princípio da dignidade humana ser considerado o princípio basilar inserido na Constituição Federal de 1988, percebe-se que nas relações entre particulares e entre o particular e a Administração Pública, há exemplos recorrentes de sua violação e a violação a um princípio, pela sua abrangência de aplicação é muito pior do que violar uma regra. Conforme evidenciamos, princípios são valores normatizados e o trabalhador, ainda que em situação irregular tem que receber proteção de sua dignidade, atendendo-se a um trabalho decente, que respeite uma verba remuneratória equivalente ao labor realizado.

Portanto, constatamos que se realizado um cotejo entre os elementos essenciais à dignidade da pessoa humana e a súmula 363 do TST, podemos considerar que a súmula 363 do TST não atende ao princípio da dignidade da pessoa humana nas relações trabalhistas, pois o valor intrínseco da pessoa humana, valor este que a faz merecedora de posição especial é aviltado na medida em que há distinção de tratamento entre pessoas que tem o mesmo valor intrínseco, ou seja: aqueles contratados sem concurso que trabalham da mesma forma e são submetidos às mesmas regras dos concursados e ao final apenas têm direito ao valor da

contraprestação pactuada em relação ao número de horas trabalhadas e até o presente momento ao saldo dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Ademais, a autonomia da vontade, é flagrantemente viciada porque o direito ao trabalho simboliza, em última análise, o direito à sobrevivência e nos resta admitir que na relação de trabalho irregular do particular com a Administração Pública, há violação ao conceito de autonomia da vontade.

A súmula 363 do TST, portanto, não atende ao princípio da dignidade humana, princípio basilar na nova ordem constitucional e deve ter sua aplicação rechaçada, posto que violadora diretamente da Constituição Federal de 1988. Nossa visão não é isolada porque conforme evidenciamos, há muitos doutrinadores e muitos juízes que destacam a violação ao referido princípio e não aplicam a súmula 363 em suas decisões, privilegiando o trabalhador que mesmo contratado irregularmente, não realiza trabalho ilícito devendo ter suas garantias mínimas preservadas. Foge a lógica do razoável, constatar que um agente público que trabalhe por longo período de tempo na Administração Pública, após a decretação da nulidade da contratação, seja desta alijado e “coisificado” na visão de Kant, aviltando-se seus direitos trabalhistas, sendo um verdadeiro instrumento da vontade do Estado.

## REFERENCIAS

**BARROSO, Luís Roberto.** **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo:** Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

**DELGADO, Maurício Godinho.** **Curso de Direito do Trabalho.** 9. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

**LORENZETTI, Ari Pedro.** As nulidades no Direito do Trabalho e a súmula 363 do TST. **Revista Decisório Trabalhista**, v. 15, n. 10, p.07-43, out. 2008.

**MARMELSTEIN, George.** **Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

**PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, L.P. Vaz de (Coord).** **Direitos Humanos e o Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2010.

**SARLET, Ingo Wolfgang.** **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003.

SOARES, José Ronald Cavalcante (Coord), **O Servidor Público e a Justiça do Trabalho.** São Paulo: LTR, 2005.

## **A REPERSONALIZAÇÃO DOS NÚCLEOS FAMILIARES: UMA PESQUISA SOBRE O ABANDONO AFETIVO COMO MODALIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL**

*Lívia Cavalcanti de Queiroz*

Advogada. Ex-aluna do Curso de Direito do Cesmac

*Profa. Ms. Ligia Maria Cavalcante Carneiro Melo*  
Analista Judiciária

**RESUMO:** A pesquisa tem seu direcionamento voltado ao abandono afetivo, com foco não só nas relações entre pais e filhos, como também entre os idosos e demais membros da entidade familiar. Além disso, tem por finalidade discorrer sobre a possibilidade de responsabilizar civilmente aqueles que, por negligência, descumprirem do dever jurídico de cuidar. Para tanto, realizou-se um trabalho amplo junto às famílias e vítimas, com pesquisas nas varas, visando a identificar as várias espécies de abandono afetivo, os efeitos jurídicos provocados e com isso fazer um decalque desta enfermidade da sociedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Família, abandono afetivo, responsabilidade civil.

**ABSTRACT:** The research has its direction turned to abandonment affective, with a focus not only in the relations between parents and children, as also among the elderly and other members of family entity. In addition, it aims to discuss the possibility of accountable civilly those who, through negligence, do not comply with the legal duty of care. For both, there was an ample working with the families and victims, with research in the rods, to identify the various species of abandonment affective, the legal effects caused and with that to make an exact copy of this disease of society.

**KEYWORDS:** Family, affective abandonment, civil liability.

### **INTRODUÇÃO**

O tema diz respeito ao estudo da repersonalização dos núcleos familiares abordando todo o processo que favoreceu a evolução da ideia de família, antes tida como unidade produtiva para hoje ter sua identificação na solidariedade, centralizando o direito em torno da pessoa humana, tendo, então, deixado de lado o juízo da coisificação do próprio ser para dar lugar à afetividade e à dignidade.

O tema abordado é recente e inovador, na medida em que põe nas mãos do Judiciário a missão de analisar o abandono afetivo de forma ampla, considerando os princípios norteadores do direito de família e sua repersonalização, para, por fim, abordar seus verdadeiros efeitos jurídicos.

O assunto em foco, por ainda ser questão bastante polêmica, requer um estudo aprofundado, sendo primordial tratar, por início, da evolução da família, como também do rearranjo estrutural da hodierna formação das entidades familiares e suas bases fundantes.

Partindo-se da premissa da inalterabilidade do meio constituinte da família, notadamente obtida pela representação do casamento como fonte social e juridicamente reconhecida, elabora-se com a exposição e debates acerca da igualdade tão amplamente instigada pela Constituição Federal de 1988, a possibilidade de se engendrar novas formações de entidades familiares, haja vista que o direito não poderia ficar inerte face às efervescentes modificações reconhecidas pela sociedade.

Além disso, faz-se essencial enfocar amplamente a questão da repersonalização dos núcleos familiares, já que a partir desta há a recusa da ideia de função econômica do ser, para ressaltar a dignidade, restaurando a primazia da pessoa, em suas relações familiares, na garantia da efetivação do princípio da afetividade.

O reconhecimento, pela Constituição Federal de 1988 da família como base da sociedade, lhe confiou a importante função de garantidora do desenvolvimento de todos os seus membros, possibilitando não mais a ênfase a um núcleo patriarcal, mas sim ao módulo de desenvolvimento pessoal máximo, cuja personalidade se desenvolve com a conjunção de fatores esposados segundo a nova ótica doutrinária e social.

Neste redirecionamento de papéis e funções, vislumbram-se dois princípios de notório valor para a pesquisa: a *convivência familiar* que aparece como um direito e ao mesmo tempo um dever de estreitar a relação afetiva com as pessoas que compõem as próprias entidades, sendo tal direito destinado principalmente à criança, ao adolescente e a todos outros sujeitos que são tidos como vulneráveis nas relações existenciais e de família, e como tal, precisam de proteção por parte de todos os seus membros; e a *afetividade*, que é tida não só como causa originária, mas também como causa final da família, sendo um dever jurídico que cabe aos pais, filhos e aos parentes, de maneira permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, tendo em vista que as relações familiares não podem ficar à mercê dos humores humanos.

Outro fato relevante é a distinção entre o amor e o cuidado. O primeiro, diz respeito à motivação e supera os limites legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização; enquanto que o segundo é caracterizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que advém da avaliação de ações concretas, como a presença, contatos - mesmos que não presenciais - e ações voluntárias em favor ser em questão.

A pesquisa terá seu direcionamento voltado ao abandono afetivo, com foco não só nas relações entre pais e filhos, como também entre os idosos e demais membros da entidade familiar. Será feito um trabalho amplo junto às famílias e vítimas, com pesquisas nas varas, entrevistas com psicólogos, juízes, visando identificar as várias espécies de abandono afetivo, os efeitos jurídicos provocados e com isso fazer um decalque desta enfermidade da sociedade.

É com escopo na avaliação metódica do que se vislumbra ser uma nova forma de responsabilização civil em decorrência do abandono afetivo, que novas nuances referentes a como aferir esta nova faceta de responsabilidade civil que o presente trabalho tem como meta verificar casos específicos que não obstante estivessem encaixados no tema postulado, não ventilavam qualquer tipo de consequência prática, por não estarem amparados por uma legislação mais eficiente e fiscalizatória.

Sobre a responsabilização civil serão analisadas duas hipóteses: a primeira, que defende que a alegação de abandono afetivo não ensejaria indenização por dano moral, pois se assim o fosse estar-se-ia diante da “monetarização do amor”; enquanto que a segunda, argumenta que não se pode confundir a violação de um direito - que no caso seria a fundamentação do dever de indenizar - com suas consequências - que se tem como exemplo a dor e a angústia -, defendendo, por conseguinte, a responsabilização civil por tal ausência.

Outrossim, será tratado este polêmico dilema da possibilidade de responsabilizar, civilmente com embasamento no abandono afetivo - ou seja, no descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença -, levando em conta os argumentos fundantes de cada corrente, como também as decisões e manifestações do Poder Judiciário sobre o assunto.

Por fim, o presente projeto terá como objetivo invocar a correlação da nova roupagem imbuída nos núcleos familiares e trazer à baila suas características como forma viável de se vislumbrar a repersonalização e seus princípios fundantes, dando enfoque às mais relevantes formas de ausência nas entidades familiares, como também aos efeitos jurídicos consequentes, identificando e quantificando as principais vítimas do abandono afetivo, e os possíveis danos causados por tal ausência.

## 1 MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia empregada no trabalho atém-se à natureza dos objetos de indagação e aos fins visados, para alcançar uma plena e rigorosa compreensão da realidade que se propõe analisar, mesmo porque, a escolha do método parte da definição dos objetivos.

Para proceder-se a uma fiel apresentação do corpo metodológico que se pretende imprimir ao trabalho, cumpre esclarecer que a todo tempo recorreu-se a conceitos já assentados dos diversos institutos a serem enfocados. É conveniente tal abordagem, na medida em que os conceitos sempre necessitam ser continuamente reformulados para se adequarem melhor à evolução e exigências sociais.

No presente projeto, foram feitos estudos sobre os variados tipos de abandono afetivo, sobre os danos causados, além da análise dos efeitos jurídicos que tal ausência poderia acarretar, analisando também, detalhadamente, todos os pontos que tornam coerentes, ou não, o dever de indenização por dano moral em seus casos concretos.

Assim sendo, além de pesquisa doutrinária, promoveu-se uma pesquisa nos tribunais, varas e sites acerca das decisões existentes sobre o tema ou ações em tramitação. Os materiais utilizados foram artigos publicados em revistas jurídicas e outras fontes de informação confiáveis, visando examinar problemas, questões e deficiências, bem como as soluções propostas.

Também foi feito um trabalho junto à sociedade, com entrevistas direcionadas, principalmente, às vítimas de abandono afetivo e suas famílias, com o intuito de identificar as suas espécies e os efeitos jurídicos possíveis. Tem-se como único critério de exclusão a falta das particularidades necessárias para preencher o rol do público alvo acima elencado.

Os dados coletados foram avaliados estatisticamente e os resultados, discutidos, mantendo-se os nomes dos entrevistados sob sigilo ético. O resultado da pesquisa servirá como fonte de informação sobre a situação atual da repersonalização das novas entidades familiares e da problemática da ausência afetiva.

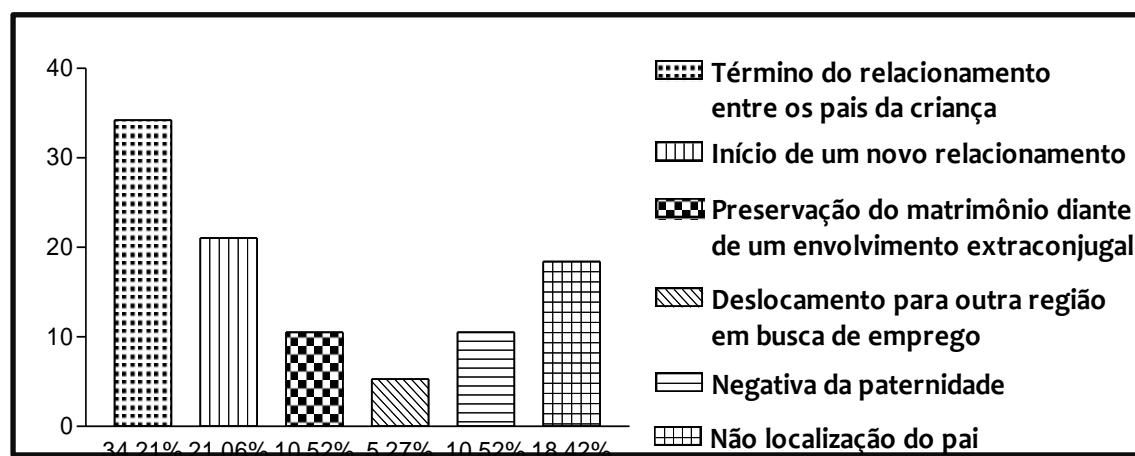
### 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Este projeto de pesquisa dispõe sobre o abandono afetivo de forma ampla, considerando os princípios norteadores do direito de família e sua repersonalização, tendo como título a “Repersonalização dos núcleos familiares: uma pesquisa sobre o abandono afetivo como modalidade de responsabilização civil.”

Inicialmente foi feito um levantamento bibliográfico, seguido de pesquisas na internet, leituras de artigos e análises de decisões, onde se reafirmou a importância do estudo de tal problemática, tendo em vista que se trata de uma questão polêmica que, indubitavelmente, vem influenciando a reestruturação das entidades familiares e suas bases fundantes.

Dando seguimento ao feito, fez-se levantamento nas Varas, juntamente com as entrevistas com as vítimas e seus familiares, fase esta mais complexa e interessante da pesquisa, onde se obteve contato direto com os casos e com todas as problemáticas ocasionadas pela ausência afetiva, na vida do abandonado e de todos os atingidos. Analisou-se também, os processos arquivados em 2011 da 22ª Vara Cível da Capital, como também do Núcleo de Promoção da Filiação.

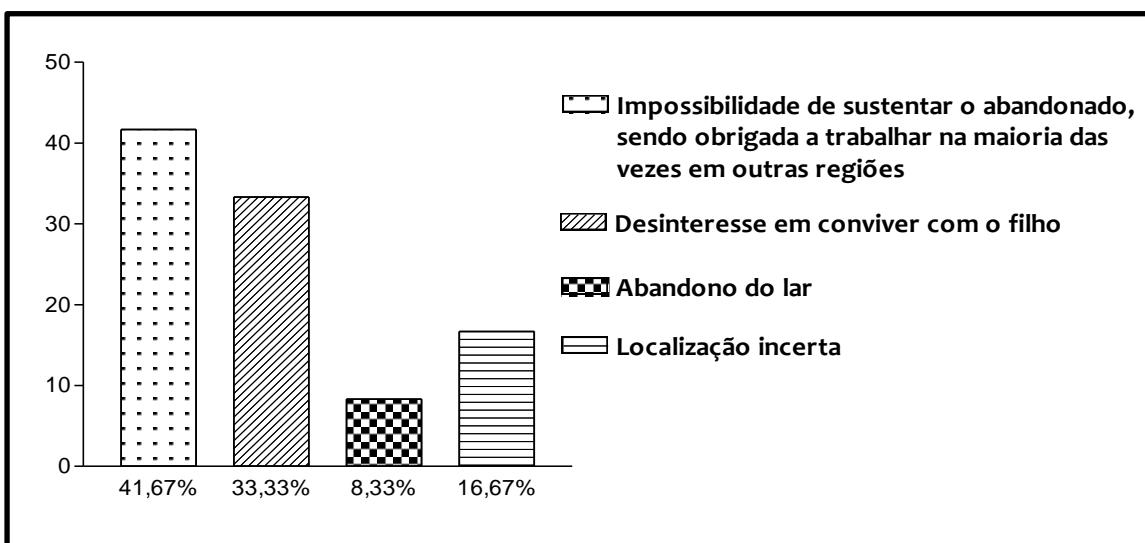
Constatou-se, ao final da pesquisa, que com relação ao abandono afetivo dos pais para com os filhos, metade dos casos aconteceu ainda durante a gestação, enquanto que a outra metade foi durante a infância. Os motivos ensejadores de tal desamparo são em 34,21% o término do relacionamento entre os pais da criança, 21,06% o início de um novo relacionamento, 10,52% a preservação do matrimônio diante de um envolvimento extraconjugal, 5,27% o deslocamento para outra região em busca de emprego, 10,52% a negativa da paternidade e em 18,42% dos casos a não localização do pai em questão.



**Figura 1 – Motivos ensejadores do abandono afetivo dos pais para com os filhos.**

*Fonte: Dados da pesquisa.*

Como consequência da ausência paterna, as causas determinantes para o abandono das mães com relação aos filhos são em 41,67% dos casos devido à baixa renda e a impossibilidade de sustentar o abandonado, sendo obrigada a trabalhar na maioria das vezes em outras regiões, 33,33% o desinteresse em conviver com o filho, 8,33% o abandono de lar e 16,67% a localização incerta da mesma.

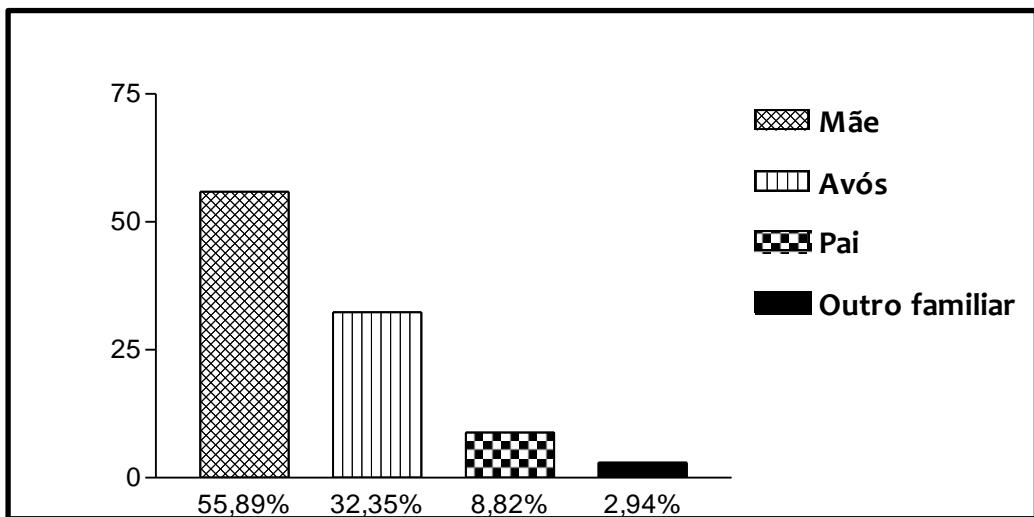


**Figura 2 – Causas determinantes para o abandono das mães com relação aos filhos.**

*Fonte: Dados da pesquisa.*

Um caso intrigante, que teve um desenlace surpreendente, foi um em que a mãe deu início a uma ação de reconhecimento de paternidade e durante a audiência demonstrou, de forma clara, seu total desinteresse em conviver com a criança, abrindo mão de sua guarda em favor do pai do menor. Observou-se que a mãe utilizou a ação para se livrar de todo o “encargo” advindo não só da criação, mas da educação de um filho, abrindo mão do importante convívio materno-filial, e, por conseguinte, ignorando todos os danos acarretados ao menor devido a tal abandono.

Quanto à guarda de fato da criança abandonada, em 55,89% dos casos a criança fica com a mãe, 32,35% é criada com a avó, enquanto que só em 8,82% a criança fica aos cuidados o pai e em 2,94% com um outro familiar.



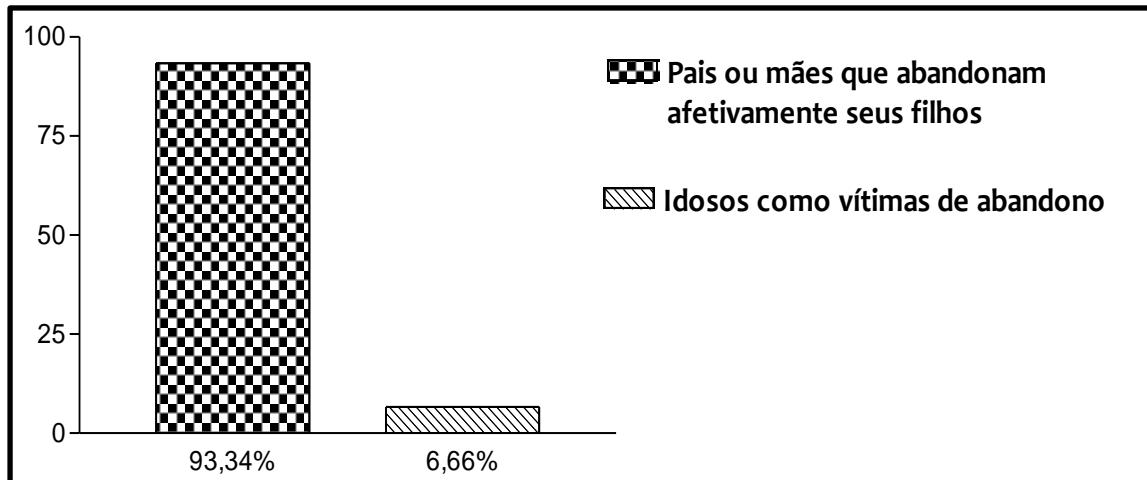
**Figura 3 –** Guarda de fato da criança abandonada.

*Fonte: Dados da pesquisa.*

Durante esse momento da pesquisa, observou-se, de forma significativa, a alternativa de dar-se a guarda da criança aos avós. Diante disto, aferiu-se que as principais causas analisadas foram a de abandono ou falecimento do pai, adicionada a impossibilidade da mãe de sustentar o abandonado, vendo-se obrigada a trabalhar, na maioria dos casos em outras cidades, deixando a criança aos cuidados dos avós.

Em 13,34% dos casos analisados, pelo menos um dos pais da criança também foi abandonado por um de seus genitores. Incluso nesta estatística, um caso interessante que acendeu bastante curiosidade durante a pesquisa, foi o do ciclo contínuo de abandono afetivo presente em uma só família, atingindo três gerações seguidas, onde avó, mãe e filha foram abandonadas antes mesmo de seu nascimento, sendo privadas de qualquer contato ou convívio com a figura paterna.

Dos casos de abandono afetivo analisados, 93,34% envolviam pais ou mães que se ausentavam afetivamente da vida de seus filhos, contra 6,66% de idosos como vítimas de abandono.



**Figura 4** – Casos de abandono afetivo.

*Fonte: Dados da pesquisa.*

Um fato que se destacou diante do abandono de idosos, foi o caso em que uma senhora sobrevivia da solidariedade de seus vizinhos, já que fora abandonada por seus dois filhos, tendo seu filho mais velho saído de casa para estudar, objetivando ser padre futuramente, e sua filha viajado para São Paulo, deixando-a, aos oitenta anos de idade, sozinha, doente e em condições lamentáveis de vida.

Por fim, em todo desenvolvimento do presente projeto, fez-se uma pesquisa constante na internet, tribunais, com análise de artigos, decisões e minucioso levantamento bibliográfico.

## CONCLUSÃO

Ao término do estudo que a presente pesquisa se propôs concretizar, faz-se essencial realizar apontamentos sobre a correlação existente entre a responsabilização civil e as relações intrafamiliares.

A responsabilidade civil deriva de uma ação, ou omissão, que resulta em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Nessa linha de raciocínio, é possível afirmar que os pais assumem obrigações jurídicas em relação aos seus filhos, como também os filhos com relação aos seus pais, nas quais não se

limitam à manutenção básica, sendo essencial a garantia da integridade física e psicológica do ser vulnerável, e ao passo que tais deveres são negligenciados, torna-se possível a compensação pelos danos sofridos.

Como já abordado, duas correntes são destacadas com relação à responsabilização civil: a primeira, tendo como base de sua argumentação as singularidades das relações familiares - como os sentimentos e emoções -, nega a possibilidade de indenização dos danos sofridos pela omissão das obrigações parentais a que estão sujeitos; enquanto que a segunda, alega que o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente, no qual os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão muito além das necessidades materiais.

Porém, no âmbito da presente pesquisa não se encontra em discussão a impossibilidade de se impor a obrigação de amar, mas sim o cumprimento, ou não, de um dever legal, o de cuidar. Neste particular, tendo em vista o caráter subjetivo e a impossibilidade de materialização do amor, é inquestionável a faculdade de se nutrir e a impossibilidade de se impor qualquer sentimento. Outrossim, de forma completamente diversa, temos o dever de cuidar, que, além de seus elementos objetivos, é caracterizado por uma imposição biológica e legal de cuidado, havendo a possibilidade de verificação e comprovação do devido cumprimento de seus deveres legais e a ocorrência de ilicitude civil quando verificada qualquer tipo de omissão.

Por fim, conclui-se que o julgador deverá considerar a existência de cuidados parentais essenciais, que garantem, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inclusão social. Isto posto, deverá ponderar, levando em consideração as normas constitucionais protetivas dos menores e idosos, as situações fáticas que tenham à disposição, avaliando sempre com fulcro no binômio, necessidade e possibilidade.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. (Org.). **Famílias no direito contemporâneo:** estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 29-46.

ALBUQUERQUE Júnior, Roberto Paulino de. Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR,

Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. (Org.). **Famílias no Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo.** Salvador: JusPodivm, 2009, p. 397-423.

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. Aplicabilidade do princípio da afetividade às relações paterno-filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. (Org.). **Famílias no direito contemporâneo - estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo.** Salvador: JusPodivm, 2009, p. 69-89.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. A responsabilidade civil pela perda de uma chance, sua intersecção com o direito das famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242.** Disponível em: <[www.stj.gov.br/](http://www.stj.gov.br/)>. Acesso em: 20 out. 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. Responsabilidade civil no direito das famílias: vicissitudes do direito contemporâneo e o paradoxo entre o dinheiro e o afeto. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. (Org.). **Famílias no Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo.** Salvador: JusPodivm, 2009, p. 353-372.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIRA, Wlademir Paes de. Direito da criança de do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). **Família e responsabilidade.** Porto Alegre: Magister, 2010, p. 523-555.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil:** famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). **Família e responsabilidade.** Porto Alegre: Magister, 2010, p. 11-28.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v. 5: direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o Afeto nas Relações de Família. Pode o Direito impor Amor? In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. (Org.). **Famílias no Direito Contemporâneo** - Estudos em Homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 47-68.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**: direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

**A INSUPERABILIDADE DO MÉTODO SUBSUNTIVO E A CARÊNCIA DE  
CARÁTER INOVADOR DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO:  
DISTINÇÕES ENTRE AS ANÁLISES ESTRUTURAL E FUNCIONAL DO DIREITO**

*Rodrigo José Rodrigues Bezerra*

Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, UNIDERP.

**RESUMO:** O objeto do trabalho é o método subsuntivo de aplicação da norma e sua impescindibilidade para o fenômeno jurídico. Objetiva-se demonstrar que o modelo subsuntivo foi desenvolvido para uma argumentação lógica, o que evidencia sua relação com o aspecto formal, afastando-se do conteúdo que irá ser-lhe atribuído, o que permite sua compatibilidade com o método da ponderação. O texto legislado é origem e limite da atividade interpretativa criativa do juiz. O produto da atividade legislativa não é aquilo que produz os efeitos jurídicos, já que somente a norma, ou seja, o texto interpretado e convertido em um juízo hipotético, é que se mostra apta para incidir. Toda norma jurídica possui a mesma estrutura lógica dos juízos hipotéticos (homogeneidade sintática), sendo composta por uma hipótese e por uma consequência, unidos por um modal deôntico. A importância do caso concreto para a construção da premissa maior está no reconhecimento de exceções para sua inaplicabilidade em determinadas situações, o que demonstra a inherência entre a interpretação e a aplicação. Ao realizar a (re)construção linguística do fato e promover sua qualificação dentro de um tipo/classe previamente estabelecido, há também evidente conduta criativa, que sempre permitiu ao intérprete fazer ingressar no sistema normativo os valores da sociedade, sem que fosse necessário qualquer recurso metajurídico. Conclui-se que o método da ponderação apenas promove a alteração de nomenclaturas, sem trazer qualquer elemento novo que justifique uma superação do modelo subsuntivo, especialmente em razão da distinção entre o aspecto estrutural e funcional do direito, sendo possível a conciliação entre tais métodos de análise da norma.

**PALAVRAS-CHAVE:** Linguagem. Interpretação. Norma jurídica. Subsunção. Ponderação. Regras. Princípios.

**ABSTRACT:** The object of the work is the method of applying the rule to put a fact as the application of a law, an idea as dependent on a general idea, for the legal phenomenon. Objective to demonstrate that the application on this rule model was developed for a logical argument, what it evidences its relation with the formal aspect, moving away itself from the content that will go to be attributed to it, what it allows its compatibility with the method of the consideration. The legal text is the source and limit to the creative activity of interpretation of the judge. The product of legislative activity is not what produces the legal effects, and only the norm, i.e., the text interpreted and converted into a hypothetical form, which is able to be used in the application. Every legal rule has the same logical structure of hypothetical judgments (syntactic homogeneity), consisting of a hypothesis and a result, united by a deontic modal. The importance of the case for the construction of the major premise is the recognition of exceptions to its inapplicability in certain situations, demonstrating the inherent between the interpretation and application. When performing the (re)construction of the linguistic fact and promote their skills within a type / class previously established, there are doing a creative conduct, which has always allowed the interpreter to enter the regulatory system in the values of society, with no need for any resource outside de juridical system. It is concluded that the method of balancing only fosters change in nomenclature, without bringing anything new to justify a replacement of the submersion model, especially because of the distinction between structural and functional aspects of law, it is possible to reconcile such methods analysis of the law.

**KEYWORDS:** Language. Interpretation. Rule of law. Subsumption .Weighting .Rules .Principles.

## INTRODUÇÃO

É comum encontrar, em inúmeros escritos atuais, referências à distinção entre regras e princípios, especialmente em razão das obras de Alexy e Dworkin. Tal distinção também nasce da concepção de que se vive hoje um neo-constitucionalismo, fruto da valorização do aspecto axiológico existente nas normas jurídicas, especialmente nos princípios constitucionais.

Porém, um aprofundamento na análise deste “novo” modo de enxergar o fenômeno jurídico, bem como a visualização de seu aspecto lógico-formal, demonstra que as lições estrangeiras não estão sendo criticamente examinadas, uma vez que desprovidas de bases sólidas para serem absorvidas pela ciência jurídica, além de proporem, no mais das vezes, as mesmas fórmulas jurídicas já apontadas por teorias do passado com a mera alteração de nomenclaturas, sem modificações de conteúdo.

Assim, o que se pretende neste texto é tecer considerações sobre o aspecto lógico-estrutural das normas jurídicas, bem como demonstrar a distinção entre a análise estrutural e funcional do Direito, de modo a apontar a ausência de qualquer novidade nas propostas apresentadas pelo modelo da ponderação, o que evidencia a insuperabilidade do método subsuntivo.

### **1 A DISTINÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA**

O fenômeno jurídico se desenvolve por meio da linguagem. É criado e destinado a regular relações sociais entre os indivíduos, o que somente pode ocorrer mediante uma comunicação inter-subjetiva que permita sua compreensão. Como diz Gadamer (2008, p. 503), “todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no *medium* de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete.”

Por sua vez, essa atividade interpretativa não alcança necessariamente um único resultado, na medida em que o sentido das palavras pode divergir de acordo com o intérprete, que inevitavelmente emprega suas características pessoais na construção de significados. Como explica Kelsen (1998, p. 390),

[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito.

É relevante o alerta feito por Carvalho (2009, p. 188), quando afirma que

não é correta a proposição segundo a qual, dos enunciados prescritivos do direito posto, extraímos o conteúdo, o sentido e o alcance dos comandos jurídicos. Impossível seria retirar conteúdos de significações de entidades meramente físicas. De tais enunciados partimos, isto sim, para a construção das significações, dos sentidos, no processo conhecido como interpretação.

No mesmo sentido diz Santi (2009, p. 323), já que “[...] o ato de interpretar cabe ao destinatário, que, recebendo o estímulo sensorial das palavras da lei, constrói o sentido da mensagem legislada.”

Ademais, as relações sociais também condicionam o sentido das palavras, o que pode ser facilmente verificado quando o aplicador, diante do caso concreto, realiza a atualização do sentido do texto. Isso porque o teor verbal dos textos normativos apresenta uma abertura semântica, de modo que os significados atribuídos não podem ser absolutamente definidos, já que dependem do contato com o caso concreto.

Pontes de Miranda (1972, p. 41) reconhece que

o mesmo invólucro institucional, o mesmo texto de lei, pode ter sentidos diferentes em dois ou três períodos de vigência, às vezes distantes de um século, e somente nas relações sociais é que poderemos conhecer aqueles sentidos, porque é somente nas relações sociais que se encontram e podem ser apanhadas as normas que a regeram (história jurídica), que as regem (documentação atual), e que as devem reger (legislação e interpretação jurídica).

Por outro lado, o intérprete não está livre para empregar qualquer sentido ao texto normativo, ainda que a interpretação seja uma atividade ilimitada na atribuição de significados, pois como dito por Eco (2005, p. 28), em nítida crítica ao pragmatismo, “dizer que um texto potencialmente não tem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um final feliz.” Por isso, o texto legislado é origem e limite da atividade interpretativa criativa do juiz, a qual permite a movimentação da dinâmica normativa na aplicação do Direito ao caso concreto.

Assim, o conjunto de textos vigentes é dotado de objetividade, ou seja, é idêntico a todos que o analisam, sendo, pois, uma condição de existência da norma, já que consiste no primeiro elemento a ser observado pelo intérprete. Por isso é que Eros Roberto Grau (2002, p.

39) afirma que “a interpretação é atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas.”

Faz-se necessário, com isso, identificar a distinção que existe entre o enunciado normativo (texto) e a norma (sentido deste texto), pois o produto da atividade legislativa não é, propriamente, aquilo que produz os efeitos jurídicos, já que somente a norma, ou seja, o texto interpretado e convertido em um juízo hipotético, é que se mostra apta para incidir. Carvalho (2009, p. 193) explica que há força prescritiva no texto de cada dispositivo legal, mas não suficiente, pois que somente quando analisado em conjunto com os demais textos é que se poderá alcançar o conteúdo da norma como expressão de todo o sistema jurídico. É o que se chama de intertextualidade, onde há o diálogo entre todos os textos vigentes (Constituição, leis ordinárias, legislação infralegal).

Porém, Siches (1980, p. 219) esclarece que isso não significa reduzir o alcance das leis a meros conselhos desprovidos de caráter compulsivo para o juiz. Apenas deixa claro que a norma geral nunca é Direito diretamente aplicável.

Com efeito, o texto traz conceitos que buscam abstrair a realidade que descreve, permitindo que esta seja inserida no direito posto. Ocorre que, inevitavelmente, nesta atividade há uma redução da realidade, seja pela limitação do observador/legislador em captar a totalidade do fenômeno social, seja pela natureza contingente das palavras; porém, somente assim se permite a objetivação de elementos subjetivos, isto é, transformar em conceitos os fatos sociais e permitir que se veiculem mediante palavras os fatos que se pretende regular. Para Pontes de Miranda (1972, p. 101), “[...] a palavra é sinal, notação; por traz dela está o conceito.” E adverte que “o conceito não se identifica com a coisa, e é por isto que se torna indispensável ao estudo do direito a prévia iniciação na teoria do conhecimento.”

Pontes de Miranda (1937, p. 201) desenvolveu estudos sobre o problema fundamental do conhecimento, onde afirma que

o conceito pode descrever e envolver o -jecto. Mas, não-raro, excede-o ou não o alcança em todo o seu tamanho. O -jecto significado ou fica como que solto, sacolejante, dentro do conceito que o ultrapassa, ou incontido, incircunscrito, a exceder a significação do conceito.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup>Para Pontes de Miranda (1937, p. 85), -jecto (com hífen) é o objeto abstraído pelo observador. “Chamámos –jecto a tudo que se apresenta, seja de ordem estritamente física, seja de ordem psíquica, desde que considerado sem ser do lado de quem vê ou do outro lado, isto é, eliminados os elementos que representem oposição entre êles, operação que exprimimos pelo ‘poe entre parênteses os prefixos de (su)jeito e de (ob)-jecto.’ Reservaremos o termo jecto, sem hífen, para exprimir o que seria o facto sem nós; v. g. se os homens, como os mamutes, desaparecessem da face da Terra.”

Deve-se, portanto, reconhecer que na formulação das regras, perde-se parte do real mediante sua abstração, a fim de poder transportar um dado da realidade para uma regra jurídica dotada de objetividade.

Seguindo os passos de Pontes de Miranda, Menezes (1971, p. 133) afirma:

O ontologismo da filosofia antiga preocupava-se com as essências imutáveis, que eram implícitas à qualidade das coisas. O qualitativo era irredutível ao quantitativo. Hoje o pensamento dominante na ciência é inverso. Se não afirmou irreterquivelmente o postulado de que as variações qualitativas são função de variações quantitativas, é porque ainda está embebido do espírito da velha filosofia que impregnou a linguagem, onde se retratam todos os vícios do ontologismo. Daí o valor da linguagem matemática para Le Dantec, onde a expressão impersonaliza-se ao mais alto grau..

Para Pontes de Miranda (1972, p. 12-13), “em toda a extensão do conhecimento humano começa o quantitativo a substituir, explicativamente, o qualitativo. Mediante tal processo de simplificação, ganham maior inteligibilidade, assim os pormenores como o conjunto do mundo.”

Na verdade, apesar de reconhecer a relatividade da capacidade humana em conhecer a realidade, Pontes de Miranda (1972, p. 38) se aproxima do pragmatismo, especialmente quando afirma ser impossível a existência de verdades humanas independentes do sujeito, na medida em que “o nosso conhecimento é processo biológico, como querem os pragmatistas, porém não há dúvida que é impossível elidir a coisa em si. Dizer que tudo isso é ideia seria suprimir a realidade, com a qual a ideia nos poria em comunicação.”

Isso não impossibilita conhecer o real, mas apenas limita esse conhecimento, pois “[...] toda sensação abstrai, toda sensação, por si só, já é uma extração. O ser só se dá abstraído. O olho deixa vir até mim a luz; é cego para o som, o gosto, o tacto, o cheiro. Os sentidos dão-nos o que do mundo nos excita, não o mundo ôntico total.” (MIRANDA, 1937, p. 21).

O reconhecimento desta limitação é relevante, pois que admite a perda/redução de parte da realidade no momento da produção do enunciado, que poderá ser suprimida no momento de sua interpretação e da (re)construção dos próprios fatos sociais pelo aplicador, como forma de se alcançar uma adequada verificação do real. É que os eventos reais são singulares e instantâneos, e precisam ser reconstruídos linguisticamente pelo intérprete, mediante uma atividade mental que certamente implica numa “renuncia à exatidão.” (ADEODATO, 2010, p. 268). Isso permite compreender que a incidência somente ocorre mediante conduta humana, tanto na atribuição do significado do enunciado, como na (re)construção linguística do fato previsto na norma.

## 2 A DISTINÇÃO ENTRE A ANÁLISE ESTRUTURAL E A ANÁLISE FUNCIONAL DO DIREITO

Neste momento, convém deixar clara a distinção entre duas formas de analisar o fenômeno jurídico: a análise estrutural e a análise funcional.

Quando se faz uma análise estrutural, busca-se apenas adentrar no aspecto lógico do direito, seja em seu aspecto estático (a norma jurídica) ou em sua característica dinâmica (relação entre as normas dentro do sistema para sua aplicação/incidência).

O modelo subsuntivo foi desenvolvido para uma argumentação lógica, o que demonstra sua relação com o aspecto formal, afastando-se do conteúdo que irá ser-lhe atribuído, já que “a lógica tem sido e é sempre formal. O que interessou sempre à lógica não foi o conteúdo significativo que caracteriza este ou aquele enunciado.” (VILANOVA, 1997, p. 51).

Por isso, como diz Vilanova (1997, p. 91), não cabe à lógica dizer o conteúdo que deve compor a estrutura, já que isso é atividade que se realiza em contato com o complexo sistema social, restando-lhe apenas permanecer dentro do sistema formal do direito positivo, sem que isso represente uma carência ou omissão desta investigação, porquanto decorre da opção de analisar unicamente “o delicado estrato das estruturas formais”, já que ultrapassar este limite “implicaria em filosofia ou ciência empírica, indispensáveis para se obter uma teoria filosófica e uma teoria social do direito. A lógica é apenas a teoria formal do direito.”

Ora, Gadamer (2008, p. 69) observa que no modelo dos juízos hipotéticos de Kant já há essa distinção entre a forma e seu conteúdo, uma vez que o juízo de enquadrar o particular ao geral, ou seja, de reconhecer algo como o caso de uma regra, não pode ser demonstrado logicamente, pois que deve ser realizado de caso a caso. É que este enquadramento é realizado mediante um juízo por assentimento (*führwahrhalten*), que se caracteriza por ser, na relação sujeito/objeto, a representação subjetiva da verdade (ter algo por verdadeiro).

Esse é o aspecto central do exame realizado por Kelsen, geralmente alvo de críticas por uma suposta insuficiência da análise do Direito, mas que decorre exclusivamente de uma opção metodológica.<sup>38</sup> Como diz Bobbio (2007, p. 54), “[...] na obra de Kelsen, não só

---

<sup>38</sup>Já no prefácio da obra Teoria geral do Direito e do Estado, Kelsen deixa claro que “a teoria geral, tal como apresentada neste livro, está voltada antes para uma análise estrutural do Direito positivo que para uma explicação psicológica ou econômica das suas condições ou uma avaliação moral ou política dos seus fins.” (2000, p. XXVIII)

análises funcional e estrutural estão declaradamente separadas, como esta separação é a base teórica sobre a qual ele funda a exclusão da primeira em favor da segunda.”

Assim, quando se propõe a utilização do modelo subsuntivo, aponta-se apenas para o aspecto formal da aplicação da norma jurídica ao caso concreto, sem que se adentre no aspecto substancial do conteúdo dos textos positivos ou dos fatos, que é atribuição da hermenêutica, especialmente porque deve haver uma simbiose entre tais aspectos que permita um avanço unificado destas formas de análise do Direito, “sem que a primeira, como ocorreu no passado, eclipse a segunda, e sem que a segunda eclipse a primeira como poderia ocorrer em uma inversão das perspectivas a que os hábitos, as modas, o prazer do novo pelo novo, são particularmente favoráveis.” (BOBBIO, 2007, p. 113).

### **3 A ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA E A INSUPERABILIDADE DO MODELO SUBSUNTIVO**

Toda norma jurídica possui a mesma estrutura lógica dos juízos hipotéticos (homogeneidade sintática)<sup>39</sup>, sendo composta por uma hipótese e por uma consequência, unidas por um modal deôntico.<sup>40</sup> Como diz Telles Júnior (2006, p. 296), “[...] toda norma jurídica tem a estrutura hipotética. O que ela preceitua somente vigora na hipótese de se verificar a circunstância para a qual a mesma foi enunciada.”

Conforma ensina Carvalho (2002, p. 54), a hipótese (também chamada de suposto) é o conjunto de critérios que permitem identificar o fato que, quando acontecido, impõe a incidência dos efeitos previstos na consequência (se S, então deve ser B).

Assim, quando a hipótese da norma – premissa maior – é criada, todo o ordenamento é considerado, e não apenas determinado texto específico. Como diz Engisch (2001, p. 116),

[...] uma primeira e mais complicada tarefa de que o jurista tem de desempenhar para obter a partir da lei a premissa maior jurídica consiste em reconduzir a um todo unitário os elementos ou partes de um pensamento jurídico-normativo completo que, por razões 'técnicas', se encontram dispersas – para não dizer violentamente separadas.

---

<sup>39</sup> “O direito positivo destaca-se pela intrínseca homogeneidade sintática de seus elementos: toda norma jurídica apresenta idêntica estrutura hipotético condicional, i. e., associa, num nexo de causalidade jurídica (imputação), a descrição de um fato possível de ocorrência no mundo objetivo (hipótese) a uma relação deôntica (consequência). É limite sintático.”(SANTI, 2009, p. 492).

<sup>40</sup> Ao tratar dos juízos hipotéticos, Kant (1992, p. 125) diz que se o antecedente é verdadeiro, então o consequente determinado por ele é também verdadeiro.

Kelsen (2000, p. 5), já no primeiro parágrafo da **Teoria Geral do Direito e do Estado**, publicada originalmente em 1945, disse que “o Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema”, demonstrando que o aspecto dinâmico do ordenamento jurídico indica sua teoria como uma teoria sistemática do Direito.

A importância do caso concreto para a construção da premissa maior está no reconhecimento de exceções para sua inaplicabilidade em determinadas situações (são as chamadas cláusulas de exceção), o que demonstra a inerência entre a interpretação e a aplicação. Como diz Gadamer (2008, p. 408), é constitutiva a tensão que existe entre o texto da lei e o sentido que alcança ao instante concreto da interpretação, no sentido de que o conteúdo normativo é definido/constituído no momento da aplicação.

Portanto, antes do caso concreto, já é possível identificar algum sentido da norma, mas que precisa ser completado pelas circunstâncias incidentes. Como diz Neves (1993, p. 125), “a interpretação apenas se consuma na decisão concreta (no concreto juízo normativamente decisório)”, pois é o conteúdo normativo-jurídico da decisão que se imputa à norma interpretada, a qual é reconstruída e enriquecida nessa mesma medida, considerando inclusive avaliar as consequências que advirão da decisão, de modo a influenciar o conteúdo semântico de conceitos previstos na ordem jurídica, tais como justiça, igualdade, bem comum, entre outros.

Por sua vez, na premissa menor não há fatos, mas sim conceitos de fatos, pois os fatos somente podem ser pensados nesta forma, de modo que “a interpretação do conceito jurídico é o pressuposto lógico da subsunção” (ENGISCH, 2001, p. 96), o que permite subsumi-los ao conceito jurídico.

Isso significa que a premissa menor deve ser construída mediante um juízo que predica um fato dentro de uma classe prevista abstratamente na premissa maior, permitindo-se com isso a realização da subsunção normativa. É que no juízo jurídico, há sempre a qualificação de uma situação de fato, ou tipos de fatos que serão qualificados no futuro pela decisão judicial. Para Kelsen (1986, p. 167), o desencadear da consequência normativa está condicionado à declaração, pelo tribunal competente, de que a hipótese restou concretizada. Diz ele que

[...] o Direito liga uma sanção como consequência não a uma ocorrência em si, que se realiza na realidade como condição, nem à verdade do enunciado, que é o sentido do ato de declaração judicial, mas ao ato da declaração do

tribunal competente, trânsito em julgado, cujo sentido é o enunciado de que se realizou uma certa ocorrência determinada na norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal.

Kelsen (1986, p. 165) diz ainda que

para se conhecer a verdadeira natureza do ato, com o qual um tribunal declara o tipo legal, ao qual uma norma que deve ser aplicada pelo tribunal liga uma sanção, precisa emancipar-se da linguagem jurídica tradicional, na qual é descrita esta questão de fato. É comum dizer-se – e o legislador mesmo o diz ou parece, pois, pressupõe-lo – que o Direito lega como condição uma consequência determinada, a saber: um ato de coação como sanção numa norma jurídica geral a uma ocorrência inteiramente determinada que se realiza na realidade. Fosse correta essa descrição da questão de fato, poderia a declaração do tipo legal condicionar pelo tribunal ter apenas um caráter declarativo, i.e., descriptivo, fosse ela, com efeito, um enunciado como todos os outros; fosse ela verdadeira ou falsa, e poderia ela, apenas se verdadeira, conduzir a um ato do tribunal, cujo sentido é uma norma válida, de uma disposição obrigatória de um ato de coação. Isto, evidentemente, não é, porém exato.

Assim, a hipótese normativa não contém efetivamente um fato concreto, mas sim a verificação, pelo órgão competente, de que o fato descrito ocorreu. Por sua vez, essa verificação tem natureza constitutiva, e não declaratória. Quando uma decisão qualifica um fato passado, esse fato é enquadrado em um tipo, e quando se aplica uma norma se está a afirmar que o fato específico se enquadra dentro da classe descrita na hipótese normativa.

Ainda, o produto da atividade criativa se torna também definitivo, na medida em que afasta qualquer dúvida sobre o conteúdo das premissas, uma vez que é do órgão julgador a exclusiva atribuição de definir este conteúdo para fins de aplicação ao caso concreto, alterável apenas por eventual construção de conteúdo diverso pelo órgão judicial que lhe seja hierarquicamente superior, segundo as normas processuais vigentes. Como diz Kelsen (1998, p. 395), “[...] da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito.”

Por tudo isso, é equivocada a leitura realizada por Barroso (2008, p. 12) quando, propondo o modelo ponderativo, afirma que “o processo silogístico dos fatos à norma afasta qualquer papel criativo do magistrado, que seria apenas *la bouche qui prononce les paroles de la loi.*” Tal entendimento é fruto do desconhecimento da distinção entre texto e norma, já que, como demonstrado, a produção do sentido é fruto da ação do intérprete/juiz, o qual, considerando todo o ordenamento integrado (e não apenas de um ou alguns textos), alcança o conteúdo da norma. Ainda, ao realizar a (re)construção do fato mediante sua qualificação dentro de um tipo/classe previamente estabelecido, há também evidente conduta criativa. E é esse caráter criativo que, desde sempre, permitiu ao intérprete fazer ingressar no sistema

normativo os valores da sociedade, sem que para isso fosse necessário qualquer recurso metajurídico.

Ao contrário do que sustenta Barroso (2008, p. 290), a normatividade dos princípios, como forma de permitir o ingresso, no sistema jurídico, de aspectos éticos e axiológicos da sociedade também não é um fenômeno surgido “na quadra histórica atual.” Mais grave é quando afirma que somente após a 2<sup>a</sup> Guerra Mundial é que toda a ordem jurídica passou a ser observada mediante uma filtragem constitucional. Ora, a supremacia hierárquica da Constituição é produto do constitucionalismo iniciado ainda no século XVIII, com Sieyès, tendo sido amplamente aplicada durante o desenvolvimento dos métodos de controle de constitucionalidade das leis durante o século XIX, notadamente no famoso caso *Marbury Vs Madison* apreciado pelo juiz John Marshall, da Suprema Corte Americana em 1803.

Amado (2008, p. 62) relata o caso espanhol denominado *caso del Toro de Osborne*, julgado em dezembro de 1997, que versava sobre a proibição estabelecida pela Lei de Rodovias de se colocar publicidade nas estradas fora do perímetro urbano. A empresa Osborne, não obstante apagar a inscrição que mantinha nas publicidades, manteve a figura de um touro, característica de sua marca, razão pela qual foi punida.

Amado demonstra que a decisão deste caso pode ser alcançada tanto mediante um juízo de ponderação como por meio do tradicional método subsuntivo/interpretativo, já que a distinção entre tais formas está apenas na linguagem. Na ponderação, põe-se direitos em conflitos - direito à publicidade e o direito da Administração de proibir formas de publicidade que pudesse comprometer a segurança dos cidadãos, onde um deles deve prevalecer no caso concreto.

Por sua vez, no método subsuntivo/interpretativo, a solução da demanda é alcançada quando se verifica que a norma, ao estabelecer a proibição de publicidade, exige que se saiba o que é publicidade. Assim, naquele caso específico, entendeu a corte espanhola que é publicidade todo objeto associado a uma marca comercial que possa distrair os condutores. Em seguida, deve-se verificar se o caso concreto – a exposição da figura do touro – se enquadra nesta classe estabelecida pela hipótese, o que foi rejeitado pelo tribunal, de modo que não aplicou a norma proibitiva.

Amado (2008, p. 66), os Tribunais Constitucionais adotam uma linguagem ponderativa para parecer que sua jurisdição se apresenta substancialmente diferente daquela exercida pelos demais Tribunais.

Descrevendo a estrutura da ponderação, Ana Paula de Barcellos (Apud BARROSO, 2008, p. 57) diz que “em uma primeira fase, se identificam os comandos normativos ou as normas relevantes em conflito.” Já na segunda fase “cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas peculiaridades.” (p. 58). Por fim, na fase final (de decisão), examina-se conjuntamente “os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa.”

Destaque-se que para Barcellos (2005, p. 33), a ponderação “[...] pretende ser exatamente a técnica que conseguirá, a partir de uma lógica diversa da subsuntiva, decidir conflitos considerando todas as premissas maiores pertinentes.”

Ora, é patente a semelhança desta fórmula com o método do subsuntivo, onde se inicia com a consideração de todo o conjunto de textos positivos se encontrar o conteúdo da premissa maior, prosseguindo-se com a definição/reconstrução linguística dos fatos ocorridos e que sofrerão a incidência normativa, concluindo-se com a composição da norma (hipótese e consequente) aplicável ao caso concreto. Assim, a atribuição de pesos consiste apenas na construção da hipótese de incidência, inclusive com as cláusulas de exceção, o que certamente exige o respeito à hierarquia normativa e axiológica dos enunciados. Por isso, o método da ponderação apenas promove a alteração de nomenclaturas, sem trazer qualquer elemento novo que justifique uma superação do modelo subsuntivo, o que pode ser identificado pelo reconhecimento da distinção entre o texto e a norma jurídica.

Na verdade, quando se adentra no campo da ponderação, abre-se uma possibilidade maior de se afastar da demonstração necessária das razões interpretativas, isto é, do esclarecimento sobre o fato de que, no caso narrado, a figura do touro não compromete a segurança dos condutores. Sobre isso, Streck (2010, p. 47) diz que em *terrae brasiliis* a ponderação é utilizada como enunciado performativo, e “[...] sua mera evocação já é um em si-mesmo”, especialmente porque não distingue os aspectos estrutural e funcional do Direito, considerando apenas este último, de modo que “[...] a maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre cometimento de ativismos.”(p. 48).

Isso não significa que o caminho perfilhado pela ponderação não deve ser usada, mas apenas exige do aplicador uma cautela, para que não se olvide a imprescindível necessidade

de demonstrar as razões de decidir, sob pena de se camuflar uma arbitrariedade mediante um jogo retórico de tautologia, especialmente quando se trata da aplicação de princípios.

#### **4 A DISCUSSÃO SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS**

A relevância do estudo sobre esta distinção surgiu da necessidade de se verificar o procedimento mais adequado para enfrentar os chamados *hard cases*, ou seja, os casos difíceis postos em juízo onde o método tradicional de subsunção não seria suficiente a produzir um resultado adequado. Assim, somente uma abertura do sistema – e aqui entraria a função dos princípios – é que permitiria ao magistrado transportar o elemento axiológico ao caso concreto. Por isso, Barroso (2008, p. 35) diz que “[...] o novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores.”

É com Dworkin (1977) e Alexy (1986) que parte da doutrina brasileira vem identificando uma diferença entre as regras e os princípios<sup>41</sup>. Propõem, ambos, dentre outros critérios, uma distinção lógico-estrutural.

Em sua obra, Dworkin (2007) examina o caso Riggs contra Palmer, de 1889, apreciado por um Tribunal de Nova Iorque. Tratava-se de uma situação onde o herdeiro, nomeado em testamento, assassinou o testador com o objetivo de se tornar titular dos bens da herança. A Corte, ao adentrar na análise da demanda, reconheceu que mediante uma interpretação literal das leis vigentes, e caso não fosse possível limitá-las ou modificá-las em sede de aplicação judicial, a propriedade deveria ser transferida para o assassino. Porém, observou que todas as leis e contratos podem ser limitados por máximas gerais do *common law*, de modo que, por entender que ninguém pode se beneficiar da própria fraude, o assassino não recebeu a herança.

Assim, em sua crítica ao positivismo jurídico, Dworkin (2007, p. 39) reconhece que a distinção entre as regras (lei que trata da regra de sucessão) e os princípios (máximas gerais) seria de natureza lógica, porquanto as regras seriam aplicadas mediante um “tudo ou nada”, isto é, “[...] dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a

---

<sup>41</sup> Há talvez uma unanimidade em se verificar a distinção entre regras e princípios pelo grau de generalidade dos enunciados. Porém, o próprio Alexy reconhece que há também regras de alta generalidade (2008), o que afasta a relevância deste critério. Humberto Ávila (2005) realiza a separação entre texto e norma, identificando que a distinção entre regras e princípios está no maior grau de abstração destes, já que ambos passam pelo mesmo processo interpretativo. Porém, mesmo afirmando a diferença entre texto e norma, Ávila a desconsidera quando esquece que após a criação da norma esse grau de abstração deixa de existir; na verdade, a abstração está no texto positivado, e não na norma.

resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” Para ele, eventuais exceções à aplicação das regras deveriam constar expressamente, sob pena de torná-las imprecisas e incompletas.

Verifique-se passagem interessante de Dworkin (2007, p. 43), quando afirma que

[...] se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes (Nosso sistema jurídico – norte americano – utiliza essas duas técnicas).

Ademais, os princípios não seriam aplicáveis automaticamente, isto é, sempre que verificados os requisitos exigidos para sua incidência, já que apresentariam uma dimensão de peso ou importância, de modo que sempre deveria ser realizada a análise da importância de cada um deles diante do caso concreto, o que não haveria nas regras. Suas consequências não nasceriam de forma automática, quando as condições são identificadas, exigindo-se uma decisão em um caso particular. Na verdade, os princípios não teriam a pretensão de estabelecer “as condições que tornem sua aplicação necessária.” (DWORKIN, 2007, p. 41). Dentro do sistema, não haveria regras mais importantes que outras, tal como ocorre com os princípios.

Já em Alexy (2008, p. 91), a distinção entre regras e princípios é qualitativa, na medida em que “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos.” Alexy entende que os princípios são normas que determinam a realização de algo, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, razão pela qual teriam um caráter *prima facie*; seriam, portanto, mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados.

Por sua vez, o conflito de regras seria solucionado dentro do próprio plano da validade, mediante os critérios fixados na ordem jurídica (por exemplo, no caso brasileiro, a LICC), ou mediante a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que afastasse o conflito.

Em relação ao conflito entre princípios, não haveria a criação de uma cláusula de exceção, ou mesmo a declaração de invalidade de um deles. “Na verdade, o que ocorre é que

um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.” (ALEXY, 2008, p. 93). Assim, enquanto o conflito de regras ocorreria na dimensão da validade, nos princípios ocorre na dimensão do peso, sendo decisiva esta verificação mediante a análise das condições do caso concreto posto para julgamento.<sup>42</sup>

Alexy ainda enxerga a íntima relação entre os princípios e a proporcionalidade. Para ele, a proporcionalidade em sentido estrito, entendida como a exigência de sopesamento, nasce da relatividade decorrente das possibilidades jurídicas, na medida em que a possibilidade jurídica de realização de um princípio depende da análise do princípio que lhe é antagônico, exigindo-se, por isso, um sopesamento diante do caso concreto.

Porém, uma análise criteriosa do elemento estrutural das espécies normativas é capaz de demonstrar que esta distinção, ao menos no aspecto estrutural, não existe, na medida em que toda norma jurídica apresenta estrutura idêntica.

Quando se diz que o princípio não estabelece uma conduta a ser adotada, e tendo em vista que a decisão do caso concreto exige que se estabeleça uma hipótese que descreva essa conduta, torna-se forçoso concluir no sentido de que o princípio, tal como entendido por Dworkin e Alexy, por si só, não é suficiente para regular o caso concreto, sendo imprescindível a existência de uma regra que o materialize. Apesar de desnecessário pela obviedade, convém tornar expresso que com essa conclusão não se está a falar em carência de normatividade dos princípios.

E o próprio Dworkin (2007, p. 57) reconhece isso quando diz que os princípios implicam uma nova interpretação da lei (enunciado), de modo a permitir a solução do caso concreto – especialmente nos *hard cases*. Diz ele que “[...] somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva.”

Disto, observa-se que Dworkin atribui aos princípios uma função de interferir na aplicação das regras, na medida em que reconhece a possibilidade de não ser a mesma aplicada, mesmo que concretizada sua hipótese de incidência, quando houver um princípio de importância reconhecida que crie uma cláusula de exceção. Porém, o ingresso do elemento axiológico não exige que se realize uma distinção lógico-estrutural entre regras e princípios,

---

<sup>42</sup> “Em um caso concreto, o princípio P1 tem peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C.”(ALEXY, 2008, p. 97).

já que na criação da norma há esse elemento, tal como sempre ocorreu no método de subsunção.

No caso descrito por Dworkin, o que houve foi a criação de uma norma e de uma cláusula de exceção, na medida em que se afastou o direito ao recebimento da herança quando o herdeiro pretender ser beneficiado pela própria torpeza. Assim, quando é criada uma cláusula de exceção, o que se afasta é a própria incidência da norma, não havendo falar em conflito entre regras ou princípios.

Alexy (2007, p. 104) identifica que no modelo de Dworkin os princípios possuem um caráter *prima facie*, e apenas apontariam para uma direção a ser tomada, sem que possuam “como consequência necessária uma determinada decisão.” Porém, enxerga também nas regras esse mesmo caráter *prima facie*, já que a possibilidade de se criar uma cláusula de exceção para as regras retira delas o seu caráter definitivo. E essa possibilidade não é sequer enumerável, tal como exigido por Dworkin, já que somente diante de um caso concreto é que se pode verificar a introdução de uma nova cláusula.

Nesse sentido diz Carrió (1990, p. 226) que

*no es cierto que las reglas son siempre aplicables de la manera 'todo o nada'. Tampoco es cierto que las reglas permiten, al menos en teoría, enumerar de antemano todas sus excepciones. Para ello habría que imaginar de antemano todas las circunstancias posibles de aplicación lo que, obviamente, es imposible.*

Mesmo assim, o caráter *prima facie* dos princípios seria diverso daquele atinente às regras, uma vez que o afastamento da aplicação de uma regra envolve não só a análise dos princípios que fundamentaram sua criação e daqueles de onde se pretende criar uma cláusula de exceção. Diz Alexy (2007, p. 105) que “[...] é necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida.”

Portanto, este caráter *prima facie* está presente tanto nas regras como nos princípios, já que ambos são apenas o enunciado/texto, o que torna o critério inutilizável.

Como já dito, o plano da expressão é o ponto de partida para a construção da norma jurídica, sendo que os textos isolados, ainda que possuam algum sentido, somente adquirem uma completa unidade de significação deôntica quando analisados juntos aos demais, “consoante específica estrutura lógico-molecular, para formar normas jurídicas.” (CARVALHO, 2009, p. 181).

Na verdade, Hart (2001, p. 148), mesmo em sua análise estrutural do fenômeno jurídico, já havia tratado da necessidade de se realizar, diante do caso concreto, uma ampla análise de todo o sistema normativo, pois a textura aberta do texto que compõe o direito significa que cabe aos Tribunais estabelecer “[...] o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflituantes que variam em peso, de caso para caso.”

Assim, diante da distinção entre texto e norma, e tendo em vista a estrutura normativa, regras e princípios são espécies de texto e somente podem regular os casos concretos após serem transformados em normas jurídicas na forma de um juízo hipotético. Nessa construção da norma, as regras e os princípios são utilizados como ponto de partida do intérprete, que considera todo o plano da expressão para produzir a norma apta a incidir.

O acerto de Dworkin está quando reconhece a dimensão do peso ou importância do princípio, que atua como instrumento que interfere na atividade interpretativa de construção da norma e torna possível estabelecer as cláusulas de exceção, diante da fundamentalidade dos princípios. É importante perceber que Hart (2001, p. 139) já havia tratado de situações fácticas complexas onde surgiria dúvida sobre a norma a ser aplicada, diante do limite inerente à natureza da linguagem. Para ele, “[...] situações de facto particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação.”

Porém, nem mesmo este aspecto pode ser invocado como critério de distinção entre regras e princípios, porquanto essa fundamentalidade não decorre da abstração ou generalidade dos enunciados, mas de sua própria posição dentro da ordem jurídica, de modo que pode também haver regras (constitucionais) que fundamentem princípios (infraconstitucionais).

Na verdade, explica Neves (2007, p. 71) que o caráter autopoietico do direito implica em sua auto-determinação, afastando qualquer ingresso que não seja mediado por critérios do próprio sistema jurídico, o que ocorre mediante a positividade de seus termos. Com isso se impede a arbitrária manipulação política ou econômica do Direito, onde os princípios constitucionais exercem a função mediadora na abertura cognitiva do sistema jurídico, permitindo o ingresso da moral e determinando “como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua autonomia operacional.” Conforme dito por MacCormick (2006, p. 308), “[...] o direito não é hermeticamente isolado da moral e da política e devemos acolher

calorosamente a vigorosa afirmação de Dworkin dessa verdade, sem necessariamente admitir que o 'positivismo' nos levaria a uma suposição diferente."

Por conta disso, Dworkin (2007, p. 60) indaga sobre as hipóteses em que um juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor, concluindo que

[...] é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favoreça algum princípio; dessa maneira o princípio justifica a modificação. No caso Riggs a mudança (uma nova interpretação da lei que rege os testamentos) foi justificada com base no princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de atos ilícitos.

Assim, é importante atentar que não basta que a mudança represente a concretização de um princípio, mas também se exige que a regra não esteja fundamentada em qualquer princípio, sob pena de se converter a possibilidade de criação das cláusulas de exceção em autorização para que o caráter criativo da aplicação da norma seja ilimitado.

Cite-se, como exemplo, o caso apreciado pelo Tribunal de Justiça de Alagoas em 02 de fevereiro de 2010, Mandado de Segurança N.º 2008.001939-5, Acórdão n.º 5.0042/2010, Tribunal Pleno, julgado em 02/02/2010, onde se realizou uma ponderação diante da regra contida no art. 93, I, da Constituição Federal, que exige 03 anos de atividade jurídica para o ingresso na magistratura nacional. Em decisão unânime, a corte estadual, invocando o movimento denominado pós-positivismo, e amparado nas afirmações de Alexy, identificou a colisão entre um princípio (supremacia do interesse público, referente ao acesso à justiça) e a regra que estabelece três anos de atividade jurídica como requisito para ingresso na magistratura. Assim, afastando o requisito temporal constitucionalmente estabelecido, fez incluir na mencionada regra uma cláusula de exceção, diante da "premente necessidade de atender ao interesse público, face à carência de juízes, combinado com o não preenchimento das vagas do concurso", além de que não seria "[...] razoável negar a um homem que se mostrou intelectualmente preparado para o exercício do cargo de juiz a possibilidade de exercê-lo por faltar-lhe cerca de seis meses de experiência jurídica."

Neste caso, o que se observa é o afastamento da regra constitucional sob o argumento de que o princípio da supremacia do interesse público – mais especificamente a situação de carência no número de magistrados no Estado - permite criar uma exceção que afasta a incidência da norma, em nítida demonstração da incompreensão da própria amplitude desse princípio e dos limites desta atividade jurisdicional criativa, o que tornaria totalmente desnecessária a existência das regras. Certamente, se fosse utilizado o tradicional modelo

subsuntivo, restaria mais difícil fundamentar que a carência de magistrados permite que a exigência constitucional seja desprezada.

## CONCLUSÃO

A distinção entre texto e norma permite perceber que a incidência exige a participação do intérprete, a quem cabe, partindo do conjunto de textos vigentes produzidos pelo legislador, construir o sentido da norma jurídica apta a ser aplicada aos casos concretos. Assim, e considerando sua estrutura hipotética (se A, então deve ser B), a norma jurídica é produto da consideração de todo o plano da expressão, onde tanto a hipótese como o consequente são definidos mediante conceitos que abstraem a realidade, de modo a permitir sua veiculação em regras objetivas.

Por sua vez, é infundada a crítica tecida contra o modelo subsuntivo, porquanto patente o caráter criativo da atividade judicial de aplicação da norma, seja pela própria definição da amplitude da hipótese, como também na reconstrução lingüística dos fatos, já que é o pronunciamento do órgão competente sobre o enquadramento de conceitos de fatos aos conceitos jurídicos, de natureza constitutiva, que promove a subsunção normativa.

Indevida também é a pretensão de se atribuir à ponderação o atributo de ser a técnica que inaugura a possibilidade de decidir os conflitos considerando toda a legislação vigente, uma vez que tal proceder já vem sendo utilizado pela subsunção.

Isso permite concluir que a distinção entre regras e princípios, tão presente nos trabalhos acadêmicos brasileiros após as obras de Dworkin e Alexy deve ser entendida como um debate sobre espécies de textos, e não sobre espécies de normas, já que ambos reconhecem que diante do caso concreto, a incidência exige a presença de uma regra específica, de modo que um princípio, tal como afirmam, não incidem diretamente, servindo como instrumento que direciona a decisão judicial em determinado sentido.

Ademais, a subsunção no direito foi desenvolvida para uma argumentação lógica, não pretendendo aplicar esse aspecto formal para a atribuição do conteúdo das normas, que consiste em atribuição da hermenêutica. Mesmo assim, sempre foi e ainda é suficiente a permitir que haja uma abertura do sistema de modo que elementos axiológicos sejam utilizados na aplicação da norma ao caso concreto, inclusive nos chamados *hard cases*, sem que seja necessário recorrer a modelos extremamente abstratos e desprovidos de rigor

científico que dificultem um maior controle das decisões judiciais, tornando-se hoje um veículo supostamente legitimador de arbitrariedades.

Ora, o chamado neo-constitucionalismo, ao pregar o primado dos princípios dentro do ordenamento jurídico, não traz qualquer inovação relevante porque apenas altera nomenclaturas para hipóteses já tratadas, além de cometer equívocos ao confundir texto e norma, permitindo a utilização da ponderação de forma extremamente subjetiva sem que haja a demonstração precisa das razões interpretativas.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Mauricio. **Ética e Retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMADO, Juan Antonio García. **Teoria do Direito e Decisão Racional:** Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Renovar, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paulo de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luiz Roberto. **A nova interpretação constitucional.** 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do Direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método.** 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Tributária.** 4. ed. São Paulo: Max Limonade, 2002.
- CARRIO, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje.** 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação.** Tradução de Mônica Stahel. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito.** Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KANT, Immanuel. **Lógica.** Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: SAFE, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do Direito e do Estado.** Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MENEZES, Djacir. **O problema da realidade objetiva.** 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1971.
- MIRANDA, Pontes de. **O problema fundamental do conhecimento.** Porto Alegre: Livraria do Globo, 1937.
- \_\_\_\_\_. **Sistema de Ciência Positiva do Direito.** T. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- \_\_\_\_\_. **Sistema de Ciência Positiva do Direito.** T. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- \_\_\_\_\_. **Sistema de Ciência Positiva do Direito.** T. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica:** problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas:** do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SICHES, Luis Recaséns. **Nueva Filosofía de la interpretación del derecho,** 3. ed. México: Editorial Porrua, 1980.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TELLES JR. Goffredo. **Direito Quântico:** ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

## A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

*Dayse Coelho de Almeida*

Professora do Curso de Direito da Faculdade de Sergipe. Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), pós-graduada *lato sensu* (especialista) em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ), Advogada, egressa da Escola Superior do Ministério Público – ESMP/SE, membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica – IHJ, da Associação Brasileira de Advogados – ABA, do Instituto Nacional de Estudos Jurídicos – INEJUR, do Instituto de Direito do Trabalho Valentin Carrion.

O que me impressiona à vista de um macaco, não é que ele tenha sido nosso passado: é este pressentimento de que ele venha ser nosso futuro. (MÁRIO QUINTANA, 1973, p. 22).

**RESUMO:** O artigo discute o papel dos Direitos Fundamentais frente à moderna Teoria da Constituição. Em razão disto, adota o entendimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais, incitando a discussão justificada e fundamentada acerca dos valores albergados e escolhidos pela Constituição Federal ao erigir no Brasil o Estado Democrático de Direito. O artigo visa demonstrar a necessidade de uma hermenêutica constitucional condizente com a realidade brasileira e fomentadora da verdadeira democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Estado Democrático de Direito. Hermenêutica Jurídico-Constitucional.

**ABSTRACT:** This essay discusses the role of the Fundamental Rights opposed to the modern Constitutional Theory. Therefore, it is conceived that the social rights are fundamental rights, instigating a justified and grounded discussion upon the sheltered and chosen values of the Federal Constitution when founding the Legal Democratic State in Brazil. The article seeks to demonstrate the necessity of one constitutional hermeneutics well suited with the Brazilian reality as well as stimulator of the true democracy.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights. Social Law. Legal democratic state. Legal Hermeneutics.

## CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente artigo tem como fito discutir o papel dos direitos fundamentais frente à moderna teoria da constituição. Para tanto, adota o entendimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais. Utilizando-se desta premissa, mister se faz uma justificação e fundamentação acerca de quais benefícios traz tal entendimento ao destinatário final da Constituição, o cidadão brasileiro.

A temática é de extrema relevância, mormente quando se observa uma tendência de supressão destes direitos e minimização de sua aplicabilidade.

Os direitos sociais, por sua própria natureza, invocam do poder político uma demanda de recursos para sua aplicabilidade plena, o que gera fortes pressões ideológicas e envolve escolhas políticas determinantes para conseguir alcançar o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>43</sup>, objetivo consagrado em nossa Carta Magna.

Elencados do art. 6º ao 11º da Constituição Federal, os direitos sociais são: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Entretanto, o conteúdo de que o art. 7º ao 11º trata é exclusivamente de conteúdo normativo referente ao trabalho, onde muitas garantias, ainda que mínimas, são garantidas ao trabalhador brasileiro, seja ele urbano ou rural. A visão de que os direitos sociais são também direitos fundamentais exsurge como um escudo de proteção a estes direitos, inclusive por meio de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, impingindo um dever de observância e realização material dos mesmos.

### **A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL**

Em que pese à topologia constitucional não privilegiar a vertente de pensamento que acolhe os direitos sociais como fundamentais, sua essencialidade reside em sua ligação aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, valores albergados na principiologia constitucional, consagrados doutrinária e jurisprudencialmente.

Muito se discute sobre a inclusão ou não dos direitos sociais no rol das cláusulas pétreas, uma vez que a Constituição adotou uma terminologia que não abriga, à primeira vista, esta posição. E, a partir da leitura do art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal a controvérsia ganha corpo. A interpretação literal abre um horizonte para a imprecisão dos vocábulos usados, uma vez que estes não se repetem em nenhum outro lugar da Constituição. Art. 60, § 4º, inc, IV da CF/88, *in verbis*: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais.”

Há referências no texto constitucional de direitos individuais e coletivos no art. 5º da CF, de modo que a interpretação literal deixaria de fora o rol do art. 5º, resultado absurdo num Estado submetido às leis sob um regime democrático. A interpretação literal não se presta a elucidar a questão, pelo próprio caráter sistemático adotado na redação da Constituição.

---

<sup>43</sup>Ideais insertos no art. 3º, I da Constituição Federal de 1988.

Para resolver o problema, a adoção do entendimento de que tanto os direitos individuais quanto os coletivos são cláusulas pétreas exsurge viável, até mesmo pela orientação hermenêutica emanada do próprio art. 5º, § 2º da CF que diz expressamente: “[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” O que orienta de maneira incontrovertida que se trata de um rol exemplificativo.

A leitura restritiva dos direitos fundamentais resulta em notável prejuízo ao cidadão, porque este terá seu patrimônio jurídico reduzido. Isto ocorre de forma numérica, quando reduz o rol de direitos fundamentais, quanto de forma sofisticada, através do enquadramento dos direitos sociais como normas programáticas.

O encarceramento dos direitos fundamentais sociais no conceito frágil e patético de normas programáticas não faz sentido, uma vez que os valores sociais são os pilares do Estado Democrático de Direito. E o que são as cláusulas pétreas se não o reconhecimento de que aqueles valores são de suma importância e por isto precisam ser cuidadosamente protegidos dos reveses políticos, marcados pela instabilidade e pelo jogo ou troca de interesses? Sendo assim, a manutenção da nossa ordem constitucional emerge como única forma de não contradizer a finalidade dela mesma.

A simples leitura do art. 1º, incisos II e III da Constituição Federal embasa a assertiva no tocante os direitos sociais e seus valores inspiradores são fundamentos do Estado Democrático de Direito e também sua conceituação, haja vista, que a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e a representatividade do povo, real detentor do poder consubstanciam o Estado Democrático de Direito.

No plano do direito internacional, o Brasil foi signatário de alguns tratados que reconhecem os direitos sociais como direitos humanos fundamentais, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Protocolo de São Salvador (1988) adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e o Pacto de São José da Costa Rica. Neste último, o Brasil acolheu expressamente o princípio do não retrocesso social, também chamado de aplicação progressiva dos direitos sociais.

O princípio do não-retrocesso social ou aplicação progressiva dos direitos sociais caracteriza-se pela impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição,

garantindo ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico.

Canotilho (1998, p. 221) ao demarcar o ser humano como fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes políticos inerentes à representação política ressalta a importância da dignidade da pessoa humana albergada no ordenamento:

perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.

A fundamentalidade dos direitos, ou seja, seu reconhecimento enquanto direitos fundamentais, é tema que sempre gera polêmica e até a contemporaneidade, uma vez que não houve consenso a respeito. Até mesmo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, ação constitucional que visa proteger os preceitos fundamentais, carece de uma definição mais incisiva, uma vez que estes ainda não estão explicitados de forma direta, salientando que não significa prejuízo, uma vez que um rol taxativo recomenda uma interpretação restritiva, decerto não benéfica ao cidadão.

Toda a controvérsia acerca do que são direitos fundamentais ocorre em virtude da consequência jurídica que advém deste reconhecimento pelo Estado, significando conferir a estes direitos a blindagem constitucional de cláusula pétrea, garantindo sua imutabilidade. Como bem elucidou Sarlet (2001, p. 354):

A garantia de intangibilidade desse núcleo ou conteúdo essencial de matérias (nominadas de cláusulas pétreas), além de assegurar a identidade do Estado brasileiro e a prevalência dos princípios que fundamentam o regime democrático, especialmente o referido princípio da dignidade da pessoa humana, resguarda também a Carta Constitucional dos casuismos da política e do absolutismo das maiorias parlamentares.

E isto força o Estado a cumprir sua finalidade que é promover o bem comum, como apregoa Magalhães (2002, p. 220), e *ex vi* o art. 5º, § 1º da Constituição brasileira que preceitua: “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

A análise crítica dos postulados dos direitos fundamentais e sua relação visceral com os direitos sociais, este espécie daquele, assume contornos essenciais. Os direitos sociais são ordinariamente classificados como normas constitucionais programáticas, residindo na reserva do possível. Bobbio (1992, p 77-78) tem uma posição interessante pela relevância de sua crítica:

Tanto é assim que na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de programáticas. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hit et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo política, pode ainda ser chamado de direito? A diferença entre esses *auto-intitulados direitos e os direitos propriamente ditos* não será tão grande que torna impróprio ou, pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros? (grifo nosso)

E a crítica de Bobbio é oportuna, especialmente quando se considera o conteúdo de promessas em matéria de direitos. Nestas promessas é que reside a descrença do brasileiro na política e também na justiça, porque se nem o que está escrito vale, de que poderá se socorrer? Para clarear ainda mais a obscenidade do tratamento dos direitos sociais como normas programáticas, a depender do possível de ser realizado, estando, portanto, vinculadas e pendentes de escolha legislativa presa à moral de cada representante, a lição de Barroso (2001, p. 120) é elucidativa:

O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática. Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao ‘seguro desemprego’ em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art. 226). No primeiro caso, existe um verdadeiro direito. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente, frustrada pelo legislador ordinário. No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na desproteção da família.

O citado doutrinador defende a teoria da máxima aplicabilidade das normas constitucionais, única forma de dotar a Constituição de caráter normativo real e de fornecer ao cidadão, seu destinatário final, uma proteção efetiva. E não parece legítimo que se defenda que os direitos fundamentais são apenas enunciados sem força normativa, presos ao acaso da boa vontade do legislador.

Sarlet (2004, p. 162) ainda aponta outro perigo do entendimento de direitos sociais como normas programáticas, afirmando:

negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.

Embora seja sabido que o legislador dispõe de uma margem de liberdade numa democracia, não se pode admitir que se possa ignorar o conteúdo da Constituição e legislar no sentido de desconstruir ou dissolver a vontade do legislador originário. Aqui reside o cerne deste artigo, abordando o princípio da vedação de retrocesso nos direitos sociais. Embora a abordagem deste princípio intrínseco seja ou traga alguma polêmica, como adverte Streck (1999, p. 31), eis que:

Embora (o princípio da proibição de retrocesso social) ainda não esteja suficientemente difundido entre nós, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional.

Embora, como Streck afirmou, não seja difundido de maneira ampla, está a cada dia ganhando mais corpo e arrebanhando defensores, tendo como nascedouro a doutrina lusitana de Canotilho (1998, p. 321 e 2001, p. 81) que define o princípio da proibição de retrocesso social como:

o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.

Canotilho tem como adeptos no Brasil doutrinadores como Ingo Wolfgang Sarlet e Luís Roberto Barroso, *et coetera*. Verifica-se com Barroso (2001, p. 158) que apesar do princípio do não retrocesso social não estar explícito, assim como o direito de resistência e o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida), tem plena aplicabilidade, uma vez que é decorrente “do sistema jurídico - constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”. Na mesma linha, Piovesan (2000):

O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los.

Diante da transição paradigmática que a sociedade contemporânea passa buscando a afirmação e a fundamentação dos direitos, o princípio da vedação de retrocesso dos direitos sociais é um corolário para o que o ser humano deve dar valor: a sua dignidade. É indissociável a ideia de que a Constituição foi criada para propiciar cidadãos dignos,

garantindo-lhes a mínima proteção para que lhes seja assegurada uma vida boa, uma vida feliz. Corroborando com isto, Piovesan (2000, p. 54-55) explicitou a essencialidade do princípio da dignidade da pessoa humana, aduzindo:

A dignidade da pessoa humana, vê-se assim, 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".

Note-se que os próprios limites materiais no tocante ao poder de reforma da Constituição significam um entrave à sanha reformista do legislador, sempre preocupado, como se observa no Brasil, em criar novas leis ou reformular as antigas, dando pouca atenção à efetividade e à Constituição.

A unidade da Constituição precisa ser preservada, evitando-se a descaracterização dos preceitos nela contidos. Tanto isto é verdadeiro, que o legislador constituinte estabeleceu vedações para o poder reformador, protegendo sua obra e evitando a desvirtuação e o esvaziamento do conteúdo constitucional pelo legislador ordinário.

O direito à proibição de retrocesso social consiste numa importante conquista civilizatória. O conteúdo impeditivo deste princípio torna possível brecar planos políticos que enfraqueçam os direitos fundamentais. Funciona até mesmo como forma de mensuração para o controle de constitucionalidade em abstrato, favorecendo e fortalecendo o arcabouço de assistência social do Estado e as organizações envolvidas neste processo.

Além do mais, o princípio da reserva de justiça da Constituição imprime a vontade do titular do Poder Constituinte, este legítimo quando seja depositário dos valores inspiradores do conteúdo normativo da Carta Magna. O poder constitucional é limitado aos valores base em que fora sedimentado. Por oportuno cumpre citar Vieira (1999, p. 224) por abordar mais uma premissa deste artigo, aduzindo “[...] não mais é possível pensar a Constituição – e mais ainda as suas cláusulas constitucionais intangíveis – sem levar em conta suas qualidades intrínsecas, seu valor ético.” O valor intrínseco de uma Constituição não pode ser desprezado ou subjugado, sob pena de ruir o conteúdo normativo da mesma.

Em um país tão marcado pela desigualdade social como o Brasil, os impactos do processo de globalização econômica e as matizes neoliberais políticas fazem por brotar no constitucionalismo contemporâneo a necessidade de elaborar formas de proteger os direitos sociais, em especial os trabalhistas, garantindo o mínimo necessário à dignidade de vida.

A globalização econômica faz com que os Estados, em geral, percam o controle de sua

economia, atingindo seu poder de gestão, imprimindo ações diretivas a favorecer ou desfavorecer, a depender da ocasião, os direitos sociais. O que tem acontecido é uma tendência de retrocesso na proteção e efetividade destes direitos, por vários fatores, dentre eles a diminuição da máquina estatal, notadamente a assistencial e o desmantelamento dos direitos trabalhistas através da flexibilização.

O Direito, enquanto ciência social aplicada deve transpassar da mera dogmática e alcançar a realidade, indo além da análise do problema, propondo soluções palpáveis e de aplicabilidade imediata. Esta função social urge ser incessantemente perseguida, sob pena de retrocessão na própria civilização, entendida como abandono dos instintos animalescos, e seguir ao encontro do estado democrático de direito prometido na Constituição.

Como salienta Luño (1993, p. 215) os direitos sociais, denominados por Bobbio (1992) como de segunda geração, exsurgem do reconhecimento de que “liberdade sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas a uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e à não-liberdade de muitos”, o que condiz com a idéia de mínimo existencial garantido através da intervenção positiva do Estado. Disto extrai-se a essencialidade dos direitos sociais e a relevância jurídica enquanto bens tutelados pela Carta Magna, a saber direito a educação, saúde, ao lazer, ao trabalho e à moradia. Todos estes direitos estão contidos no mínimo existencial englobado no conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana.

A crise por que vive o direito tem reflexos nos direitos fundamentais. O panorama de crise será mais ou menos agudo a depender das posições políticas adotadas. Isto se dá pelo impacto da globalização e da afirmação do paradigma alcunhado neoliberal, que impõe aos países periféricos uma lógica perversa de Estado mínimo, subordinação a órgãos como o Fundo Monetário Internacional e a situações de competição desigual e, como adverte Sarlet (2001, p. 8), a crise, entretanto, não é fruto apenas disto:

É, contudo, comum a todos os direitos fundamentais, de todas as espécies e ‘gerações’, além de não poder ser atribuída, no que diz com suas causas imediatas, exclusivamente ao fenômeno da globalização econômica e ao avanço do ideário e da ‘praxis’ neoliberal.

A exclusão social e formação de bolsões de pobreza são graves dilemas enfrentados pelo Brasil, que atuam reduzindo a capacidade de ação social no sentido de efetivação dos direitos fundamentais. A outra face da moeda é fragilidade que transformar-se em dominação, o que gera uma possibilidade de desmantelamento da democracia. O poder paralelo ou crime organizado abrigado em favelas e aglomerados, que representam “pseudo-estados”, onde o

poder instituído está ausente. E aí surge o perigo de isolar em dois mundos o povo brasileiro, de um lado os moradores da cidade submetida ao poder político instituído e de outro os habitantes das favelas sob o crivo do crime organizado, podendo vir a força estatal ou violência legitimada ser utilizada com o objetivo falacioso de manter a ordem e proteger os cidadãos de bem, o que foi chamado de “fascismo do Estado paralelo” por Santos (1998, p. 23 e ss), caracterizado pela subversão da ordem jurídica.

Sarlet (2001, p. 8) contextualiza de forma brilhante os nefastos reflexos da crise dos direitos sociais:

Para além disso, convém que fique registrado que - além da crise dos direitos fundamentais não se restringir aos direitos sociais - a crise dos direitos sociais, por sua vez, *atua como elemento de impulso e agravamento da crise dos demais direitos*. [...] Basta, neste contexto, observar que o aumento dos índices de exclusão social, somado à crescente marginalização, tem gerado um aumento assustador da criminalidade e violência nas relações sociais em geral, acarretando, por sua vez, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, vida, integridade corporal, intimidade, dentre outros bens jurídicos fundamentais. (grifo nosso).

Diante deste contexto de crise, o direito do trabalho é afetado de forma incisiva e seu desmantelo contribui para o aumento da violência, principalmente em razão do desemprego. O único caminho que pode despontar para a satisfação de uma sociedade justa e igualitária é garantir, por força e proteção da Constituição Federal, a dignidade do trabalho. E não só isto, propiciar formas de que estas normas sejam efetivamente cumpridas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em nosso país, em que pese os prestimosos esforços doutrinários em garantir a fundamentalidade dos Direitos Sociais, a prática ainda é tímida. É possível afirmar que o constitucionalismo moderno e suas perspectivas filosóficas encontram-se além de nosso tempo, porém são iniciativas fundamentais para o amadurecimento da nossa democracia e o sucesso futuro de nosso povo.

A ameaça sobre os direitos sociais sempre presente em países em desenvolvimento como o Brasil, em que a globalização econômica tem como efeito a exclusão social e a mitigação de recursos orçamentários. Porém, sem dúvida, é um avanço brilhante da nossa sociedade o reconhecimento dos direitos sociais, em especial os trabalhistas, haja vista a quantidade e pluralidade dos mesmos, ocupando todos os artigos no tópico de direitos sociais

elencados na Constituição Federal.

Entretanto, a conquista pura e simples não é motivo para comemoração, é apenas o primeiro passo rumo a uma luta maior: sua efetivação. Dentro da perspectiva de cidadania é dever de todos participar sócio-politicamente do processo de fortalecimento da democracia. A participação ativa é fundamental para que o texto constitucional saia do discurso demagógico.

Os direitos fundamentais sociais em seu cerne possuem um projeto emancipatório fascinante, assim como possuem todos os direitos fundamentais, uma vez que lutando por estes direitos e sua efetivação constrói-se a emancipação real do ser humano. Significam a saída da cidadania do plano jurídico-formal (projeto político) para o campo sócio-econômico. E nisto, reside a beleza e prestabilidade dos direitos fundamentais.

Concluindo o que foi iniciado por poesia, apresento a do Quintana (1948, p. 15) por encaixar-se no espírito deste artigo “Se as coisas são inatingíveis... ora! Não é motivo para não querê-las... Que triste os caminhos, se não fora a presença distante das estrelas!”

## **REFERÊNCIAS**

- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- LUÑO, Antônio Henrique Pérez. **Los Derechos fundamentales.** Madri: Tecnos, 1993.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional.** 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentus, 2002.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social.** São Paulo: LTr, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- \_\_\_\_\_. Não a desconstitucionalização dos direitos sociais. **Revista Consultor Jurídico**, 02 jun. 2000. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/2843/>>. Acesso em 15 abril 2005.
- QUINTANA, Mário. **Do caderno h.** Porto Alegre: Globo, 1973.
- \_\_\_\_\_. **Espelho mágico.** Porto Alegre: Globo, 1948.
- SANTOS, Boaventura Souza. **Reinventar a Democracia:** entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- \_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004.
- \_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001, p. 08. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17.01.2005.
- STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça:** um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

## **DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E O INFANTÍCIO EM COMUNIDADES INDÍGENAS**

*Danielle Maria da Silva Melo*  
Advogada. Ex-aluna do Curso de Direito do Cesmac

*Prof. Dr. Jorge Luiz Vieira Gonzaga*  
Professor do Cesmac

**RESUMO:** *O presente trabalho apresenta a trajetória das tribos indígenas no Brasil de forma a reafirmar os problemas enfrentados desde a chegada dos europeus. Explana as teorias que envolveram a construção do conceito de cultura para que a partir da compreensão deste conceito se esclareça o choque entre culturas ocorrido durante a era colonial. Explica o significado do termo etnocentrismo e à quais consequências esse modo de pensamento conduz. Apresenta o conceito de Estado bem como seus deveres quanto a sociedade. Expõe os direitos indígenas quanto à legislação nacional e internacional, inclusive comparando as constituições brasileiras focando nas mudanças ocorridas em relação às comunidades indígenas. Mostra o direito a vida e sua base constitucional bem como a proteção à cultura, principalmente a indígena. Conceitua o termo infanticídio, quanto ao aspecto gramatical e jurídico, mostrando um breve relato de um caso, bem como sua análise a luz dos direitos apresentados. Por fim, apresenta uma possível solução jurídica quanto ao problema apresentado firmando o papel indispensável do Estado diante dos problemas sociais.*

**PALAVRAS- CHAVE:** *Cultura. Infanticídio indígena. Direito à vida.*

**ABSTRACT:** *This paper presents the trajectory of indigenous tribes in Brazil in order to restate the problems faced since the arrival of Europeans . Explains the theories involving the construction of the concept of culture to that from the understanding of this concept is to clarify the clash between cultures occurred during the colonial era . Explains the meaning of ethnocentrism and what consequences this way of thinking leads .Introduces the concept of the state as well as their duties to society. Exposes indigenous rights on the national and international legislation , including comparing the Brazilian constitutions focusing on changes in indigenous communities . Shows the right to life and its constitutional basis as well as crop protection , mainly indigenous . Conceptualizes the term infanticide , as the legal and grammatical aspect , showing a brief report of a case and its analysis in light of the rights presented. Finally, it presents a possible legal solution to the problem presented confirming the essential role of the state in the face of social problems.*

**KEYWORDS :** *Culture. Indian infanticide .Right to life.*

### **INTRODUÇÃO**

O Brasil é um país repleto de diversidades. As terras, a fauna, a flora, a mistura de raças, os costumes variados de cada região. Um povo encantador desde sua beleza exterior a seu interior guerreiro, alegre e simples. Conjunto que foi admirado pelas outras nações desde o descobrimento ou como chamavam os europeus o achamento (conforme os portugueses), ou ainda conquista (de acordo com os espanhóis).

A vinda dos europeus às terras brasileiras tornou-se o marco zero da história do país, embora não se tratasse de terra desabitada. Encontrar povos indígenas nas terras foi para os europeus, portugueses e espanhóis, uma grande conquista, ainda que as ações tenham sido

diversas, os objetivos eram os mesmos: possuir as terras e dominar os habitantes. E foi o que fizeram. E assim passaram a ser parte da história do Estado Brasileiro. Uma nação formada e afirmada através do relato da vida e desenvolvimento do seu povo.

Ao longo dos anos, o Brasil teve diversas constituições que regulamentaram as relações pessoais. As Constituições criadas, reformadas e revogadas, marcaram as mudanças mais significativas da história brasileira. Com destaque à atual Constituição Federal que protege os brasileiros e seus direitos fundamentais inclusive os povos indígenas, que outrora eram preponderantes nesta terra, mas agora fazem parte da minoria populacional.

A Constituição Federal traz em seu texto, proteção à vida e à cultura de forma que protege e ao mesmo tempo rejeita a prática de infanticídio existente em algumas tribos indígenas brasileiras em virtude de estar, este ato, em conflito com direito fundamental vida garantido ao homem.

O conflito em questão tem gerado variadas opiniões, inclusive aquelas baseadas em visão preconceituosa da prática de infanticídio indígena. A visão que associa qualquer pensamento diferente do seu como sendo o errado sem ao menos estudá-lo, questioná-lo, entendê-lo, determina a destruição das relações humanas. Dessa forma, a fim de que haja melhor compreensão e boa abordagem do conflito em questão, é necessário o esclarecimento de alguns termos peculiares a esse estudo como: cultura, etnocentrismo, infanticídio, tendo em vista a gramática brasileira, e as legislações vigentes no nosso país.

Por se tratar de direitos, portanto, da regulação de relações entre pessoas, cabe aos operadores do direito se ocuparem da brilhante tarefa de desvendar as possíveis soluções ao conflito entre cultura indígena e direito à vida indígena, uma vez que não falamos de diferentes nações, mas de questões pertencentes a um mesmo Estado.

Embora o infanticídio indígena seja um tema desconhecido por parte significativa da população brasileira, e conhecido por alguns apenas por informações imparciais, ou seja, cheias de opinião ofertadas pelos meios de comunicação, é fundamental que o seu estudo se insira nos interesses dos juristas a fim de que os direitos indígenas sejam preservados e observados da melhor forma possível bem como são os direitos do cidadão civil.

O Estado tem o papel de zelar pelo bem estar da população de maneira que deve garantir que as necessidades sociais sejam supridas. Assim também estão incluídas as necessidades sociais das comunidades indígenas, não podendo o Estado se omitir ou se esquivar de tal tarefa. Incumbe, portanto, ao Estado Brasileiro a tarefa de buscar solução ao

conflito entre cultura e direito à vida indígena, gerado pela prática de infanticídio nas comunidades indígenas sob a óptica do próprio índio.

## 1 SOCIEDADES INDÍGENAS NO BRASIL

### 1.1 POVOS INDÍGENAS: ORGANIZAÇÃO, RESISTÊNCIA E AFIRMAÇÃO ÉTNICA

Os primeiros relatos a respeito das novas terras chamadas América não mencionavam surpresa quanto ao encontro de habitantes, mas a seus costumes, beleza e mansidão. Incansáveis elogios enaltecedo a humanidade dos habitantes, sua beleza física, sua saúde e sua solidariedade, elogios às terras, bem como críticas a sua insubordinação ao trabalho trazido, e forma primitiva de viver, expõe qual tenha sido a surpresa dos portugueses. Segundo Yedda Linhares,<sup>44</sup> “excetuando-se alguns aspectos folclóricos, os indígenas são apresentados como ineptos ao trabalho, porque não aceitaram a escravidão (!), boçais e extremamente primitivos.” (LINHARES, 1990, p. 64).

Alguns cronistas discordando de Pêro Vaz, afirmavam a existência de divisões de povos, chefes e hierarquias entre eles. Como conta Colombo em suas cartas ao rei da Espanha, onde descreve o auxílio dado pelos índios desencalhando uma nau sem pedir nada em troca, bem como sua organização quanto a liderança, onde trabalhavam bastante para servi-lo: “Certifico a Vossa Alteza que em nenhuma parte de Castela se colocaria tanto cuidado em todas as coisas, ao ponto de se poder dizer que não faltou sequer uma agulha que fosse [...] Acredito que não existe no mundo melhor gente e melhor terra.” (SOUZA FILHO, 1999, p. 29).

Entretanto, ao ver no índio um homem sem cultura, sem crença, preenchido com tamanha ingenuidade, que trabalharia sem fim lucrativo, apenas com bondade e solidariedade para com os novos visitantes, portugueses e espanhóis transformaram os primeiros habitantes do Brasil em escravos, com direito a viagem à corte espanhola para servirem como melhor parecesse aos seus donos. Como bem explica Souza Filho: “Colombo, ao contrário, os levou para a Espanha ‘com o requinte de aprisionar mulheres e crianças, ao azar, porque os homens

---

<sup>44</sup>Maria Yedda Linhares é bacharela licenciada em Geografia e História, professora emérita da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e ministra aulas no curso de pós-graduação da Universidade Severino Sombra, em Vassouras.

se comportavam melhor na Espanha tendo mulheres de sua terra do que sem elas', esclarece com cortante ironia Las Casas." (SOUZA FILHO, 1999, p. 30).

Estima-se que cerca de 1.300 línguas indígenas diferentes eram faladas no Brasil há 500 anos. Hoje este número aproximasse de 180, excluindo aquelas faladas pelos índios isolados, uma vez que eles não estão em contato com a sociedade brasileira e suas línguas ainda não puderam ser estudadas e conhecidas.<sup>45</sup> ( SOUZA FILHO, 1999, p. 34).

A diminuição dos povos indígenas veio como consequência da devastação feita pelos europeus quando da invasão das terras. Inclusive, o que coincide nas ações dos portugueses e espanhóis é a forma violenta com que trataram os índios, desprezando seus direitos e agindo com agressividade, pois cada qual agiu na sua peculiaridade, objetivando o mesmo fim.

Os portugueses, sempre se utilizando do termo achamento ou descobrimento, confrontaram os índios de forma mais sutil, ou seja, mais dissimulados, resolvendo não levar nenhum índio para a Europa por enxergarem desumanidade no ato. Os Espanhóis, por sua vez, chamavam tal realidade de conquista, sendo muito mais brutais e mais críticos e levando para si índios para trabalho escravo, inclusive, levando mulheres e crianças, pois de acordo com Filho: "Colombo, ao contrário, os levou para a Espanha 'com o requinte de aprisionar mulheres e crianças ao azar, porque os homens se comportam melhor na Espanha tendo mulheres de sua terra do que sem elas', esclarece com cortante ironia Las Casas." (SOUZA FILHO, 1999, p. 30).

As falsas ideias sobre sociedade indígenas formulam o senso comum criando uma imagem deturpada e genérica dos índios, segundo Souza Filho (1999, p. 38):

Por outro lado, a riquíssima diversidade cultural dos índios no Brasil não foi ainda entendida pela sociedade brasileira. O próprio termo índio, genérico, insinua que todos estes povos são iguais. O senso comum acha que todos têm uma mesma cultura, língua, religião e relações jurídicas civis e de família. Esta falsa ideia é disseminada nas escolas através de livros didáticos, que não raras vezes misturam os índios brasileiros, seus costumes, com os índios norte-americanos que aparecem, também estereotipados, nos filmes do velho oeste.

Taís ideologias sobre as comunidades indígenas agem como substitutas do papel aniquilador destes povos, cabível aos conquistadores europeus daquela época, de acordo com o autor supracitado: "Finalmente, o aniquilamento dos povos indígenas ainda não acabou,

---

<sup>45</sup>Até a presente data, os dados do Censo demográfico de 2010 não foram divulgados.

continua com a mesma intensidade, com outros métodos e outras armas, talvez, mas com o mesmo ódio e fruto da mesma arrogância gananciosa.” (SOUZA FILHO, 1999, p. 38).

Os problemas enfrentados pela população indígena em todo o mundo são os mais diversos. No Brasil, desde a conquista colonial, os índios lutam pela tentativa de se manterem livres ou de retornarem a liberdade outrora existente, em todos os aspectos: religioso, territorial, jurisdiccional, cultural; uma luta de interesses travada pela tentativa de sobrevivência através da resistência do índio e da busca da extensão das fronteiras marcada pelo domínio de seus colonizadores.

## 1.2 CULTURA: CONCEITO ANTROPOLOGICO

### 1.2.1 Definição de cultura

Durante toda a história da antropologia houve divergências ao se tratar do conceito de cultura. Muitos, desde a antiguidade, determinavam as diferenças de comportamento humano através das reações destes ao meio ambiental em que viviam.

É, todavia, nas palavras de Tylor<sup>46</sup> (apud LARAIA, 2009, p. 25) que, até hoje, os antropólogos se baseiam para afirmar o conceito de cultura, bem como ocorre sua aquisição no ser humano. É bem verdade que houve ao longo dos anos, extensas discussões sobre o tema. Entretanto, Tylor se destacou ao definir: no vocábulo inglês *Culture*, que tomado em seu amplo sentido etnográfico é este todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade.

John Locke, embora não tenha fundado a teoria da herança cultural advinda da herança genética que ainda pairava nos conceitos antropológicos, contribuiu para a definição de Tylor sobre cultura, segundo Laraia (2009, p. 25-26):

A ideia de cultura, com efeito, estava ganhando consistência talvez mesmo antes de John Locke (1632-1704) que, em 1690, ao escrever *Ensaio acerca do entendimento humano*, procurou demonstrar que a mente humana não é mais do que uma caixa vazia por ocasião do nascimento, dotada apenas da capacidade ilimitada de obter conhecimento através de um processo que hoje chamamos de endoculturação.

---

<sup>46</sup>Edward Burnett Tylor, antropólogo britânico considerado o pai do conceito moderno de cultura.

A discussão sobre o conceito de cultura é tema de divergências antropológicas persiste até os dias atuais, não havendo, portanto, consenso a respeito. Há, todavia, uma busca em reconstruir o conceito fragmentado pelas diversas teorias e estudos reformulados. Nas palavras de Laraia (2009, p. 63): “[...] a discussão não terminou – continua ainda -, e provavelmente nunca terminará, pois uma compreensão exata do conceito de cultura significa a compreensão da própria natureza humana, tema perene da incansável reflexão humana.”

## 2.2 A IMPORTÂNCIA DA CULTURA PARA OS INDIVÍDUOS

Cada indivíduo cresce em uma determinada cultura e aprende os costumes e tradições relativos a esta. Portanto, o processo de endoculturação, que introduz na mentalidade da criança uma maneira de agir e reagir diante de diversas situações é o responsável direto na formação do adulto. Assim, qualquer análise referente a um grupo, povo ou nação, deve ser dedicada a observação cultural, respeitando inclusive a visão do qual se pretende compreender.

Rodney Needham<sup>47</sup>, através de uma analogia, esclarece o choque de lógica entre culturas, através de um estudo realizado em indivíduos que passam por cirurgia para recuperar a visão sendo estes cegos desde o nascimento, nas palavras de Laraia (2009, p. 92):

Rodney Needham, antropólogo inglês, faz uma interessante analogia, baseada em estudos sobre indivíduos cegos desde o nascimento e que ganham a visão através de uma cirurgia. A reação inicial é de uma dolorosa aflição diante de uma caótica confusão de cores e formas. Estas lhes parecem não ter nenhuma relação comprehensível entre si.

Baseado no estudo dos comportamentos deste indivíduo afirma Needham (apud LARAIA, 2009, p. 92):

Apenas vagarosamente e com um intenso esforço pode apreender que esta confusão manifesta uma ordem, e somente com uma aplicação resoluta é capaz de distinguir e classificar objetos e adquirir o significado de termos tais como ‘espaço’ e ‘forma’. Quando um etnólogo inicia o seu estudo de um povo estranho ele está numa situação análoga, e no caso de uma sociedade desconhecida ele pode exatamente ser descrito como culturalmente cego.

Assim cada cultura possui sua visão de mundo, segundo Laraia (2009, p. 92): “Cada cultura ordenou a seu modo o mundo que a circunscreve e que esta ordenação dá um sentido cultural à aparente confusão das coisas naturais.”

---

<sup>47</sup>Rodney Needham teve o importante papel de introdutor da teoria antropológica do estruturalismo de Claude Lévi-Strauss.

Porém, muitas culturas rejeitam automaticamente qualquer atividade diversa da naturalmente introduzida no grupo. Os que compactuam com a ideia do eu, ou seja, aqueles que concordam com o ideal daquela cultura e pensamentos, sufocam as divergências do outro, aqueles que atuam em contrariedade com a perspectiva daquela cultura, como se estivessem acima deste. Conforme afirma Rocha (1988, p. 5):

O grupo do “eu” faz, então, da sua visão a única possível ou, mais discretamente se for o caso, a melhor, a natural, a superior, a certa. O grupo do “outro” fica, nessa lógica, como sendo engraçado, absurdo, anormal ou ininteligível. Este processo resulta num considerável reforço da identidade do “nossa” grupo. No limite, algumas sociedades chamam-se por nomes que querem dizer “perfeitos”, “excelentes” ou, muito simplesmente, “ser humano” e ao “outro”, ao estrangeiro, chamam, por vezes, de “macacos da terra” ou “ovos de piolho”. De qualquer forma, a sociedade do “eu” é a melhor, a superior, representada como o espaço da cultura e da civilização por excelência. É onde existe o saber, o trabalho, o progresso. A sociedade do “outro” é atrasada. E o espaço da natureza. São os selvagens, os bárbaros. São qualquer coisa menos humanos, pois, estes somos nós.

Nesses casos impera o chamado etnocentrismo, que vem a ser a visão de mundo que centraliza uma cultura, em detrimento da outra:

Etnocentrismo é uma visão do mundo onde o nosso próprio grupo é tomado como centro de tudo e todos os outros são pensados e sentidos através dos nossos valores, nossos modelos, nossas definições do que é a existência. No plano intelectual, pode ser visto como a dificuldade de pensarmos a diferença; no plano afetivo, como sentimentos de estranheza, medo, hostilidade, etc. (ROCHA, 1988, p. 5).

A origem do etnocentrismo na sociedade brasileira vem da ideia de valorização da identidade própria, nas palavras de Rocha (1988, p. 30):

O etnocentrismo está calcado em sentimentos fortes como o reforço da identidade do “eu”. Possui, no caso particular da nossa sociedade ocidental, aliados poderosos. Para uma sociedade que tem poder de vida e morte sobre muitas outras, o etnocentrismo se conjuga com a lógica do progresso, com a ideologia da conquista, com o desejo da riqueza, com a crença num estilo de vida que exclui a diferença.

Cabe aqui relembrar alguns dos problemas enfrentados pelas comunidades indígenas quanto às ideologias formuladas pelo senso comum que transformavam os índios em primitivos e selvagens. Afirma Rocha (1988, p. 8):

Os livros didáticos, em função mesmo do seu destino e de sua natureza, carregam um valor de autoridade, ocupam um lugar de supostos donos da verdade. Sua informação obtém este valor de verdade pelo simples fato de que quem sabe seu conteúdo passa nas provas. Nesse sentido, seu saber tende a ser visto como algo “rigoroso”, “sério” e “científico”.[...] Alguns livros colocavam que os índios eram incapazes de trabalhar nos engenhos de açúcar por serem indolentes e preguiçosos. Ora, como aplicar adjetivos tais como ‘indolente’ e ‘preguiçoso’ alguém, um povo ou uma pessoa, que se

recuse a trabalhar como escravo, numa lavoura que não é a sua, para a riqueza de um colonizador que nem sequer é seu amigo: antes, muito pelo contrário, esta recusa é, no mínimo, sinal de saúde mental. [...] um número significativo de livros didáticos começa com a seguinte informação: os índios andavam nus. Este “escândalo” esconde, na verdade, a nossa noção absolutizada do que devia ser uma roupa e o que, num corpo, ela deve mostrar e esconder. [...] Da mesma maneira, nada garante que os índios andem nus a não ser a concepção que eles mesmos teriam de nudez e vestimenta.

As sociedades buscam assegurar sua identidade, através da afirmação de seus valores, e da diminuição dos demais grupos. Entretanto, vale ressaltar a importância da diferença, conforme Rocha (1988, p. 30): “Mas, a ‘diferença’ é generosa. Ela é o contraste e a possibilidade de escolha. É alternativa, chance, abertura e projeto no conjunto que a humanidade possui de escolhas de existência.”

Não haveria de se falar em humanidade se todos, absolutamente, fossem iguais. Portanto, o estudo do outro deve estar livre de etnocentrismo para que haja eficácia em seu processamento, e resultado. É necessário olhar outra cultura como igual a si, mas da perspectiva da divergente, sem preconceitos de estabelecer patamares de acordo com sua visão de mundo. (ROCHA, p. 35).

Assim a cultura pela qual o indivíduo for introduzido, afirmará nele a visão de mundo que ele terá. A herança cultural advinda de geração em geração, condiciona o ser humano a reagir de forma negativa diante do comportamento que se desvia dos padrões aceitos na nossa sociedade. A cultura condiciona aspectos fisiológicos e biológicos. Quanto a fisiologia o contrário do etnocentrismo, apatia, pode acarretar consequências drásticas.

Aquele indivíduo que ingressa numa cultura divergente à sua, de forma forçada, perdendo seus costumes, crenças línguas, pode perder a vontade de estar vivos. Quanto ao fator biológico, o indivíduo, sente necessidades rotineiras de forma natural, por exemplo, da nossa sociedade, sentir fome ao meio-dia, o indivíduo come o que for, mas sente necessidade de se alimentar. Enquanto que em algumas sociedades a pessoa consegue passar horas sem comer e não sentir fome. Portanto, horários de alimentação se estabelecem de acordo com a cultura.

Dessa forma o ângulo que determina a visão de um grupo precisa estar aberto para aceitar os indivíduos de outros grupos, ainda que estes outros não possuam a mesma forma comportamental. Ou seja, é necessário aos bons relacionamentos entre grupos de comportamentos distintos que haja respeito mútuo, a fim de que seja possível a aceitação das diferenças culturais sem, necessariamente, concordar com suas ideologias. (ROCHA, p. 43).

Necessário é ter em mente que cada grupo possui sua cultura própria, e que dentro de uma sociedade podem existir várias culturas, mas também vale ressaltar o dinamismo cultural. Para que o homem possa enfrentar de forma mansa e tranquila, ele precisa absorver a ideia de que o mundo está sempre mudando. O povo, as tradições, crenças, costumes, estão sempre numa dinâmica constante onde para amenizar o choque entre gerações faz-se necessária a compreensão desta realidade, evitando assim preconceitos quanto às diferenças dentro do mesmo sistema.

## **2 ESTADO E A LEGISLAÇÃO INDIGENISTA: DA COLONIZAÇÃO À REPÚBLICA**

### **2.1 ESTADO BRASILEIRO: CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CÓDIGO CIVIL E ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, ESTATUTO DO ÍNDIO**

A evolução do vocábulo Estado se deu pelo desenvolvimento do pensamento social. Segundo Paulo Bonavides<sup>48</sup>, cada sociedade trazia uma denominação para Estado bem como o seu conceito de acordo com a ideologia social: “A polis dos gregos ou a civitas e a res publica dos romanos eram vozes que traduziam a ideia de Estado, principalmente pelo aspecto de personificação do vínculo comunitário, de aderência imediata à ordem política e de cidadania.” (BONAVIDES, 2010, p. 66).

Ainda segundo Bonavides (2010, p. 66), durante o Império Romano os vocábulos que representavam o termo Estado foram *Imperium* e *Regnum*, com o sentido de “organização de domínio e poder”. Também na Idade Média houve o termo *Laender* (Países) que segundo Bonavides “[...] traz na ideia de Estado sobretudo a reminiscência do território.”

Por fim, o Estado teve sua atual nomenclatura definida pela primeira vez na obra de Maquiavel, *O Príncipe*, que afirmou: “Todos os Estados, todos os domínios que tem havido e que há sobre os homens foram e são repúblicas ou principados.” (MAQUIAVEL, 2003, p. 25).

O conceito de Estado se define a partir das concepções filosófica, jurídica e

---

<sup>48</sup>Paulo Bonavides é referência acadêmica na teoria dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, com destaque ao princípio da proporcionalidade, recebeu a Medalha Rui Barbosa concedida pela OAB.

sociológica. Segundo a filosofia o Estado representa a moral, ética e a representação do divino, conforme versa Bonavides (2010, p. 66):

[...] Hegel, que definiu o Estado como a ‘realidade da ideia moral’, a ‘substância ética consciente de si mesma’, a ‘manifestação visível da divindade’, colocando-o na rotação de seu princípio dialético da Ideia como a síntese do espírito objetivo, o valor social mais alto, que concilia a contradição Família e Sociedade, como instituição acima da qual sobrepara tão-somente o absoluto, em exteriorizações dialéticas, que abrangem a arte, a religião e a filosofia.

Para o direito, o Estado existe independente de quem o governe, ou seja, nas palavras de Jean-Yves Calvez<sup>49</sup> (apud BONAVIDES, 2010, p. 83): “O Estado é a generalização da sujeição do poder ao direito: por uma certa despersonalização.” É o domínio jurídico sobre a generalidade.

No conceito sociológico, o Estado se comprehende na figura de instituição que se utiliza da violência para dominar a classe mais fraca, sociedade. Nas palavras de Trotsky “Todo Estado se fundamenta na força”. Segundo Max Weber, Estado é “aquele comunidade humana que, dentro de um determinado território, reivindica para si, de maneira bem-sucedida, o monopólio da violência física legítima.” (BONAVIDES, 2010, p. 85).

A palavra *Estado* vem do latim *status* significando permanência, estar firme numa situação de convivência quanto a sociedade política. Segundo Ferreira (2004, p. 820), Estado é:

Estado – [...] 10. Dir. Nação politicamente organizada [Nesta acepç. com cap.]. 11. Organismo político administrativo que, como nação soberana ou divisão territorial, ocupa um território determinado, é dirigido, por governo próprio e se constitui pessoa jurídica de direito público, internacionalmente reconhecida. 12. Sociedade politicamente organizada.

Por fim, Jellinek (apud BONAVIDES, p. 87,71) afirmou que “Estado é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando”, que segundo Bonavides, trata-se de “Conceito irrepreensível.”

Cada Estado é determinado por sua Constituição, a qual indica a sua estrutura, e nas palavras de Afonso da Silva<sup>50</sup>(2009, p. 37):

A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a

<sup>49</sup>Jean-Yves Calvez foi teólogo, sacerdote jesuíta francês considerado um dos maiores pensadores jesuítas do século XX especialista na Doutrina Social da Igreja.

<sup>50</sup>José Afonso da Silva é Procurador do Estado de São Paulo aposentado, além de ter sido livre docente de direito financeiro, de processo civil e de direito constitucional da UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais). É membro de diversos institutos, dentre os quais a Associação Brasileira de Constitucionalistas Democráticos, da qual foi presidente e fundador.

organização dos seus elementos essenciais; um sistema de norma jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação.

Bem assim a nossa Constituição Federal define o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, indicando que a soberania pertencente à república vem acompanhada do poder político do povo que o exerce através de seus representantes, conforme p. único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 2011, p. 4).

Assim, o Estado Democrático Social de Direito Brasileiro, é fundamentado na busca do bem estar social, com os objetivos diretos de construir uma sociedade justa, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais, valorizar socialmente o trabalho realizar a justiça social, bem como investir na educação e saúde do povo.

Na definição de Sundfeld<sup>51</sup>, o Estado Democrático Social de Direito é criado e regulado por uma Constituição, cujos agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres, sendo exercido o poder político através do povo e em parte pelos órgãos estatais, independentes e harmônicos entre si, controlados uns pelos outros.

Esse Estado tem suas leias produzidas pelo poder Legislativo, e seguidas obrigatoriamente pelos demais poderes, e os cidadãos são titulares de seus direitos podendo opô-los perante o Estado. Por fim, deve o Estado Democrático Social de Direito, assumir o papel de atuação positiva a fim de gerar o desenvolvimento e a justiça na sociedade brasileira. (SUNDFELD, 1992, p. 56-57).

Dentre os direito e deveres constitucionais estão presentes os direitos relativos aos índios que se encontram previstos, mais especificamente, nos artigos: 20, inciso XI; 22, inciso XIV; 49, inciso XVI; 67; 109, inciso XI; 129, inciso V; 176, §1º; 210, §2º; 215, §1º; 231; 232; todos da Constituição Federal. Mas a proteção indígena se estende ainda por leis especiais que dispõe sobre os direitos indígenas e os deveres sociais quanto a proteção a estes direitos, a Lei 6.001 de 19 dezembro de 1973 que versa sobre o Estatuto do Índio, a Lei 9.836 de 23 de setembro de 1999 determinou a introdução do capítulo V que instituiu o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena no Título II, Do Sistema Único de Saúde - SUS, da Lei 8.080 que dispõe sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde.

---

<sup>51</sup>Carlos Ari Sundfeld é Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP.

Vale ressaltar a disposição do artigo 4º, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro: “Art. 4º - a capacidade dos índios será regulada por legislação especial.” Ou seja, os já mencionados artigos da Constituição, 231 e 232, o Estatuto do Índio - Lei 6.001, e o artigo 50 da Lei 6.015, que versa sobre registros públicos.

Com a evolução do direito internacional, a antiga Convenção 107 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) de 1957 fora substituída pela Convenção 169 da OIT que versa sobre Povos indígenas e Tribais em Países Independentes, promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19.04.2004.

Dessa forma as comunidades indígenas brasileiras estão protegidas constitucionalmente, internacionalmente, bem como através de leis especiais que tratam especificamente das necessidades existentes e que não foram previstas no texto constitucional.

## 2.2 LEGISLAÇÃO: RESPEITO E PROTEÇÃO ÀS CULTURAS INDÍGENAS

As Constituições brasileiras, ao longo dos anos, obtiveram suas alterações de acordo com a dinâmica social. Pois, como já mencionado seu conceito supra, trata-se de regulamentar o Estado, a forma de governo, o povo quanto a seus direitos individuais e coletivos.

Assim a proteção à cultura nas Constituições brasileiras teve diversos modos. A *Constituição Política do Império do Brazil*, como era denominada, de 1824 (internet) não fez menção às sociedades indígenas, nem a direitos relativos a estes povos. Entretanto, alguns direitos como respeito à cultura e liberdade religiosa foram previstos de forma rasa. A Constituição do Império protegeu a cultura no artigo 179, XXIV, nos seguintes termos: “XXIV - *Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.*”

Quanto à religião, A Constituição de 1824 (Internet) determinou a religião do Império como Católica, entretanto, era livre o culto de outras religiões dentro das casas, desde que respeitasse o Império: Art. 5º - A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórmula alguma exterior do Templo.

O estrangeiro naturalizado, conforme inciso V do artigo 6 era considerado brasileiro qualquer que fosse sua religião. Entretanto, a religião católica era determinante para várias

formas de participação social no império, como o direito a voto. Segundo o artigo 95, III, não seria eleitor quem não professasse a religião do Estado.

Os artigos 103, 106, 141, da Constituição de 1824 (Internet) demonstram a preocupação quanto à continuidade da religião católica, onde sempre era mencionado um juramento a permanência do imperador nesta religião. Por fim, o artigo 179, inciso V, previa a segurança quanto ao professar outra religião: V - Ninguem pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Pública.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 (Internet) também não mencionou os povos indígenas, bem como suprimiu o termo cultura do seu conteúdo. Apenas ampliou a liberdade de culto conforme artigo 11, 2º) e artigo 72, §§ 3º, 5º e 28, dos quais vale destacar o artigo 11, 2º) que proibiu o estado: 2º) – [...] estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (Internet) foi a primeira a mencionar, de forma bem simples, os povos indígenas em seu conteúdo. No artigo 5º determinou a competência à União de legislar sobre incorporação das comunidades indígenas, denominadas silvícolas, na sociedade. Também dispôs sobre o direito às terras ocupadas pelos índios nos seguintes termos: Art. 129 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (internet) não trouxe qualquer inovação a respeito dos direitos indígenas, apenas reafirmou o disposto na constituição anterior: “Art. 154 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 (Internet) também não trouxe maiores inovações quanto aos índios a não ser uma reformulação sobre as terras indígenas: “Art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (internet) inovou seu texto quanto aos índios em relação às terras: “Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União: IV - as terras ocupadas pelos silvícolas”.

Também uniu no artigo 8º, no inciso XVII, a alínea sobre nacionalidade e incorporação dos índios à comunhão social, atividades sobre as quais somente a União pode

legislar: “o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

Ampliou os direitos dos índios quanto aos recursos naturais existentes nas terras: “Art. 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes”.

A Emenda a Constituição n.º1 promulgada em 17 de outubro de 1969 texto que tratava sobre as terras indígenas para: “Art.198 § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas”.

A atual Constituição, (1988) trouxe mudanças quanto a expressão silvícolas, que fora substituída por “índios” conforme art. 20 que trata dos bens, inciso XI: XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. E instituiu o Capítulo VIII com dois artigos versando sobre os direitos indígenas que trata de forma bem rasa sobre os direitos indígenas nos seguintes termos: Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Depois nos parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do artigo 231 tratam das terras e o artigo 232 prevê a legitimidade dos índios para ingressar em juízo e a obrigatoriedade da presença do Ministério Público em todos os atos do processo: Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Segundo Letícia Borges da Silva, desde o preâmbulo a Convenção 169 já menciona a Declaração dos Direitos Humanos, consequentemente, os Pactos Internacionais, dos Direitos Civis e Políticos, e dos Direitos Econômicos e Sociais e Culturais, pois estes incorporam os preceitos da própria Convenção, sob a forma de direitos obrigatórios e vinculantes internacionalmente. (PIOVESAN, 2007, p. 126).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (internet) trata das minorias étnicas no seu artigo 27:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com os outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua

Os Direitos Humanos não podem ser separados em individuais e coletivos, entretanto, refletem uma construção social, um processo gradativo de conquistas. (PIOVESAN, 2007, p. 126-127).

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (internet), garantem direitos coletivos como educação, saúde, trabalho, previdência e seguro social, e cultura. Traz a previsão de tolerância e amizade entre grupos étnicos:

Art. 13.1 - Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Dessa forma as culturas precisam ser preservadas e respeitadas. Conforme versa Letícia Borges (apud PIOVESAN, 2007, p. 127):

Os povos indígenas, assim como todos, têm o direito à dignidade humana, e portanto, para que o princípio se realize, devem ser tratados com o devido respeito a suas tradições, mantendo o pouco da diversidade cultural ainda restante. Os direitos econômicos, nesse contexto, tornam-se bastante importantes, pois através deles as comunidades indígenas poderão viver por si sós e assim preservar suas culturas.

Portanto, as sociedades indígenas possuem proteção internacional quanto a sua cultura, religião, sua visão de mundo. Assim, também complementa os Direitos Humanos, a Convenção Internacional sobre eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, dispondo sobre a busca de uma “maior aproximação entre as raças, diminuindo as diferenças abismáticas existentes.” (PIOVESAN, 2007, p. 127). Entretanto, o documento mais significativo que abrange os direitos humanos indígenas é a Convenção de 169 da OIT.

A OIT foi criada após a Primeira Guerra Mundial, em 1919, com o fundamento de promover justiça social, o direito a livre associação sindical e o direito à negociação coletiva. Preocupando-se com a questão do trabalho rural, a OIT criou diversas regras quanto aos trabalhadores do campo. (PIOVESAN, 2007, p. 128).

Em 1957 adotou a Convenção 107, Convenção sobre Populações Indígenas e tribais, que previa um rol de direitos indígenas, bem como estabeleceu o conceito de população indígena pela primeira vez. (PIOVESAN, 2007, p. 127-128).

Todavia, a Convenção 107 trazia em seu conteúdo o pensamento de alguns países

americanos que consistia em futuro desaparecimento das comunidades indígenas, de forma que estas deveriam buscar sua integração com a sociedade nacional em razão de sua transitoriedade. (PIOVESAN, 2007, p. 129).

Assim, a Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, surge para revisar parcialmente a Convenção 107 da OIT. Procurou a flexibilidade possível para adequar a interpretação dos direitos indígenas em cada país. Como afirma Letícia Borges:

Quando se tratar da defesa dos direitos humanos indígenas é preciso ter em mente a ideia de manutenção da diversidade cultural; em outras palavras, tratá-los com igualdade significa paridade de condições, para promover o bem estar social, mas não no sentido de integrá-los a sociedade nacional. (PIOVESAN, 2007, p. 129).

Uma das primeiras modificações realizadas pela convenção 169 foi a reformulação do conceito de *povos*, pois a expressão reflete “a ideia de nação, com território, governo, idioma, organização política e social”, o que não comprehende a intenção dos povos indígenas. (PIOVESAN, 2007, p. 130).

Não há, nas sociedades indígenas interesse em se desligar do Estado ao qual pertencem, apenas buscam reconhecimento e proteção de seus direitos. Dessa forma, a convenção 169 em seu artigo 1º. 3 dispõe: A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

Assim se consolidou o termo *Povos Indígenas*, vindo, juntamente com ele o direito a autodeterminação. Magdalena Gómez, afirma que o direito a autodeterminação está presente no rol dos direitos humanos, pois foi mencionado no Pacto de Direitos Civis e Políticos, que versa sobre direitos humanos. (PIOVESAN, 2007, p. 131).

Buscando suprir as necessidades indígenas no âmbito do Direito foi criado o Estatuto do Índio, Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Composto por 68 artigos, o Estatuto do índio possui a seguinte organização: TÍTULO I - Dos Princípios e Definições; TÍTULO II - Dos Direitos Civis e Políticos, CAPÍTULO I - Dos Princípios, CAPÍTULO II - Da Assistência ou Tutela, CAPÍTULO III - Do Registro Civil, CAPÍTULO IV - Das Condições de Trabalho; TÍTULO III - Das Terras dos Índios, CAPÍTULO I - Das Disposições Gerais, CAPÍTULO II - Das Terras Ocupadas, CAPÍTULO III - Das Áreas Reservadas, CAPÍTULO IV - Das Terras de Domínio Indígena, CAPÍTULO V - Da Defesa das Terras Indígenas; TÍTULO IV - Dos

Bens e Renda do Patrimônio Indígena; TÍTULO V - Da Educação, Cultura e Saúde; TÍTULO VI - Das Normas Penais, CAPÍTULO I - Dos Princípios; TÍTULO VII - Disposições Gerais.

Entretanto, desde a sua promulgação, o Estatuto do índio já era visto com necessidade de revisão. Por isso já tramita no congresso projetos de lei visando à revisão do Estatuto do índio.

### 2.3 DIREITO À VIDA E À CULTURA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Segundo George Marmelstein<sup>52</sup>, os direitos fundamentais são direitos que:

Possuem *aplicação imediata*, por força do art. 5º, §1º, da Constituição de 88, e, portanto, não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis; são *clausulas pétreas*, por força do art. 60,§ 4º, inc. IV, da Constituição de 88, e, por isso, não podem ser abolidos nem *mesmo por meio de emenda constitucional*; possuem *hierarquia constitucional*, de modo que, se determinada lei dificultar ou impedir, de modo desproporcional, a efetivação de um direito fundamental, essa lei poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade (2008, p. 17, grifos do autor).

Assim, os direitos fundamentais representam os valores basilares que protegem a dignidade da pessoa humana, bem como determina limitações ao poderio Estatal. Entretanto, há quem faça uma má utilização do termo *direitos fundamentais*. Sendo assim, cabe aqui distinguir as expressões direitos do homem, direitos humanos de direitos fundamentais. Na visão de Marmelstein, os direitos do homem “seriam valores ético-políticos ainda não positivados.” Quando estivesse tratando de tratados ou pactos internacionais, caberia chamar de direitos humanos; ao passo que os direitos fundamentais são aqueles intitulados “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” previstos no Título II da Constituição Federal de 1988. (MARMELSTEIN, p. 25-27).

O Título II da Constituição Federal de 1988 se Subdivide em IV Capítulos intitulados como: Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Capítulo II – Dos Direitos Sociais; Capítulo III – Da Nacionalidade; Capítulo IV – Dos Direitos Políticos. Dentre os direitos previstos nestes capítulos, cabe aqui destacar o respeito à vida, bem como o direito a cultura dispostos nos artigos 215 e 216 do Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo III, Seção II da Carta Magna.

---

<sup>52</sup>George Marmelstein é Juiz Federal e Professor de Direito Constitucional em Fortaleza- Ce.

O respeito à vida está disposto no rol dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos da Constituição Federal. Versa o caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País *a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (grifos nossos)*.

A vida, nas palavras de Magalhães Noronha, ( apud PINHO, 2008, p. 81) é “o estado em que se encontra o ser animado, normais ou anormais que sejam suas condições fisiopsíquicas.” Ou seja, vai além da saúde física ou mental.

Afonso da Silva (2009, p. 87) fez a seguinte afirmação:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

Conforme Marmelstein (2008, p. 150) “a vida tem importância inestimável, tanto pelo mistério que a envolve quanto pelo fato de que ela é pressuposto para o exercício de todos os demais direitos”. Dessa forma a inviolabilidade do direito a vida é circunstância necessária à garantia de qualquer outro direito, pois o Direito surge para regular as relações sociais. O Direito existe em função da vida humana.

Nesse sentido, o Pacto de San José da Costa Rica dispõe: “Art. 4º. 1 - Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Nas palavras de Pinho (2008, p. 80): “[...] seria absolutamente inútil tutelar a liberdade, a igualdade e o patrimônio de uma pessoa sem que fosse assegurada sua vida.”

O direito à vida engloba os direitos a integridade física e moral. Versa Afonso da Silva (2009, p. 200): “Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo.” Ou seja, a integridade física é peça fundamental a preservação do direito fundamental “vida”.

Afonso da Silva (2009, p. 201) considera que:

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. [...] A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí porque o direito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental.

Por sua vez, o direito à cultura, está previsto na atual Constituição Federal, como já mencionado supra com o seguinte texto: Art. 215 - O estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Embora não haja previsão expressa do direito à cultura no rol dos direitos fundamentais, é possível afirmar sua presença implícita junto ao direito à educação disposto no artigo 6º da Constituição Federal. Segundo Afonso da Silva (2009), a cultura se encontra dentre os objetivos básicos da educação.

A respeito da cultura, afirma Afonso da Silva (2009, p. 839):

A Constituição de 1988 deu relevante importância à cultura, tomado esse termo em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressão criadora da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que se exprimem por vários de seus artigos (5º, IX, 23, III a V, 24, VII a IX, e 205 a 217), formando aquilo que se denomina ordem constitucional da cultura, ou constituição cultural, constituída pelo conjunto de normas que contém referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura.

Como já bem desctrinchado no item 1 do presente trabalho, a cultura é um conceito dinâmico, que acompanha o desenvolvimento social. Algumas culturas reprimem outras, mas nas palavras de Pedro Demo<sup>53</sup>(2005, p. 11: “Toda sociedade forja normas e sanções, como bem diz a sociologia, todos nos comportamos de maneira recorrente dentro de certa expectativa rotineira, de sorte que nem nos inventamos toda hora, nem somos apenas robôs.”

O Brasil é um país multicultural onde toda manifestação pertencente às culturas participantes do processo civilizatório é protegida no âmbito nacional, conforme a atual previsão Constitucional: Art. 215 §1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas, afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

---

<sup>53</sup>Pedro Demo é professor do Curso de Serviço Social da UnB e pós-doutor em Educação pela UCLA, de Los Angeles (EUA).

Dessa forma os povos indígenas possuem sua identidade cultural protegida constitucionalmente. Conforme Constituição Federal de 1988: Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo a União demarcá-las, proteger e respeitar todos os seus bens. Nas palavras de Afonso da Silva (2009, p. 855):

[...] é índio quem se sente índio. Essa auto identificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado pré-colombiano que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para a identificação do índio brasileiro. Essa permanência em si mesma, embora interagindo um grupo com outros, é que lhe dá a continuidade étnica identificadora.

Assim a inviolabilidade do direito à vida e o respeito à cultura são direitos fundamentais à existência humana em sociedade. Representam bases que devem ser preservadas em função de sua importância vital, para a garantia da harmonia social. Ressalvando sempre que a cultura não para no tempo, mas se modifica renovando seus recursos, sem perder sua identidade.

A vida pressupõe a cultura, como qualquer outro direito inerente aos seres humanos. Portanto sem vida não há cultura. Como não há saúde, educação, patrimônio, honra, dignidade, integridade física ou moral. Portanto a vida deve ser preservada para que se possa garantir a existência de outros direitos.

Por sua vez a vida é constituída de cultura. Os seres humanos são seres racionais, que reagem ao mundo de uma forma lógica e contínua. A cultura é inserida na vida desde o nascimento do indivíduo, sendo, portanto, fundamental ao ser.

### **3 INFANTICÍDIO E O ESTADO BRASILEIRO**

#### **3.1 CONCEITO DE INFANTICÍDIO**

O termo infanticídio, segundo Ferreira (2004, p. 1101) significa: “[Do lat. tard. *infanticidu*] s. m. 1. Assassínio de recém-nascido. 2. Morte dada voluntariamente a uma criança. 3. Bras. Jur. Morte do próprio filho, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo depois”. Em outras palavras, infanticídio é um termo derivado do latim *infanticidu*, que vem a ser o homicídio de criança.

Então, gramaticalmente falando, o ato de cessar a vida de um indivíduo nos seus primeiros anos é conduta determinada de infanticídio. Dessa forma trata-se de um termo que envolve a esfera penal. Para o direito penal o infanticídio é conduta histórica, conforme versa Noronha (1991, p. 40):

O infanticídio teve, através das épocas, considerações diversas. Em Roma, como se vê das Institutas de Justiniano (Liv. IV, Tít. XVIII, §6º), foi punido com pena atroz, pois o condenado era cosido em um saco com um cão, um galo, uma víbora e uma macaca, e lançado ao mar ou ao rio. No direito medieval, a Carolina (Ordenação de Carlos V), art. 131, impunha o sepultamento em vida, o afogamento, o empalamento oua dilaceração com tenazes ardentes. Foi no século XVIII, sobretudo, que o delito passou a ser considerado mais brandamente, e hoje, não obstante vozes do contrário, é orientação comum das legislações e também a seguida pelos Códigos pátrios.

Assim o Código Penal Brasileiro também penaliza a mãe que logo após o parto, no estado puerperal mate seu filho: Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de 2(dois) a 6 (seis) anos.

Nas palavras de Greco (2009, p. 217):

[...] a figura típica do infanticídio, percebe-se que se trata, na verdade, de uma modalidade especial de homicídio, que é cometido levando-se em consideração determinadas condições particulares do sujeito ativo, que atua influenciado pelo estado puerperal, em meio a certo espaço de tempo, pois que o delito deve ser praticado durante o parto ou logo após. Então, o infanticídio foi tipificado no código penal como um crime que só pode ser praticado pela mãe, ou seja, um crime próprio, contra o filho que acaba de nascer. Dessa forma o legislador tipificou o período que restava entre a conduta de aborto e homicídio.

### 3.2 INFANTICÍDIO INDÍGENA

Entretanto, existe uma conduta também denominada infanticídio que não coincide com o crime tipificado no Código Penal Brasileiro. Trata-se do *infanticídio indígena*. Conforme Pinezi (internet):

Entre os Suruwahá ou Zuruahá, etnia localizada na bacia do rio Purus, sudoeste do Amazonas, o suicídio e o infanticídio são fatores preponderantes de mortalidade. Em setembro de 2005, o caso de duas meninas Suruwahá, Iganani e Sumawani, que sobreviveram à prática do infanticídio, foi veiculado pela grande mídia, tornando o debate sobre direitos humanos e diversidade cultural ainda mais intenso.

É denominado infanticídio indígena o ato de matar crianças que representam ameaça, segundo crença religiosa, que ocorre em algumas etnias indígenas brasileiras. Os motivos para

tal crença são os mais diversos, vindos do fato da criança ter nascido com qualquer deficiência física, ser filho de mãe solteira ou ter nascido gêmeos. Para solucionar o problema de maldição trazido por esta criança, os pais, ou familiares mais próximos, devem matá-la.

Há pais que se recusam e cometem suicídio para não ter que matar seu filho. Há também, dentre os que se recusam aqueles que são excluídos do grupo, sendo ignorados pelos demais pertencentes à tribo. Em nome da crença a qual eles seguem com dedicação crianças indígenas tem morrido sem a oportunidade de vivenciar os costumes de sua tribo.

Não há nada de errado com crenças, culturas, tradições e costumes. A questão que envolve o infanticídio é a privação de direitos que ocorre a estes seres humanos. Nas palavras de Macedo Júnior (internet):

O infanticídio indígena por ser prática reiterada constitui-se em costume de povos nativos, alçados na Constituição, tutelados em seu art. 231, consoante o qual “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições [...].” Como consectário lógico do dispositivo – fruto da tendência mundial de proteção aos direitos dos povos – surge a ideia de direitos a alteridade e diversidade que, em passos largos, caminha para uma concepção realista da pluralidade de culturas que se desenvolvem no seio das nações.

Segundo Fonseca Júnior (internet) “Essa é uma prática antiga, encontrada em mais de 20 povos indígenas diferentes. Muitas dessas crianças são recém-nascidas. Outras são mortas aos 3, 5, e até 11 anos de idade”. Desses 20 etnias algumas são: “*os uaiuai, bororo, mehinaco, tapirapé, ticuna, amondaua, uru-eu-uau-uau, suruwaha, deni, jarawara, jaminawa, waurá, kuikuro, kamayurá, parintintin, yanomami, paracanã e kajabi.*”

Ou seja, muitas etnias indígenas brasileiras ainda praticam o ato de infanticídio de forma que deve ser observado para buscar uma forma de solucionar tal problema.

### 3.3 INFANTICÍDIO INDÍGENA: CASO HAKANI

Na tribo suruwaha existe uma criança que sobreviveu ao infanticídio, a chamada Hakani. Nascida em 1995, era portadora de uma deficiência que a impediu de aprender a andar e falar, fatos que foram percebidos pelos demais da tribo quando ela completou 2 (dois) anos de idade. A partir de então o povo suruwaha começou a pressionar seus pais a matá-la de forma que estes decidiram suicidar-se a ter que matar sua filha, deixando 4 (quatro) irmãos órfãos. Conta Fonseca Júnior (internet):

A responsabilidade de sacrificar Hakani agora era de seu irmão mais velho. Ele levou-a até a capoeira ao redor da maloca e a enterrou, ainda viva, numa cova rasa. O choro abafado de Hakani podia ser ouvido enquanto ela estava sufocada debaixo da terra. [...] Alguém ouviu seu choro, arrancou-a do túmulo, e colocou nas mãos de seu avô, que por sua vez levou-a para sua rede. Mas, como membro mais velho da família, ele sabia muito bem o que a tradição esperava dele. O avô de Hakani tomou seu arco e flecha e apontou para ela. A flechada errou o coração, mas perfurou seu ombro. Logo em seguida, tomado por culpa e remorso, ele atentou contra a própria vida, ingerindo uma porção do venenoso timbó. [...] Por três anos ela sobreviveu bebendo água de chuva, cascas de árvore, folhas, insetos, a ocasionalmente algum resto de comida que seu irmão conseguia para ela. Além do abandono, ela era física e emocionalmente agredida. [...] foi resgatada por um de seus irmãos, que a levou até a casa de um casal de missionários que por mais de 20 anos trabalhava com povo suruwahá. Esse casal logo percebeu que Hakani estava terrivelmente desnutrida e muito doente. Com cinco anos de idade ela pesava 7 quilos e media apenas 69 centímetros. Eles começaram a cuidar de Hakani como se ela fosse sua própria filha. Eles cuidaram dela por um tempo na floresta, mas sabiam que sem tratamento médico ela morreria. Para salvar sua vida, eles pediram ao governo permissão para levá-la para a cidade. Em apenas seis meses recebendo amor, cuidados e tratamento médico, Hakani começou a andar e falar. [...] Hoje Hakani tem 12 anos, adora dançar e desenhar. Sua voz, antes abafada e quase silenciada, hoje canta bem alto.

É, portanto, a história de uma índia sobrevivente à prática de infanticídio. A criança com dificuldades mentais que representava uma ameaça religiosa à sua tribo de forma a ter sua pena de morte decretada aos 2 (dois) anos de vida.

Entretanto os integrantes das comunidades indígenas praticantes do infanticídio seguem a realização de tal prática com fulcro na crença de que estão agindo em proteção a comunidade. Então não há que se falar em ato de crueldade, visto que não há intenção de causar dor, mas de evitar dor e sofrimento aos demais.

A mídia, ao tratar do infanticídio indígena, relata um bárbaro extermínio que constrói uma imagem indígena, destruindo a sua verdadeira essência. Assim como em nome de uma crença os católicos vão à missa, os evangélicos vão ao culto, os espíritas fazem reuniões, e as demais religiões agem conforme suas tradições, as tribos indígenas que praticam infanticídio, o realizam em forma de ritual onde creem que estão salvando suas vidas de uma determinada maldição.

Todavia, não há justificativa para qualquer ato de privação de direitos ao ser vivo. Portanto, o infanticídio deve ser, sob a óptica indígena, analisado de forma a se encontrar uma solução ao caso. Pois, em que pese a importância da crença tida pelos fieis que as seguem, os direitos fundamentais foram criados para protegerem o indivíduo de forma a limitar os atos dos outros indivíduos para com ele.

Em outras palavras, o Estado e a sociedade têm para com cada indivíduo o dever de preservar seus direitos e garantias fundamentais, sendo o Estado o responsável principal no sucesso dessa tarefa. Vale ressaltar que as tribos indígenas também fazem parte do Estado Democrático de Direito, a Federação brasileira, estando, portanto, sob a guarda do mesmo.

Assim surge o conflito de culturas, de forma que a sociedade civil brasileira discorda da prática adotada por determinadas comunidades indígenas também pertencentes ao Estado brasileiro. O sistema normativo da sociedade brasileira, mais exatamente a Constituição Federal, norma maior do Estado, protege o direito à vida, reservado a brasileiros e estrangeiros residentes ou que estejam apenas de passagem pelos pais, assim como defende a liberdade de crença, a qual os rituais, cultos e práticas indígenas estão devidamente amparados.

Dessa forma incumbe ao Estado também, a responsabilidade de buscar soluções plausíveis ao infanticídio indígena, uma vez que os entes públicos são detentores tanto do direito de impor limites sociais quanto de preservar a segurança do interesse público, portanto assegurar o bem estar da coletividade.

### **3.4. INFANTICÍDIO INDÍGENA E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Como já mencionado, capítulo 2 deste trabalho as principais legislações brasileiras que tratam as questões indígenas no país são a Constituição Federal e o Estatuto do Índio. Existe um projeto de Lei tramitando no congresso a respeito da criminalização do ato de infanticídio indígena, o PL 1057, apresentado pelo Deputado Henrique Afonso (PT-AC) em 2007, Lei Muwaji.

Todavia, ao falar em “práticas nocivas” entre outras expressões discriminadoras do ato o projeto se tornou etnocêntrico, precisando, portanto, de ajustes, inclusive quanto à criminalização.

O Estatuto do Índio protege a cultura dos índios nos seguintes termos: Art. 6º Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

Também no Estatuto do índio há previsão quanto à garantia do respeito à cultura indígena: “Art.47 - É assegurado o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão”.

A Constituição Federal também protege a cultura. Conforme artigo 215 e seu § 1º:

Art. 215 - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Também versa o supracitado artigo, direitos atribuídos aos povos indígenas de forma a serem preservados pelo Estado: “Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

Entretanto a Constituição Federal também protege o direito à vida o que como já citado neste trabalho: “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...].”

Deve-se levar em consideração o conteúdo supra e cabe aqui reforçar a ideia da importância da vida, visto que sem esta, todos os outros direitos restam comprometidos. Para que haja cultura, deve haver vida. Se não há vida humana direito algum tem serventia. Perde o objeto a qual se pretende garantir a tutela. Nas palavras de Macedo Júnior (internet):

A priori, o conflito tal como se ramifica, situa-se na colisão de caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito, em outros termos, o conflito entre a tutela constitucional da vida e a proteção dos costumes, no qual está compreendido o infanticídio.

Assim diante do infanticídio indígena há um conflito entre direitos que precisa ser sanado. Há nesses casos, conforme versa Canotilho (1993, p. 228): “[...] a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.”

Para que um preceito não exclua o outro, deve-se ser utilizado o princípio da concordância prática, conciliando-se assim os dois direitos. (MACEDO JÚNIOR, internet).

Despindo-se de qualquer resquício de etnocentrismo, deve-se observar que mesmo na cultura indígena das tribos brasileiras, como a suruhawá, a inviolabilidade do direito à vida

deve ser preservada, pois praticar o infanticídio é não permitir que uma pessoa que nasça numa determinada cultura sequer participe desta. Não há que afirmar o desrespeito a cultura indígena, entretanto, apenas um auxílio ao desenvolvimento cultural existente no dinamismo.

O direito à vida é garantido a todos constitucionalmente, portanto garantir a vida dessas crianças é também respeitar estas comunidades, trazendo à estas culturas o entendimento e o conhecimento de que a vida é relevante. Não que eles não compreendam a grandiosidade da vida, mas seja possibilitada à eles a oportunidade de visualizar a complexidade de se privar a vida destes novos seres que, por serem incapazes de expressar claramente suas vontades, dependem de proteção alheia.

Toda cultura é dinâmica, e está sujeita a modificações de acordo com a evolução social. Nesse sentido versa Macedo Junior (internet):

a solução do conflito deve ser norteada pela ponderação, seguido por circunstâncias que serão avaliadas em cada caso. [...] Frise-se, desde já, que o direito dos povos deve ser resguardado a todo custo e não apregoeamos a iniciativa despreparada de interceder com vistos autoritárias. A *contrario sensu*, clamamos pela criação de comissões especializadas em etnografia, compostas de antropólogos com notável conhecimento na área, para que criem “pontes” ou, no dizer de Boaventura, “diálogos interculturais” que definidos pela ética, alcancem soluções que se coadunem com o paradigma da Constituição e seus ditames.

Portanto, é possível solucionar a questão do infanticídio sem exterminar a cultura destes índios. Todavia, cabe a realização de análise e estudo de cada caso concreto para que seja avaliada, exposta, aprovada e aplicada a melhor medida cabível à sua solução.

Deve-se, então, conhecer e explorar os costumes específicos de cada comunidade indígena, na qual esteja inserida a prática de infanticídio, descobrindo as possíveis formas de aplicação de medida sanadora para tal prática, uma vez que, a cultura local é fator determinante para as atitudes sociais.

## **4 POLÍTICAS PÚBLICAS E AS CULTURAS INDÍGENAS**

### **4.1 O PAPEL DO ESTADO NAS COMUNIDADES INDÍGENAS**

O Estado tem o papel de proteger e legislar sobre as comunidades indígenas. É, portanto, dever do Estado garantir que sejam supridas todas as necessidades sociais das comunidades indígenas, e não o fazendo está agindo com omissão diante de problemas que

lhe eram de sua competência solucionar.

Dessa forma compete ao estado atuar de forma a equilibrar os dois direitos, inviolabilidade do direito à vida e respeito à cultura, atribuindo-lhes consenso. Conforme versa Oliveira<sup>54</sup> (internet):

Evoquemos aqui a proposta de H. Groenewold (citado por Apel, 1985), segundo a qual é possível distinguir três espaços sociais em que pode ser observada a atualização de valores morais e, por suposto, político-ideológicos. A esses espaços chama esferas, hierarquizadas em três níveis: micro, meso e macro. Enquanto na micro-esfera as normas morais possuem caráter particularista e sempre podem ser observadas nas instâncias mais íntimas (como as que regulam a vida sexual, por exemplo); na macro-esfera encontram-se os interesses vitais humanos – e as normas morais que incorporam esses interesses ganham uma dimensão universalista (como as que regulam os direitos humanos, por exemplo). Se na primeira esfera o ideário relativista da antropologia recobre facilmente de bons argumentos a intocabilidade dos valores morais contidos nessas normas, não sendo muito difícil ao antropólogo indigenista defender sua preservação, já na macro-esfera esse mesmo indigenista irá encontrar uma maior complexidade na defesa de certas normas particularistas [...]. Estamos agora na meso-esfera: aquela que, segundo Groenewold, é a da política nacional, orientada pelo que se costuma denominar "razões de Estado", vistas geralmente como moralmente neutras!

Em outras palavras, o Estado tem o dever de desenvolver estruturas basilares que permitam a salvaguarda dos direitos em questão. Tais ações determinariam um ambiente harmonioso entre índios e nacionais, evitando lesão a bens jurídicos bem como cessando omissão de socorro da parte do Estado.

O Estado, representação pública das vontades do povo, dentro de suas atribuições, é responsável pela garantia do bem estar social, sendo, portanto vedado aos entes públicos a omissão diante de situações que impliquem em riscos à coletividade assim também a determinados grupos sociais, como as comunidades indígenas.

Assim aos entes públicos, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, resta a responsabilidade de preservar a seguridade social, de maneira a limitar e fiscalizar as ações dos particulares (o povo), como também, intervenção com meios específicos, quando se fizer necessária sua atuação.

Ao tratar-se de grupos específicos, como as comunidades indígenas, é preciso se munir de conhecimento apropriado para se aplicar medidas sanadoras de conflitos sociais, sendo imprescindível, a priori, cientificar-se dos costumes da cultura local. Caso contrário, aquilo

---

<sup>54</sup>Roberto Cardoso de Oliveira foi um importante antropólogo brasileiro, doutor em Sociologia e com uma extensa lista de atividades desenvolvidas durante sua trajetória de vida.

que era tido como solução se transformará em agravação do problema, uma vez que a cultura de um povo é o fundamento de suas práticas.

#### **4.2 IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO SOBRE A VALORIZAÇÃO DA VIDA**

Com a ação eficaz do Estado tanto as sociedades indígenas quanto a civil estaria crescendo no Brasil. Nas palavras de Oliveira (internet): “é justamente na atualização de uma ética da responsabilidade que vamos deparar-nos com os maiores obstáculos a um bom encaminhamento de uma política pública no âmbito dos Estados nacionais que queiram comprometer-se com a moralidade de seus atos”.

Verso o artigo 2º caput e seu inciso VII do Estatuto do Índio:

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

VII - executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas;

Dessa forma, cabe ao Estado brasileiro implementar políticas públicas de valorização à vida dentro de tais tribos que ainda pratiquem o infanticídio. Ensinar a estes índios a importância da vida humana levará ao desenvolvimento da ideia. Como afirma Oliveira: “A consideração desse fato nesta conferência oferece a oportunidade de examinarmos não apenas um choque de valores morais, mas uma forma criativa de buscar uma solução "negociada" entre comunidades orientadas por pontos de vista distintos.” (OLIVEIRA, internet).

Como tantos outros problemas enfrentados pela sociedade brasileira o infanticídio indígena é um problema que necessita de devida atenção estatal e mais breve solução possível. Segundo Oliveira: “No Brasil, o descaso governamental no que diz respeito a atender às demandas indígenas, dando a impressão de ter assumido como próprias às razões de empresários influentes nas cúpulas administrativas, também tem vitimado grande número de etnias indígenas que a história haverá de contabilizar.” (OLIVEIRA, internet).

A partir do momento em que o Estado brasileiro tomou conhecimento da prática de infanticídio, deveria ter buscado a melhor maneira de se resolver tal questão. Agora, eis, portanto, o alarde midiático que impõe sobre o Estado não só a tarefa de solucionar o problema, mas também esclarecer a verdade sobre as comunidades indígenas.

A mídia transformou os indígenas em bárbaros, selvagens, primitivos, irracionais, que não possuem a menor ideia do sentido de pessoas e direitos. Volta-se a estaca zero, à época colonial, quando os espanhóis e portugueses afirmaram que os habitantes destas terras seriam facilmente manipulados ao ponto de se submeterem aos ideais da coroa.

Por esse pensamento europeu, durante toda a história brasileira os índios foram estereotipados e transformados em selvagens, de forma que tal ideologia fora transmitida aos brasileiros de geração à geração. Os livros, os contos, as músicas, os filmes, as histórias. Todos os meios de informação deram ao índio a imagem torpe de que viviam dentro das selvas como animais irracionais. Ou seja, um verdadeiro retrocesso social que cabe ao Estado também apurar e desfazer.

Assim, a mídia acarretou e ainda acarreta ideia errônia sobre os índios, inclusive quanto ao infanticídio, gerando complicações ainda maiores sobre realidade dos fatos. As reportagens e as colocações mais divulgadas nos meios de comunicação fizeram das comunidades indígenas alvo de preconceitos onde os índios são vistos como irracionais que devem ser punidos para serem preservados.

Em outras palavras, punir o índio malvado é uma maneira de salvaguardar seu direito à vida. Agora o apelo social, mascarado pelas criações midiáticas, representa a punição de uma pessoa pela sua falta de conhecimento para assegurar que cesse a suposta ameaça que esse indivíduo representa através de suas práticas reprováveis. Sem buscar entender o porquê de tal costume e julgando antecipadamente suas raízes, assegurando-se na ideologia do bem estar social, a sociedade civil brasileira age de forma etnocêntrica, buscando a solução de um conflito por sua própria óptica, desrespeitando a visão daquele que se pretende proteger, ou seja o índio indefeso diante dos civis com sede de justiça. Tal pensamento não obsta ser comparado ao próprio pensamento do infanticida, pois buscando a sua proteção e o bem comum de todos (proteção religiosa da comunidade indígena), o índio infanticida priva a voz expressiva do indivíduo indefeso.

Ao longo da história do país, índios brasileiros foram ganhando espaço e voz na sociedade. Em contrapartida a mídia tornou-se a grande vilã substituta dos europeus quanto aos direitos indígenas, causando as mesmas dificuldades de imagem social de outrora a estas comunidades. Assim, compete ao Estado desmistificar também, a monstruosidade do infanticídio criada no senso comum da sociedade através dos apelos midiáticos.

#### 4.3 INFRAESTRUTURA

O Estado possui capacidade para intervir diante de circunstância excepcional que atrapalhe o harmônico andamento das comunidades indígenas conforme versa o artigo 2º no inciso VII do estatuto do índio:

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

VII - executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas;

Políticas públicas de ensino a respeito da valorização da vida são eficazes em função de dois pontos já mencionados no presente trabalho: a cultura é um dos objetivos básicos da educação; e o processo de endoculturação é o responsável pela cultura do indivíduo.

Educar para proporcionar desenvolvimento, oportunidades. A educação é a chave que soluciona muito problemas sociais. Cabe aqui lembrar que através da educação, ou seja, daquilo que é ensinado no ambiente familiar à cultura é inserida na personalidade do indivíduo.

A educação é um meio de levar o homem a conhecimento de si próprio visto que este não é um ser findo. É, todavia, através da comunicação que homem busca o conhecimento relativo a educação por se tratar de um ser de relações, necessitando, de contato com outros semelhantes. Possui a Educação caráter permanente quanto ao saber transmitido, proporcionando devido crescimento ao indivíduo instruindo por seus instrumentos. Dessa forma, a sociedade que carrega em sua base a educação garante o seu desenvolvimento quanto à população bem como diante dos outros grupos sociais. Implantar educação, conhecimento, informação em um meio social, é investir no seu permanente acesso ao crescimento, pois a cultura é um elemento dinâmico da sociedade que é preenchida de acordo com o conhecimento adquirido pelo povo, conforme suas experiências e o acesso as experiências de outros povos. (FREIRE, 1979, p. 55).

Assim, uma sociedade que bloqueie a educação paralisa simultaneamente seu crescimento. O desafio atual da educação é conciliar o aprendizado e o enorme número de culturas existentes. É estabelecer metodologias que permitam a conversão de contribuições étnico-culturais nos conteúdos educacionais, adaptando a proposta global da educação. Cabe, portanto, o papel de afirmar a identidade cultural, responder o questionamento de quem somos para, a partir de então, desenvolver um avanço de informações. (GADOTTI, 2000, p. 45).

Assim a cultura de um povo deve ser respeitada e afirmada a fim de que produza um efeito seguro no cidadão pertencente a tal etnia. Entretanto, é possível a necessidade de ensino

a um povo, diante de costumes que contradigam a própria essência de tal povo. Situações que ameacem direitos individuais e coletivos, diante da perspectiva da própria sociedade, devem ser avaliadas e sanadas para preservar a harmonia social.

## CONCLUSÃO

Ser brasileiro é ter a inocência do índio e buscar a esperteza dos colonizadores. Essa afirmação é registrada através de toda a história do Brasil onde a formação do Estado se deu de invasões e colonizações que levaram os primeiros habitantes destas terras a modificarem sua maneira de viver para se adequar as necessidades dos novos moradores.

Mesmo com toda devastação cultural, existente até hoje, os povos indígenas não perderam sua identidade por completo, já que esta enraizada em seus costumes e crenças e é passada de geração a geração. Dessa forma a cultura é um meio fundamental de preservação de identidade social e deve ser resguardada a fim de que não se prejudique a consciência comportamental do povo.

No Brasil a cultura é protegida pela legislação máxima, Constituição Federal, de forma que se constitui um direito fundamental à pessoa. Assim o brasileiro tem direito a ter cultura, bem como a ser respeitado dentro de sua escolha cultural. Essa conquista foi alcançada ao longo dos anos com o desenvolvimento das legislações vigentes bem como das diversas Constituições que fundamentaram a nação.

Com a evolução constitucional o Brasil protegeu os índios de maneira a lhes salvaguardar direitos merecidos desde sempre, já que foram estes que iniciaram a habitação das terras brasileiras. Também outras legislações mais específicas dispuseram os limites nas relações de direitos entre as comunidades indígenas e as civis fortalecendo a proteção jurídica pessoal bem como a harmonia dos povos.

Também no rol dos direitos fundamentais ao homem previstos na Constituição Federal atual, está o direito à vida ao qual ninguém pode ser privado de desfrutá-lo. Não cabe a discussão sobre qual seria o bem jurídico mais valioso uma vez que a vida é o pressuposto lógico da existência, e esta é suporte fático para todo e qualquer direito.

Todavia surge um conflito normativo entre direitos fundamentais quando a cultura se opõe à vida e esta responde negativamente às suas necessidades. Ou seja, diante de práticas

culturais que atentem contra a vida cabe ao direito buscar a adequação para regulamentar de maneira justa a situação em questão.

Assim ocorre diante da prática de infanticídio realizada em comunidades indígenas. O Infanticídio indígena distinto do crime tipificado no Art. 123 do Código Penal Brasileiro, se refere a casos onde a cultura de determinada comunidade indígena priva a vida de crianças a fim de proteger espiritualmente a comunidade.

Surge então o ápice do conflito entre os direitos fundamentais “vida” e “respeito à cultura”. Sob a óptica do próprio índio é preciso buscar uma solução eficaz à seguinte questão, uma vez que a privação da vida retira a possibilidade de qualquer outro direito pertencente à pessoa, inclusive o respeito à cultura.

É, portanto, necessário que o Estado democrático brasileiro, investigue a ação cabível que deve ser tomada em resposta aos problemas sociais e finalize as omissões ocorridas em anos de existência, uma vez que as comunidades indígenas precisam da devida atenção às suas necessidades por parte daquele que tem o papel de buscar as condições plausíveis ao desenvolvimento da sociedade brasileira.

Assim, analisar a prática de infanticídio a luz da constituição e ao olhar indígena é verificar que um direito anula outro de forma a extinguir a possibilidade de direitos ao ser afetado pela prática, a criança morta. Cabe então respeitar a cultura, entretanto fazer possível a defesa do direito à vida dessas crianças, conciliando assim os dois direitos.

Através de políticas públicas de ensino à valorização da vida o Estado pode, não só trazer solução a questão, mas também, incrementar as culturas dessas tribos que praticam o infanticídio. Dessa forma o Estado revaloriza as raízes dos povos indígenas, uma vez que contribui ao seu desenvolvimento e não a sua diminuição, pois, estará inclusive utilizando-se da visão indígena e não de uma maneira etnocêntrica de ver as coisas.

Portanto, é indispensável que os juristas se ocupem dessa questão a fim de embasar soluções ao infanticídio indígena que estejam de acordo com a Constituição Federal, mas também aos próprios costumes dessas comunidades. Vale ressaltar que se trata de comunidades indígenas do Estado Brasileiro, não sendo aceitável a ideia de que são “nação a parte”.

Incumbe ao governo do Brasil a responsabilidade de encontrar soluções aos problemas do povo brasileiro, portanto, tarefa do Estado e dever social não se omitir diante de questões

com possíveis soluções, pois todo problema onde a solução é procrastinada torna-se maior e mais forte, diante do silêncio.

## REFERÊNCIAS

ADINOLFI, Valéria Trigueiro. Enfrentando o infanticídio: bioética, direitos humanos e qualidade de vida das crianças indígenas. Disponível em: <[http://xa.yimg.com/kq/groups/20451959/578391691/name/enfrentando\\_infanticidio.pdf](http://xa.yimg.com/kq/groups/20451959/578391691/name/enfrentando_infanticidio.pdf)> Acesso em 12 dez. 2010.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ARAÚJO, Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARROYO, Leonardo. **A Carta de Pêro Vaz de Caminha:** ensaio de informação à procura de constantes válidas de método. São Paulo: Melhoramentos, 1971.

BACELAR, Tânia. As Políticas Públicas no Brasil: heranças, tendências e desafios. Disponível em:  
[http://www4.fct.unesp.br/grupos/gedra/textos/Texto1\\_politicas\\_publicas\\_no\\_br\\_TaniaBacelar.pdf](http://www4.fct.unesp.br/grupos/gedra/textos/Texto1_politicas_publicas_no_br_TaniaBacelar.pdf) Acesso em 12 dez. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

\_\_\_\_\_. **Código Civil** (2002). 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil(1891)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm)> Acesso em 19 jan. 011.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm)> Acesso em: 19 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil (1967)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm)> Acesso em 19 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm)> Acesso em: 19jan. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm)> Acesso em 19 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil (1824).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm)> Acesso em: 19 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. **Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.** Decreto n.º 5.051 de 19 de abril de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)> Acesso em: 14 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial – Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminaci.htm>> Acesso em: 14 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)> Acesso em 19 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. **Pacto de San José da Costa Rica.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)> Acesso em 14 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>> Acesso em 14 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Decreto n.º 592 de 6 de julho de 1992.** Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm)> Acesso em: 20 jan. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra, 1993.

DEMO, Pedro. **Éticas multiculturais:** sobre convivência humana possível. Petrópolis-RJ: Vozes, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** 5. ed. Curitiba Positivo, 2004.

FONSECA JÚNIOR, José de Ribamar da. Lei Muwaji: o combate ao infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/25083/1/LEI-MUWAJI--O-COMBATE-AO-INFANTICIDIO-NAS-COMUNIDADES-INDIGENAS-DO-BRASIL/pagina1.html>> Acesso em 19 dez. 2010.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança.** GADOTTI, Moacir (tradutor); MARTIN, Lillian Lopes (tradutora). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

GADOTTI, Moacir. **Perspectivas atuais da educação.** Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial, volume II: Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura:** um conceito antropológico. 23. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

LINHARES, Maria Yedda (organizadora). **História geral do Brasil.** 9. ed. 20ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990.

MACEDO JÚNIOR, Gerônicio Ferreira. Considerações críticas acerca do infanticídio indígena no marco dos direitos humanos. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37745>> Acesso em dez. 2010.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe.** 2. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2003.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Antropologia e moralidade. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_24/rbcs24\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_24/rbcs24_07.htm)> Acesso em 12 dez. 2010.

PINEZI, Ana Keila Mosca. Infanticídio indígena, relativismo cultural e direitos humanos: elementos para reflexão. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/autora/article/viewFile/3862/2526>> Acesso em 12 dez. 2010.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos.** Curitiba: Jaruá, 2007.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo.** 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito.** Curitiba: Juruá, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** São Paulo: Malheiros

## A (IM)PENHORABILIDADE DAS QUOTAS SOCIAIS NA SOCIEDADE LIMITADA<sup>55</sup>

*Cecilia Barbosa Melo*  
Ex-aluna do Curso de Direito do Centro  
Universitário Cesmac

**RESUMO:** *Houve um grande crescimento no número de Sociedades Limitadas que surgiram no Brasil após sua previsão no ordenamento jurídico pátrio. Tendo em vista que esse número representa aproximadamente 90% (noventa) das sociedades constituídas, é notável a sua importância para o desenvolvimento econômico do país. A discussão, envolvendo a possibilidade da penhora de quotas por dívida particular do sócio, está longe de ser pacificada, pois inúmeros são os argumentos apresentados. Entretanto, a melhor posição é pela impenhorabilidade, visando resguardar, principalmente, a affectio societatis e a preservação da empresa.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Sociedade Limitada. Penhora de Quotas. Impossibilidade. Alternativas.*

**ABSTRACT:** *There was a large growth in the number of limited partnerships that have emerged in Brazil after his prediction in the Brazilian legal system. Considering that this number represents approximately 90%(ninety) of companies incorporated, it is remarkable the importance for economic development of the country. The discussion involving the possibility of attachment of shares by private debt partner is far from pacified, as numerous are the arguments presented.However, the best position is for unseizability, aiming to safeguard, mainly, the affectio societatis and the preservation of the company.*

**KEYWORDS:** *Limited Partnership. Attachment of Quotas. Impossibility. Alternatives.*

### INTRODUÇÃO

A problemática que gira em torno da possibilidade ou não de se permitir a penhora das quotas é antiga e está longe de ser pacificada, visto que inúmeras são as teorias e os argumentos para se defender cada uma delas.

Data do início do século passado o surgimento das Sociedades Limitadas no Brasil. Isso se deu em detrimento da grande pressão da sociedade, que exigia a existência de um tipo societário menos complexo e com limitação de responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante disto, elas se tornaram o tipo societário mais utilizado no país e hoje representam cerca de 90% (noventa) das sociedades existentes, ou seja, são indispensáveis para a manutenção e desenvolvimento econômico do Brasil.

---

<sup>55</sup>Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso, em 2015, sob a orientação da Profa. Ms. Ivânia Silva.

A questão sobre a penhora das quotas está intrinsecamente ligada à importância das Sociedades Limitadas na economia do país, tendo em vista que aceitá-la significa atentar contra a preservação dessas empresas.

Nesse sentido, o presente trabalho visa responder à seguinte indagação: “A penhora das quotas sociais fere o princípio da *affectio societatis?*” Esta é uma grande preocupação daqueles que defendem a impenhorabilidade das quotas sociais, tendo em vista que a *affectio societatis* é o elo que mantém a união dos sócios dentro da sociedade, com o objetivo maior de ver o desenvolvimento da empresa.

A principal finalidade é explicar de que forma a penhora de quotas irá ofender a *affectio societatis* e a liberdade de escolha dos sócios, no momento da constituição do quadro social, visto que, por meio dela, haverá o ingresso de um terceiro estranho.

No entanto, sabe-se da preocupação para assegurar o direito do credor de receber o crédito que lhe é devido. A intenção deste trabalho não é defender que o sócio devedor deve sair imune do processo de execução; é apenas demonstrar a garantia da preservação da empresa.

Dessa forma, serão apresentadas alternativas à penhora das quotas, para que não entre nenhum estranho no quadro social, sendo mantida a estrutura da sociedade e, ao mesmo tempo, o credor possa receber o que merece.

## **1 DAS SOCIEDADES LIMITADAS**

### **1.1 CONTEXTO HISTÓRICO**

Inicialmente destaca-se o surgimento e a importância das Sociedades Limitadas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como são tecidos comentários acerca da forma como elas se constituem.

A Sociedade de Responsabilidade Limitada é a mais utilizada na praxe comercial brasileira, pois foi criada como uma solução entre o rigor formal das Sociedades Anônimas e o funcionalismo menos complexo dos diversos outros tipos societários.

Requião (2011, p. 537) destaca que

entre essa escala de responsabilidade dos sócios, decorrente desses tipos de sociedades, formava-se, evidentemente, um enorme hiato, pois se a sociedade em nome coletivo vinculava pela responsabilidade solidária dos sócios, a sociedade em comandita por ações dispensava-a para alguns, impondo-a necessariamente para outros. Entre essa forma de responsabilidade social e a sociedade anônima, na qual os sócios só respondem pela integralização de suas contribuições, representadas em ações, existia uma grande distância.

No início do século XX, a sociedade clamava por um tipo societário que representasse uma solução conciliatória entre os tipos societários citados acima. Em muitos outros países já existiam sociedades que se assemelhavam com o atual modelo conhecido de Sociedade Limitada.

Isso se deu em virtude da Sociedade Anônima ser, na época, o único tipo societário que tinha como característica a limitação da responsabilidade, mas que, por sua vez, exigia diversas formalidades, bem como se apresentava como uma forma dispendiosa de constituição, visto que exigia que o capital social fosse subscrito por, no mínimo, sete pessoas.

Segundo Requião (2011), foi neste contexto que, em 1912, Inglez de Souza apresentou um projeto de Código Comercial, no qual já continha um capítulo destinado às Sociedades Limitadas. Logo após esse fato, em 1918, um Deputado Federal, iluminado pelas ideias de Inglez de Souza, criou a Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, que se converteu no Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919.

O referido decreto foi a lei sobre Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada durante muito tempo, porém foi alvo de diversas críticas, devido as suas falhas e omissões. Vale destacar, inclusive, que durante anos até sua denominação foi criticada pela doutrina, pois se entendia que a responsabilidade limitada era da sociedade e não do sócio.

Os doutrinadores faziam essa crítica, defendendo que a sociedade continuaria a responder perante os credores com seu patrimônio social e apenas os sócios teriam sua responsabilidade limitada. Tal crítica não prosperou, pois, como pode ser observado, a designação continua bem parecida.

Assim, então, foi criada uma sociedade em que os sócios teriam limitação de responsabilidade e não dependeriam do rigor formal nem da burocracia da Sociedade Anônima, possuindo, portanto, uma maior liberdade para contratuar, ou seja, um espírito dinâmico no negócio mais condizente com o desenvolvimento das relações comerciais. Nesse sentido, Campinho (2000, p. 5) entende que

a limitação da responsabilidade, como conceito, ao contrário do que muitos afoitamente possam vir a pensar, é fonte propulsora de desenvolvimento econômico e social, na medida em que propicia o exercício mais seguro da empresa e fomenta, via de consequência, a sua proliferação, gerando empregos, tributos e a produção de bens e serviços para a comunidade.

O Decreto 3.708 ficou em vigência até a promulgação do Código Civil de 2002, que passou a regular a matéria acerca das Sociedades Limitadas – como passaram a ser chamadas – e que procurou romper com as diversas falhas antes existentes.

## 1.2 NATUREZA JURÍDICA

Diferentemente dos demais tipos societários, que possuem sua natureza jurídica previamente definida, a Sociedade Limitada não apresenta nenhuma norma disciplinando tal assunto, portanto, quem irá determinar sua natureza jurídica são os próprios sócios, por meio de contrato social. Essa lacuna deu liberdade de escolha para que os diversos juristas brasileiros buscassem uma unicidade, tentando definir previamente qual seria essa natureza jurídica.

Entretanto, como a maioria das matérias jurídicas, muito se discute na doutrina acerca da natureza jurídica das Sociedades Limitadas, não existindo, portanto, entendimento pacífico para definir se este tipo societário possui caráter de sociedade de pessoas (*intuitu personae*), de sociedade de capitais (*intuitu pecuniae*), ou ainda natureza híbrida. No entanto, será apenas a primeira o objeto de estudo deste trabalho.

As sociedades de pessoas são aquelas em que a figura do sócio é muito importante. Os sócios permanecem nela, enquanto são ligados por vínculos sociais, ao existir a chamada *affectio societatis*.

Já nas sociedades de capital, a única coisa que interessa é o capital investido, portanto, qualquer pessoa pode entrar livremente na sociedade, independente da anuênciam dos demais sócios, assim como ceder suas quotas. Os sócios são meros contribuintes do capital social.

Coelho (2011, p. 400) ilustra a diferença entre essas sociedades, quando expõe que

há sociedades empresárias em que os atributos do sócio (vale dizer, seus valores, sua capacidade e disposição para o trabalho etc.) interferem na realização do objeto social. São, geralmente, sociedades de pequeno ou médio porte, cujo sucesso depende, basicamente, da competência empresarial e do caráter do empreendedor. A pessoa do sócio é importante para o bom desenvolvimento dos negócios sociais, e não apenas o aporte de recursos materiais que ele realiza. E há, por outro lado, sociedades

empresárias para as quais os atributos dos seus membros são irrelevantes. Qualquer um, desde que se comprometa a investir determinado dinheiro na empresa, serve para sócio.

Dessa forma, as sociedades em que as características dos sócios importam para execução da atividade empresarial são caracterizadas como sociedades de pessoas; as demais, em que esses atributos não interferem, são consideradas de capital.

Conforme dito anteriormente, será o contrato social que definirá a natureza jurídica das Sociedades Limitadas, ou seja, se o contrato estabelecer que, com a morte do sócio, a sociedade será dissolvida parcialmente, ou condicionar à cessão de quotas a terceiro ao consentimento dos demais sócios, a sociedade terá natureza *intuitu personae*.

Por outro lado, se não contiver condição nenhuma à cessão das quotas ou à entrada de estranho, por meio da sua alienação, bem como, se com a morte do sócio, as quotas poderem ser transferidas a estranhos, estar-se-á diante de uma sociedade com natureza *intuitu pecuniae*.

No entanto, não é assim tão fácil distinguir sociedade de capitais e de pessoas, visto que, em alguns casos, o contrato silencia em relação a sua natureza jurídica. Neste caso, o artigo 1.057, do Código Civil de 2002, traz a solução:

Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

Parágrafo único. A cessão terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do art. 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes.

Constata-se, assim, que o Código Civil deu feição personalista à Sociedade Limitada, quando da omissão contratual, protegendo os sócios quanto à entrada de estranhos no quadro social. Contrapondo-se a essa teoria, alguns doutrinadores defendem a feição capitalista, como é o caso de Abrão (2012, p. 60):

a tendência mais moderna revela conotação empresarial, de natureza profissional da atividade, submetendo-se a respectiva estrutura à moldura do capital, até porque, na realidade, temos pessoas jurídicas sócias de outras, o que demonstra, mais uma vez, a perda do enraizamento de sociedade pessoal.

Ainda há outros teóricos, como Brito (2007) e Almeida (2010), que defendem a natureza híbrida alegando que as Sociedades Limitadas possuem características próprias, sendo composta de elementos comuns tanto das sociedades de pessoas, quanto das sociedades de capital.

Para Brito (2007), as Sociedades Limitadas se caracterizam como uma sociedade de tipo especial, melhor conhecido como tipo híbrido, pois possuem atributos de ambas as categorias. De acordo com ele,

a Sociedade Limitada surgiu para preencher uma lacuna dos tipos societários, aglutinando a responsabilidade limitada dos sócios, sem lhes impor responsabilidade ilimitada diante das obrigações sociais, atributo das sociedades de capitais e sem a burocracia e onerosidade das sociedades anônimas, atributo das sociedades de pessoas. (BRITO, 2007, p. 35).

É interessante destacar que, dependendo da escolha dos sócios acerca da natureza da sociedade, ela apresentará duas nuances bastante distintas: Sendo uma sociedade de capital, os sócios geralmente adotam a Lei de Sociedades Anônimas como norma supletiva, disciplinando assuntos específicos que são previamente estabelecidos, as quotas sociais podem ser livremente negociadas e é utilizada a denominação social como nome empresarial. Já em relação à sociedade de pessoas, os sócios optam pela regência subsidiária das normas da sociedade simples, condicionando a cessão de quotas à anuência dos demais quotistas, bem como utilizam a firma social como nome empresarial.

A definição da natureza jurídica da Sociedade Limitada tem um papel relevante na problemática que envolve a (im)penhorabilidade das quotas sociais.

### 1.3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Por ter sido criada por um desejo legislativo de nascer um modelo societário que aliasse a contratualidade das sociedades de pessoas com a limitação de responsabilidade das sociedades anônimas, a Sociedade Limitada surgiu, como dito anteriormente, no Decreto 3.708/1919, revogado pelo Código Civil que se encontra em vigência e dispõe de capítulo próprio para tratar sobre as Sociedades Limitadas, nos artigos 1.052 ao 1.087.

No entanto, apesar da quantidade satisfatória de artigos, o legislador não parou por aí e, no artigo 1.053, *caput*, do Código Civil, dispôs que, no que o capítulo destinado às Sociedades Limitadas for omissa, deve-se aplicar, de maneira subsidiária, as normas da Sociedade Simples.

Além disso, o parágrafo único do artigo citado acima trata da regência supletiva pelas normas da Sociedade Anônima, ou seja, no contrato os sócios podem optar pela regência da Lei das Sociedades Anônimas naquilo que caberiam a eles contratar.

Quer dizer, não se aplicam às sociedades limitadas as disposições da Lei das Anônimas (ainda que previsto ser desta lei a regência supletiva ao regulamento específico do tipo constante do Código Civil) nos aspectos sobre os quais os sócios não podem contratar. A contratualidade da matéria – isto é, a possibilidade de os sócios a regularem por manifestação de vontade – é pressuposto para a invocação da lei do anonimato como supletiva da disciplina específica das limitadas constante do Código Civil. (COELHO, 2011, p. 396).

É de se falar, ainda, que nem todas as normas da Sociedade Anônima podem ser aplicadas à Sociedade Limitada, visto que não são incompatíveis com a sua natureza ou quando o dispositivo tratar de temas relacionados à constituição ou dissolução da sociedade.

Apesar de ser aparentemente fácil definir a legislação aplicável às Sociedades Limitadas, Ramos (2012, p. 250) tem uma preocupação ao citar:

ressalte-se, todavia, que a previsão de regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima não significa, necessariamente, que todas as matérias que não possuam regulação específica na parte do Código Civil relativa às sociedades limitadas pelas regras da Lei das S/A. É preciso distinguir com clareza a aplicação subsidiária de regência supletiva.

Diante desse entendimento, é de se deduzir que, havendo problemas na Sociedade Limitada, dever-se-á adotar o seguinte caminho: primeiramente deve-se consultar o contrato social, para verificar se está previsto a aplicação supletiva da Lei das Sociedades Anônimas, pois nele se encontram dispostas as vontades dos sócios, necessitando, é claro, que tais disposições não sejam contrárias às normas legais; no caso de omissão no contrato ou omissão na lei, devem-se aplicar, de forma subsidiária, as normas das Sociedades Simples.

## **2 DAS QUOTAS**

### **2.1 NATUREZA DA QUOTA**

Muito se discute na doutrina acerca da natureza jurídica das quotas sociais, motivo pelo qual ainda hoje não há uma definição uníssona nos diversos livros de Direito Empresarial. O que já se encontra pacificado é que a quota não constitui título de crédito, como ocorre com as ações, nem tampouco instrumento escrito autônomo.

Conforme será visto a seguir, os sócios, ao integralizarem suas respectivas quotas, irão se tornar titulares de partes sociais que, tratando-se de Sociedade Limitada, são chamadas pelos doutrinadores simplesmente de partes, visto que, ao transferirem seus bens, eles não mais o pertencem, pois sua propriedade é transferida conjuntamente.

É aí que surgem as diversas teorias para classificar a natureza dessas partes, que seriam as próprias quotas sociais. Ao longo do tempo, foram criadas, por exemplo, a teoria da posse conjunta, da sociedade em comunhão, do condomínio, da copropriedade, do fundo pertencente a todos os sócios, entre outras, porém nenhuma que tenha adquirido o *status* da corrente de Mendonça.

Doutrinadores como Requião (2011) e Lucena (2003) filiam-se à citada teoria. Nas palavras de Requião (2011, p. 561):

nos filiamos à doutrina de Carvalho de Mendonça, que a considera como um direito de duplo aspecto: direito patrimonial e direito pessoal. O direito patrimonial é identificado como um crédito consistente em percepção de lucros durante a existência da sociedade e em particular na partilha da massa residual, decorrendo se sua liquidação final. Os direitos pessoais são os que decorrem do *status* de sócio.

Para Requião, o *status* de sócio se caracterizaria pelo direito de realizar todos os atos assegurados em lei, como, por exemplo, o direito de fiscalizar os atos de administração, o direito de administrar a sociedade, entre outros.

A teoria da copropriedade afirma que os sócios formariam um condomínio em relação às quotas, porém essa teoria cai por terra quando se sabe que, como dito acima, a partir da transferência dos bens, também é transferida a sua propriedade. Portanto, as quotas passam a ser da propriedade da sociedade.

Outra corrente minoritária e, consequentemente, bastante criticada, é a liderada por Leães (apud REQUIÃO, 2011, p. 562) que defende:

a cota social, considerada como objeto do direito em questão, consubstancial, portanto, bem incorpóreo, como diziam os romanos (*coisa quae in jure consistunt*), ou bem imaterial como hoje se diz; isto é, um valor que não se corporifica em coisas materiais, mas que é dotado de conteúdo econômico e relevância jurídica.

Diante dessa explanação, não restam dúvidas de que a corrente de Mendonça seria a mais aceita, visto que parece ser a mais sustentável, tendo em vista que, ao contribuir, o sócio gozará dos resultados de seu investimento, bem como terá direitos exclusivos de sócios.

## 2.2 DA INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL E DA DIVISÃO EM QUOTAS

Tratar-se-á neste momento das sociedades contratuais, ou seja, aquelas que são constituídas por meio de um contrato social, para poder explicar de que forma dá-se a formação do capital social das Sociedades Limitadas.

Primeiramente, faz-se necessário explicar qual a função do capital social, qual seja, servir como base da sociedade para poder garantir a consecução de seu objeto social. Em outras palavras, asseverar o desenvolvimento da atividade empresarial para obtenção do lucro.

Há ainda quem afirme que o capital social seria a garantia dos credores da sociedade, porém não é exatamente isso que vem ocorrendo e entrar nesse mérito não é cabível no presente trabalho. Segundo as palavras de Ramos (2012, p. 257):

o capital social corresponde ao montante de contribuições dos sócios para a sociedade, a fim de que ela possa cumprir seu objeto social. O capital social deve ser sempre expresso em moeda corrente nacional, e pode compreender dinheiro ou bens suscetíveis de avaliação pecuniária (bens móveis, imóveis, semoventes; materiais ou imateriais).

O contrato social da Sociedade Limitada, conforme dispõe o artigo 997, inciso III, do Código Civil, que se aplica subsidiariamente a essas sociedades, deverá obrigatoriamente conter qual o capital social da empresa, bem como definir a quota de cada sócio e o modo de realizá-la, visto que, conforme disposto no artigo 1.055, do Código Civil, “o capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio.”

As quotas sociais consistem na parte, no contingente de bens ou valores que cada sócio dispôs-se a contribuir para a formação do capital, ou seja, é o montante de contribuição que cada um se comprometeu em subscrever, bem como integralizar.

Neste sentido, estão as palavras de Negrão (2013, p. 38):

o patrimônio da sociedade é constituído por recursos pelos quais se obriga o sócio quando de seu ingresso no quadro social. Diz-se subscrito o capital prometido, mas ainda não integrado ao patrimônio da sociedade e integralizado o que efetivamente foi realizado pelos sócios a favor da sociedade.

É importante destacar que, diferentemente das Sociedades Simples, nas Sociedades Limitadas, não é admissível a quota representada por prestação de serviços, visto que há vedação expressa no artigo 1.055, §2º, do Código Civil. Dessa forma, o capital se forma à medida que os sócios se comprometem e se responsabilizam perante suas quotas, ou seja, estipulam quantas desejam, adquirem-nas e pagam por elas, efetivando suas contribuições.

Nas palavras de Abrão (2012), a quota, além de marcar a integralização, individualiza a contribuição e faz surgir novos direitos e deveres para o sócio.

Outro ponto de destaque e bastante discussão entre os juristas é o momento da integralização das quotas, visto que, aliando-se ao sistema alemão, o Brasil não estipulou momento exato para que isso ocorresse, permitindo tal estipulação ao livre-arbítrio dos sócios.

Entretanto, é de suma importância que os sócios realmente se preocupem em estabelecer, no ato do contrato social, qual será esse momento, visto que, só dessa forma, será possível a caracterização do sócio remisso, que nada mais é do que o sócio que não integraliza dentro do prazo estabelecido o montante que subscreveu.

Ainda é necessário citar o artigo 1.052, do Código Civil, que preconiza: “[...] na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”

A partir da leitura do referido artigo, entende-se que ainda que o sócio esteja devidamente quitado com suas obrigações, ou seja, tenha integralizado o valor que subscreveu, se algum outro deixar de fazê-lo, todos os sócios daquela sociedade serão responsáveis de forma solidária por toda a integralização do capital social subscrito.

Finalmente cumpre-se o proposto para esta explanação, citando a diferença existente entre capital social e patrimônio social. Conforme visto, o capital social é o montante de bens necessários para a consecução do objeto da sociedade; e o patrimônio social seria todos os bens pertencentes à sociedade, dos quais o capital social faz parte.

Ou seja, o patrimônio social vai além do capital social, visto que este se mantém fixo, salvo, obviamente, as possibilidades de aumento e redução; enquanto aquele vive em constante alteração, tendo em vista o sucesso ou insucesso da sociedade.

### 2.3 DA INCIDÊNCIA DE ÔNUS SOBRE AS QUOTAS

A incidência de ônus sobre as quotas não tem importância nas ilustrações doutrinárias acerca das Sociedades Limitadas. Corrêa-Lima (2006, p. 51) tenta explicar esse motivo da seguinte maneira:

a rarefação casuística sobre a incidência de ônus sobre as cotas da sociedade limitada justifica-se pela seguinte razão: essa incidência implica um potencial ingresso compulsório de estranhos na sociedade limitada; e isso pode parecer, à primeira vista, incompatível com o caráter de sociedade “de pessoas”, geralmente atribuído à sociedade limitada, na qual se mostra importante o elemento *affectio societatis*.

O assunto não é discutido quando se trata de Sociedade Limitada, tendo em vista o equívoco que se tem ao interpretar que a incidência de ônus irá gerar uma quebra do princípio da *affectio societatis*.

Entretanto, na praxe jurídica, não ocorre necessariamente dessa forma, visto que existem Sociedades Limitadas que possuem caráter de sociedade “de capital”, bem como não é só à primeira vista que a incidência de ônus é contrária ao elemento da *affectio societatis*. Ora, se a sociedade possuir um caráter de sociedade “de pessoas”, é perfeitamente aceitável que os sócios façam constar no contrato a impossibilidade de penhor, usufruto ou penhora – esta última que será objeto de discussão no próximo item – sobre as quotas.

De outra face, é possível que os sócios optem por um caráter *intuitu pecuniae*, com aplicação supletiva da Lei das Sociedades Anônimas e, consequentemente, a possibilidade das quotas sofrerem incidência de tais ônus, vez que há previsão expressa em artigos da citada lei acerca do usufruto, penhor, alienação fiduciária e fideicomisso das ações.

A título de ilustração, far-se-á neste momento uma breve explicação sobre o conceito de penhor e usufruto para, posteriormente, trazer as diversas opiniões existentes acerca desse tema.

Segundo descrição do artigo 1.431, do Código Civil, “constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação.”

Penhor se caracteriza, portanto, pela garantia de uma dívida por transferência da posse de coisa móvel do devedor ao credor. É importante destacar que essa coisa pode ser, por exemplo, corpórea, fungível, quinhão na coisa de propriedade comum, ações de companhias, entre outros.

Ferreira (1961 apud Lucena 2003, p. 390) posiciona-se pela insujeição da quota social a penhor, ou a outro direito real de garantia ao argumento de que não sendo as quotas representadas por títulos, como são as ações das companhias, não podem aquelas, ao contrário destas, ser objeto de penhor ou de outro direito real de garantia.

Por outro lado, outros doutrinadores defendem que não é pelo fato da quota não ser um título que não é possível o penhor. Ele só será proibido quando estipulado no contrato social e isso dependerá de como a sociedade se estabelecerá em relação à cessão de quotas.

De acordo com as palavras de Lucena (2003, p. 389),

se livremente cessível a quota, por expressa cláusula contratual ou por omissão o contrato, o penhor ou caução dar-se-ão também livremente. Se dependente a cessão de algum pré-requisito, a este também se submetem aquelas constrições. Se houver expressa proibição de cessão de quota, igualmente vedada restará à imposição de direito real limitado.

A partir do momento em que a quota é dada como garantia, ela será necessariamente cedida ao credor. Por isso que o penhor está intrinsecamente ligado à cessão das quotas. O usufruto, por sua vez, consoante entendimento de Gonçalves (2012, p. 478), “é o direito de usar uma coisa pertencente a outrem e de lhes perceber os frutos, ressalvada sua substância.”

Mais uma vez, a doutrina não fala expressamente da possibilidade de usufruto sobre quotas, apenas sobre ações, entretanto, alguns doutrinadores interpretam o artigo 1.390, do Código Civil, afirmando que, se a quota é considerada parte de um patrimônio social, ela é passível de usufruto.

Destaque-se que qualquer que seja o direito real sobre a quota, ele deverá ser averbado na Junta Comercial ou, em havendo livro de Registro de Quotas, a averbação do ônus deverá ser feito nele.

Para este estudo, é indispensável citar a penhora, que também é considerada um ônus possível de incidir sobre quotas, porém, tendo em vista sua importância prática, é a mais discutida na doutrina. Em virtude desse valor, o próximo item se debruçará sobre ela, ainda que a maioria dos juristas afirme que já é um assunto pacificado na jurisprudência brasileira.

### **3 DA IMPENHORABILIDADE DAS QUOTAS**

#### **3.1 PRINCÍPIO DA AFFECTIO SOCIETATIS**

Neste item, será abordado o elemento da *affectio societatis* que, embora já tenha sido citado anteriormente na explanação acerca da natureza jurídica das Sociedades Limitadas, necessita de uma explicação minuciosa sobre sua essência e importância, tendo em vista ser o ponto nodal a embasar a defesa da impenhorabilidade das quotas sociais.

Um dos principais deveres dos sócios é a cooperação recíproca que, nas palavras de Almeida (2009, p. 29),

se traduz na intenção de conjugarem esforços, ou a vontade de colaboração ativa dos sócios, é imprescindível à constituição da sociedade, manifestando-se no que Ulpiano denominou *affectio societatis*, isto é, vontade de se

constituírem em sociedade, que, a rigor, é o elemento subjetivo indispensável à formação do pacto societário [...].

Segundo o conceito de Negrão (2013, p. 39), “denomina-se *affectio societatis* ou *animus contrahendi* a disposição de o contraente participar da sociedade, contribuindoativamente à consecução de objeto comum, com vistas à partilha de lucros.”

Entretanto, a *affectio societatis* não se configura apenas pela responsabilidade em contribuir. Ela vai além, pois também “é caracterizada por uma vontade de união e aceitação de áleas comuns.” (REQUIÃO, 2011, p. 469). Posto isso, comprehende-se que ela seria um elo que mantém os sócios unidos com um mesmo fim, qual seja, obter resultados positivos para a sociedade. É o desejo expresso livremente por esses sócios em permanecerem unidos.

A presença desse elemento é mais forte nas chamadas sociedades “de pessoas”, nas quais estão incluídas as Sociedades Limitadas, pois, tendo em vista que essas sociedades são formadas por meio de um contrato social, as pessoas buscam constituí-las com alguém que possua atributos, mas, principalmente, em que possam confiar. Isso se confirma nas palavras de Ramos (2012, p. 222):

em algumas sociedades, a figura pessoal do sócio tem uma importância muito grande – a *affectio societatis*, ou seja, o “vínculo psicológico” que une os sócios é muito intenso – exercendo papel de relevo no próprio sucesso do empreendimento. Nessas sociedades, portanto, a entrada de uma pessoa estranha ao quadro social pode afetar seriamente o destino da empresa.

A permissibilidade da penhora de quotas sociais irá ocasionar a entrada de um estranho e, consequentemente, irá quebrar o vínculo existente entre os sócios primitivos, podendo gerar, como citado pelo doutrinador, graves consequências para a sociedade. Em outra passagem, Ramos (2012, p. 385) volta a reafirmar seu entendimento, ao explicar que

com efeito, em se tratando de uma sociedade de pessoas, na qual a entrada de estranhos ao quadro social depende da anuência dos demais sócios, a possibilidade de penhora de quotas pode acarretar um forte abalo no vínculo societário, podendo até mesmo fazer desaparecer a *affectio societatis*, o que culminaria na dissolução da sociedade.

Nesse sentido se encontra o julgamento de Carlos Alberto Menezes Direito, quando era Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

Sociedade de Responsabilidade Limitada. Dívida de Sócio. Penhora de Quotas. As quotas, em princípio, são penhoráveis. Havendo, entretanto, cláusula impediente, cumpre respeitar a vontade societária, preservando-se a *affectio societatis*, que restaria comprometida com a participação de um estranho não desejado. Recurso conhecido e provido. (Resp 148.947/MG. Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, 3<sup>a</sup> Turma DJ 29/04/2002).

É importante destacar que o julgamento, apesar de ter sido realizado antes da promulgação do atual Código Civil, ocorreu após o Código de Processo Civil de 1973, que dispõe, de forma expressa, acerca da possibilidade da penhora de quotas sociais. Dessa forma, é possível sentir a preocupação do julgador em relação às normas de direito material.

Ainda para aqueles que classificam a Sociedade Limitada como de natureza híbrida, ou seja, com características personalistas e capitalistas, é possível identificar a presença do elemento da *affectio societatis* quando a sociedade proibir a cessão de quotas, por exemplo.

No entanto, grande parte das decisões tem afastado a *affectio societatis* e, consequentemente, permitido a penhora de quotas para que elas respondam pelas dívidas particulares do sócio.

É inconcebível defender que a *affectio societatis* não é oponível contra a penhora de quotas. Logicamente é necessária uma análise do caso em concreto, entretanto, há de se ponderar que, no momento da constituição de uma Sociedade Limitada, os sócios apostam o sucesso da empresa no bom convívio entre eles, o que sempre reverterá em algo positivo para a sociedade.

Isto é, os direitos do credor devem ser resguardados. Não será a impenhorabilidade das quotas que o deixarão sem receber o que lhe é devido, entretanto, deve haver uma ponderação entre estes direitos e a *affectio societatis*, bem como se deve observar o princípio da preservação da empresa e o da execução menos gravosa.

Não se pretende defender que o sócio devedor deva ficar imune ao processo de execução, pois isso acarretaria em uma série de fraudes por parte daqueles que agissem com má-fé. Todavia, a penhora das quotas é o meio mais radical para se receber esse crédito, pois irá prejudicar não apenas o sócio, mas toda uma sociedade, que é fonte de riqueza e de emprego, ou seja, trabalha em benefício de toda sociedade.

É importante ressaltar que, com a penhora das quotas, a *affectio societatis*, como dito anteriormente, será rompida, gerando a entrada de um estranho ao quadro social ou até mesmo a dissolução da sociedade, nos casos de empresas com apenas dois sócios ou familiares, o que prejudicará muito mais gente do que se apenas o credor saísse prejudicado sem receber.

Apesar do discurso de que esse tema se encontra pacífico, ainda é possível encontrar julgados em que se percebe a sensibilidade do julgador em entender essa problemática, ou

seja, entender que a penhora das quotas vai muito além de prejudicar apenas a figura do sócio devedor. Exemplo disso é o julgado do Relator Joel Dias Figueira Júnior:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. SOCIEDADE LIMITADA. PENHORA DE QUOTAS SOCIAIS. CLÁUSULA DE IMPENHORABILIDADE POR DÍVIDAS PARTICULARES DE SÓCIOS. ENTIDADE FAMILIAR. SOCIEDADE INSTITUÍDA INTUITU PERSONAE. POSSIBILIDADE DE QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. EXEGESE DO ART. 1.026 C/C ART. 1.053, AMBOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL. INTELIGÊNCIA DO ART. 591 C/C ART. 648E ART. 649, I, TODOS DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Havendo cláusula expressa apontada em contrato social, há mais de 25 anos, acerca da impenhorabilidade das quotas da sociedade de responsabilidade limitada por dívidas particulares dos seus sócios, máxime em se tratando de entidade de caráter familiar, impossível recair sobre elas penhora judicial, sob pena de violação dos princípios da livre estipulação e da boa-fé. Admitir a penhora em hipótese como esta significa nada menos do que proferir decisão manifestamente contrária à regra de exceção insculpida no art. 649, I, do CPC, permissiva de gravame através de cláusula de impenhorabilidade por ato voluntário dos interessados. Ademais, apenas para argumentar, se alienada as cotas do sócio agravante, perderia a sociedade o seu caráter de entidade familiar, assim conservada há mais de cinco lustros, pondo em risco a tão decantada *affectio societatis* merecedora de ser preservada. Igualmente, não se perca de vista regra de direito positivado e máxima jurídica orientadora de equidade: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais e as exigências do bem comum" (art. 5º da LICC). Em arremate, a hipótese vertente há de ser interpretada sob a luz do novo Código Civil, artigo 1.026 c/c art. 1.053, concluindo-se que as constrições judiciais incidirão não sobre as cotas sociais, mas sim sobre o que couber ao devedor nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação. (AI 226324/SC Des. Rel. Joel Dias Figueira Junior, 1ª Câmara DJ 31/01/2006).

Seguindo a linha de raciocínio do referido Desembargador, comprehende-se que a forte presença da *affectio societatis*, bem como a definição da natureza jurídica da sociedade (nesse caso uma sociedade de pessoas) são critérios decisivos para se proibir a penhora das quotas sociais.

Isso é facilmente perceptível nas correntes doutrinárias que se firmaram em relação ao assunto, associando a possibilidade de penhora com a natureza jurídica da Sociedade Limitada.

A primeira corrente, que entende ser a Sociedade Limitada *intuitu personae*, sustenta uma radical impenhorabilidade das quotas, tendo em vista a preservação da *affectio societatis* e, consequentemente, da confiança entre os sócios, pois a entrada de um estranho nos quadros sociais iria de encontro a isso.

A segunda corrente, que defende a natureza *intuitu pecuniae*, entende ser plenamente possível à penhora das quotas, sob a alegação de que a pessoa do sócio tão pouco importa, portanto, a entrada de um estranho não interferiria no desenvolvimento da sociedade.

A terceira e última corrente defende a natureza híbrida das Sociedades Limitadas e argumenta que a possibilidade ou não da penhora das quotas depende do contrato social da empresa, ou seja, se o contrato permitir a cessão de quotas, a penhora é possível, visto que

isso caracterizaria uma sociedade de capital; caso contrário, a sociedade seria de pessoas e as quotas, consequentemente, consideradas impenhoráveis.

Por oportuno, faz-se mister citar a questão da cessão das quotas, vez que alguns doutrinadores condicionam a possibilidade da penhora ao instituto da cessão de quotas. Até o Supremo Tribunal Federal, inclusive, já julgou admitindo essa correlação.

Como é sabido, o artigo 1.057 do Código Civil estabelece que

Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

Parágrafo único. A cessão terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do art. 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes.

De uma simples interpretação do dispositivo em comento, é possível asseverar que a regra é que o contrato social traga suas peculiaridades em relação à cessão das quotas e, em não possuindo, elas serão cessíveis se não houver oposição de mais de um quarto do capital social.

Ao estabelecer uma relação entre a cessão e a penhora de quotas, Requião (2011) afirma que, se o contrato for omissivo ou permitir a cessão de quotas, está descaracterizada a preocupação dos sócios em relação à entrada de estranhos no quadro social. Em razão disso, a sociedade teria característica de sociedade de capital e suas quotas seriam consideradas penhoráveis.

Por outro lado, se houver proibição expressa no contrato social, quanto à acessibilidade de quotas a terceiros, está clara a natureza jurídica *intuitu personae* da sociedade e a importância da *affectio societatis*. Nesses casos, as quotas devem ser consideradas impenhoráveis.

Destaque-se que também era dessa forma a compreensão de Borges (1959, apud CORRÊA-LIMA 2006, p. 54), ao afirmar que, “[...] se o contrato proibir a cessão das quotas, segue-se que elas são inalienáveis, não podendo ser nem apenhadas nem penhoradas [...].”

Corroborando com todas as ideias expostas anteriormente, encontra-se o entendimento de Lucena (2003, p. 374):

É que a impenhorabilidade da cota, a meu ver, funda-se não só na lei, como na formação *intuitus personae* da sociedade. A lei quer evitar que estranhos participem da sociedade, independentemente do consentimento dos demais sócios, podendo o estranho vir a ser um futuro elemento de discórdia, ou não trazer os mesmos elementos pessoais que possui o proprietário da cota a ser penhorada. Mas, se os próprios membros da sociedade abrem mão desta

garantia, possibilitando a transferência da cota a estranhos, já não há razão jurídica ou moral para impedir a venda judicial da parte do sócio devedor.

Fica a dúvida porque a *affectio societatis* é protegida quando se trata de cessão de quotas a terceiro, mas é dispensada pelos doutrinadores na temática acerca da penhora de quotas, visto que, em ambos os casos, haverá entrada indesejada de terceiros estranhos ao quadro social.

Há ainda outra teoria em defesa da impenhorabilidade das quotas sociais, que se baseia na argumentação de que o capital social é patrimônio pertencente à sociedade e não aos sócios. Os que a defende entendem que, uma vez integralizado, o capital social de cada sócio perde sua individualidade, não mais pertencendo àquela pessoa, mas sim à sociedade, sendo, portanto, impossível a sua penhora por dívida particular do sócio.

Quem sempre sustentou essa teoria e a insubordinação do capital social para pagamento de dívida particular de sócio foi Mendonça (1953 apud ALMEIDA, 2009, p. 107), ao afirmar que

O patrimônio social constitui universalidade de direito, encabeçada na sociedade à qual pertence.

Do fato de a sociedade ter patrimônio autônomo, seguem-se os corolários seguintes, especialmente aplicáveis às sociedades em que há sócios de responsabilidade ilimitada:

1º) o patrimônio da sociedade serve de garantia exclusiva aos seus credores.

Os credores particulares dos sócios nenhum direito têm sobre esse patrimônio, ainda no caso de falência; não podem perturbar a marcha da sociedade.

Daí, ainda se deduz:

a) o credor do sócio não pode penhorar bens sociais por dívidas particulares desse seu devedor.

Nesse entendimento, se a *affectio societatis* e a figura do sócio são tão importantes quando da constituição da Sociedade Limitada, elas deverão ser, portanto, preservadas para que haja um bom desempenho da empresa. Essa preservação deverá, primordialmente, começar pela impossibilidade de se penhorar as quotas sociais.

### 3.2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA PENHORA DAS QUOTAS

Nos ensinamentos de Moreira (1997 apud CÂMARA, 2010, p. 282), penhora é “o ato pelo qual se apreendem bens para empregá-los, de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito exequendo”, ou seja, é um ato do procedimento de execução, no qual o devedor é

solvente, porém não cumpre com sua obrigação, sendo a penhora a única maneira de garantir que o credor receba o que lhe é devido.

É importante destacar que os bens a serem penhorados podem ser materiais ou imateriais, desde que tenham valor econômico, sejam alienáveis, isto é, possam ser vendidos judicialmente, objetivando a satisfação do crédito com o valor recebido e, obviamente, não sejam impenhoráveis.

Segundo preleciona o artigo 591 do Código de Processo Civil, “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

Entenda-se como restrição estabelecida em lei, por exemplo, a questão que envolve os bens impenhoráveis. De acordo com o artigo 649, I, também do Código supracitado, são absolutamente impenhoráveis os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução.

Os bens inalienáveis privados, dos quais são exemplos as quotas sociais, podem assim ser definidos por determinação da lei ou por ato voluntário. Já os bens não sujeitos à execução tornaram-se impenhoráveis por um ato de vontade também de particulares.

Ora, aqui se encontra o primeiro e mais forte argumento para sustentação da impenhorabilidade das quotas sociais. Sendo as quotas bens privados, os sócios têm todo direito de fazer constar, no contrato social da empresa, que elas serão inalienáveis e, consequentemente, impenhoráveis, ou ainda podem estipular uma cláusula de impenhorabilidade.

A argumentação quanto à cessão das quotas também é oportuna nesse momento, tendo em vista que, restringida a cessão das quotas, estas se tornam inalienáveis e, consequentemente, impenhoráveis, pois foram declaradas, por ato voluntário, não sujeitas à execução.

É, em razão do reconhecimento dessa impenhorabilidade, que se critica a nova redação do art. 655 do Código de Processo Civil e aqueles que entendem ser possível a penhora de quotas de sociedades limitadas de forma genérica. A verificação da penhorabilidade das quotas exige uma análise do contrato social. Se constatada no contrato social alguma restrição, ainda que parcial, para a cessão de quotas a terceiros, já ficaria caracterizada a impenhorabilidade dos direitos pessoais do sócio, nos termos do art. 649, inc. I, do Código de Processo Civil. (LEITE, 2010, p. 84).

Há quem critique ferrenhamente esta teoria, a exemplo de Câmara (2010), que defende que isso daria margem para que sócios mal-intencionados transferissem todos os seus bens para a formação do capital social, utilizando-se da sociedade para fraudar execuções de seus credores. No entanto, não se pode olvidar que o que se presume é a boa-fé, ou seja, os sócios não podem ser privados do direito de declarar as quotas inalienáveis ou impenhoráveis, em detrimento daqueles desonestos que se utilizam disso em proveito próprio.

Obviamente, deve ser observado cada caso concreto, isto é, se o magistrado perceber, através do constante nos autos, que o sócio devedor se utilizou disso com má-fé, para fraudar uma possível execução, deverá desconsiderar inversamente à personalidade jurídica da sociedade, o que ocasionará na sua liquidação e, assim, será possível a penhora dos haveres do sócio.

A desconsideração visa atingir a responsabilidade dos sócios, pois, nas palavras de Requião (2011, p. 449):

[...] visam a impedir a consumação de fraudes e abusos de direitos cometidos através da personalidade jurídica, como, por exemplo, a transmissão fraudulenta do patrimônio do devedor para o capital de uma pessoa jurídica, para ocasionar prejuízos a terceiros.

Abrão (2013) não nega o caráter de validade das cláusulas de impenhorabilidade ou incomunicabilidade, apenas se preocupa com a sua eficácia, destacando que podem ser um elemento para tornar o sócio devedor uma pessoa irresponsável pelos negócios praticados. Porém, ainda destaca que se deve buscar, no caso concreto, harmonizar esses preceitos, visando à proteção dos credores e a continuação da empresa.

Por outro lado, se ocorrer da sociedade não se preocupar em estabelecer cláusula de inalienabilidade ou de impenhorabilidade, ainda assim o magistrado deverá ser sensível a ponto de não penhorar as quotas sociais, cumprindo, portanto, o disposto no artigo 620 do Código de Processo Civil, que preleciona: “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

Isso porque, conforme defendido anteriormente, a penhora das quotas irá prejudicar não apenas o devedor, mas toda uma sociedade. Neste sentido, defende Requião (2011, p. 567):

o que não se pode admitir, entretanto, é que, a pretexto de pagar o credor, com bens da sociedade, se prejudique a empresa, a quem se tem exaltado como instrumento em benefício da coletividade. A doutrina que admite a penhora, pura e simples, de quotas do sócio, em execução por dívidas particulares, é, pois, retrógrada, além de ilegal.

Indispensável se faz citar o artigo 655, VI do Código em comento, que inclui as ações e quotas de sociedades empresariais no rol de bens passíveis de penhora. Para muitos doutrinadores, essa previsão por si só já quebraria todo o argumento utilizado até aqui, entretanto, entende-se que isso foi um grande erro do legislador de 1973, vez que fragiliza as Sociedades Limitadas que não são constituídas com a mesma natureza jurídica das Sociedades Anônimas.

Observe-se que, no *caput* do artigo retocitado, o legislador estabelece que a penhora deva obedecer, preferencialmente, a ordem posta, entretanto, muitos julgadores penhoraram as quotas de plano, afirmando que, diante do advérbio existente na dicção legal, não há obrigatoriedade em seguir aquela ordem. Dessa forma, é possível perceber uma despreocupação do julgador em relação à preservação de empresas, visto que, se o devedor possui outros bens penhoráveis, não há explicação para se buscar a execução mais gravosa para ele, assim como para a sociedade da qual faz parte.

Considerando-se que há magistrados que são radicalmente favoráveis à penhora de quotas e que, consequentemente, não respeitam o princípio da função social da empresa, ou ainda, que não existe nenhum outro bem em nome do sócio, há uma solução para que não ocorra a entrada de estranhos ao quadro social.

Essa solução tem previsão no artigo 651, também do Código de Processo Civil, que dispõe: “antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.”

Depreende-se do citado artigo que é possível que o devedor ou qualquer sócio possa efetuar o pagamento da dívida. Essa interpretação extensiva é defendida por Castro (1941, apud ABRÃO, 2012, p. 131), ao afirmar que

não se deve tirar a conclusão de que só ao executado seja lícito remir a execução. É princípio de direito que o pagamento tanto pode ser efetuado pelo próprio devedor, como por qualquer terceiro, interessado, ou não. O credor não pode recusar o pagamento, qualquer que seja a pessoa que se proponha a saldar a dívida.

Nesse sentido entende Campinho (2000, p.87), ao defender que

Não se pode, por outro lado, olvidar dos nefastos efeitos que a arrematação das quotas em hasta pública poderia vir a provocar na *affectio societatis*, com o ingresso compulsório de terceiro não sócio, tendo, assim, os demais sócios que prostradamente assistir a admissão de um novo sócio, quando o caráter que quiseram impor à sociedade seria o personalista, vedando a livre cessão de quotas.

Temos professado que a solução mais justa, que atenderia os interesses das partes envolvidas - credor particular do sócio e os demais sócios do devedor -, estando revestida de plena legalidade, seria a de permitir a penhora das quotas, assegurando à sociedade o direito de remir a execução como terceira interessada [...].

Se o juiz permitir a penhora das quotas sociais, em virtude de absoluta falta de outros bens em nome do devedor que sejam passíveis de penhora, poderão os sócios ou a própria sociedade remir a dívida, evitando a quebra da *affectio societatis* e se subrogando nos direitos do credor. No entanto, essa é uma solução frágil, visto que, se a sociedade ou os demais sócios estiverem impossibilitados financeiramente de realizar essa remissão, ficarão completamente sujeitos à entrada do terceiro estranho.

Outro caminho, para se evitar que a entrada de estranho se efetive, é conceder, aos sócios ou a própria sociedade, a preferência na aquisição das quotas na alienação judicial, conforme dicção dos artigos 1.117, 1.118 e 1.119, todos do Código de Processo Civil.

A preferência aos sócios também está prevista no artigo 685-A, §4º, do citado Código, que preleciona que “no caso de penhora de quotas, procedida por exequente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios.”

Frise-se o entendimento de não aceitar cabível que o processo chegue a tal ponto, visto que existe a possibilidade de nem a sociedade nem os próprios sócios, a depender da situação financeira em que se encontrem, terem condições de remir a execução ou adquirir as quotas. Nesse caso, a sociedade ficará a mercê da entrada de um novo sócio.

É interessante observar que a maioria dos juristas que defende a penhora das quotas sociais busca sempre uma solução para evitar a entrada de estranhos na sociedade, pois se preocupam com a *affectio societatis*. No entanto, possuem uma visão muito restrita das normas de direito processual, o que não lhes permite uma melhor aplicação do direito material.

Cite-se, ainda, que, além de toda discussão acerca da possibilidade ou não da penhora de quotas, há questionamentos por parte da doutrina se esse seria um caminho interessante para o credor, visto que, se a penhora de quotas e o ingresso do estranho são permitidos, como muitos defendem, dependendo da situação econômica da sociedade, o credor, além de não receber seu crédito em dinheiro, ainda poderia ter muita dor de cabeça.

Assim é o entendimento de Bulgarelli (1996, apud ALMEIDA, 2010, p. 63):

A quota não constitui um direito de crédito, ou um crédito contra a sociedade; trata-se de uma parte ideal do capital social, que gera, quando

muito, uma expectativa de direito do seu recebimento, quando da liquidação da sociedade e se houver numerário. Por outro lado, a quota confere ao seu titular o direito de sócio, ou como mais modernamente se diz, o status de sócio, considerado como um conjunto de direitos e obrigações. Sendo assim, se de um lado não se pode obrigar que a sociedade aceite um sócio que lhe é imposto por constrição judicial, em substituição ao que efetivamente existe, em segundo lugar, não se vê das vantagens do credor em aceitar pagamento do seu crédito, um direito de participação societária, que não só lhe acarretará direitos, mas também obrigações.

Abrão (2013, p.47) também demonstra sua preocupação, ao afirmar que

[...] fluem aspectos positivos e negativos relativos à constrição, porquanto se a empresa mostrar sinais de inadimplemento, ou tiver passivo elevado, nada interessará ao credor assumir a constrição, já que o balanço especial não lhe proporcionará valor correspondente ao cobrado.

Isso tudo porque, conforme explica Abrão, se a sociedade estiver com alto nível de endividamento, o credor sentirá todos os reflexos dos percalços da posição de sócio assumida. Dessa forma, é necessária também uma avaliação por parte do credor para ver se é realmente isso que ele deseja.

### 3.3 ALTERNATIVAS À PENHORA DAS QUOTAS

Diante de tudo o que já foi discutido, em alguns casos, resta a dúvida se, com a defesa de que a quota é impenhorável, o credor deixaria de receber o que lhe é devido. Logicamente que não. O juiz deverá buscar a melhor solução que se assemelha ao caso entre as que serão expostas a seguir:

Preocupa a alguns juízes, pressionados pelas partes, o fato de que, não existindo outros bens do devedor-quotista, ficará ele imune ao processo de execução, apresentando-se como aparente devedor insolvente. Não, não é assim. A penhora deve recair sobre os créditos que o devedor possuir em conta corrente da sociedade, ou sobre os lucros que da sociedade resultar, após o balanço. Se estes não ocorrerem, a penhora somente poderá ser feita na liquidação da sociedade, sobre o produto líquido que couber em pagamento ao cotista-devedor. (REQUIÃO, 2011, p. 566).

A argumentação a ser apresentada consiste em soluções para uma execução menos gravosa, evitando-se, assim, que a penhora recaia sobre a quota, pois, como já fora amplamente defendido aqui, não se vê possibilidade para que isso ocorra sem que a sociedade seja prejudicada.

É sabido, e já fora explicado anteriormente, que o artigo 1.053, *caput* do Código Civil, estabeleceu que, na omissão contratual, serão aplicadas subsidiariamente, às Sociedades Limitadas, as regras das Sociedades Simples.

Diante disso, destaque-se a solução apresentada no artigo 1.026, *caput* do Código Civil, que pode ser aplicado subsidiariamente e preleciona que “o credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação.”

Do disposto acima, depreende-se que apenas na falta absoluta de outros bens ou sendo eles insuficientes é que a execução recairá sobre os direitos do sócio na sociedade, o que demonstrou a sabedoria do legislador em preservar os bens sociais, reconhecendo que eles são importantes não apenas para o sócio devedor, como também para a sociedade, sem deixar de lado o direito do credor em ver satisfeita a obrigação.

Prudente e sábia a exigência. Se há outros bens livres, de execução simples e linear, por que se expropriarem as quotas, conhecidas que são as dificuldades para essa expropriação e os transtornos que esta causa à sociedade e aos consócios, terceiros alheios à dívida particular do sócio e que são então atingidos pela inadimplência deste? (LUCENA, 2003, p. 386).

Em situações como essa, o credor não ingressará no quadro social, apenas receberá os lucros que couberem ao devedor na sociedade ou os seus haveres, se a sociedade estiver em liquidação. Por outro lado, Câmara (2010) entende ser um retrocesso legislativo, afirmando que, se a execução só poderá recair sobre os lucros na insuficiência de outros bens que integrem o patrimônio do devedor, está-se diante de uma impenhorabilidade relativa dos fundos líquidos a que o sócio tenha direito.

Saliente-se a contradição existente entre a lei processual e a norma material. Conforme visto, o artigo 655, VI, do Código Civil, preconiza a possibilidade de penhorar a quota de uma forma abrangente. No entanto, a legislação civil dispõe que só será possível a penhora dos lucros e haveres. E isso só ocorrerá na insuficiência de outros bens.

Nesse ínterim, cite-se a diferença existente entre quota social, fundo social e fundo líquido, já que esses conceitos não se confundem.

Quota social significa parte, parcela fixa e determinada de alguma coisa. No âmbito das sociedades comerciais representa a parcela de um sócio, o contingente com o qual o sócio contribui para a formação do capital social. Fundo social é a totalidade dos bens que compõem o patrimônio da sociedade. Fundo líquido é o saldo à disposição do sócio. (ALMEIDA, 2009, p. 113).

Nesse ponto, torna-se importante a lição de Mendonça retrotranscrita, na qual ele afirma ser a quota um direito patrimonial e pessoal. A penhora nunca recairá sobre o direito pessoal, qual seja, fazer parte do quadro social, apenas será possível sobre o direito patrimonial que seriam os lucros disponíveis, dos quais o artigo 1.026 refere-se. “A qualidade

de sócio nos parece que, inegavelmente, é personalíssima e, assim, nas sociedades *intuitu personae*, não pode ser expropriada e transferida a terceiro por arrematação em execução forçada.” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 287).

Para o doutrinador supracitado, a participação do devedor na sociedade, ou seja, o valor econômico e os haveres não podem ser sonegados à responsabilidade patrimonial. Em suma, o credor terá direito apenas aos lucros líquidos ou aos haveres, no caso da insuficiência de bens, mas jamais se investirá do *status* de sócio. Só assim a *affectio societatis* será protegida e a sociedade permanecerá com seu quadro social.

A segunda e última solução seria a dissolução parcial da sociedade. Entende-se que seja a mais penosa para a sociedade e, principalmente, para o sócio devedor, no entanto, é muito menos gravosa que a entrada de estranho alheio à sociedade. Isso porque, a depender da forma como os demais sócios se relacionassem com o terceiro estranho, a sociedade poderia ser imediatamente dissolvida, gerando inúmeros prejuízos. Entretanto, a dissolução parcial foi uma forma encontrada pelo legislador para preservar a empresa, visto que, nesse caso, apenas o sócio devedor será retirado.

Coelho (2011, p. 493) defende o que deve ser da preocupação de todos:

Enquanto a empresa é ativa, os trabalhadores mantêm seus empregos, o fisco arrecada e os consumidores têm acesso aos bens e serviços de que necessitam. Além deles, pode depender da manutenção da atividade empresarial uma série de pequenas outras empresas, geradoras não só de renda, para pequenos e médios empreendedores, mas também de empregos indiretos.

Para o doutrinador:

O princípio da preservação da empresa orientou a consolidação, na doutrina e na jurisprudência, da figura da dissolução parcial. Por meio dela, superam-se problemas surgidos entre os sócios, sem o comprometimento da existência da sociedade, e, em consequência, garantindo a preservação da atividade econômica da empresa por ela explorada. (p. 494).

Nesse diapasão, encontra-se o disposto no artigo 1.026, parágrafo único do Código Civil, que preleciona: “se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do artigo 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação.”

Deduz-se que apenas na ausência ou insuficiência de bens penhoráveis, na falta de lucros ou se a sociedade não tiver sido dissolvida, é que se torna possível ao credor requerer ao juiz a liquidação da quota do sócio devedor e a consequente dissolução parcial da sociedade.

A própria sociedade efetuará a liquidação da quota com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado. O valor suficiente à satisfação do crédito exequendo será depositado em dinheiro e o sócio devedor, excluído de pleno direito da sociedade, conforme disposto no parágrafo único do artigo 1.030.

Para Nerilo (2004, p. 83),

Isso significará um arrombamento no patrimônio societário, já que a dissolução parcial implica diminuição do patrimônio (consequentemente, do capital social). Se o sócio devedor for o detentor de parte mínima das quotas, seu quinhão não representará grande coisa, porém, se for ele um dos majoritários, a sua exclusão pode significar a inviabilização da atividade empresarial [...].

É por esse motivo que se entende que o juiz só deverá acolher essa pretensão em último caso, quando realmente não houver nenhum outro bem disponível em nome do devedor, visto que, apesar de não entrar um estranho, o quadro social da empresa, bem como o seu capital social, serão alterados com a saída do sócio devedor.

Qualquer dessas soluções deverá ser aplicada com a devida cautela, de forma a garantir um melhor julgamento para o conflito de interesses posto em juízo, ou seja, deve-se garantir ao credor a satisfação do seu crédito, bem como se deve garantir aos sócios e à sociedade, da qual o devedor faz parte, o mínimo de prejuízo ao seu desenvolvimento.

## CONCLUSÃO

Após toda pesquisa feita, pode-se confirmar a impressão que se tem antes da realização de um estudo acerca do tema: a discussão envolvendo a penhora de quotas das Sociedades Limitadas está longe de ser pacificada na doutrina e na jurisprudência, visto que há muitas minúcias que devem ser observadas, para que possa haver um julgamento justo.

Entendendo que essas sociedades possuem natureza jurídica de sociedade de pessoas, ao perceber que, na praxe comercial, os sócios se unem pela confiança que possuem uns nos outros, já se pode afirmar que a penhora de quotas quebraria esta confiança, pois permitiria a entrada de um estranho ao quadro social.

Nas sociedades, é forte a presença do elemento da *affectio societatis*, que se caracteriza justamente pela confiança e pela disposição em participar da sociedade, juntamente com aqueles sócios pré-estabelecidos. Entende-se, portanto, pela

impenhorabilidade das quotas, visando à preservação da empresa, visto que a entrada de um terceiro pode ser o motivo para o seu fim.

Dessa forma, tem-se que a penhora de quotas é um assunto que não envolve apenas a figura do credor e do devedor, mas também a continuação ou não da sociedade. Por isso se torna uma discussão acadêmica tão interessante, que merece, também, um olhar mais atento por parte dos juristas brasileiros.

Isso porque a jurisprudência pouco tem se importado com a situação das empresas ao permitir a penhora de quotas, fazendo isso de uma forma sistemática, quando, inclusive, o devedor possui outros bens em seu patrimônio que não somente as quotas.

Assim, o julgador deve ter um olhar mais amplo e mais sensível, isto é, observando a situação patrimonial do devedor, a situação da empresa, da qual ele faz parte, bem como observar o seu contrato social, uma vez que os sócios podem ter proibido expressamente a cessão das quotas a terceiros, tornando-as inalienáveis e, consequentemente, impenhoráveis.

Também se deve ter um olhar atento em relação ao credor, que não pode ver o devedor imune ao processo de execução. Diante disto, entende-se ser possível a penhora apenas dos lucros que pertencem ao sócio devedor ou sobre os seus haveres, cumprindo-se o disposto no artigo 1.026, *caput*, do Código Civil. Ou ainda a dissolução parcial da sociedade, com a liquidação da quota do sócio devedor e o seu depósito no juízo na execução, que deve ser vista com cautela, pois acarreta a retirada do sócio e a redução do capital social, porém ainda é uma alternativa mais saudável que a entrada do credor na sociedade.

Diante de tudo o que foi pesquisado, conclui-se pela impenhorabilidade das quotas sociais. Isso tendo em vista a preservação do princípio da *affectio societatis* e o prejuízo que se causaria à sociedade e aos demais sócios, não permitindo que o credor saia prejudicado do processo de execução, pois lhe garante outros meios para receber o que lhe é devido.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Penhora de Quotas de Sociedade Limitada.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ABRÃO, Nelson. **Sociedades Limitadas.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de Bens de Sócios.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das Sociedades Comerciais - Direito de Empresa.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Civil (2002). In: ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum.** 17. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). In: ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum.** 17. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 148.947/MG.** Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 29/04/2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº 226324/SC.** Desembargador Relator Joel Dias Figueira Junior, DJ 31/01/2006.

BRITO, Cristiano Gomes de. **Sociedade Limitada e Cessão de Quotas.** Curitiba: Juruá, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 2 v.

CAMPINHO, Sérgio. **Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 2 v.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade Limitada.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 5 v.

LEITE, Thaís de Campos. Penhorabilidade de Quotas das Sociedades Limitadas e o Princípio da Menor Onerosidade ao Devedor. **Revista de Direito Empresarial.** Curitiba, n. 13, p. 77-96, jan. - jun., 2010.

LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito Empresarial: estudo unificado.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. **Manual da Sociedade Limitada no Novo Código Civil.** 3. ed. Curitiba, Juruá, 2004.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado.** 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência.** 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 2 v.

**A FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO**  
**EM BUSCA DO SENTIDO DE UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO CONSTITUCIONALMENTE**  
**ADEQUADA**

Marcelo Barros Jobim

Professor de Direito Constitucional. Mestre em  
 Direito Público pela UFPE. Assessor Jurídico do  
 Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

**RESUMO :** *Este artigo é uma contribuição para se desenvolver as bases de uma compreensão de uma teoria da constituição constitucionalmente adequada e é inspirado no constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho. Ele parte de uma análise da formação do Estado brasileiro, começando por uma crítica da ideia de “descobrimento” do Brasil, até a consolidação da República. Ele aborda cada momento da história política brasileira por um ponto de vista de algumas teorias constitucionais clássicas e de alguns pensadores brasileiros. Ele pretende mostrar que apenas pela sua história é possível compreender um genuíno constitucionalismo do Brasil, ou seja, quando se discute sua cultura e sua realidade social e política.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *História do Brasil. Constitucionalismo. Teoria da Constituição.*

**ABSTRACT:** *This article is a contribution to develop the basis of a comprehension about a theory of constitution constitutionally adequate and it's inspired at J. J. Gomes Canotilho, the Portuguese constitutionalist. It goes from an analyze of the formation of Brazilian State starting by a critical of an idea of Brazilian “discovery” until the Republic consolidation. It addresses each moment of the Brazilian politic historic by a point of view of some classic constitutional theories and some Brazilian thinkers. It intends to show that just by its history it's possible to understand a genuine constitutionalism of Brazil, namely, when it discusses its culture and its social and politic reality.*

**KEYWORDS:** *History of Brazil. Constitutionalism. Constitutional Theory.*

[...]pourquoi négligerions-nous le vrai type du bon, pour nous en tenir à imiter une copie? Elevons-nous tout d'un coup à l'ambition de vouloir nous-mêmes servir d'exemple aux nations.<sup>56</sup>

Sieyès

## 1 O ETERNO DESCOBRIMENTO DO BRASIL

É realmente possível conhecer o Brasil por meio de sua História? É possível e válido avaliar a evolução político-constitucional brasileira a partir de teorias constitucionais

---

<sup>56</sup> “[...] por que negligenciaríamos o verdadeiro modelo do bem, limitando-nos a imitar uma cópia? Elevemo-nos de uma vez à ambição de querermos nós mesmos servir de exemplo às nações”. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que Le Tiers État?* Paris: Éditions du Boucher, 2002, p. 46.

tradicionalis? Se possível, como identificar a existência de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada à realidade histórica e social brasileira?<sup>57</sup>

São questões dessa natureza que nos aventuramos a enfrentar neste trabalho. Sem desmerecer os esforços teóricos de importantes pensadores da teoria constitucional, procuramos filtrar suas ideias, e associá-las ao pensamento de autores brasileiros, com o escopo de melhor interpretar a experiência constitucional do Brasil ao longo do tempo.

Seguindo a proposta da presente coletânea, que pretende trazer temas metajurídicos para a compreensão do universo do Direito, e ao mesmo tempo em sintonia com a meta do estudo ora desenvolvido de fazer uma análise da teoria constitucional a partir da contribuição de pensadores brasileiros, fazemos nossa a observação do mestre Bonavides (2008, p. 19):

Não é unicamente a economia, nem exclusivamente a sociologia, nem tampouco a ciência política que se acham capacitados a nos ministrar essa modalidade de subsídios básicos, senão também a história constitucional propriamente dita, aquela volvida para a experiência política do passado, obrigando-nos a reflexões críticas, arrastando-nos sobretudo à avaliação de erros e acertos, acerca dos quais uma estimativa de consciência nos forraria de repeti-los, conjurando por essa via desastres, surpresas e emboscadas.

Num artigo publicado em periódico com circulação em Alagoas, sob o título “Que História é Essa?”, em abril de 2000, ou seja, durante as comemorações dos 500 anos do Brasil, formulei algumas observações pertinentes. É justamente a partir desse texto que reproduzo os pontos para estabelecer as ideias iniciais do presente estudo.

Entendo que não se deve confundir verdade com realidade e que é necessário ter a noção de que a História não é apenas uma análise fria e oficial do passado. Devemos, sim, construí-la no dia-a-dia para que no futuro ela não seja ensinada de outra forma.

Em primeiro lugar, da polêmica para saber se foi Cabral ou Pinzón quem primeiro chegou realmente em Porto Seguro, ou em Cabo de Santo Agostinho, ou em qualquer outro lugar, o que se pode dizer é que na verdade esse lugar não foi no Brasil... ainda. Considero equivocada a expressão “descobrimento do Brasil”, porque não se poderia descobrir o que não existia, ou seja, um País ou um Estado nacional. Na verdade, a descoberta foi a de uma terra apenas habitada por índios.

---

<sup>57</sup>A ideia de uma “teoria da constituição constitucionalmente adequada” é originada da teoria da constituição dirigente de Canotilho (1994, p. 154), para quem “a compreensão da constituição só ganha sentido teórico-prático quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país.”

Não estou a desmerecer a figura dos primeiros habitantes desta belíssima terra que, séculos depois da chegada dos europeus, veio a se transformar em território de um sofrido País. Até porque, do estudo de Teoria Geral do Estado, depreende-se que Nação é todo território devidamente habitado por uma população de mesma língua, cultura e costumes.

A diferenciação entre Estado e Nação já foi enfrentada por diversos autores, dentre eles Dallari (2006, p. 137), que nos traz a seguinte lição:

Em conclusão, o Estado é uma sociedade e a Nação uma comunidade, havendo, portanto, uma diferença essencial entre ambos, não se podendo dizer, com propriedade, que o Estado é uma Nação ou que é um produto da evolução desta. Para obter maior integração de seu povo, e assim reduzir as causas de conflitos, os Estados procuram criar uma *imagem nacional*, simbólica e de efeitos emocionais, a fim de que os componentes da sociedade política se sintam mais solidários.

[...]

Assim, a submissão a um governo comum, o uso da mesma língua, a aceitação de muitos valores culturais comuns, bem como a comunidade de interesses, tudo isso é insuficiente para fazer do Estado uma Nação, mas é útil para a obtenção de maior solidariedade na persecução dos objetivos da sociedade política.

Se identificarmos as características acima de Nação nas comunidades nativas formada pelos índios, podemos dizer que o que foi realmente “descoberto”, no sentido etimológico da palavra, foi uma terra povoada por *nações indígenas*.<sup>58</sup> Interessante constatar a presença de outros povos nesta terra que, na visão dos portugueses, era recém-descoberta. Ninguém melhor do que um pertencente à cultura indígena para nos contar essa parte da história:

Ao longo de cerca de 5.000 anos, até a chegada dos portugueses, muitos povos vindos do outro lado do oceano passaram pelo Brasil. Alguns vinham comercializar com os antigos daqui, outros vieram se aventurar, e outros ainda realizar operações até hoje misteriosas para os estudiosos, além de colonizações esparsas. Por aqui aportaram egípcios, cananeus, tártaros, babilônios, fenícios, hititas, hebreus. A presença deles está registrada em escritas rúnicas em pedras milenares, ou seja, a escrita dos vikings, assim também em escritas de características fenícias, hebraicas, tártaras. (JACUPÉ, 1998, p.45).

Sendo mais realista, a nossa formação como Estado brasileiro foi fruto da usurpação de uma cultura, cujos massacres já foram retratados em obras literárias e filmes, com destaque para o fato histórico da “conquista” dos sete povos das missões, no Rio Grande do Sul, início do século XIX.

---

<sup>58</sup>Observe-se a característica da solidariedade apontada por Dallari, a fim de identificar o conceito de Nação, e a referência à “tradição solidária dos grupos indígenas”, feita por Darcy Ribeiro (1995, p. 170).

A importância desse raciocínio é a compreensão de que, na verdade, o Brasil não foi descoberto, mas sim elaborado, *construído* ou formado e, ainda, só a partir de três décadas depois do descobrimento das nações indígenas. Quer dizer, deve-se evitar a noção de que ele tenha aparecido, de uma vez, a partir do momento em que os portugueses viram impossibilitado o comércio de especiarias com as Índias e iniciaram a colonização.<sup>59</sup> Na verdade, aquela “construção” da identidade política e cultural brasileira começou daí.

Esse processo de formação do Estado brasileiro pode ser definido por meio do que Pontes de Miranda (1953, p.39) denominou de “Proto-Estado”, ou seja, as assimilações metajurídicas do ente político soberano. Para o jurista alagoano, toda teoria do Estado seria eminentemente uma teoria jurídica. Partindo desse entendimento, é fácil constatar que não se haveria como falar em Estado brasileiro durante os períodos pré-colonial, o da colonização, ou mesmo da sua “promoção” a Reino Unido a Portugal em 1815.

A história de “descobrimento do Brasil” pode passar uma ideia errada de que nós estávamos aqui e finalmente fomos encontrados pelos heróicos portugueses que nos conduziram ao cenário político internacional. Naverdade, a chegada dos europeus deve ser vista pela ótica dos índios como, de fato, foi brilhante e misticamente definida como “a invenção do tempo”,<sup>60</sup> por Kaká Werá Jecupé, em seu belíssimo livro.

Um dado elementar pode corroborar o entendimento de que “descobrimento do Brasil” é uma ideia falsa. Basta comparar a História do Brasil com a dos Estados Unidos. Com formação histórica de características relativamente semelhantes, resguardadas as devidas diferenças econômicas e políticas, ambos foram colonizados por exploradores europeus, eram pertencentes ao mesmo continente descoberto, e se tornaram Estados por um processo de independência. Sem contar que, em ambas as histórias, há também o registro da destruição de culturas nativas.

Mas, percebe-se que é apenas na História do Brasil que encontramos a noção de “descobrimento” do ente político que se tornou independente séculos depois da chegada dos europeus. Entretanto, não há referência na História dos Estados Unidos a um “descobrimento

---

<sup>59</sup>Os livros de História do Brasil nos contam que durante 30 anos, entre a chegada de Cabral e o início do processo de colonização, “o Brasil foi relegado ao esquecimento”. (COSTA; A. MELLO, 1999, p. 37). Tal período ficou denominado como *Pré-colonial*.

<sup>60</sup>A ideia de “invenção do tempo” parece inferir uma forma mística, própria da cultura indígena, de traduzir os fenômenos da natureza. Ela indica que, com a chegada dos europeus, o modo de vida natural dos índios foi obrigado a conviver com a tradição ocidental representada pela abordagem analítica do pensamento do homem “civilizado”, no qual a contagem em números se aplica a todos os setores das relações humanas, inclusive a noção de tempo. Para um estudo da relação entre racionalidade e misticismo, como métodos de conhecimento, ver CAPRA (1983); GOSWAMI (2003); NUNES SOBRINHO (2007).

dos Estados Unidos”, pois a principal referência que se faz é ao descobrimento, ou descoberta, do continente americano, elegantemente narrada por Cristóvão Colombo em seus *Diários da Descoberta da América*.

Apenas para ilustração, eis o trecho final de uma de suas “Cartas do Almirante aos Reis Católicos”:

Que chore por mim quem ama a caridade, a verdade e a justiça. Não fiz esta viagem para obter honrarias e riquezas porque a minha esperança já estava completamente morta. Dirijo-me às Vossas Majestades coma melhor das intenções e desvelos. Suplico-vos humildemente que, se a Deus aprover tirar-me daqui, que ajude por bem abençoar a minha ida a Roma e a outras romarias. Cuja vida e augusto estado guarde e engrandeça a Santíssima Trindade. Escrito nas Índias,<sup>61</sup> na ilha da Jamaica, a 7 de julho de 1503. (COLOMBO, 1999, p. 205).

Mas, desde quando podemos dizer que a *terra brasiliis* começou a ser realmente o Brasil? Compreende-se que um verdadeiro País, ou Estado, é aquele regido por leis próprias, promulgadas por seus legítimos representantes. Para isso, temos a formação de um Poder Constituinte que vai elaborar a primeira Constituição, documento equivalente a um registro de nascimento de qualquer Estado nacional.

Sabe-se, então, que o Brasil, ou o que viria a ser ele, demorou muito para ter uma legislação genuinamente brasileira, tendo sido vigente até o ano de 1521 as Ordенаções Afonsinas, depois as Ordenações Manoelinhas, até 1603, e a partir daí as Ordenações Filipinas que, como se vê, carregavam os nomes dos respectivos soberanos europeus (dois portugueses e um espanhol, respectivamente) correspondentes a cada época.

Vale observar que essas Ordenações lembram a referência de Uadi Lammégo Bulos à classificação de Jorge de Miranda denominada de “heteroconstituição”<sup>62</sup> (BULOS, 2009, p. 42), ou seja, um tipo de Constituição que reúne a vontade de vários povos e é elaborada por uma única autoridade soberana.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup>O explorador nem sequer se deu conta de ter descoberto um novo continente, pois pensava se encontrar nas Índias, para onde teria viajado por outra e desafiadora rota. Da mesma forma, o famoso grito de “Terra à vista!” da tripulação de Cabral foi dirigido a um lugar até então desconhecido por eles, segundo a História oficial. Uma observação importante é que, se levarmos em consideração a existência de povos na nova terra recém-descoberta, para descartar a ideia de “descobrimento” do Brasil, esse entendimento também se aplicaria ao próprio continente americano, que também já era habitado, e só foi *descoberto* na visão dos europeus.

<sup>62</sup>Embora as Ordenações não possam ser vistas como Constituições, elas pareciam representar esse caráter de heterogeneidade legislativa na forma como vigoravam na época.

<sup>63</sup>A perspectiva de uma “heteroconstituição”, a partir da visão de BULOS, foi oportunamente observada pelo colega professor Márcio Rocha, mestrandando pela UFAL, a quem agradeço pela contribuição, em razão da pertinência ao tema abordado neste trabalho.

Sob a perspectiva do Constitucionalismo, o Estado brasileiro só pode ser visto como tal a partir de sua primeira Constituição, em que pese todas as implicações relativas à legitimidade de sua formação, do que trataremos adiante. O vínculo entre Estado (e/ou Sociedade) e Constituição foi definido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mais precisamente em seu art. 16, que dispunha: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes for determinada, não possui Constituição”.<sup>64</sup>

A Declaração Francesa foi um dos marcos mais importante para a versão clássica do Constitucionalismo ocidental. Este preceito do art. 16 supracitado talvez seja o limite do aspecto de *generalidade* atribuído à Teoria *Geral* da Constituição, cuja aplicação para se compreender as peculiaridades dos respectivos Estados constitucionais deve se ater ao “constitucionalmente adequado”.

Não se nega a importância de valiosos estudos de doutrinadores estrangeiros, mas parece-nos que a realidade constitucional brasileira deve ser compreendida a partir de dois pontos principais: das particularidades da história nacional, e das análises desenvolvidas por pensadores brasileiros.

Sem essa abordagem, estaremos sempre repetindo vícios do passado, na tentativa de aplicar teorias estrangeiras como se fossem fórmulas prontas e adaptadas a qualquer realidade política. Daí a dificuldade, muitas vezes, de se organizar certos institutos políticos, a exemplo do federalismo brasileiro, do sistema de controle de constitucionalidade, dos métodos de aplicação constitucional, da validade de normas internacionais na ordem jurídica interna, da efetividade de direitos fundamentais etc.

Devido a essa forma equivocada e elitista de “fazer ciência”, quase sempre determinada por uma vaidade acadêmica, mascarada pelo pomposo método (e nem sempre corretamente aplicado) de “direito comparado”, ficamos submetidos a uma verdadeira dependência intelectual de herméticas teorias estrangeiras, originadas de pesquisas que se debruçam sob outras e distantes realidades.

Em consequência, resulta o que magistralmente está expresso nas vibrantes lições de Holanda (1995, p. 31):

A tentativa de implantação da cultura europeia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à

---

<sup>64</sup> Article 16 - *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*

sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em consequências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra.

Considerar nossa história e os estudos de ilustres pensadores brasileiros, fincando raízes em nossas raízes, sem, contudo, criar uma ilha cultural. Interpretar e filtrar as avançadas teses denominadas “alienígenas”. Assim, emancipando-nos intelectualmente, acreditamos poder compreender melhor nossa realidade política. Tal é a proposta deste trabalho que ora apresento.

## **2 A FASE COLONIAL E O PROBLEMA DA FRAGMENTAÇÃO DO PODER POLÍTICO**

Um dos versos mais contraditórios de nosso Hino Nacional é o que induz a grandeza territorial do Brasil como um dado natural:

*Gigante pela própria natureza  
És belo, és forte, impávido colosso  
E teu futuro espelha esta grandeza  
Terra adorada!*

Mais uma vez, a grandeza natural do Brasil se confunde com a falsa perspectiva de seu descobrimento. No mínimo, temos um *sofisma poético*: tudo que já é próprio da natureza preexiste e pode ser descoberto, nunca inventado; se o Brasil é gigante por natureza, ele preexistia; logo, foi descoberto.

O problema está justamente na premissa menor. A natureza jamais poderia criar, grande ou pequeno, um Estado nacional, o qual é fruto de históricas transformações sociais e políticas; logo, um fenômeno cultural. O Estado é um estágio evolutivo da organização social, a ponto de ser genericamente denominado de “sociedade politicamente organizada”. Como se pode entender, da satisfação das necessidades do homem nasceu a sociabilidade. O Estado surge a partir do momento em que essa satisfação das necessidades em sociedade necessitou do estabelecimento do método coercitivo, daí as implicações relativas ao Direito como força, inerente à sociedade política.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Cf. ALBUQUERQUE MELO, Tutmés Airan de. “*Ubi societas ibi jus?*: o Direito e as sociedades primitivas”. (2006, p. 15-62). Para o autor, apenas a sociedade *política* exigiria o reconhecimento do Direito, pois as sociedades primitivas eram destituídas de ordem *jurídica*, uma vez que não eram organizadas pelo elemento *força*. Discordamos, ligeiramente, desse entendimento. Para nós, a força é inerente ao poder político, enquanto característica do elemento subjetivo Estado. O direito é o referencial ordenador, ou seja, as regras vigentes na e

Pois bem. A natural grandeza referida no Hino só poderia ser associada ao continente americano descoberto. De fato, a grande extensão territorial do novel continente foi motivo de muitas disputas entre os exploradores. Em seu hemisfério sul, tal disputa resultou no conhecido acordo entre espanhóis e portugueses, dando ensejo ao denominado Tratado de Tordesilhas.<sup>66</sup>

No lado português, a colônia foi dividida em 12 capitâncias, cujos governantes, que receberam as terras da Coroa portuguesa, eram sucedidos por seus descendentes. Assim, as capitâncias eram denominadas *hereditárias* e seus governantes, os *donatários*. Entretanto, não teve êxito essa primeira forma de organização política da colônia. Observa Afonso da Silva (2007, p. 69) que

Das doze capitâncias, poucas prosperaram, mas serviram para criar núcleos de povoamento dispersos e quase sem contato uns com os outros, contribuindo para a formação de centro de interesses econômicos e sociais diferenciados nas várias regiões do território da colônia, o que veio a repercutir na estruturação do futuro Estado brasileiro.

Como reação a essa dispersão, foi instituído o sistema de governadores-gerais para tentar unificar a organização da colônia. O governo português buscava evitar eventuais dissabores advindos da fragmentação do poder político, causado principalmente pela grande extensão territorial da parte que lhe coube no tratado com a Espanha. Em cada capitania, os donatários exerciam um amplo poder político, cujo controle era dificultado pela precariedade de transporte e comunicação da época. A saída foi estabelecer uma política unificadora

Foi, então, elaborado um documento intitulado *Regimento do Governador-Geral* que estabelecia as regras do governo político colonial. Evidente que muito longe se encontrava esse *Regimento* de ser comparado com uma Constituição, porém, de certa forma, tinha umnítido aspecto de norma constitucional. Se pensarmos em Constituição como uma norma que organiza o poder político, determinando, dentre outras matérias, as competências das autoridades políticas, então teríamos no *Regimento* uma aparência de regra constitucional, uma vez que este documento definia as atribuições do Governador-Geral, o representante da Coroa portuguesa na Colônia.

para uma determinada sociedade, e que seria *viabilizado* pelo convencimento, nas sociedades homogêneas primitivas, ou pela força, nas sociedades políticas complexas modernas. Nestas últimas, o Estado se apresenta como o elemento impositor das regras (direito); ou de uma forma legítima, como nas democracias, ou ilegítima, nas autocracias.

<sup>66</sup>Corroborando o entendimento aqui expressado, a respeito da incoerência do verso que canta o “gigante pela própria natureza”, há de se destacar que a expansão territorial para além do tratado de Tordesilhas se deu pelas empreitadas dos Bandeirantes, em busca de riquezas naturais, alargando a fronteira à oeste do território colonial.

Essa fragmentação política teve significativos reflexos futuros, o que demonstra que não só foi de tão difícil solução no passado, como nos deixou um legado que causou vários estragos em importantes períodos da história brasileira, se é que nos livramos dele por completo. Eis a precisa observação de Afonso da Silva (2007, p. 72):

Nesse sumário já se vê delinear a estrutura do Estado brasileiro que iria constituir-se com a Independência. Especialmente, notamos que, na dispersão do poder político durante a colônia e na formação de centros efetivos de poder locais, se encontram os fatores reais do poder, que darão a característica básica da organização política do Brasil na fase imperial e nos primeiros tempos da fase republicana, e ainda não de todo desaparecida: a formação coronelista oligárquica.

A relação entre a histórica fragmentação política, na formação do Estado brasileiro, e as características do fenômeno do coronelismo, pode ser destacada aqui como um dos mais genuínos aspectos de identidade político-cultural que delineiam importantes fatores da realidade brasileira contemporânea.

### **3 FASE MONÁRQUICA: PRIMEIRAS INFLUÊNCIAS**

Curiosamente, um dos fatos marcantes da história brasileira, o qual impulsionou significativamente sua evolução política, teve origem em um importante evento histórico ocorrido lá na Europa: o bloqueio continental imposto por Napoleão Bonaparte, em 1806. Visando a enfraquecer economicamente a Inglaterra, o imperador francês proibiu os países europeus de comerciarem com os ingleses.

Portugal, que na época amargava uma certa dependência econômica e política com a Inglaterra, viu-se recuado. A solução encontrada foi literalmente fugir para a sua colônia na América. A vinda da família real fez D. João transferir a sede da Coroa para o Brasil, que já apresentava relativos contornos de identidade étnica e cultural e que já havia sido palco de importantes focos de revolta, com destaque para a Inconfidência Mineira, em 1789, de forte influência liberal e de clara motivação emancipatória.

Economicamente mercantilista, Portugal foi instado a adotar o modelo burguês do liberalismo econômico, cuja medida principal adotada foi a abertura dos portos brasileiros para o comércio com outros países, medida necessária para oxigenar a complicada situação financeira causada pelos rebuliços de Napoleão na Europa.

Numa situação geograficamente confortável, e para legitimar sua permanência, em fevereiro de 1815, D. João VI “promove” o Brasil a um relevante *status* político: o de Reino

Unido a Portugal. A metamorfose política brasileira passava por um período aparentemente calmo, não fosse a Insurreição Pernambucana de 1817.

Com Napoleão derrotado, mais cômoda era a situação na Europa, mas em Portugal haviam surgido alguns problemas políticos, o que provocou o retorno da família real, não sem algumas suspeitas:

O embarque da família real ocorreu em meio a grande agitação nacional. Espalhara-se notícia de que os navios que conduziriam a Corte estavam repletos de ouro, que o tesouro do Banco do Brasil teria sido saqueado. A população revoltada cantava pelas ruas do Rio de Janeiro: “Olho vivo/pé ligeiro/vamos a bordo/buscar dinheiro”. E iriam mesmo, não tivesse D. Pedro ordenado a dispersão violenta da população que se dirigia ao porto. (COSTA, 1999, p. 144).

D. Pedro já havia assumido a regência, por decreto de seu pai, D. João VI que, de volta à Portugal, participava de sessões das cortes portuguesas que, por sua vez, exigiam o retorno de D. Pedro e a recolonização do Brasil. O primeiro e pomposamente autodenominado “Imperador do Brasil” decide ficar, tendo início o processo de independência, oficialmente declarada em 1822.

### 3.1 CONSTITUIÇÃO LIBERAL X ESTADO ABSOLUTO

A formação da primeira Assembleia Constituinte brasileira foi marcada por uma sucessão de atos que já prenunciavam a conturbada vida constitucional do Brasil, desde a sua convocação, por decreto, passando pela sua dissolução, na forma de um golpe, e finalizando com a outorga da Constituição de 1824. Todos esses atos protagonizados por uma única pessoa: o todo-poderoso “Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil”, D. Pedro I. (BONAVIDES, 1998, p. 328).

E aqui, começamos a apontar algumas particularidades do início do constitucionalismo brasileiro.

A Constituição era o elemento fundamental de legitimação do poder político, e tal ideia estava na esteira do pensamento mundial<sup>67</sup>, desde a Declaração de Direitos francesa, de 1789, que foi precedida pela Declaração de Independência americana, de 1776. Não se deve esquecer da precoce formação liberal inglesa que, após a Revolução Gloriosa, de 1688,

---

<sup>67</sup>Importante assinalar o caráter ocidental do fenômeno político autoproclamado “universal”, inclusive em importantes documentos consagradores de direitos.

também proclamou o seu *Bill of Rights*, consagrando a essencial doutrina política da supremacia do Parlamento.

Um ponto pode ser destacado como marcante dessa transformação para os novos tempos, e que foi a despersonalificação do Poder. A fase política baseada na ideia de um poder associado à figura pessoal do monarca, tão bem representado na famosa frase de Luís XIV, *L'Etat c'est moi* (O Estado sou eu), foi substituída pela *volonté générale* (vontade geral), de Rousseau. A evolução política trocou o “R” pelo “L”, mudando o Rei pela Lei como a base do poder.<sup>68</sup> Não era mais a vontade unipessoal de um rei, mas a vontade geral da coletividade, representada na lei, que legitimaria todo o processo político.

O Brasil precisava estar em sintonia com os novos tempos, certo?

Em parte. A primeira constituição brasileira, desperdiçando valorosos movimentos de legitimidade, não só foi imposta por D. Pedro I, como trouxe no seu art. 99 o seguinte e majestoso dispositivo: “*A Pessoa do Imperador é inviolável e Sagrada. Ele não está sujeito a responsabilidade alguma*”. Ora, só neste artigo temos três traços marcantes do Estado Absoluto, o modelo de Estado então recém-superado pela ordem mundial: a pessoalidade, o absolutismo (o que inclui a noção de absolvição dos erros) e a sacralidade.

Apesar disso, a Constituição de 1824 era vista como marcadamente liberal, em razão de suas influências inglesa e francesa, inclusive garantindo direitos civis e políticos aos “Cidadãos brasileiros<sup>69</sup>”, em seu Título 8.º. Entretanto, a centralização monárquica era evidente, exercendo o imperador as atribuições do Poder Moderador, inspiradono filósofo suíço Benjamim Constant, e acumulando-as com o exercício do Poder Executivo.<sup>70</sup>

### 3.2 MOVIMENTOS REVOLUCIONÁRIOS ANTIMONÁRQUICOS

É interessante perceber que os movimentos constitucionais, pelo menos assim o foi com os três modelos estudados por Canotilho, apresentaram uma sequência bem definida de

<sup>68</sup>Embora, neste caso, tivesse ocorrido uma substituição também de mitos: do direito divino dos reis pela da infalibilidade da razão universal.

<sup>69</sup>Na ortografia da época.

<sup>70</sup>Não entendo que se possa falar que na fase imperial o Brasil possuía 4 poderes: Legislativo, Judiciário, Executivo e Moderador. Uma das razões da separação dos poderes estava na desconcentração do poder exercido pelo Rei, que detinha todas as funções estatais nas mãos. O pensamento liberal, então, idealizou a separação do Poder em órgãos distintos, que se autofiscalizavam. Sendo aqueles dois últimos poderes exercidos pelo próprio imperador, parece mais apropriado dizer que Executivo e Moderador eram um só. Para todos os efeitos, pelo menos no Primeiro Reinado, o que existiu foi apenas um poder de fato, o do “inviolável” e “sagrado” monarca brasileiro.

três fenômenos sociopolíticos: uma revolução, seguida de uma declaração de direitos e, por fim, a promulgação de uma constituição.

Em primeiro lugar, a Revolução Gloriosa, de 1688, fez surgir na Inglaterra a *Bill of Rights*, o que consolidou a formação de sua constituição de feição consuetudinária. Após, os Estados Unidos, com sua Guerra de Independência, em 1775, seguida de uma Declaração de Independência e da promulgação, em 1787, da primeira constituição escrita do mundo, a Constituição americana, que consolidou o constitucionalismo moderno. Por fim, a Revolução Francesa, de 1789, resultou na Declaração Universal do mesmo ano e, em seguida, a primeira Constituição Francesa, de 1791, a qual, embora tenha tido pouca vigência, não infirma a observação aqui apontada.

No Brasil, não existiu uma revolução de proporções como as anteriores, nem atos solenes de declaração de direitos. Mas, o que se percebe é que aqui ocorreram importantes focos de movimentos revolucionários, desde antes do ato formal de Independência, em setembro de 1822.

No período imperial, portanto, o primeiro momento significativo de ruptura com o então vigente governo monárquico se deu após a brecha ofertada pela abdicação de D. Pedro I, em 1831. Entre avanços e recuos, numa tentativa de desforra contra a dissolução da constituinte, os liberais buscavam efetivar a independência nacional, até então apenas aparente. Prepararam, assim, a primeira emenda à Constituição imperial, por meio do Ato Adicional de 1834. Nas palavras de Bonavides (2007, p. 212):

Tinha aquele movimento uma expressão e cunho singularmente liberal: nele se assentavam também as teses remanescentes do sentimento republicano e federativo, que, em última análise, fora a essência verdadeira e revolucionária da sociedade incipiente, frustrada por acontecimentos e laços coloniais, difíceis de desatar, pois haviam sido a herança de 300 anos de opressão.

Tal tentativa de reforma institucional esbarrou no contra ataque das forças reacionárias, representado na intervenção do Senado, cuja vitaliciedade “o identificava mais com os desígnios da Coroa e suas tendências conservadoras ou absolutistas do que com aspirações liberais da vontade nacional.”<sup>71</sup> (BONAVIDES, p. 214).

O fracasso da mudança pela via institucional não impediu que houvesse revoltas populares, iniciadas no período regencial: a Cabanagem (Pará: 1835-40), a Guerra dos

---

<sup>71</sup> Segundo Bonavides, diferente era o papel exercido pela Câmara dos Deputados que, embora oligárquica, havia temporariedade. O princípio eleutivo “[...] mantinha seus membros menos distanciados do sentimento popular e democrático da sociedade brasileira em formação.”

Farrapos (Rio Grande do Sul: 1835-54), a Sabinada (Bahia: 1837-38) e a Balaiada (Maranhão: 1838-41). Todas apresentavam inconformismo com o modelo político e econômico da Monarquia. Entre suas bandeiras se encontrava desde ideais republicanos e federalistas até o objetivo mesmo de secessão.

Mais tarde, o movimento de abolição da escravatura se transforma num dos mais eficientes fatores de desestabilização do Brasil imperial, combinada com a forte influência do modelo constitucional americano, que consolidou o ideal do constitucionalismo ao estabelecer a tese da “supremacia da Constituição”.<sup>72</sup>

D. Pedro II, que havia sido proclamado imperador por meio do golpe da maioridade,<sup>73</sup> não resiste às implacáveis investidas do militares contrários ao seu governo. Assim, é proclamada a República e, pelo Decreto n. 1, de 1889, instaura-se o Governo Provisório, sob o comando do ex-aliado do imperador, o Marechal Deodoro da Fonseca, com amplos poderes políticos.

#### **4 BRASIL REPUBLICANO, ESTADO FEDERAL E PRESIDENCIALISTA**

Em termos sócio-políticos, pode-se dizer que a transformação do Estado brasileiro nessa fase foi uma passagem de domínio da nobreza aos militares. Assim, numa alusão a um importante sentido que se dá a Constituição, desenvolvido pelo seu conhecido formulador, poder-se-ia perguntar: o que diria Lassale?

Ferdinand Lassale (2001, p. 27), em sua famosa conferência pronunciada em 1863, observou que “todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição *real* e *verdadeira*. A diferença, nos tempos modernos [...] não são as constituições reais e efetivas, mas sim as *constituições escritas nas folhas de papel*.<sup>74</sup>”

Para o intelectual alemão, a verdadeira constituição de um país era o que ele denominou de “os fatores reais do poder” que de fato regiam o país. A aspiração dos tempos modernos de se ter uma constituição escrita

Somente pode ter origem, evidentemente, no fato de que nos *elementos reais de poder* imperantes dentro do país se tenha operado uma *transformação*. Se não se tivessem operado transformações nesse conjunto de fatores da sociedade em questão, se esses fatores do poder continuassem sendo os

---

<sup>72</sup> Tese posteriormente desenvolvida cientificamente por Kelsen para quem, numa visão escalonada da ordem jurídica, a Constituição era a normaposta fundamental, fonte última de validade das demais.

<sup>73</sup> Com menos de 15 anos de idade, Pedro de Alcântara é aclamado imperador em 1840, um golpe que atendeu aos interesses simultaneamente de liberais e conservadores.

mesmos, não teria cabimento que essa mesma sociedade desejasse uma Constituição para si. Acolheria tranquilamente a antiga, ou, quando muito, juntaria os elementos dispersos num único documento, numa única Carta Constitucional.

De fato, se Lassalle tivesse observado as inovações políticas nessa fase da história brasileira talvez concluísse afirmando que as forças militares representavam o novo fator real de poder, configurando a essência, em termos sociológicos, da Constituição do Brasil de 1891.

Esta constituição, enquanto mera *folha de papel*, simbolizava as verdadeiras aspirações de mudança no tumultuado campo social e econômico, visando a superação do modelo do antigo regime, como, por exemplo, uma economia baseada em uma atrasada atividade agrícola nem toda ainda desprendida da exploração escravocrata.

O Brasil precisava se adequar às alvissareiras promessas da Revolução Industrial, tardivamente pensada e vivida no país.

#### 4.1 PRIMEIRA FASE REPUBLICANA: A INFLUÊNCIA AMERICANA

Uma República Velha e uma constituição caduca: eis o que se pode afirmar das características da primeira fase republicana brasileira. É que, não bastasse a compreensível norma disposta no art. 83 da Constituição de 1891, que mantinha em vigor as leis do “antigo regime” que não fossem contrárias ao novo sistema de Governo, o Brasil se espelha, de forma evidente, no modelo constitucional americano construído, todo ele, no século dezoito.

Um dos grandes constitucionalistas da época, Rui Barbosa via no federalismo um princípio firmado na Constituição dos Estados Unidos e transplantado nas principais Constituições da América Latina. Para o jurista baiano, a forma federativa de Estado estava associada ao controle difuso de constitucionalidade, o qual foi criado pela jurisprudência americana. Em suas palavras, “a idéia prima das federações é a limitação do Poder Legislativo pela Constituição e a expansão do Poder Judiciário como órgão supremo da hermenêutica constitucional.” (BARBOSA, 2010, p. 68).

A forma de governo republicana, a forma federativa de Estado, o sistema presidencialista de governo, o controle difuso de constitucionalidade etc., fizeram surgir por aqui uma inusitada Constituição da República dos *Estados Unidos* do Brasil. O que mais impressiona é a utilização da forma federativa americana como uma verdadeira *fórmula* de organização político-administrativa.

A origem do federalismo brasileiro, embora tenha se inspirado no modelo americano, deste diverge frontalmente, pelo menos em termos históricos. A única semelhança que se pode apontar entre Brasil e EUA é a condição de nações colonizadas em sua origem. Entretanto, as diferenças são muitas e evidentes.

De forma resumida, até porque o presente trabalho não comporta maiores divagações, constata-se que as colônias americanas se autoproclamaram independentes, iniciando com a formação do Estado da Virgínia, em 1776. Após, os Estados americanos, recém formados, inauguram uma união entre Estados, na forma de uma Confederação para, em seguida, instituírem a forma federativa, tendo a Constituição o diploma político que irá unir os então Estados Unidos da América.

No Brasil, as coisas se passaram de forma completamente diferente. Com a independência da Colônia, que passou por um período de Reino Unido à Portugal, o Brasil se transformou em um Estado Unitário por meio da Constituição de 1824, imposta por D. Pedro I. Após 65 anos de Império (rectius: Monarquia), onde as subdivisões territoriais eram denominadas Províncias subordinadas ao Poder Central, o Brasil passa a ser uma República Federativa. Uma norma da Constituição de 1891 (artigo 2.º) é que irá transformar as antigas Províncias em Estados autônomos, cujo poder legislativo terá poderes constituintes para elaborar as respectivas constituições estaduais.

Significa dizer que, enquanto os EUA passaram de um modelo político de direito internacional, para outro de direito constitucional, o Brasil já era um Estado constitucional quando da sua passagem de Monarquia para a República. Tal conformação política levou alguns autores, inclusive, a diferenciar os federalismos americano e brasileiro, caracterizando-os de centrípeto e centrífugo, respectivamente.

Em que pesem as diferenças institucionais e as semelhanças meramente normativas, evidencia-se ainda a gritante divergência de fatores históricos, único ponto de referência substancial para a formação genuína de uma nação.

#### **4.2 A REVOLUÇÃO DE 30 E O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL**

A denominada República Velha foi marcada pelos reflexos dos aspectos do modelo social, criados na fase colonial e mantidos na monarquia, sobre o alvorecer da fase republicana. Dentre eles, destaca-se a eterna crise de unidade política, em razão da grande

extensão territorial combinada com as ofertas generosas de terras ofertadas aos primeiros ocupantes da nova terra.

Os latifúndios engendraram uma nociva política dos coronéis, os quais davam importantes sustentações à classe política, a qual disputava com unhas e dentes o apoio destes verdadeiros senhores feudais.<sup>74</sup>

Esta fase foi rompida com a Revolução de 1930, liderada por Getúlio Vargas. Embora tenha sido um período praticamente sem qualquer parâmetro constitucional, importantes institutos surgiram nessa fase, como a criação do Ministério do Trabalho e o surgimento do primeiro Código Eleitoral, em 1932, o que veio a por fim a denominada “eleição a bico de pena”<sup>75</sup> adotada no Brasil até então.

A questão social foi a tônica da Revolução de 1930 (AFONSO DA SILVA, 2007, p. 81). Getúlio Vargas promove uma Assembleia Constituinte, mas antes foi levado a derrotar os revoltosos que se rebelaram em São Paulo, na conhecida Revolta Constitucionalista de 1933. Os direitos sociais foram, então, a marca da Constituição de 1934, fortemente inspirada pela então denominada *Constituição de Weimar*, na Alemanha.

Entretanto, a promessa de um constitucionalismo social, iniciado em 1934, durou pouco tempo. Em 1937, Vargas dissolve o Congresso e revoga a Constituição vigente.

## **5 ESTADO NOVO: O PARADOXO ENTRE CONSTITUIÇÃO X DITADURA**

Um fascismo à brasileira: eis o que se pode afirmar das características desta nossa fase política. Vargas outorga a Carta Constitucional de 1937, mas esta não teve efetiva aplicação.

---

<sup>74</sup> Esta fase ficou também conhecida como a República do Café-Com-Leite, tendo em vista o revezamento entre governadores paulistas e mineiros para ocupar o cargo de Presidente da República. Regiões mais atrasadas economicamente ainda hoje sentem as consequências deste modelo sócio-político, ante a existência de verdadeiros currais eleitorais no interior do País, principalmente do Nordeste.

<sup>75</sup> Eleição a bico de pena: Dizia-se das eleições da velhíssima República, a de antes de 1930. Nestas, como se recorda, o voto não era secreto, mas “aberto”. O sistema de poder vigente tomava três tipos de precaução, para evitar surpresas nos resultados das eleições:

- primeiro, os chefes e caciques políticos, principalmente do interior, orientavam os eleitores a votar em determinados candidatos, e só neles; para isso, entregavam ao votante uma “marmita” (pilha) de cédulas dos candidatos em que deveriam votar;
  - segundo, as atas das juntas apuradoras – freqüentemente, as próprias mesas receptoras – eram feitas para mostrar determinados resultados, nem sempre concordes com a contagem dos votos depositados naquela seção;
  - terceiro, onde isso não era possível – nas capitais e grandes cidades de então, em que eram eleitos candidatos “indesejáveis”, de oposição – a Câmara e o Senado faziam a “verificação dos poderes” dos que se apresentavam a tomar posse. Aí, muitos dos “indesejáveis” sofriam a “degola”: seus mandatos eram invalidados pela Casa.
- Fonte: TSE - [http://www.tse.gov.br/internet/institucional/glossario-eleitoral/termos/eleicao\\_abico.htm](http://www.tse.gov.br/internet/institucional/glossario-eleitoral/termos/eleicao_abico.htm)

Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo. (AFONSO DA SILVA, 2007, p. 83).

O que diria Carl Schmitt (1992, p. 46) se fosse levado a observar este momento político brasileiro? Para o autor alemão da primeira obra de Teoria da Constituição, em importante trecho de seu trabalho

*La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de si misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a si misma, sino que es dado por una unidad política concreta. Al hablar, es tal vez posible decir que una Constitución se establece por si misma sin que la rareza de esta expresión choque en seguida. Pero que una Constitución se dé a si misma es un absurdo manifiesto. La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normación jurídica, y también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente.*

Ora, o entendimento de que a Constituição “vale por virtude da vontade política existencial daquele que a dá” parece permitir a conciliação entre o pensamento de Schmitt e de Lassalle. Sim, porque a partir daí podemos dizer que a Constituição se resume à vontade daquele que representa, no momento histórico específico, o *fator real de poder*.

Isso explica a Constituição do Estado Novo, pois o texto escrito de 1937, mera *folha de papel*, representava a vontade de poder, como decisão política fundamental do então ditador Getúlio Vargas. A tradição brasileira de fortalecimento do Poder Executivo, consolidado nessa fase constitucional, chega a nos permitir um questionamento do papel dos Textos Magnos na história constitucional brasileira.

## 6 A TENTATIVA DE REDEMOCRATIZAÇÃO VIA CONSTITUIÇÃO DE 1946

O processo de redemocratização no Brasil pós Segunda Guerra foi marcado pelo retorno de ex-ditador Getúlio Vargas ao Poder, desta vez legitimado por eleições diretas; pelo suicídio do próprio Vargas; pela renúncia precoce de um Presidente, acuado por supostas “forças ocultas”; por uma oportunista experiência parlamentarista; e por uma insidiosa conspiração militar.

A Constituição brasileira de 1946 pode ser considerada uma das mais democráticas da história nacional. Em que pese as implicações relativas ao conceito de constituição real e

formal, o novo modelo constitucional “surgiu de um movimento nacional de repúdio ao Estado Novo.” (BONAVIDES, 207, p. 355).

A época era vivenciada por uma “grande contradição política”, muito bem observada por Bonavides e Andrade (2007, p. 355):

O Brasil fora aos campos de batalha da Itália com a Força Expedicionária derramar o sangue de seus soldados pela restauração universal dos princípios de liberdade e democracia da Carta do Atlântico e, no entanto, vivia o País internamente debaixo de um sistema de poder que era a negação mesma daqueles princípios.

Entretanto, foi exatamente essa empreitada bélica que contribuiu para que o ditador Vargas elegesse um aliado como seu sucessor. É que o General Eurico Gaspar Dutra havia sido o Ministro da Guerra de Getúlio e gozava de “inegável prestígio nas Forças Armadas” desbancando o candidato das forças opostas à ditadura, o Brigadeiro Eduardo Gomes. (AFONSO DA SILVA, 2007, p. 84).

Como se vê, a partir da perspectiva do sentido sociológico de constituição, definido por Lassale, os militares continuavam a ser os *fatores reais de poder*, desde o início da fase republicana no Brasil. Esta constatação talvez nos leve a ponderar a respeito do retorno de Getúlio Vargas ao Poder, por meio de eleições diretas, no sentido de realçar outras razões para este fenômeno político, além do caráter populista da figura do ex-ditador.

Mais adiante na História brasileira, vamos destacar aqui a renúncia de Jânio Quadros, em 1961. O Vice João Goulart, legitimado constitucionalmente a assumir a Presidência, encontrava-se em visita a países de ideologia socialista.<sup>76</sup> Nas palavras de José Afonso da Silva, uma “reação militar” visa impedir a posse do Vice. Não conseguindo, promove-se uma emenda constitucional parlamentarista para lhe retirar poderes de chefe de governo. (AFONSO DA SILVA, 2007, p. 86).

Em 1963, Jango, como era conhecido João Goulart, convoca um plebiscito e consegue o retorno do sistema presidencialista. Com a recuperação dos poderes de chefe de governo pelo Presidente, que havia pronunciado o provocante discurso em prol das reformas de base, inicia-se a conspiração militar, com vista ao golpe concretizado em 1º de abril de 1964.

---

<sup>76</sup>O próprio Jânio havia adotado uma política que desagradava externamente os americanos e internamente os políticos da UDN. O então Presidente chegou a receber no Palácio do Governo ninguém menos do que Fidel Castro, e condecorou o astronauta soviético Gagárin e o guerrilheiro Ernesto “Che” Guevara. (ver COSTA, Luís César Amad; A. MELLO, Leonel Itaussu, 1999, p. 343).

## 7 GOLPE DE 1964: A TEORIA DO “ELITISMO DEMOCRÁTICO”

Norma fundamental de um lado, tortura de outro: o que diria Kelsen a respeito do laboratório constitucional brasileiro? Talvez, para o grande jurista de Viena, o exemplo brasileiro, no período ditatorial entre 1964 a 1985, servisse como uma luva para o seu modelo teórico-normativo de Constituição.

O positivismo lógicokelseniano, que separa eficácia de vigência ou que abstrai das análises jurídicas quaisquer considerações sociológicas, por supostamente *metajurídicas*, poderia explicar a distância entre os parágrafos do art. 150 da Constituição de 1967 e a realidade político-social então vigente.<sup>77</sup> Estes dispositivos traziam os direitos e garantias individuais, os quais foram transpostos para o art. 153 com a Emenda n. 1 de 1969.

Por sinal, só mesmo um “elitismo democrático” poderia explicar a confecção desses dois textos constitucionais. A Constituição de 1967 foi fruto do AI-4,<sup>78</sup> que convocou extraordinariamente o Congresso Nacional para discutir e votar a nova Constituição. Segundo Bonavides e Andrade (2007, p. 434), o ato fixava um cronograma tão rígido para o seu procedimento “[...] que mais parecia tratar-se da abertura de uma nova estrada rodoviária ou da construção de mais uma ponte.”

A Emenda n. 1/69, por sua vez, foi elaborada por uma junta militar encabeçada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, com respaldo ainda, dentre outros atos normativos, no Ato Institucional n. 5, cujos preceitos políticos são historicamente conhecidos.

Para legitimar, pelo menos academicamente, esta espécie de governo sem respaldo social, desenvolveu-se no Brasil uma questionável teoria do “elitismo democrático”, a qual defendia o despreparo do povo para a democracia.

Para Afonso da Silva (2008), esta teoria confundia pressuposto com objetivo, pois, ao propugnar por uma “democracia possível”, vislumbrava o governo exercido por uma minoria

<sup>77</sup> A execução e tortura de dissidentes políticos, no plano do Ser, contrastavam com as normas constitucionais que, no plano do Dever-Ser, garantiam a proteção da vida e da integridade física dos cidadãos. Tal fenômeno político é ainda vivenciado hoje, na vigência de uma Constituição democrática. Quanto à ofensa ao preceito constitucional referente à vedação à pena de morte, por meio das atividades ilícitas praticadas por agentes estatais, ver meu livro *Pena de Morte no Brasil: um desafio às cláusulas pétreas*. Maceió: Nossa Livraria, 2008.

<sup>78</sup> Os Atos Institucionais – os famosos AIs – foram os instrumentos normativos utilizados pelo governo militar como aparentes normas constitucionais de organização política provisória, já que a então vigente Constituição de 1946 era de índole eminentemente democrática.

de suposta tendência democrática, a qual visava a abertura política eventualmente possibilitada numa futura maturidade social.

Observa o constitucionalista que, “coerente com sua essência antidemocrática, o elitismo assenta-se em sua inerente desconfiança do povo, que reputa intrinsecamente incompetente.” (AFONSO DA SILVA, 2008, p. 127). Atualmente, tal desconfiança se demonstra na dificuldade de se efetivar os mecanismos de democracia participativa presentes na Constituição vigente. Por outro lado, claro está que esta “desconfiança” vem atrelada a um medo da classe política de uma revolução via instituições democráticas que implicasse uma autêntica transformação social.

## **8 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS CRISES CONSTITUINTES BRASILEIRAS**

Para finalizar nossas observações sobre as peculiaridades político-constitucionais brasileiras, vale especular o que diria Sieyès sobre a Emenda n. 26/85 que convocou a Assembleia Constituinte de 1987. O formulador da teoria do Poder Constituinte ficaria no mínimo confuso com a experiência brasileira.

É que a vigente Constituição de 1988 foi elaborada por um Poder Constituinte, cujo órgão foi formado a partir da convocação determinada por uma emenda à constituição anterior. O político e abade francês, que já observava os inconvenientes de se adotar o modelo inglês de Constituição na vida política francesa, foi o primeiro a teorizar a distinção entre poder constituinte e poder constituído. (SIEYÈS, 2002, p. 53).

A relação entre o poder que faz uma nova Constituição e o modelo constitucional precedente é de total ruptura. Como admitir, pelo menos teoricamente, que uma emenda à Constituição então vigente possa servir de base jurídica para a formação de outro texto constitucional, promovendo, assim, o seu próprio fim?

Vejamos o que já sustentava Sieyès (2002, p 57) em sua obra clássica:

Eu não quero dizer que uma nação não possa dar a seus representantes ordinários a nova comissão que se trata aqui. As mesmas pessoas podem sem dúvida concorrer para formar diferentes corpos e exercer, sucessivamente, em virtude de procurações especiais, poderes que por sua natureza não devem se confundir. Mas sempre é verdade que uma representação extraordinária não se assemelha à legislatura ordinária. São poderes distintos. Esta não pode atuar além das formas e das condições que lhe são impostas. *Aquela outra não está submetida a nenhuma forma em particular: ela se reúne e delibera como se fosse a própria nação*, sendo composta, no entanto, apenas por um pequeno número de indivíduos; ela pretende dar uma

constituição a seu governo. Isto aqui não são distinções inúteis. (grifou-se).

No Brasil, esse aparente vício formal do Poder Constituinte foi seguido da indesejável formação de uma constituinte *congressual*, em detrimento da denominada *exclusiva*, mais adequada, em tese, à legitimidade da formação constitucional. Não se pode deixar de reconhecer que algumas normas da Constituição de 1988, em matéria, por exemplo, de procedimentos contra parlamentares, demonstram que houve um exercício de legislação em causa própria. Os então constituintes, que mantiveram os mandatos de deputados e senadores (alguns biônicos) após a promulgação do Texto Maior, não teriam interesse em criar mecanismos eficientes para a instauração de processos por crimes comuns ou de responsabilidade eventualmente movidos contra seus pares (ou contra eles mesmos).

Mas isso representou apenas mais um exemplo daquilo que Bonavides (1998, p.349) chamou de “crises constituintes” brasileiras. Para o autor, desde o primeiro reinado, “uma observação mais percuciente descobrirá a presença antagônica, invariavelmente conflitante, de dois poderes constituintes paralelos, fazendo inevitável a profundidade maior da própria crise constituinte”.

Essa espécie de crise constituinte, que é a própria crise de legitimidade, reflete-se atualmente em dois problemas para os quais Bonavides (1998, p. 354) chama a atenção: a “inconstitucionalidade”, ou seja, um vício no plano político-ideológico, e a “ingovernabilidade”, um vício no plano político-prático.

A vigente Constituição brasileira, admirada por seus vibrantes preceitos fundamentais, bem como por seus importantes institutos políticos de democracia participativa, sofre, desde a sua promulgação, com as causticantes intempéries ideológicas. As investidas, nem sempre legítimas, de governos alternados sempre ameaçaram a pureza dos valores previstos constitucionalmente, tendo em vista a adequação à ordem econômica neoliberal globalizada.

Desde a perspectiva de flexibilização de direitos sociais até a preocupante concepção de um verdadeiro “desafio às cláusulas pétreas”, na forma como demonstrei em meu livro sobre Pena de Morte no Brasil, percebe-se não só um afastamento, mas uma tentativa de perversão das originárias metas constitucionais em termos de valores humanos e sociais. Uma discutível proposta de resolver de forma ilegítima os mais graves problemas sociais criados pelo próprio governo a partir da adoção de uma indiferente e neutra política neoliberal imposta sub-repticiamente pelas potências econômicas.

Entretanto, o Brasil pode e deve se apresentar com outra vertente, a que o fez ser palco, em 2001/2002, em Porto Alegre, da primeira edição de um dos mais importantes movimentos sociais: o denominado Fórum Social Mundial, cujo lema foi “[...] um novo mundo é possível”. Tal movimento encerrou um de seus documentos, como bem observou Coutinho (1998, p. 98), “[...] com a afirmação de que o modelo para todas as lutas populares do mundo serão as iniciativas brasileiras” (p. 101).

## CONCLUSÃO

Partimos, neste ensaio, de uma ideia que propositadamente soa como uma provocação: a tese defendida de que o Brasil não foi descoberto, mas sim gerado durante anos, desde os massacres das nações indígenas, então descobertas, até seu nascimento em 1824, ano da promulgação da sua primeira Constituição.

A formação do modelo político constitucional brasileiro é marcada ora por influências de experiências concretas, transplantadas para a nossa realidade como fórmulas jurídicas acabadas, ora por teorias curiosamente chamadas de *alienígenas* que embasam o campo teórico de nossas doutrinas e dos fundamentos das jurisprudências de nossos tribunais.

Desde “americanófilos” a “germanófilos”, a doutrina constitucional brasileira, em grande parte, adere e difunde conceitos geralmente herméticos e de aplicação duvidosa até mesmo em seus países de origem.

Claro que isso não é uma oposição a uma teoria constitucional baseada numirreversível *interculturalismo*, como demonstrado na tese de Bruno Galindo. Entretanto, tal perspectiva deve ser pensada de forma a perceber os limites e possibilidades de nossa realidade política, historicamente condicionada a fatores tão específicos.

Ademais, nem sempre os paradigmas conceituais estrangeiros são ali observados. Referindo-se à política externa norte-americana, Galindo (2006, p. 262) faz a seguinte ponderação:

O interesse de manter uma hegemonia política e econômica continental prevalece em relação à exportação de paradigmas político-institucionais. Embora preguem o livre-comércio, os EUA possuem políticas protecionistas veementes para resguardarem seu mercado interno. Embora preguem a democracia e os direitos humanos, apoiaram regimes autocráticos na América Latina, desde que estes garantissem o respeito aos interesses estadunidenses.

É preciso avaliar o que se adota como teorias ou modelos que são desenvolvidos em outras plagas, pois toda forma de hegemonia, seja política, cultural ou científica, compromete a originalidade de uma vivência democrática.

O que se propõe aqui é uma leitura de teorias jurídico-constitucionais estrangeiras a partir das peculiaridades culturais e institucionais presentes na realidade brasileira e vivenciadas em sua história, e não o contrário. O fato não se adéqua ao *logos*, mas a linguagem, sim, especializada ou não, é que deve tentar compreender e explicar toda vivência social de uma dada comunidade. Daí, segundo entendemos, a formação de uma Teoria da Constituição constitucionalmente adequada, sugerida pelo Professor de Coimbra.

Por outro lado, pugna-se pelo resgate das ideias depensadores brasileiros, sejam sociólogos, cientistas políticos ou historiadores que tão bem, e de forma mais autêntica, interpretaram essa nossa realidade, cujas conclusões devem servir como parâmetros para a compreensão de nossa experiência constitucional.

Na verdade, o Brasil ainda está sendo descoberto, e agora não mais pelos portugueses ou por quaisquer outros vínculos estrangeiros, mas pelos próprios brasileiros que devem escrever e pensar a sua própria História, em termos políticos e sociais ou, ainda, com intensa participação política, fazendo jus ao espírito da Constituição brasileira de 1988.

## REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. 3. ed. Campinas: Russell, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 9. ed. Brasília: OAB Editora, 2008.
- BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.
- COLOMBO, Cristóvão. **Diários da Descoberta da América: as quatro viagens e o testamento**. Trad. Milton Persson. Porto Alegre: L&PM, 1999.

COSTA, Luís César Amad; A. MELLO, Leonel Itaussu. **História do Brasil.** São Paulo: Scipione, 1999.

COUTINHO, Sérgio. **O movimento dos movimentos:** possibilidades e limites do Fórum Social Mundial. Manaus: Muiraquítã, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2006.

GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da constituição:** A transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JECUPÉ, Kaká Werá. **A Terra dos Mil Povos** – história indígena do Brasil contada por um índio. São Paulo: Petrópolis, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Luis Francisco. **Comentários à Constituição de 1946.** 2. ed. vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1953.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro** – a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1992.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que Le Tiers État?** Paris: Éditions du Boucher, 2002.

## **PRIVAÇÃO DE LIBERDADE POR TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR<sup>79</sup>**

*Erisvaldo Santos da Silva*

*Advogado. Ex-aluno do Cesmac. Bacharel em Direito. Tenente-Coronel da Polícia Militar de Alagoas. Ex-aluno do Cesmac.*

**RESUMO:** *O presente artigo tem por objetivo fomentar discussão acerca da imprescindibilidade da privação da liberdade do militar, por transgressão disciplinar, em face de permissivo constitucional que a autoriza. Discorre-se sobre a sujeição especial do cidadão militar à hierarquia e disciplina, sua relação com o Estado e o comprometimento de seus direitos fundamentais individuais, máxime no que concerne à liberdade, um dos pilares da dignidade humana.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Privação da liberdade. Militar. Transgressão disciplinar. Sujeição especial. Hierarquia. Disciplina. Dignidade humana.*

**ABSTRACT:** *This article aims to stimulate discussion about the high dependence of the deprivation of liberty of transgression, military discipline, in the face of constitutional that the permissive authorizes. Talks about the special subjection of military citizen to hierarchy and discipline, their relationship with the State and the commitment of its individual fundamental rights, explains that with regard to freedom, one of the pillars of human dignity.*

**KEYWORDS:** *Deprivation of freedom. Military. Disciplinary transgressions. Special subject. Hierarchy. Discipline. Human dignity.*

### **INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa tem por finalidade fomentar reflexão acerca da imprescindibilidade da privação de liberdade do militar, por transgressão disciplinar, enquanto medida destinada à preservação da hierarquia e disciplina nas instituições militares. Ressalva-se não se pretender realizar lineamento histórico sobre os primeiros regulamentos disciplinares militares; tampouco, mapear-se a evolução desses regulamentos até os atuais códigos de ética.

À consecução do propósito delineado, revela-se indispensável sopesar e confrontar os valores institucionais hierarquia e disciplina militar com o direito fundamental à liberdade. A temática, por si só, permite fazer duas indagações: *i) É possível preservar a hierarquia e a disciplina sem se privar o militar de sua liberdade? ii) Em que medida é imprescindível, ao*

---

<sup>79</sup> Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso, em 2015, sob a orientação da Prof. Ms. Lean Araújo.

fim colimado, manter nos regulamentos e códigos de disciplina das instituições militares sanção privativa de liberdade, por transgressão disciplinar?

Subsidiariamente, afigura-se conveniente perquirir se a inclusão nos regulamentos e códigos disciplinares de sanções disciplinares alternativas às privativas de liberdade, em virtude de ilícito disciplinar, comprometeria o funcionamento das instituições militares e se, em o comprometendo, o faria em intensidade suficiente para colocar em risco a existência dessas instituições.

Ressalte-se que o método adotado para realizar a pesquisa é o científico-dedutivo e a técnica é a bibliográfica, repousando na análise de documentos, legislação pertinente ao tema e consultas a publicações doutrinárias especializadas encontradas, entre outras fontes, em livros e *sites* de internet.

O desenvolvimento da pesquisa, sucessivamente, desdobra-se em cinco capítulos: *i*) no primeiro capítulo, dá-se um panorama das instituições militares que integram as Forças Armadas e Forças auxiliares na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 (CF/88); *ii*) no segundo capítulo, demonstram-se aspectos conceituais relativos aos militares das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, além de peculiaridades intrínsecas ao cotidiano nas instituições que integram essas Forças; *iii*) no terceiro capítulo, faz-se um cotejo da hierarquia e disciplina praticada nas relações civis e militares, a fim de se verificar possível característica que justifique aplicações de modo tão distinto; *iv*) no quarto capítulo, verifica-se nos códigos e regulamentos disciplinares das Forças Armadas e de algumas das Forças Auxiliares, as sanções disciplinares que, visando inibir a ocorrência, comissiva ou omissiva, do ilícito administrativo, têm sido estabelecidas com mais frequência; e, *v*) no quinto capítulo, pondera-se em relação ao militar, sua relação de sujeição especial ao Estado e o comprometimento de seus direitos fundamentais individuais, com vistas à preservação da hierarquia e disciplina. Em sede de conclusão, fixa-se posicionamento quanto à imprescindibilidade da privação de liberdade do militar, por transgressão disciplinar, nas instituições militares.

Com isso, justifica-se a escolha do tema em razão da evolução e crescente complexidade do Direito Militar. Com efeito, a especialidade da função militar, o desempenho da própria missão e a apreensão do real sentido da expressão Estado Democrático de Direito têm estimulado os militares a questionar crenças e condutas que se operam no cotidiano de suas instituições, inclusive quanto aos efeitos pedagógicos

efetivamente alcançados com a imposição de sanção disciplinar privativa de liberdade, por transgressão disciplinar militar.

## **1 AS INSTITUIÇÕES MILITARES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Instituídas em conformidade com a CF/88, as Forças Armadas, constituídas por Marinha, Exército e Aeronáutica (art. 142) têm missão distinta das Forças Auxiliares, reserva do Exército, formadas por polícias militares e corpos de bombeiros militares (arts. 42 c/c 144, §§ 5º e 6º). As Forças Armadas se destinam à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem; enquanto às Forças Auxiliares cabem, por parte das polícias militares, executar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública e, por intermédio dos corpos de bombeiros militares, além de outras atribuições definidas em lei, as atividades de defesa civil. As Forças Armadas são organizadas e preparadas para atuar em defesa do Estado visando combater o inimigo, na hipótese de ocorrência de uma eventual guerra e, subsidiariamente, atuar na defesa da lei e da ordem; ao passo que as Forças Auxiliares, são organizadas e preparadas para manter a paz social visando, precipuamente, atuar em defesa da sociedade, preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, sem prejuízo de agregar à respectiva missão, excepcionalmente, peculiar atribuições decorrentes de convocação por parte do Exército, nos casos previstos em lei.

Máxime no que se refere às Forças Auxiliares, há que se esclarecer que embora desempenhem funções de natureza civil, cujas atividades são voltadas à Segurança Pública, são investidas da função militar por opção do constituinte originário. A esse respeito Lima (2010, p. 1) observa que:

[...] apesar desta opção do constituinte originário, não se pode negar que a função policial é, essencialmente, uma função civil e que existem diferenças perceptíveis na rotina dos militares estaduais e dos militares, pois em regra o trabalho dos militares estaduais envolve o contato diário com o cidadão, seja no atendimento de ocorrências, e aí pode estar incluído o confronto com meliantes, seja num atendimento assistencial realizando um parto.

O militarismo empregado nas Polícias Militares possui peculiaridades e assim, entende-se que deva ser mitigado em relação ao militarismo que vige nas Forças Armadas, entremens, uma dúvida não cabe, qual seja que não se pode ceder espaço ao desrespeito aos seus princípios basilares – hierarquia e disciplina.

Para Jesus (2011, p. 17) as instituições armadas representam a:

[...] força a serviço do Estado para a manutenção da ordem e para a segurança externa, destacando-se pela quantidade, qualidade e pela formação profissional de seus componentes, por sua exteriorização uniforme, pelos deveres e obrigações especiais a que estão sujeitos e por sua organização. Constituem uma sociedade *sui generis*, sujeita a normas jurídicas de diferentes naturezas, sejam técnico-militares ou administrativas, disciplinares, penais. (Grifo no original).

Há que se salientar que embora distintas as missões constitucionais afetas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares, não impede constatar a existência de características assaz semelhantes entre essas Forças, notadamente cultura, valores, crenças, práticas administrativas, procedimentos operacionais, bases organizacionais, direitos e garantias, deveres, formação, especialização, passagem à inatividade e denominação de seus integrantes. Nesse sentido, o ponto de maior convergência reside na base organizacional estabelecida, hierarquia e disciplina, como bem explicita Lenza (2009, p. 662) ao aduzir que:

[...] Os primeiros estão organizados em *nível federal* (como vimos, as *Forças Armadas* são instituições *nacionais*), enquanto os membros das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares, instituições organizadas, também, com base na hierarquia e disciplina, em *nível estadual, distrital ou dos territórios*. (Grifos no original).

Diverso não é o entendimento de Costa (2003, p. 25) ao discorrer sobre as Forças Auxiliares, pontuando que são “[...] pessoas jurídicas de Direito Público, militarmente sistematizadas e organizadas, tendo como base os princípios da hierarquia e disciplina [...]”.

## **2 O MILITAR: CONCEITO E PECULIARIDADES DO COTIDIANO CASTRENSE<sup>80</sup>**

Por disposição constitucional, denominam-se militares os que integram as Forças Armadas e militares dos Estados aqueles que servem nas Forças Auxiliares. Não obstante citada denominação constitucional, Porto (2009, p. 50 apud LEITE, 2011, p. 1) questiona acerca de poder ser considerado militar o integrante das Forças Auxiliares, argumentando se “[...] Policiais e bombeiros têm inimigo? Têm o dever legal de matar? Podem ser condenados por covardia e tantos outros crimes previstos no CPM para o militar clássico?”. Em concordância, Leite (2011, p. 1) afirma que “a resposta é negativa”, norteando referido entendimento em abalizada jurisprudência:

---

<sup>80</sup> De acordo com Guimarães (2008, p. 154), o verbete diz respeito à classe militar; adjetiva, também, a Justiça Militar, que se diz Justiça Castrense. Eram, antigamente, chamados *bens castrenses* aqueles adquiridos pelo filho (pecúlio) em serviço militar, os quais se excluem tanto do usufruto como da administração dos pais (embora, atualmente, a lei não consigne esta expressão). (C.C, art. 1.693, II).

**COMPETÊNCIA - HOMICÍDIO - AGENTE: MILITAR DA RESERVA - VÍTIMA: POLICIAL MILITAR EM SERVIÇO.** Ainda que em serviço a vítima - *policial militar, e não militar propriamente dito* - a competência é da Justiça Comum. Interpretação sistemática e teleológica dos preceitos constitucionais e legais regedores da espécie. HC n° 72.022-6/PR, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio. DJ 28/04/95, RTJ 160/589. (LEITE, 2011) (Grifos no original).

Data vénia convém discordar. Motiva posicionamento divergente o fato de a investidura nos cargos, tanto nas Forças Armadas quanto nas Forças Auxiliares, ser de natureza militar e não civil. Nesse sentido, em obra destinada a análise da Segurança Pública, em que sugerem a necessidade de uma nova modelagem desses órgãos, baseada em um sistema aberto, biológico, participativo e inovador, dissociada de uma modelagem mecanicista, cartesiana, verticalizada e de baixa densidade ainda persistente, Fernandes e Costa (2012, p. 72), argumentam que:

*O modelo brasileiro é contraditório e contraproducente, pois mundialmente diverge da visão moderna de polícia ao inverter o sentido da investidura e da função civil da Segurança Pública.* O texto constitucional engessa a estrutura e o lado comportamental dos membros das policiais militares, que, a bem da verdade, são militares e não policiais, como a destinação constitucional da Polícia faz supor, além de manter intacta a ideologização militarista nos demais órgãos de Segurança Pública, criando-se réplicas das estruturas militares, inclusive na caracterização de carros e homens. (Grifos nossos).

Não por acaso, por imperativo constitucional, “Os membros das Forças Armadas são denominados militares [...]” (art. 142, § 3º), enquanto “Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (art. 42, caput). Além disso, aplicam-se aos integrantes das Forças Auxiliares as disposições afetas aos militares das Forças Armadas, recaindo sobre uns e outros, idênticas restrições e vedações (art. 42, § 1º), inclusive no tocante a apuração de infrações penais militares, eis que havendo a prática desse tipo de infração pelos militares dos entes federados a apuração não cabe às policiais civis dos Estados (art. 144, § 4º).

A distinção, pelo que se afigura, não é substancial, mas exclusivamente no que concerne a: *i)* âmbito de atuação, sendo distinto o espaço territorial em que se insere a responsabilidade das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, de modo que aquelas atuam em todo o território nacional e estas, ressalvada a hipótese de atuação mais abrangente em face de convocação na forma da lei, atuam nos limites territoriais dos respectivos entes federados; *ii)* autoridade administrativa a que a Força se subordina; e, *iii)* outras distinções decorrentes da própria estrutura organizacional, como efetivo fixado e limites de ascensão profissional.

Infere-se, assim, que militar é o integrante das Forças Armadas ou o das Forças Auxiliares, indistintamente; acepção também esposada por Lenza (2009, p. 662) ao lecionar que:

[...] devemos destacar que os militares são não só os integrantes das *Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica – art. 142)*, como também os integrantes das *Forças Auxiliares e reserva do Exército (pólicias militares e corpos de bombeiros militares – art. 42, caput, c/c o art. 144, § 6º)*. (Grifos no original).

No que tange ao ingresso na vida militar, impõe-se ao cidadão uma realidade totalmente estranha àquela que conhece, porquanto, consoante natureza das atividades que irá desempenhar, passa por singular metamorfose para agir em conformidade com o que dele se espera enquanto militar.

Justifica-se mencionado processo pelo fato de a vida militar possuir características singulares não encontradas em nenhuma outra atividade profissional, cujo cotidiano é de extremo rigor, marcado por: *i*) devotamento à profissão; *ii*) sacrifício pessoal em prol da sociedade; *iii*) culto a pressupostos morais específicos da função; *iv*) obediência estrita às leis e as ordens superiores; e, *v*) sujeição a uma gama de restrições de ordem social, política e privada. Nesse contexto, em face das peculiaridades que permeiam a vida, diz-se, costumeiramente, ser em sua essência uma vida para poucos vocacionados que efetivamente a ela se adéquam.

O militar, segundo Jesus (2011, p. 9) adverte, “[...] submete-se a sacrifícios extremos e ao tributo da própria vida, o que é mais que o simples risco das atividades tidas como penosas ou insalubres”. Em complementaridade, Jesus (2011, p. 15-16), anota que:

A condição de militar, ao contrário do que muitos pensam, ao invés de constituir privilégio para seus detentores traz-lhes pesado ônus, em decorrência das peculiaridades de sua missão, do alto risco e sacrifícios, envolvendo conflitos, litígios e assuntos de segurança do Estado e das Instituições Armadas, o que os sujeita a normas de conduta pessoal rígidas, além de requisitos físicos especiais para o exercício das atividades e na lida diária com armas, explosivos e outros apetrechos bélicos. [...] O militar não é um privilegiado em relação ao civil. Ao contrário, é um servidor diferente, e mais onerado em suas atividades e obrigações, tanto que ao ingressar na carreira, aceita as condições especiais a que deverá se sujeitar, incorporando-as como valores éticos que deverão pautar sua conduta profissional e pessoal.

Nesse sentido, Brandão (1996, p. 2 apud LIMA, 2010, p. 1) destaca que:

Ser militar é ser um servidor que tem capacidade de lutar com tenacidade, sofrer com estoicismo, perder sem despeito e vencer sem vaidade. É uma pessoa que sente o regime de emergência (ou de prontidão) como algo normal em sua vida. É alguém preparado para as vicissitudes, para

deslocamentos extemporâneos e até para morrer (... com sacrifício da própria vida... – assim se faz o juramento).

Sobre esse tratamento diferenciado a que o militar é submetido Alberto Bento e Paschoal Mauro (2011, p. 488) entendem que:

A carreira militar submete o profissional a exigências que não são impostas aos demais cidadãos da sociedade. Tais imposições, próprias da natureza da atividade militar, devem ser consideradas pelo intérprete do direito, uma vez que os dispositivos constitucionais reconhecem as diferenças entre as atividades militares e as demais atividades profissionais.

Uma das maneiras mais eficazes de demonstrar que os militares são tratados de forma diferente dos demais cidadãos brasileiros e que, por isso, devem ter as suas próprias regras, são os rigorosos princípios que norteiam as Forças Armadas, acarretando em diversas restrições constitucionais a eles impostas, sendo privados de vários direitos fundamentais, inclusive o direito à vida, já que essa é disponível em razão da defesa da pátria e também pela previsão da pena de morte para os crimes militares em tempo de guerra.

Frisa-se, dada à pluralidade de aspectos intrínsecos a profissão militar, não ser tarefa simples proporcionar síntese assaz à compreensão daquilo que envolve o cotidiano castrense. Felizmente, em tempos pretéritos, com magistral lucidez e invulgar fidedignidade, isso já ocorreu em missiva pinçada na fonte pelo Coronel Nilton Lampert, cujo conteúdo ainda se encontra atual, tornando-se oportuno registrar que no fim do Século XIX, em Carta a El-Rei de Portugal, publicada no jornal do exército de Portugal, n. 306, Moniz Barreto (1893 *apud* JESUS, 2011, p. 8) retrata e dimensiona, em certo sentido, a sujeição, o rigor, a renúncia e os valores que caracterizam as práticas castrenses:

Senhor, uma das casas existem, no Vosso reino onde homens vivem em comum, comendo do mesmo alimento, dormindo em leitos iguais. De manhã, a um toque de corneta, se levantam para obedecer. De noite, a outro toque de corneta, se deitam, obedecendo. Da vontade fizeram renúncia como da vida. Seu nome é sacrifício. Por ofício desprezam a morte e o sofrimento físico. Seus pecados mesmo são generosos, facilmente esplêndidos. A beleza de suas ações é tão grande que os poetas não se cansam de a celebrar. Quando eles passam juntos fazendo barulho, os corações mais cansados sentem estremecer alguma coisa dentro de si. A gente conhece-os por militares [...]

Corações mesquinhos lançam-lhes em rosto o pão que comem; como se os cobres do pré pudesse pagar a liberdade e a vida. Publicistas de vista curta acham-nos caros demais, como se alguma coisa houvesse mais cara que a servidão. Eles, porém, calados, continuam guardando a Nação do estrangeiro e de si mesma. Pelo preço de sua sujeição, eles compram a liberdade para todos e defendem da invasão estranha e do jugo das paixões. Se a força das coisas os impede agora de fazer em rigor tudo isto, algum dia o fizeram, algum dia o farão. E, desde hoje, é como se o fizessem. Porque, por

definição, o homem da guerra é nobre. E quando ele se põe em marcha, à sua esquerda vai a coragem, e à sua direita, a disciplina.<sup>81</sup>

Tempos depois, em meados do Século XX, em obra destinada à análise do então vigente Código Penal Militar do Brasil, ao realçar diferenças entre profissões civis e militares, Sílvio Martins Teixeira (1946, *apud* JESUS, 2011, p. 20) esclarece que:

As leis, como normas reguladoras da sociedade, são feitas de acordo com o meio de onde provêm e para o qual se destinam. A organização das Forças Armadas, a sua manutenção e a sua finalidade se apoiam numa disciplina mais rigorosa do que a necessária para a vida civil. Além disso, a honra e o caráter formados no meio em que vivem os militares, bem como os seus deveres, têm aspectos que lhe são peculiares. O medo, desculpável no civil, é imperdoável no militar. A bravura, que é uma virtude apreciável no civil, constitui condição essencial para o soldado. A desobediência, a teimosia, que em certos casos podem revelar tenacidade ou independência na personalidade do civil, constituem crime militar, porque o preparo e a ação das Forças Armadas exigem disciplina e uma conduta uniforme, orientada pelos chefes. Todos os deveres dos militares convergem para a defesa da pátria, por ela tudo sacrificando, se necessário for, até a própria vida. Justo é, portanto, que, sob este ponto de vista, a liberdade dos militares seja mais restrita do que a dos civis. Assim, é inegável reconhecer que o militar é cidadão, mas não é civil e, como tal, não pode nem deve ser tratado. O cidadão brasileiro, ao escolher a sua profissão, implicitamente, estará optando pelo seu *status*: civil ou militar. A cada um o que lhe é devido. (Grifo no original).

Fato é que desde o ingresso na instituição militar a que pertencer e com maior ênfase depois de conclusa a fase preliminar correspondente, espera-se que o militar internalize e cultue: *i) patriotismo*, importante bem jurídico tutelado e diretamente relacionado à soberania; *ii) civismo*, que se traduz pela devoção ou dedicação à causa pública; *iii) profissionalismo e fidelidade*, consubstanciados no extremo respeito, cumprimento das normas vigentes e identificação com os superiores interesses do Estado, tendo em vista a própria responsabilidade perante a sociedade e fins legítimos e objetivos da administração; *iv) honra*, sob o ponto de vista objetivo, que associa-se à reputação – aquilo que efetivamente sobre o militar se pensa; *v) honra*, sob o ponto de vista subjetivo, que se relaciona à dignidade – respeito que o militar dispensa a si –, e ao decoro – projeção pessoal do militar perante a sociedade; e, *vi) hierarquia e disciplina*, eis que princípios fundantes das instituições militares.

---

<sup>81</sup> Carta anteriormente citada em pronunciamento do Senador Bernardo Cabral (Senador Federal, Atividade Legislativa), por ocasião das homenagens ao Dia do Soldado, em 25/08/1997; também disponível para acesso no site do Exército Brasileiro (O Exército, A Profissão Militar).

### 3 HIERARQUIA E DISCIPLINA: COTEJO NAS RELAÇÕES CIVIS E MILITARES

A hierarquia caracteriza uma relação de subordinação. Nesse aspecto a doutrina não aponta distinções conceituais claras entre a hierarquia praticada no meio civil e no meio militar. Em comentários a Lei Complementar n. 893, de 9 de março de 2001 – institui o Regulamento Disciplinar – aplicável à Polícia Militar de São Paulo (PMESP), Costa (2003, p. 25) ensina que hierarquia significa “[...] o conjunto de poderes subordinados uns aos outros, sejam eclesiásticos, civis ou militares, classificando e ordenando a graduação do poder correspondente às diferentes classes de funcionários”.

No mesmo sentido Guimarães (2008, p. 347) pondera que hierarquia é:

Graduação da jurisdição. Grau de autoridade que corresponde às diferentes categorias de funcionários públicos. Atualmente, hierarquia tem o sentido de relação de subordinação entre os vários órgãos do Poder Executivo, fixando-se o poder disciplinador de cada um. Mas o termo, que se originou na Grécia, com o poder da classe sacerdotal e continua na Igreja Católica, também teve importância no regime fascista italiano, sendo largamente usado, chamando-se os expoentes do fascismo de *hierarcas*. Administrativamente, é a relação entre funcionários subordinados e os superiores, por dever de obediência e mando, segundo os graus de funções de uns e de outros. (Grifo no original).

Sem embargo, Carvalho Filho (2009, p. 65) disserta que:

Hierarquia é o escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa [...] Em razão desse escalonamento firma-se uma relação jurídica entre os agentes, que se denomina de *relação hierárquica*. (Grifo no original).

Enquanto Themístocles Brandão Cavalcanti (1966, p. 23 *apud* COSTA, 2003, p. 25) considera que:

[...] a hierarquia é, no dizer de Hauriou, a superposição de graus em uma organização autoritária de agentes, por tal forma que os agentes inferiores não executam as suas funções pelo cumprimento único e diretamente da lei, mas devem também obedecer a seus chefes que expedem instruções sobre a maneira de cumprir a norma legal.

Esta hierarquia pode significar não somente a existência de numerosos graus de jurisdição, mas também a distribuição de competência na esfera administrativa.

Mesmo nas instituições militares, hierarquia muito se assemelha ao conceito aplicável nas relações civis. Consoante art. 14, §1º Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980 – dispõe sobre o Estatuto dos Militares das Forças Armadas –, nota-se que:

Art. 14. [...] § 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade (*sic*) no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência (*sic*) de autoridade.

Referido conceito aplicado às relações funcionais pressupõe subordinação, decorrente da organização hierárquica e, correlacionado a fins disciplinares implica dever de obediência. Observada a legislação das Forças Auxiliares, percebe-se que o aludido conceito em pouco ou nada difere.

Na Polícia Militar de Alagoas (PMAL), conforme art. 6º, inciso XI, da Lei n. 5.346, de 26 de maio de 1992 – dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares –, tem-se por hierarquia “[...] a ordenação da autoridade nos diferentes níveis, dentro da estrutura policial militar”.

Conceito semelhante é encontrado na Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG), no art. 6º, §1º, da Lei n. 14.310, de 19 de junho de 2002 – dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina –, substituindo-se apenas a expressão “policial militar” por “IMEs”, a significar instituições militares estaduais.

Na PMESP, com tênue variação, conforme art. 3º, da Lei Complementar n. 893/2001 hierarquia policial militar é conceituada como “[...] ordenação progressiva da autoridade, em graus diferentes, da qual decorre a obediência, dentro da estrutura da Polícia Militar [...].”

Note-se que, em qualquer caso, a hierarquia pressupõe uma relação baseada em autoridade e não em poder. A relação centrada em poder se traduz em coação, onde quem ocupa na escala hierárquica cargo de nível inferior somente faz a vontade de quem ocupa cargo de nível superior por causa de sua posição ou força; trata-se de modelo de mera gestão, a autoridade é meramente funcional e seu detentor só a tem se tiver poder. Diversamente a relação estribada na autoridade se traduz na cooperação espontânea, onde na referida escala quem ocupa cargo de nível inferior sofre influência pessoal de quem ocupa cargo de nível superior, culminado por fazer de boa vontade o que dele se espera; trata-se de modelo de liderança, onde a autoridade se legitima por ser, sobretudo, moral, de modo que seu detentor a conserva independentemente de estar numa posição de poder. Ressalte-se que reunidas em uma mesma pessoa autoridade funcional e moral, tem-se a chamada autoridade ideal.

Em outras palavras, considerando-se que a obediência liga-se à autoridade, devem as instituições militares perseguir uma obediência consciente advinda da liderança. Esta, conforme magistério de Hunter (2004, p. 25) é a “[...] habilidade de influenciar pessoas para

trabalharem entusiasticamente visando atingir aos objetivos identificados como sendo para o bem comum”.

Por outro lado, corolário da hierarquia, tem-se a disciplina, que no dizer de Costa (2003, p. 25) é:

[...] a imposição de autoridade, de método, de regras ou de preceitos, ou seja, é o respeito da autoridade, a observância de métodos, regras ou preceitos. Trata-se de um conjunto de prescrições ou regras destinadas a manter a boa ordem e regularidade em qualquer entidade, seja pública ou privada.

A respeito dessa disciplina funcional Carvalho Filho (2009, p. 68) informa que é “[...] situação de respeito que os agentes da Administração devem ter para com as normas que os regem, em cumprimento aos deveres e as normas a eles impostos”.

Ademais, disciplina pressupõe uma objetiva relação de sujeição, sendo considerada, em sua representação castrense, como uma qualidade a ser perseguida pelos militares, com o fito de torná-los aptos a não se desviarem de padrão desejável para o bem comum da tropa, mesmo em situação de pressão extrema. (LIMA, 2010).

Refletindo sobre a essencialidade da disciplina para a persecução dos objetivos de uma Força Armada Alberto Bento e Paschoal Mauro (2011, p. 487-488) expõem que:

Poucas profissões têm por pilar básico a disciplina. Uma Força Armada é vista, pela sociedade à qual pertence, como uma coletividade de indivíduos que deve abnegar seus interesses pessoais, anseios e temores para perseguir os objetivos da instituição que integram. O desapego à vontade individual engrandece e fortalece a capacidade em face dos desafios e adversidades encontrados. A disciplina é uma importante ferramenta para que tal propósito seja alcançado. Por isso a sua peculiaridade, que exige até mesmo o sacrifício da própria vida.

Breve exame do art. 14, § 2º da Lei n. 6.880/1980 revela o rigor que reveste a disciplina militar, cujo conceito estabelece que:

Art. 14. [...] § 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Do cotejo conceitual de disciplina no Estatuto dos Militares com o conceito insculpido na legislação dos entes federados, há que se ressaltar a ocorrência de fenômeno semelhante ao sucedido em relação ao conceito de hierarquia.

Na PMAL, nos termos do art. 6º, inciso XII, da Lei n. 5.346/1992, disciplina é “[...] rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e dispositivos que fundamentam a Organização Policial Militar”.

Na PMESP, à semelhança, em conformidade com o art. 9º, da Lei Complementar n. 893/2001, disciplina policial militar é conceituada como “[...] exato cumprimento dos deveres, traduzindo-se na rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e ordens, por parte de todos e de cada um dos integrantes da Polícia Militar”.

Nesse sentido, na PMMG, consoante art. 6º, § 2º, da Lei n. 14.310/2002, a disciplina militar é “[...] exteriorização da ética profissional dos militares do Estado e manifesta-se pelo exato cumprimento de deveres, em todos os escalões e em todos os graus da hierarquia [...]”.

Note-se que a disciplina militar, em qualquer caso, realça o dever de obediência inerente ao militar, manifestando-se, essencialmente, dentre outras formas, pela observância rigorosa de prescrições legais e regulamentares que regram sua atividade profissional e pela obediência às ordens legais dos superiores, neste contexto, compreendendo aquelas que preenchem os requisitos do ato administrativo.

As informações alinhadas, no concerne à hierarquia e disciplina, não permitem olvidar que as instituições militares as obedecem com singular higidez. Não por acaso, invoca-se a hierarquia e disciplina como fundamento para especial sujeição do militar à Administração Castrense.

Com efeito, não há absolutamente nenhuma dúvida no tocante à relevância desses bens para o regular funcionamento das referidas instituições. Todavia, referida obediência não é adstrita apenas àqueles princípios, porquanto, consoante art. 37, caput, da CF/88 “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Por outro lado, vistos de relance, mormente em razão dos arts. 42 e 142 da CF/88, referidos subsídios podem inadvertidamente conduzir à conclusão de que hierarquia e disciplina constituem exclusividade das instituições militares, equívoco que se deve evitar. Hierarquia e a disciplina não têm aplicação restrita a funcionários da Administração Pública; tampouco se restringem tão-somente àqueles que integram as instituições militares.

Em verdade, civis e militares, especialmente se integrantes da Administração Pública, têm em comum, em decorrência da hierarquia, subordinação e deveres de obediência e mando

conforme seus respectivos graus e funções, em conformidade com o estatuto funcional a que se submetam e a cultura que norteia a organização a que se vinculem. Consoante posição adotada por Léo Alves (1999, p. 31 *apud* COSTA, 2003, p. 25) anota-se que, “A hierarquia e disciplina são institutos de qualquer organização ou entidade, seja integrante da Administração Pública ou não”.

Dito isto, infere-se que embora hierarquia e disciplina sejam intrínsecas às instituições militares, com estas não guardam exclusividade. Presentes em toda e qualquer relação de subordinação, hierarquia e disciplina se distinguem na seara militar pela potencialização que alcançam nesse meio, conforme reconhece Heuseler (2011, p. 13-14) ao argumentar que “[...] a hierarquia e a disciplina no âmbito do regime militar têm relevância maior [...] Para a atividade militar, tais valores assumem posição fundante, não posição veicular ou instrumental como o são para outras atividades”.

De sua parte, Martins (1996, p. 23-24 *apud* LEITE, 2011, p. 1), observa que “[...] para os militares, a hierarquia e a disciplina têm significados diferentes do que possuem para os funcionários civis, pois, para aqueles, funcionam como um código de honra que todos seguem e respeitam de maneira incontestável”. Manifestando-se a esse respeito Justen Filho (2009, p. 724 *apud* LIMA, 2010, p. 2), aduz que:

Os militares são os agentes estatais investidos de modo específico e especializado na competência para o exercício da violência monopolizada pelo Estado. Precisamente por isso, o regime jurídico a eles aplicável é diferenciado. O rigoroso regime de hierarquia destina-se não apenas a assegurar o desempenho eficiente de suas funções, mas a proteger o regime democrático e o princípio da soberania popular.

#### **4 TRANSGRESSÃO E SANÇÃO DISCIPLINAR NO MEIO MILITAR**

A transgressão disciplinar militar, ressalvadas disposições específicas insertas nos respectivos regulamentos e códigos disciplinares das instituições militares, grosso modo, constitui-se na violação das obrigações ou dos deveres militares, cominando ao infrator as sanções disciplinares correspondentes. Trata-se de ilícito de natureza administrativa, comissivo ou omissivo, institucionalmente atribuível ao militar por desvio de conduta ofensivo à ética ou, contrário a deveres e obrigações funcionais.

Com isso, ressalvados os casos em que a conduta constitua crime, Paiola (2009, p. 123) destaca que “[...] a transgressão disciplinar se restringe em ser a violação de princípios,

deveres ou obrigações militares, assim como qualquer ato que venha a lesar princípios instituídos por lei ou normas [...]"'. Prosseguindo em seu arrazoado Paiola (2009, p. 124) ensina que:

A transgressão disciplinar militar possui características relativamente semelhantes ao crime militar, porém, é distinta deste. Ambos institutos são decorrentes de conduta humana ilícita pelo descumprimento de uma norma, diferindo-se no seu conteúdo e em grau de importância. Ou seja, forte diferença entre o crime militar e a transgressão disciplinar está cravada na intensidade do fato delituoso ocorrido, devendo ser observado que a punição da transgressão é de caráter preventivo, tendo assim a intenção de prevenir o acontecimento do crime militar.

É importante suscitar que a transgressão disciplinar militar é qualquer ato ou circunstância que contrarie ou afronte o dever militar. Já o crime militar é a ofensa em grau mais elevado, também em relação ao dever militar. Assim, observa-se que a conduta infratora do dever militar, em geral, é a mesma. Somente de acordo com o caso concreto poderá ser determinado se ocorreu uma transgressão disciplinar ou um crime militar. No mais, vale lembrar que em certos casos poderá ocorrer a determinação dos dois institutos, coincidentemente, devido ao mesmo delito praticado.

Ressalta-se que, uma conduta para ser considerada como crime militar deve estar definida no Código Penal Militar e, no mesmo entendimento, para ser considerada transgressão disciplinar deve estar prevista em Regulamento Disciplinar próprio.

Com efeito, a transgressão disciplinar afeta diretamente a hierarquia militar e solapa a disciplina castrense, ensejando, consequência direta e necessária à preservação desses bens jurídicos constitucionalmente tutelados, o direito de *interna corporis* as instituições militares punirem o transgressor, mediante imposição de sanção proporcional ao ilícito praticado, inclusive com privação da liberdade que, enquanto mecanismo de controle social, conforme magistério de José Geraldo (apud COSTA, 2003, p. 165), remonta à:

[...] Idade Média, sendo uma criação da Igreja Católica durante a Santa Inquisição, onde o processo inquisitório dos tribunais eclesiásticos surgiu com o Concílio de Latrão, em 1215, determinando o procedimento de ofício sem necessidade de prévia acusação, tendo como razão de existência a concepção de que o sofrimento e a clausura eram formas de salvar o corpo e purificar a alma [...].

Evoluindo-se para a legislação federal que rege a espécie, conforme art. 8º do Decreto n. 76.322, de 22 de setembro de 1975 – aprova o Regulamento Disciplinar –, verifica-se na Aeronáutica que:

Art. 8º Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar.

Na Marinha, à semelhança deste, o art. 6º do Decreto n. 88.545, de 26 de junho de 1983 – aprova o Regulamento Disciplinar –, estabelece que:

Art. 6º Contravenção Disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime.

Por outro lado, o art. 14 do Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002 – aprova o Regulamento Disciplinar –, aplicável no Exército, dispõe que:

Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

No que se refere ao conceito de transgressão disciplinar nas Forças Auxiliares, percebe-se que é análogo ao encontrado nos regulamentos das Forças Armadas. Destarte, na PMMG o art. 11 da Lei n. 14.310/2002 preconiza que:

Art. 11. Transgressão disciplinar é toda ofensa concreta aos princípios da ética e aos deveres inerentes às atividades das IMEs em sua manifestação elementar e simples, objetivamente especificada neste Código, distinguindo-se da infração penal, considerada violação dos bens juridicamente tutelados pelo Código Penal Militar ou comum.

Na Brigada Militar do Rio Grande do Sul (BMRS), o art. 7º do Decreto n. 43.245, de 19 de julho de 2004 – aprova o Regulamento Disciplinar –, conceitua transgressão disciplinar como “[...] qualquer violação dos princípios da ética, dos deveres ou das obrigações policiais-militares, na sua manifestação elementar e simples, bem como qualquer omissão ou ação contrária a preceitos legais ou regulamentares”.

Na PMESP, o art. 12, da Lei Complementar n. 893/2001 especifica que “Transgressão disciplinar é a infração administrativa caracterizada pela violação dos deveres policiais-militares, cominando ao infrator as sanções previstas neste Regulamento”.

Em outras palavras, intrínseco à prática de ato incompatível à atividade militar e correlacionada à preservação da hierarquia e disciplina, tem-se como efeito natural daquele a sanção disciplinar, ato administrativo praticado de forma unilateral pela Administração Pública Militar, vinculado e discricionário, que reclama para sua vigência, validade e eficácia a convergência de cinco requisitos: *i*) outorga de autoridade competente, cuja competência administrativa resulta da lei e por ela é delimitada; *ii*) objeto, efeito jurídico imediato, variável conforme o bem jurídico desejável; *iii*) forma prescrita em lei, a ensejar a forma como o ato se

manifesta externamente, sendo em princípio escrita, admitindo-se, contudo, outras formas; *iv)* finalidade, efeito jurídico mediato, a indicar o interesse público a atingir; *e, v)* motivo, a indicar situação de direito ou de fato que autoriza a realização do ato. Por oportuno, cabe mencionar que provém da disciplina o poder disciplinar da autoridade, ligado à função, para apurar transgressões e aplicar punição prevista em lei, proporcional à gravidade do ilícito administrativo; enquanto promanam da hierarquia o poder hierárquico e a subordinação do transgressor à autoridade militar que o pune.

A sanção disciplinar, por assim dizer, indica o valor, a importância e a magnitude da hierarquia e disciplina para as instituições militares, cujos atos que lhes sejam contrários poderão concorrer para mitigar a liberdade, bem jurídico constitucionalmente protegido. Nesse sentido, o inciso LXI, do art. 5º, da CF/88 estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Isso implica dizer que de acordo com a gravidade do ato contrário à disciplina, efetivamente praticado, poderá se imputar ao militar uma sanção de natureza penal ou administrativa entre as que estiverem previstas na legislação disciplinar de sua Força, sendo a sanção prevista processada e julgada conforme estabelecido nas normas penais específicas, quando se constituir ilícito penal militar ou, em conformidade com previsão regulamentar de cada uma das instituições militares, quando ilícito administrativo disciplinar, registrando-se que em sua origem, a sanção disciplinar militar atinge o corpo do transgressor.

Um corte epistemológico, nesse sentido, remete a obra intitulada “O direito penal militar brasileiro e o direito penal militar de outros povos cultos”, onde Carpenter (1914, p. 9 *apud* D’URSO, 2011, p. 40) discorre que:

[...] Antigamente os povos mais cultos tinham que impor, pela guerra, os seus progressos e a sua civilização. O exército romano teve seu direito criminal. Para as faltas graves da disciplina, diz Dalloz, o tribuno convocava o conselho de guerra, julgava o delinquente e o condenava a bastonadas.

Com isso, necessário fazer breve esforço atinente à evolução das sanções disciplinares, o que conduz ao Regulamento do Conde de Lippe, de 1763, base da legislação militar portuguesa,<sup>82</sup> como primeiro regulamento disciplinar militar adotado no Brasil. O indicado regulamento, consoante Duarte (2001, p. 34 *apud* FREIRE JÚNIOR, 2011) leciona, regia as forças policiais à época do Brasil Império, prevendo:

---

<sup>82</sup> Regulamento Disciplinar do Exército Português, intitulado “Artigos de Guerra”, idealizado por Wilhelm Shaumburg Lippe, o famoso Conde de Lippe.

[...] punições rigorosas como chibatadas e pranchadas (golpes desferidos com a lateral da espada ou sabre) aos transgressores da disciplina. Em 1862, o Duque de Caxias conseguiu substituí-lo pelo Regulamento Correcional das Transgressões Disciplinares, origem do Regulamento Disciplinar do Exército – RDE.

Por outro lado, proclamada a República os castigos físicos deixaram de ser aplicados no Brasil, contudo, por curto período. Isso se deu em virtude de no âmbito da Marinha, os castigos físicos que haviam sido abolidos um dia após a Proclamação da República, consoante informa Silva (1982, p. 11-12 apud FREIRE JÚNIOR, 2011) terem sido restabelecidos no ano seguinte (1890), permitindo-se:

[...] para as transgressões leves, a pena de prisão a ferros na solitária, por um período de um a cinco dias, a pão e água; para as transgressões leves repetidas, a pena de prisão a ferros na solitária, por um período de no mínimo seis dias, a pão e água; e para as transgressões graves a pena de no mínimo vinte e cinco chibatadas.

Impende relatar que tempos depois, em decorrência desses castigos, em 25 de novembro de 1910, na baía de Guanabara, no Rio de Janeiro, capital do Brasil a época, deu-se a revolta das chibatas, liderada pelo marinheiro João Cândido Felisberto, que ficou conhecido como “Almirante Negro”. A esse respeito faz referência Roland (2000, p.25-26 apud FREIRE JÚNIOR, 2011) esclarecendo que a revolta:

[...] foi uma reação à pena das chibatadas prevista no Regulamento Disciplinar da Marinha, não havia qualquer conotação política, o objetivo dos amotinados era apenas e tão somente a extinção dos castigos corporais e a melhoria das condições de vida e trabalho da categoria a bordo das embarcações da Armada.

Evoluindo-se, hodiernamente, para as sanções disciplinares praticadas nas Forças Armadas, Carvalho (2005, p. 4) informa que:

Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão disciplinar, as punições a que estão sujeitos os militares, em ordem de gravidade crescente, são: advertência (verbal ou por escrito), repreensão, detenção, prisão (fazendo ou não serviço) e licenciamento e exclusão a bem da disciplina (demissão *ex-offício* das fileiras da corporação aplicáveis aos praças), observando que as punições de detenção e prisão não podem ultrapassar 30 dias. (Grifo no original).

A esse respeito Alberto Bento e Paschoal Mauro (2011, p. 488) consideram que:

Com efeito, o Regulamento Disciplinar do Exército, à semelhança do regulamento das demais Forças, prevê uma série de possíveis punições a que estão sujeitos os militares, em ordem de gravidade crescente, a saber: a advertência, a repreensão, o impedimento disciplinar, a detenção disciplinar, a prisão disciplinar e a exclusão a bem da disciplina. Dessas, a advertência e a repreensão são verbais, o impedimento não o deixa sair da área do quartel (não é pena privativa, mas sim restritiva de liberdade), a detenção será na

área do seu alojamento; somente a prisão disciplinar é que terá local específico e mais restrito.

Na Aeronáutica são previstas no art. 16 do Decreto n. 76.322/1975 sanções privativas de liberdade, podendo ocorrer detenção ou prisão. A detenção consiste na retenção do transgressor em lugar não destinado a cárcere comum (art. 20), por até trinta dias, enquanto a prisão, a juízo do comandante, consiste na reclusão do transgressor em local apropriado (art. 21), sendo suas espécies: *i*) prisão fazendo serviço ou comum, por até trinta dias; *ii*) prisão sem fazer serviço, por até quinze dias; e, *iii*) prisão em separado por até dez dias.

Na Marinha são previstas nos arts. 22 do Decreto n. 88.545/1983 sanções que afetam a liberdade do militar, compreendendo: *i*) impedimento, que obriga o contraventor a permanecer na organização Militar, sem prejuízo de qualquer serviço que lhe competir (art. 22); *ii*) prisão simples, cujo recolhimento se dá sem prejuízo do serviço (art. 24); *iii*) prisão rigorosa, fechada para praça ou para oficial, suboficial ou sargento aos recintos que na Organização Militar forem destinados ao uso do seu círculo (art. 25), ressalvando-se para a praça converter em impedimento a prisão simples ou rigorosa, duplicando-se o tempo a cumprir se decorrente de prisão simples ou triplicando-o, se decorrente de prisão rigorosa.

Migrando-se para as Forças Auxiliares convém apontar que tradicionalmente há repetição de regras oriundas das Forças Armadas, sendo comum, na maioria dos entes federados, existir sanções que restrinjam a liberdade, privando o militar do direito de livre locomoção.

Na Polícia Militar do Pará (PMPA), a detenção e a prisão estão previstas no art. 39, incisos II e III, da Lei n. 6.833, de 13 de fevereiro de 2006 – institui o Código de Ética e Disciplina –, consistindo a detenção no cerceamento da liberdade do punido, o qual deve permanecer nas dependências do aquartelamento, sem que fique, no entanto, confinado, comparecendo aquele a todos os atos de instrução e serviços (art. 41) e a prisão no confinamento do punido em alojamento do círculo a que pertence ou local determinado pela autoridade competente, inclusive o xadrez (art. 42), podendo ou não resultar em prejuízo do serviço (art. 43).

Na PMESP, o art. 14, incisos III e IV, da Lei Complementar n. 893/2001, estabelece a sanção de permanência disciplinar e detenção. A permanência disciplinar, consistindo em o transgressor ficar na OPM, sem estar circunscrito a determinado compartimento, sem prejuízo do serviço (art. 17) e a detenção consistindo na retenção do militar do Estado no âmbito de sua OPM, sem participar de qualquer serviço, instrução ou atividade (art. 20).

Na BMRS, no art. 9º, incisos III e IV, do Decreto n. 43.245/2004, há a previsão de detenção e prisão, aquela consistindo no cerceamento da liberdade do punido, o qual deverá permanecer no local que lhe for determinado, sem que fique confinado, podendo ser cumprida com prejuízo do serviço ou não (art. 12) e a prisão, por seu turno, consistindo na permanência do punido no âmbito do aquartelamento, com prejuízo do serviço e da instrução, contudo, só podendo ser aplicada, exclusivamente, para o atendimento das disposições de conversão de infração penal em disciplinar, previstas na lei penal militar (art. 13).

Por oportuno, destaca-se que no site do Poder Executivo do Rio Grande do Sul, fruto de negociação com entidades representativas dos militares Rio-grandenses, dentre outras medidas anunciadas, ganha relevo a mediata possibilidade de extinção das sanções privativas de liberdade para os militares da brigada, consoante informativo de 24 de outubro de 2013 intitulado “Governo apresenta proposta para negociação com servidores da Brigada”<sup>83</sup>.

Materializando-se para os militares rio-grandenses a proposta, não se pode deixar de correlacioná-la com o Código de Ética e Disciplina dos Militares de Minas Gerais, tendo em vista este não possibilitar a privação da liberdade do militar daquele Estado por cometimento de transgressão disciplinar. Como cediço não mais se aplicam aos militares mineiros as sanções de detenção e prisão militar, mas suas substitutas, que nos termos do art. 24, incisos III e IV, da Lei n. 14.310/2002, correspondem à prestação de serviços de natureza preferencialmente operacional, correspondente a um turno de serviço semanal, que não excede oito horas e suspensão, de até dez dias. No que se refere às sanções de prestação do serviço e de suspensão, os arts. 30 e 31 da mencionada Lei preconizam:

Art. 30. A prestação de serviço consiste na atribuição ao militar de tarefa, preferencialmente de natureza operacional, fora de sua jornada habitual, correspondente a um turno de serviço semanal, que não excede a oito horas, sem remuneração extra.

Art. 31. A suspensão consiste em uma interrupção temporária do exercício de cargo, encargo ou função, não podendo exceder a dez dias, observado o seguinte: I – os dias de suspensão não serão remunerados; II – o militar suspenso perderá todas as vantagens e direitos decorrentes do exercício do cargo, encargo ou função. Parágrafo único. A aplicação da suspensão obedecerá aos seguintes parâmetros, conforme o total de pontos apurados: I – de vinte e um a vinte e três pontos, até três dias; II – de vinte e quatro a

---

<sup>83</sup> Indica o informativo (Rio Grande do Sul, Casa Civil, Página inicial, notícias) que quanto ao regulamento, a proposta apresentada pelas entidades é pelo retorno ao Regulamento Disciplinar do Servidor Militar (RDSM), que passará a ser lei e extinguirá o atual Regulamento Disciplinar da Brigada Militar (RDBM). A principal mudança, com isso, será a extinção das penas restritivas de liberdade e a constituição de um colegiado que irá julgar os recursos que são apresentados por servidores militares sobre punições sofridas. O Executivo concorda com a proposta, e encaminhará o Projeto de Lei à Assembleia Legislativa para tais alterações, se a categoria aceitar o conjunto das propostas.

vinte e cinco pontos, até cinco dias; III – de vinte e seis a vinte e oito pontos, até oito dias; IV – de vinte e nove a trinta pontos, até dez dias.

Infere-se, em face das informações antecedentes, efetivar-se em cada Força a legislação que melhor convém ao controle do militar, consoante respectiva política disciplinar, sendo corrente na quase totalidade das instituições militares sanções disciplinares privativas de liberdade. Destarte, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares, variam de uma instituição para outra, incidindo com maior frequência na legislação disciplinar de cada Força sanções admonitórias (advertência e repreensão), privativas de liberdade (detenção e prisão) e exclusórias (licenciamento e exclusão).

Com relação a essa preferência reiterada pelas sanções privativas de liberdade, cujos defensores indicam a necessidade de preservação da disciplina para perpetuá-las nos regulamentos e códigos disciplinares, entende-se que são desnecessárias e representativas de apego ao exacerbado poder punitivo na seara disciplinar, porquanto o Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar –, que se aplica aos militares das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, tipifica crimes contra a autoridade e a disciplina militar, destacando-se, entre outros, os crimes militares de: motim (art. 149), desrespeito a superior (art. 160) e recusa de obediência (art. 163), de modo que não se revela coerente se manter sanções privativas de liberdade, por transgressão disciplinar, com o singelo argumento de preservação da hierarquia e disciplina, considerando-se que a norma penal militar já o faz com o rigor necessário, tratando a ofensa à autoridade e disciplina militar como crime militar, o que se afigura como opção mais acertada, acredita-se.

Ainda no que concerne a privação de liberdade do militar associada à transgressão disciplinar, importante pontuar que há possibilidade de ocorrer por meio de medida cautelar prevista na legislação disciplinar das Forças Armadas e Forças Auxiliares. Entretanto, em razão de o objetivo desta pesquisa se associar à privação de liberdade imposta ao militar depois de submetido ao devido processo administrativo disciplinar, o que não é observado na aplicação da aludida medida, sugere-se para aprofundamento quanto ao tema ler-se artigo que versa sobre “A imprescindibilidade da autuação em flagrante nas situações de prisão cautelar administrativa, na Polícia Militar de Alagoas, em observância à ordem constitucional vigente”, em que Silva (2011, p. 1) faz oportuna lembrança, ao discorrer que:

Com efeito, a bem da verdade, em todos os regulamentos disciplinares, sejam das Forças Armadas ou das Polícias Militares havia dispositivos prevendo a prisão provisória administrativa. Nenhum deles, obviamente, não prescindiu dessa privação de liberdade. E ninguém contestava tais abusos, talvez em virtude de a repressão militar estar legitimada numa legislação

infraconstitucional omissa e favorável, aliada a uma Constituição observada apenas retoricamente, o que deixava, principalmente os Oficiais, bem à vontade em determinar prisões ao seu talante.

Em continuidade, convém destacar que a sanção disciplinar objetiva influenciar psicologicamente aos integrantes das instituições militares no sentido de prevenir e/ou reprimir ilícitos administrativos, ocorrendo mediante: *i*) prevenção geral destinada à coletividade castrense, por meio do estabelecimento de uma punição correspondente ao ilícito praticado e proporcional a ofensa causada ao bem tutelado; e, *ii*) por prevenção especial direcionada ao militar sancionado, por meio da efetiva aplicação da punição correspondente. Tanto uma quanto outra prevenção, em síntese, busca conscientizar o militar de que a imposição da sanção disciplinar visa tão-somente o exclusivo cumprimento do dever e a preservação da disciplina.

Nesse sentido, breve vista do Decreto n. 4.346/2002 demonstra que: *i*) a punição disciplinar objetiva a preservação da disciplina e deve ter em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence (art. 23); e, *ii*) o julgamento e a aplicação da punição disciplinar devem ser feitos com justiça, serenidade e imparcialidade, para que o punido fique consciente e convicto de que ela se inspira no cumprimento exclusivo do dever, na preservação da disciplina e que tem em vista o benefício educativo do punido e da coletividade (art. 35). Em reflexão sobre o objetivo desse tipo de sanção Carvalho (2005, p. 4) conclui que a punição disciplinar “[...] objetiva a preservação da *hierarquia e da disciplina militar*, tendo em vista o benefício ao punido, pela sua reeducação, e à Organização Militar, pelo fortalecimento *da disciplina e da justiça*”. (Grifos no original).

## **5 O MILITAR, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E A RELAÇÃO ESPECIAL DE SUJEIÇÃO: REFLEXÕES**

Muitos dispositivos constitucionais, em regra, referem-se aos militares restringindo-lhes direitos e garantias fundamentais comumente assegurados aos demais cidadãos, civilmente organizados com fundamento na liberdade, ao passo que aqueles estão militarmente organizados sobre rigorosa obediência, de modo que valores e bens tutelados em legislação para civis e militares diferem substancialmente.

A esse respeito Clemenceau (2005, p. 20 *apud* JESUS, 2011, p. 7), pontifica que “assim como há uma sociedade civil fundada sobre a liberdade, há uma sociedade militar

fundada sobre a obediência, e o juiz da liberdade não pode ser o da obediência". Sobre a relatada obediência Fagundes (2003, p. 203 apud LEITE, 2011, p. 1) comenta que:

[...] se a obediência hierárquica não fosse nascida de uma superioridade jurídica imposta pela força do direito, as Forças Armadas não passariam de um bando armado, em que a superioridade é imposta pelo direito da força. Coloca o autor que uma Força Armada, na qual o subordinado pudesse livremente discutir a ordem do seu superior hierárquico, resultaria em um perigo para a tranqüilidade do Estado, ao invés de ser a garantia de sua existência.

Com similar acepção, Alberto Bento e Paschoal Mauro (2011, p. 487-488) dissertam que:

Princípios democráticos são aplicáveis onde há relações sociais de coordenação, mas não em situações específicas, onde a subordinação e a obediência são exigidas daqueles que, por imperativo moral, jurídico ou religioso, as devem aos seus superiores, sejam aqueles, filhos, soldados ou monges.

Da mesma forma que a vocação religiosa implica o sacrifício pessoal e do amor próprio – e poucos são os que a têm por temperamento –, a militar requer a obediência incontestada e a subordinação confiante às determinações superiores, sem as quais vã será a hierarquia, e inócuo o espírito castrense. Se um indivíduo não está com a carreira das armas e o despojamento que ela exige, que procure sua realização em outra profissão na vida civil.

No mesmo norte, Jesus (2011, p. 13) entende que:

As restrições impostas aos militares são aquelas previstas pela Constituição. Daí decorre que, ao contrário do cidadão comum, a carreira das armas requer certo despojamento da liberdade. Na verdade, na vida castrense ocorre uma relativização dos direitos fundamentais. Quem nela não se enquadra, deve procurar seus objetivos no amplo domínio da vida civil, onde a liberdade e a livre iniciativa constituem valores intangíveis.

Enquanto Leite (2011, p. 1) arremata:

Em verdade, o profissional das armas experimenta em determinadas liberdades e direitos, verdadeira *capitis diminutio*, justificáveis pela natureza de sua destinação constitucional. As Forças Armadas existem por uma única razão: a guerra. A guerra é atividade anormal do militar que exige que o cidadão seja colocado em segundo plano e exigindo-lhe sacrifícios tão graves quanto o da própria vida. (Grifos no original).

Decerto, a vida militar congrega uma série de restrições impostas pelo constituinte originário com objetivo de: *i*) garantir certo grau de normalidade no funcionamento de instituições organizadas com base na hierarquia e na disciplina, possibilitando-lhes eficiente e regular desempenho das tarefas; e, *ii*) elidir severo comprometimento das atividades que possa interferir no cumprimento das missões estabelecidas no art. 142, caput (Forças Armadas) e no art. 144, caput e §5º (Forças Auxiliares).

Certamente as restrições a direitos fundamentais individuais dos militares se justificam, em princípio, pela relação de sujeição com o poder público. Contudo, torna-se imperativo ressaltar que não pode a rigidez típica da vida militar deixar de conciliar os interesses de seus integrantes e seus próprios interesses, porquanto, em não ocorrendo esperado equilíbrio, há mera supressão de direitos.

Com isso, impõe-se questionar em que medida devem se operar essas ressalvas, posto que a mera qualificação da relação não se afigura justificativa suficiente a ensejar restrição a direitos fundamentais individuais, exigindo-se em cada caso, à luz da proporcionalidade, efetiva ponderação quanto à restrição imposta em relação à: *i)* finalidade institucional; e *ii)* necessidade de expandir a tutela dos direitos fundamentais individuais.

No que concerne ao objeto desta pesquisa, interessa a restrição relacionada à privação de liberdade do militar, que se opera despida do rigor constitucional afeto ao cidadão civil, cuja medida somente se aplica quando configurado o flagrante delito ou em razão de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (CF/1988, art. 5º, LXI). O indicado permissivo, não obstante se destinar à preservação dos princípios da hierarquia e disciplina, causa efetivo prejuízo à dignidade humana enquanto fundamento do próprio Estado Democrático de Direito (CF/1988, ART. 1º, III), inaugurado com a nova ordem constitucional. Dessa forma, tendo em vista possibilitar às instituições militares impor a seus integrantes sanção disciplinar privativa de liberdade, por transgressão disciplinar, culmina por ocasionar insegurança jurídica para os militares de carreira em face da ordem constitucional vigente.

Em conformidade com o que se delineia até este ponto, os interesses subjacentes à privação da liberdade, por transgressão disciplinar, são divergentes. De um lado se encontram os princípios que formam a base das instituições militares, hierarquia e disciplina, potencializados e sistematicamente mencionados como fundamento para imposição desse tipo de sanção, cujas considerações alhures realizadas se revelam suficientes. De outro norte se apresenta o direito fundamental à liberdade e à igualdade, pilares da dignidade humana, consoante demonstra o Artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), nos seguintes termos “*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade*”. (Grifo nosso).

No que se refere à igualdade, infere-se que as peculiaridades da vida militar não justificam nenhuma abordagem no sentido de se perseguir pleno acesso às condições

materiais e formais estruturadas para os cidadãos civis. No meio militar, com algum grau de distinção, alguns aspectos devem ser efetivados, de modo que em um sistema de freio e contrapeso o que se deve buscar, essencialmente, repousa no equilíbrio justo para as relações dos cidadãos civis e militares com o Estado, consoante particularidades das respectivas relações.

Quanto à liberdade, como direito fundamental derivado da dignidade humana, integra um rol de direitos denominados de direitos humanos. O direito à liberdade, conforme Cunha Júnior (2009, p. 664), consiste “[...] na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se segundo a sua própria consciência”. Correlacionado ao militar, deve-se ressaltar a necessidade de se construir uma estrutura social que garanta a este efetiva condição de respeito ao exercício desse direito, em medida suficiente para exigir do Estado que em tempos de paz ou fora dos períodos de exceção constitucionalmente previstos, não tenha sua liberdade restringida por motivo de cometimento de ilícito administrativo quando inobservado o flagrante delito ou inexista ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Igualdade e liberdade remetem a questão aos pilares da dignidade humana, em face de ser esta inerente à própria pessoa. Mencionada dignidade, como fundamento insculpido na Carta Magna, assume posição central na proteção dos direitos e garantias fundamentais constitucionalizados, lembrando-se que estes são destinados a todos os cidadãos, inclusos os militares. Noutras palavras, a dignidade humana se constitui em valor de ordem moral e espiritual de todo ser humano e dela decorrem todos os demais direitos fundamentais reconhecidos pelo Estado. A dignidade humana pressupõe consciência pessoal quanto ao próprio valor como pessoa e a grandeza moral intrínseca ao ser humano, sentimento nobre a exigir do Estado intransigente defesa desse fundamento e da própria pessoa profundo respeito em relação às suas obrigações éticas e morais.

Em relação à hierarquia e disciplina militar, em conformidade com o que dispuser estatuto próprio e pugnando por sua prevalência ante outros princípios, Heuseler (2011, p. 20) aduz que:

Assim, em que pese à aparente menor força normativa ou eventual mitigação da observância desses princípios no ambiente civil, não nos parece razoável que possa o agente público se afastar da observância da hierarquia e da disciplina existente na atividade civil, sob pena de subverter os poderes hierárquico e disciplinar que se aplicam e regem a Administração Pública.

Vistas tais considerações, conclui-se que o processo administrativo disciplinar militar deve ser tratado e estudado à luz desses princípios, de tal

modo que, sopesando os princípios da hierarquia em relação a qualquer outro princípio de outros ramos do direito, devem prevalecer os primeiros.

Do mesmo modo Alberto Bento e Paschoal Mauro (2011, p. 487-488) entendem que:

Assim como os direitos e garantias fundamentais balizam, de forma incontestável, o texto constitucional, não é menos verdadeiro o fato de que o mesmo texto confere aos militares um tratamento diferenciado, devido às especificidades de sua essência institucional, as quais estão insculpidas no texto da Constituição em conformidade com a grandeza da sua missão.

Em outras palavras, na abordagem das questões disciplinares, ou seja, nos temas em que estejam envolvidos os próprios parâmetros delineadores da base organizacional das Forças Armadas, não é possível deixar de fazer uma devida ponderação em que seja levada em conta a relevância desses mesmos parâmetros, que não podem ser relativizados e diminuídos, em confronto com aqueles dos valores individuais.

Entrementes, não se pode deixar de relatar posições doutrinárias em sentido oposto. Nesse propósito, ao comentar os preceitos constitucionais no processo administrativo militar, Moreira (2011) pontua que:

[...] a questão de punições militares não pode ser disciplinada tão somente com vistas a manter-se sempre a hierarquia e a disciplina, mesmo porque, se estes princípios militares são normas constitucionais, há duas normas que em verdade são princípios constitucionais que em qualquer situação devem ser respeitados e atendidos: a presunção de inocência e o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Em análoga conclusão, preocupado com o respeito ao devido processo legal no meio castrense, Heuseler (2011, p. 33) destaca superior posição dos direitos do homem e, concomitantemente, alerta que:

[...] o respeito à hierarquia e à disciplina não pressupõe o descumprimento dos direitos fundamentais assegurados ao cidadão, uma vez que a Constituição Federal em nenhum momento diferenciou, no tocante às garantias fundamentais disciplinadas no art. 5º, o cidadão militar do cidadão civil, uma vez que o miliciano antes de estar na caserna foi um dia civil, e após a sua aposentadoria voltará novamente a integrar os quadros da sociedade (*sic*). As prerrogativas e vedações excepcionais afetas aos militares [...] em momento algum afastam a observância dos princípios fundamentais de todos os homens. A hierarquia e a disciplina são *fundantes*, mas os direitos do homem são *fundamentais*. (Grifos no original).<sup>84</sup>

Sem embargo, tampouco sem declinar preferência quanto a um ou outro posicionamento doutrinário, Costa (2003, p. 27) adverte que:

[...] diante de todo o contexto relacionado aos princípios basilares da hierarquia e disciplina, ressalta-se que não existe a possibilidade de manutenção destes se não estiver correlacionada uma sanção que obrigue o

---

<sup>84</sup> De acordo com o Dicionário Larousse Escolar (2004, p. 134). Caserna. *s.f. (fr. Caserne)*. Edifício destinado ao alojamento dos militares; quartel.

militar, sendo que sua conduta poderá deter reflexo tanto na esfera penal quanto administrativo-disciplinar militar.

Fazendo-se devido cotejo, percebe-se que à semelhança do que ocorre com os direitos e garantias fundamentais individuais a questão suscitada indica que os ditos princípios institucionais militares não são absolutos, impondo-se lhes em alguma medida, certa dose de proporcionalidade quando em conflito com outros princípios e valores constitucionalmente consagrados. Pondo luz à questão Konrad Hesse (1998, p. 262 apud PEREIRA, 2006, p. 405) expõe que:

Nem devem os direitos fundamentais ser sacrificados às relações de *status* especiais, nem devem as garantias jurídico-fundamentais tornar impossível a função daquelas relações. Ambos, direitos fundamentais e relações de *status* especiais, carecem, antes, de coordenação proporcional, que confere a ambos eficácia ótima. Também as relações de *status* especiais devem, por conseguinte, ser vistas na luz dos direitos fundamentais. A consideração aos direitos fundamentais é exigida sempre num quadro do possível – mesmo que isso traga consigo para as autoridades administrativas dificuldades ou incomodidades. (Grifos no original).

Em minudente análise Pereira (2006, p. 426-427) assevera que:

À luz da teoria constitucional contemporânea, não cabe cogitar da utilização da noção de relações de sujeição como critério demarcador de um domínio imune aos direitos fundamentais. Nesse prisma, não se deve entender tal conceito como um parâmetro interpretativo autônomo, mas sim como um argumento subsidiário a ser considerado: *i*) na determinação do *fim constitucional* perseguido pela medida restritiva (hierarquia militar, eficiência administrativa, etc.) e *ii*) na análise da proporcionalidade em sentido estrito da restrição operada [...].

É inegável que a categoria em questão não deve ser empregada sem acentuada dose de prudência. Como se viu, a utilização do conceito de relações especiais, de forma isolada, como pauta genérica de fundamentação das restrições, tem por efeito uma debilitação excessiva dos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos a *status* especiais, conduzindo a um déficit de racionalidade das soluções jurisprudenciais nessa seara [...].

Vê-se, pois, que a idéia de relação especial pode operar como um argumento acessório na apreciação da proporcionalidade de medidas que afetam direitos fundamentais [...]. Ademais, a progressiva utilização do princípio da proporcionalidade torna imperioso adotar critérios informativos que possam auxiliar na sua aplicação, e é certo que a categoria em questão pode desempenhar uma função racionalizadora na fixação de pautas hermenêuticas em matéria de restrição de direitos. (Grifos no original).

Impende mencionar que o conflito alhures referido indica uma colisão em sentido amplo, figurando de um lado direitos fundamentais e de outro, bens e valores de interesse público ou coletivo. Nessas situações, a solução adequada não contempla métodos tradicionais de interpretação jurídica e determinação da norma constitucional – *literal, teleológico, histórico e sistemático* –, por não viabilizar solução satisfatória para a questão;

tampouco se revelam suficientes métodos clássicos das antinomias – *critérios hierárquico, cronológico e da especialidade* –, por incompletude operativa no plano constitucional. Com isso, resta o método da ponderação, que segundo Sarmento (2001, p. 55) consiste na “[...] técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas”.

O método de ponderação, consoante ensina Pereira (2006, p. 261) significa:

[...] operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer.

Pelo método da ponderação aplicam-se aos princípios, normas e bens jurídicos protegidos colidentes restrições recíprocas, na medida em que se revelem minimamente indispensáveis à salvaguarda do outro, de modo que em se determinado o valor de cada um, maior carga restritiva se destine àquele de menor peso. Segundo Sarmento (2001, p. 93) menciona:

O método da ponderação de bens potencializa o ideal da Constituição aberta, uma vez que ele procura conciliar, no caso concreto, as tensões entre princípios constitucionais, sem estabelecer hierarquias rígidas entre estes. Assim, tal método propicia o convívio entre valores e princípios antagônicos, fomentando o pluralismo em sede constitucional.

No que concerne ao objeto desta pesquisa não se discute a necessidade de se preservar nas instituições militares princípios fundantes e essenciais ao regular funcionamento: a hierarquia e a disciplina. Contudo, podem e devem ser debatidas as sanções que, destinadas a preservar referidos princípios, são passíveis de aplicação ao militar que vir a cometer ilícito administrativo. Com isso, ressalta-se que não convém às instituições militares tratar questões afetas a hierarquia e disciplina ao alvedrio da realidade sociopolítica estabelecida, máxime se Forças Auxiliares, porquanto por meio de contato diário com a sociedade garantem direitos, combatem desvios e facilitam aos atores sociais gerar riquezas para a nação.

Nesse norte, ante a dinâmica mobilidade social, o surgimento e exaurimento de padrões informadores das relações interindividuais e das relações entre indivíduos e Estado, indaga-se: devem as normas de regência funcional ficar estagnadas e alheias a esse processo, por imperativo de ordem cultural? Em sentido contrário, citadas normas devem sofrer o necessário elastério visando se conformar às novas concepções?

A fim de aclarar a questão, oportuna a lição de Pereira (2006, p. 295) ao indicar que hoje “[...] prevalece a noção de que o texto constitucional, sem prejuízo de seu conteúdo

vinculante, é algo dinâmico, cujo sentido pode e deve ser atualizado pelas mudanças sociais”. Dita assertiva, percebe-se, tem relação com o método da ponderação e remete a discussão ao princípio da proporcionalidade que, emanado de ideais de justiça, direito, equidade e valoração afim, presta-se, habitual e indubitavelmente à tarefa de aferir se os atos da administração se revestem da necessária legitimidade no que diz respeito a restringir direitos.

Nesse sentido Cunha Júnior (2009, p. 227), baseado no magistério de Karl Larenz e de Inocêncio Mártires Coelho, relata que o princípio da proporcionalidade “[...] precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”. Em complemento Cunha Júnior (2009, p. 228) argumenta que o princípio da proporcionalidade é “[...] um princípio constitucional implícito que exige a verificação do ato do poder público (leis, atos administrativos ou decisões judiciais) quanto aos seguintes aspectos: adequação (ou utilidade), necessidade (ou exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito”.

Na visão de Carlos Bernal Pulido (2003, p. 533, apud PEREIRA, 2006, p. 319) o princípio da proporcionalidade pode ser qualificado como “[...] critério estrutural para determinação do conteúdo constitucionalmente vinculante dos direitos fundamentais”. Para Pierre Müller (1978, p. 218 *apud* BONAVIDES, 2010, p. 393), caracteriza-se o princípio da proporcionalidade “[...] pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”.

Com referência ao citado princípio, em Prefácio da monografia de Suzana de Toledo Barros, Gilmar Mendes (1996, p. 13 *apud* HEUSELER, 2011, p. 43) ressalta que:

[...] com apoio no princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, de acordo com a doutrina constitucional mais moderna, *em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o ‘princípio da proporcionalidade’*. Por isso que se converteu o princípio da reserva legal no *princípio da reserva legal proporcional*, havendo necessidade, para obtenção dos objetivos perseguidos, além da legitimidade dos meios utilizados, da legitimidade dos fins desejados pelo legislador, e da adequação desses meios. (Grifos no original).

Nesse contexto Bonavides (2010, p. 436) constata que:

[...] o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânones do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado

no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.

Ainda a respeito da proporcionalidade, ao expor a doutrina de Karl Larenz, Inocêncio Mártyres Coelho (2007, p. 109 *apud LENZA, 2009, p. 97*) esclarece que:

[...] utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na *concessão* de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da *proporcionalidade ou da razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, eqüidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. (Grifos no original).

O princípio da proporcionalidade reveste-se de extrema importância em caso de colisão entre valores constitucionalizados e sua aplicação, consoante destaca Lenza (2009, p. 97) exige o preenchimento de seus três subprincípios:

- *necessidade*: por alguns denominada de *exigibilidade*, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não puder substitui-la por outra menos gravosa.
- *adequação*: também denominado de *pertinência ou idoneidade*, quer significa que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido.
- *proporcionalidade em sentido estrito*: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição. (Grifos no original).

Com referência aos citados subprincípios da proporcionalidade Cunha Júnior (2009, p. 228) infere que:

*Adequação (ou utilidade)* – E aquele que exige que as medidas adotadas pelo poder público se apresentem aptas para atingir os fins almejados. Ou seja, que efetivamente promovam e realizem os fins [...].

*Necessidade (ou exigibilidade de conduta diversa)* – Em razão desse subprincípio, impõe-se que o poder público adote, entre os atos e meios adequados, aquele ou aqueles que menos sacrifícios ou limitações causem aos direitos fundamentais. Por este subprincípio objetiva-se evitar o excesso da Administração.

*Proporcionalidade em sentido estrito* – Em face deste subprincípio, deve-se encontrar um equilíbrio entre o motivo que ensejou a atuação do poder público e a providência por ele tomada na consecução dos fins visados. Impõe-se que as vantagens que a medida adotada trará superem as desvantagens.

Sem embargo, Sarmento (2001, p. 58), observa que:

[...] para conformar-se ao princípio da proporcionalidade, uma norma jurídica deverá, a um só tempo, ser apta para o fim a que se destina, ser a menos gravosa possível para que se logrem tais fins, e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona.

Volvendo-se a discussão acerca da imposição de sanções privativas de liberdade nas instituições militares, por cometimento de ilícito administrativo, emerge dos posicionamentos doutrinários em relevo que a perpetuação dessas medidas se dá por mera opção decorrente da política disciplinar de cada Força. Aludida privação, registre-se, poderá decorrer de ilícitos administrativos que afetam a disciplina em maior ou menor relevância, relacionando-se, entre outros ilícitos administrativos comumente encontrados nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e Forças Auxiliares: *i*) deixar o militar de portar a cédula de identidade; *ii*) cometer o militar uma infração de trânsito; e, *iii*) chegar o militar atrasado ou deixar de comparecer a um ato de serviço.

Neste particular, individualizam-se duas marcas negativas das referidas opções: *i*) afastamento do militar de suas atividades no período em que estiver cumprindo a sanção privativa de liberdade, considerando-se que muitas vezes as sanções são aplicadas com prejuízo do serviço; e, *ii*) desconsideração de outros mecanismos que cumprem bem o objetivo de se preservar a disciplina da tropa, sem privar o militar de sua liberdade.

Além disso, em regra, nas instituições militares há um controle disciplinar indireto, tendo em vista que nenhum militar, em sã consciência, pretende permanecer funcionalmente estagnado em sua profissão. Desse modo, existem regras associadas à condecoração, à qualificação e à ascensão profissional, consubstanciadas na exigência plenamente razoável de o cidadão militar manter um padrão mínimo de comportamento ou de conceito pelo menos igual ao que foi atribuído quando de seu ingresso na carreira militar.

Para ilustrar a afirmação, tome-se por base controle disciplinar indireto praticado na PMAL no tocante a: *i*) matrícula no curso de formação complementar para praças; e, *ii*) acesso a hierarquia militar mediante promoção. Em relação ao ensino, em conformidade com art. 10, inciso II, alínea *c*, item 3 e § 2º, da Lei n. 6.568, de 6 de janeiro de 2005 – institui o Sistema de Ensino Militar –, o Curso de Formação Complementar para Praças tem por objetivo submeter os cabos e soldados não detentores do Curso de Formação de Praças a uma formação técnico-profissional complementar, de modo a habilitá-los a ascenderem na carreira militar galgando, no decorrer do tempo, as graduações subsequentes, exigindo-se, para matrícula no Curso, entre outros requisitos, que o militar esteja classificado, no mínimo, no

comportamento “bom” e não esteja submetido a Conselho de Disciplina por ação ou omissão atentatória ao sentimento do dever, decoro e pundonor militar. No que se refere ao acesso à hierarquia militar em virtude de promoção, nos termos do art. 20, da Lei n. 6.514, de 23 de setembro de 2004 – Lei de promoção –, entre outras condições, exige-se para ingresso do militar no Quadro de Acesso para promoção o comportamento “bom” para as praças e, indistintamente, a conclusão com aproveitamento, até a data prevista para a promoção, de curso que habilite o militar ao desempenho do cargo ou funções próprias do posto ou graduação imediatamente superior, ressaltando-se que de acordo com o art. 26 da referida Lei, entre outros motivos, o militar não poderá constar de qualquer Quadro de Acesso quando for preso preventivamente ou em flagrante delito, enquanto a prisão não for revogada; estiver submetido a Conselho de Justificação ou de Disciplina instaurado *ex-offício*; ou, for condenado à pena restritiva de liberdade, transitada em julgado, enquanto durar o cumprimento da pena, inclusive no caso de suspensão condicional da pena; for condenado à suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, prevista no Código Penal Militar, durante o prazo de sua suspensão.

Ademais, não se pode olvidar que o militar responde na seara penal por crimes comuns e por crimes militares. Referidos crimes, em virtude da independência das instâncias, podem impactar a situação disciplinar do militar, com reflexos, por conseguinte, no que concerne à pretendida ascensão funcional.

Com isso, torna-se cristalino que não é medida imprescindível à preservação e restabelecimento da disciplina castrense a privação da liberdade do militar, em função da transgressão disciplinar militar. A proteção à hierarquia e disciplina pode se dar por meio de medidas menos gravosa que a pura e simples privação da liberdade. Com o advento da CF/88, entende-se que à semelhança do que ocorreu com os castigos corporais nas primeiras décadas do Século XX, impõe-se nessas primeiras décadas do Século XXI, extinguir a sanção disciplinar privativa de liberdade, por transgressão disciplinar.

Ressalte-se que da opção por medidas menos gravosas podem resultar vantagens não apenas para o cidadão militar isoladamente considerado, mas para a própria instituição militar na medida em que os valores que tradicionalmente preserva possam ser cultuados de forma espontânea e não impositivamente, porquanto, ao realizar determinada função ou cumprir seus mandamentos de forma racional, voluntária e participativa, o militar estará caminhando a passos largos rumo a desejada disciplina consciente. Este tipo de disciplina representa um ideal sempre pretendido pelas instituições militares e por isso mesmo deve ser insistentemente

perseguido, ressalvando-se que a disciplina conquistada pela imposição do temor pode ser qualquer outra coisa, menos disciplina em sua essência.

Hodiernamente, a cultura institucional, quando baseada no respeito à dignidade humana, dissocia-se de métodos voltados à dominação por irrestrita obediência e prima pelo exercício do comando mediante rigor centrado na liderança, constituindo-se esta em eficiente meio para corrigir conduta, manter ou ajustar objetivos e, sobretudo, possibilitar o cumprimento dos deveres militares.

Iniciativa a ser festejada se deu em Minas Gerais, cujo Estado inovou ao excluir do Código de Ética e Disciplina dos Militares toda e qualquer sanção disciplinar privativa de liberdade. Desde 2002, não mais se aplica aos militares mineiros sanções de detenção disciplinar e prisão disciplinar, por cometimento de ilícito administrativo.

Oportuno registrar que não se tem notícia de, em decorrência da opção por se excluir do controle disciplinar sanções disciplinares privativas de liberdade, ocorrência de prejuízo à preservação da disciplina em medida suficiente para comprometer a destinação constitucional e colocar em risco a existência da Polícia Militar de Minas Gerais.

Note-se que a disciplina não exige para sua efetiva preservação que o militar seja privado de sua liberdade. Em verdade, a hierarquia e disciplina constituem valores institucionais que devem ser internalizados nos militares, desde o ingresso nas respectivas instituições militares, cumprindo a estas conduzi-los ao acatamento e obediência sem o império da coerção. A obediência, a disciplina e o respeito que *interna corporis* se deve ter por ideal somente poderá ser considerado legítimo quando nascer espontânea e conscientemente, sem necessidade de grilhões de qualquer espécie.

## CONCLUSÃO

Com a promulgação da CF/1988, deu-se o surgimento de condições políticas suficientes à percepção do militar como cidadão na essência da palavra. Dentre outros princípios a nova ordem constitucional consagra a cidadania e a dignidade da pessoa como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel de Estados e Municípios e do Distrito Federal. Nesse contexto, o cidadão ocupa posição central no ordenamento jurídico e o direito tende a se aproximar cada vez mais de sua finalidade quanto mais considere os valores humanos.

Não há dúvida quanto à importância da hierarquia e disciplina para o regular funcionamento das instituições militares. Hierarquia e disciplina são valores que devem ser cultuados e preservados nas mais diversas situações que envolvem o cotidiano castrense. Todavia, não se deve perder de vista que a liberdade é um dos pilares da dignidade humana, alcançada a princípio fundante do Estado brasileiro conforme insculpido no art. 1º da CF/88.

Esquecer valores fundamentais, arduamente conquistados, implica relegar a própria substância da existência humana, eis que não se concebe que o desapego, o desprendimento e a abnegação esperados do militar sejam de tal ordem que resultem em prejuízo à sua dignidade, imanente ao seu próprio ser; tampouco inadmissível e imponderável que se baseando no frágil argumento de que se impõe a preservação da hierarquia e disciplina, negue-se ao militar pleno exercício do direito fundamental à liberdade por motivo de sua mera condição funcional.

Não se deve confundir a natural imposição da disciplina com excessos que, ante a finalidade pretendida para fazer cessar os efeitos do ilícito administrativo, relevem-se desnecessários. O controle disciplinar do militar deve ser fruto de lei, proporcional à transgressão e guardar absoluto respeito aos direitos e garantias individuais.

Nesse contexto, reitera-se, a privação da liberdade não é pressuposto imprescindível à disciplina militar. O compromisso do militar com a preservação da disciplina pode e deve ser obtido, na vida castrense, em razão de uma natural liderança fundada em conduta ética capaz de promover o respeito à dignidade do ser humano.

Entre o extremado apego à liberdade individual e o exacerbado rigor punitivo do Estado, a melhor construção passa pela busca de um ponto médio entre ambos, em que se preserve a base em que se fundamentam as instituições militares e, em justa medida, se garantam direitos fundamentais individuais, máxime no que concerne à liberdade, cuja privação por cometimento de ilícito administrativo, afigura-se, desproporcional e não se revela necessária.

O caminho a se percorrer no tocante ao permissivo constitucional insculpido no art. 5º, inciso LXI, da CF/88 é conhecido em Minas Gerais, onde como bem estampa a bandeira estadual os militares celebram verdadeira *libertas quae sera tamen*<sup>85</sup>. O mencionado Estado ensina que não há óbice ao efetivo e salutar exercício do controle disciplinar e preservação

---

<sup>85</sup> Liberdade, ainda que tardia.

dos princípios basilares das instituições militares por meio de sanções disciplinares não privativas da liberdade individual, por transgressão disciplinar.

Demonstra-se, assim, que para além de mecanismos destinados à manutenção da hierarquia e disciplina, mediante privação da liberdade, é fundamental que o sistema militar de controle disciplinar contemple, sobretudo, garantias indispensáveis à preservação do *status libertatis* do militar eventualmente envolvido na prática de ilícito administrativo disciplinar.

Infere-se daí que a opção por sanções privativas de liberdade se dá tão-somente em virtude de uma política disciplinar culturalmente institucionalizada. Sanção desse jaez, em tempo de paz, confronta-se com o desejável respeito integral à dignidade do militar e, revela-se, portanto, inadmissível fora das exceções constitucionais relativas aos períodos em que eventualmente a nação esteja envolvida em guerra ou passando por estado de defesa ou estado de sítio.

Ademais, reflexamente, observa-se que no meio civil a sociedade experimenta contínuo processo de despenalização dos crimes. Com isso, cada vez menos a persecução criminal se dá no sentido de encarcerar o infrator em razão de crimes de menor potencial ofensivo. Essa constatação emerge dos dispositivos contidos na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 – dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais –, na Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001 – dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais – e na e a Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011 – Altera dispositivos do CPP, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares. Referidas leis consagram a opção por alternativas à privação de liberdade, conduzindo à imposição de medidas restritivas de direito, transação penal e adoção de medidas cautelares, de modo que a privação da liberdade do infrator somente ocorre quando indispensável.

Com efeito, embora as instâncias criminal e administrativa sejam independentes, há que se considerar o rigor do ato punitivo ante a transgressão praticada. Não há a menor dúvida que a prática de um crime, por menor que seja seu potencial ofensivo, causa lesão de maior gravidade à ordem pública que o cometimento de um ilícito administrativo. Nesse diapasão, a preservação da hierarquia e disciplina, necessariamente, não se condiciona à privação da liberdade do militar. O controle disciplinar mediante privação da liberdade é uma das medidas mais gravosas e como tal, em não sendo o caso de flagrante de ilícito administrativo com grave lesão à hierarquia e disciplina, deve ficar restrita à seara penal, comum e militar, como *ultima ratio*.

Urge, portanto, que as instituições militares inaugurem uma nova ordem disciplinar baseada não apenas na intransigente defesa de seus valores, mas compromissada, sobretudo, com o respeito aos direitos fundamentais de seus integrantes, máxime o direito à liberdade, resultando na edição de códigos de ética e disciplina voltados à contínua e crescente humanização das sanções disciplinares.

## REFERÊNCIAS

**ALAGOAS.** **Lei n. 5.346, de 26 de maio de 1992.** Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/leis/leis-ordinarias/>>. Acesso em: 23 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 6.514, 23 de setembro de 2004.** Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/leis/leis-ordinarias/>>. Acesso em: 29 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 6.568, de 6 de janeiro de 2005.** Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/leis/leis-ordinarias/>>. Acesso em: 29 out. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

**BRASIL.** **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/)>. Acesso em: 23 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm)>. Acesso em: 17 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 76.322, de 22 de setembro de 1975.** Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id>>. Acesso em: 25 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 88.545, de 26 de julho de 1983.** Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1980-1987/>>. Acesso em: 25 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)>. Acesso em: 31 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Exército Brasileiro.** Carta a El-Rei de Portugal, 1893. Moniz Barreto. O Exército. A profissão militar. Disponível em: <<http://www.eb.mil.br/a-profissao-militar;jsessionid>>. Acesso em: 15 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 6.880, de 09 de dezembro de 1980.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm)>. Acesso em: 23 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 23 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm)>. Acesso em: 23 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/)>. Acesso em: 23 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Discurso em 25/08/1997 (Dia do Soldado). Atividade Legislativa. Pronunciamentos. Senador Bernardo Cabral, PFL / AM. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/detTexto.asp?t=211665>>. Acesso em: 13 out. 2013.

CARVALHO, Alexandre Reis de. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7301>>. Acesso em: 20 out. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Alexandre Henriques da. Das disposições gerais. In: COSTA, Alexandre Henriques da et al (org.). **Direito administrativo disciplinar militar**: regulamento disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, anotado e comentado. São Paulo: Suprema Cultura, 2003.

COSTA, Marcos José da. Do recolhimento disciplinar. In: COSTA, Alexandre Henriques da et al (org.). **Direito administrativo disciplinar militar**: regulamento disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, anotado e comentado. São Paulo: Suprema Cultura, [2003].

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Bahia: Jus PODIVM, 2009.

DICIONÁRIO Larousse Escolar, São Paulo: Larousse do Brasil, 2004.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. A advocacia na Justiça Militar. In: TORRECILLAS RAMOS, Dircêo; GARCIA DA COSTA, Ilton; JOÃO ROTH, Ronaldo (Coord.). **Direito Militar: doutrinas e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FERNANDES, João Antonio da Costa; COSTA, Júlio Cesar. **Segurança Pública: convergência, interconexão e interatividade social**. Vitória: Ed. do Autor, 2012.

FREIRE JÚNIOR, Raimundo Salgado. Origem e evolução históricas dos regulamentos disciplinares militares no Brasil e a necessidade inadiável das Polícias Militares apresentarem regulamento disciplinar próprio. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/content/>>. Acesso em: 20 out. 2013.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). **Dicionário Técnico Jurídico**. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

HEUSELER, Elbert da Cruz. **Processo administrativo disciplinar comum e militar à luz dos princípios constitucionais e da lei n. 9.784 de 1999**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HUNTER, James C. **O monge e o executivo**. Tradução Maria da Conceição Fornos de Magalhães. Rio de Janeiro: Sextante, 2004.

JESUS, Breno Anderson Gomes de. Das peculiaridades da profissão militar e do contraste das sanções à luz do vigente código de ética e disciplina dos militares em cotejo com o revogado regulamento disciplinar militar. Barbacena: UNIPAC, 2011. Disponível em: <<http://www.unipac.br/bb/tcc/tcc-7146e93b90fc11d9fcec9700e336fc3d.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

LEITE, Márcio Dantas Avelino. Detenção e prisão disciplinar cautelar nas Forças Armadas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2903, 13 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19363>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Rogério Fernandes. A Polícia Militar do Estado do Espírito Santo e o militarismo: a crise da hierarquia e da disciplina no pós Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2687, 9 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17791>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

MINAS GERAIS. **Lei n. 14.310, de 19 de junho de 2002**. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/>>. Acesso em: 23 out. 2013.

MOREIRA, Adalberto José. Processo Administrativo Disciplinar Militar. [S.I.]: **JurisWay**, 2011. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?>>. Acesso em: 18 out. 2013.

PAIOLA, Renan Francisco. Crime militar e transgressão militar no âmbito federal. **Revista de Graduação Univen**, Marília-SP, v. 1, ano 2, 2009, p. 112-126. Disponível em: <<http://galileu.fundanet.br/revista/index.php/REGRAD/article/>>. Acesso em: 20 Out. 2013.

PARÁ. **Lei N. 6.833, de 13 de fevereiro de 2006**. Disponível em: <[http://www.acspa.com.br/images/leis\\_pdf/](http://www.acspa.com.br/images/leis_pdf/)>. Acesso em: 25 out. 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto n. 43.245, de 19 de julho de 2004**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legis/>>. Acesso em: 25 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Casa Civil. **Governo apresenta proposta para negociação com servidores da Brigada**. Página inicial. Notícias. Disponível em: <<http://www.estado.rs.gov.br/noticias/1/116748/Governo-apresenta-proposta-para-negociacao-com-servidores-da-Brigada/0///>>. Acesso em: 25 out. 2013.

SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar n. 893, de 09 de março de 2001**. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/>>. Acesso em: 23 out. 2013.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Moab Valfrido da. A imprescindibilidade da autuação em flagrante nas situações de prisão cautelar administrativa, na Polícia Militar de Alagoas, em observância à ordem constitucional vigente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3024, 12 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20211>>. Acesso em: 25 out. 2013.

## CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS NAS REDES SOCIAIS<sup>86</sup>

*José Marques de Vasconcelos Filho*  
Advogado. Ex-aluno do Cesmac

**RESUMO:** *O presente artigo analisará um dos crimes mais recorrente contra os Direitos Humanos no ambiente da internet, mais precisamente o racismo, através de uma das principais redes sociais, o Twitter, e o posicionamento jurídico diante de situações comuns ao mundo virtual no século digital que desafiam o direito moderno.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Direitos Humanos – Racismo – Redes Sociais – Twitter – Direito Digital*

**ABSTRACT:** *This article will examine one of the most recurrent crimes committed against human rights on the Internet, xenophobia, through the major social networks, Twitter and the legal position before the virtual world situations common in today's digital age defying law modern.*

**KEYWORDS:** *Human Rights - Xenophobia - Social Networks - Twitter – Digital*

### INTRODUÇÃO

O Direito Digital é um tema que está chamando a atenção de muitos no mundo jurídico por se tratar de tema relativamente novo e pela velocidade que evolui. Analisar o crime de racismo na Internet, especificamente, nas principais redes sociais da atualidade, é convidar a todos a uma reflexão mais aguçada dos grandes passos que o Direito brasileiro precisa dar para acompanhar a transformação da sociedade, cada vez mais veloz, cada vez mais digital.

Os Direitos Humanos aqui referidos são aqueles inerentes ao homem e que através de atos banais na grande rede são agredidos diante dos olhos de milhões de internautas no mundo todo. Dignidade da Pessoa Humana, princípio norteador do nosso direito, é o principal a ser atingido pela prática do crime de racismo nas mídias sociais.

A proposta do presente artigo é refletir sobre o novo fenômeno jurídico que surge com a constante expansão da Internet no mundo. Hoje, sabemos a importância que a mesma exerce nos lares brasileiros e como tal influência tem mudado costumes e valores que até pouco tempo eram ponto de referência na conduta do brasileiro.

---

<sup>86</sup>Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso, em 2015, sob a orientação da Prof. Ms. Sérgio Coutinho.

Alterando hábitos, costumes, atitudes há um direto reflexo natural no comportamento humano, fazendo que novos atos benéficos aconteçam a *pari passu* que os atos com finalidades maléficas surjam e acionem a responsabilidade objetiva do direito em apresentar remédios jurídicos para conduzir com justiça a relação entre usuários e a Internet.

## **1 ORIGEM DA INTERNET**

A origem da Internet no mundo surge com a finalidade de auxiliar os serviços militares durante a “guerra fria”, nos anos de 1960, no final da Segunda Grande Guerra, entre os Estados Unidos da América e a, hoje extinta, *União Soviética* (CASTELLS, 2003, p.13). O conflito era sobre o domínio nas áreas políticas, militares, tecnológicas e outras, ou seja, aquele que apresentasse um mecanismo diferenciado poderia mudar o rumo da história.

Os Estados Unidos tinham um grande receio de que a União Soviética viesse a bombardear a sua principal base militar, o Pentágono, posto onde se encontravam as principais informações estadunidenses. Então, foi financiado pelo Governo norte-americano o desenvolvimento de um sistema que interligasse a comunicação entre as bases, para assim, caso o ataque soviético viesse a acontecer, as informações pudessem ser acessadas de qualquer outro lugar que estivesse interligado.

A agência ARPA, *Advanced Research Projects Agency*, cria a *Arpanet*, o sistema de comunicação interna que descentralizou as informações militares. Este trabalho foi feito da junção de centros de pesquisas militares e civis, com participações de algumas universidades norte-americanas.

Entre os anos de 1970 e 1980, o uso da *Arpanet* era de exclusividade dos militares e de algumas universidades. Em 1987, numa Convenção, a rede foi liberada para o uso comercial comum, chamando-se agora, não mais *Arpanet*, e sim, Internet. Desde então, a nova rede de comunicação tomou proporções grandiosas, transformando o presente século, no século do digital e da informação.

Uma das fontes geradoras de transformação da Internet foi a criação do World Wide Web, o WWW, ou a *teia de alcance mundial* (VIEIRA, 2003, p.6), criada pelo físico inglês Tim Berners-Lee, no ano de 1990. O desenvolvimento da Internet só crescia e com isso dava definitivos passos para o mundo utilizar, como um todo, as suas novidades tecnológicas.

## 1.1 INTERNET NO BRASIL

A Internet em nosso país surgiu no ano de 1988, quando era utilizada em algumas instituições de ensino superior que faziam a ligação entre universidades brasileiras com as americanas. Logo em seguida, no mesmo ano, surge o AlterNex, que foi o primeiro serviço disponível da grande rede no Brasil, que na sua origem tinha um público alvo bem definido e fechado, porém, em 1992, foi aberta a todo público brasileiro.

Desde então, a rede mundial de computadores tem crescido no país, ligando pessoas de vários estados e países por todo planeta por um único mecanismo. Esse novo momento que a sociedade vive de evolução digital, acontece num ritmo muito acelerado, acarretando na mudança do nosso jeito de agir, de pensar e de se relacionar. O mundo digital nos proporciona facilidades sem tamanho, pois nele não existe uma regra pré-estabelecida. A Internet seria uma pangeia digital, onde tudo converge num mesmo foco: interação entre povos.

Oportuno mencionar o conteúdo de um julgado que ocorreu no Rio de Janeiro (REsp 1168547, 4<sup>a</sup> Turma) que desenvolve relevantes considerações sobre a finalidade e utilização da Internet:

### Ementa

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA ESPANHOLA. CONTRATO COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR.

1. A evolução dos sistemas relacionados à informática proporciona a internacionalização das relações humanas, relativiza as distâncias geográficas e enseja múltiplas e instantâneas interações entre indivíduos.

2. Entretanto, a intangibilidade e mobilidade das informações armazenadas e transmitidas na rede mundial de computadores, a fugacidade e instantaneidade com que as conexões são estabelecidas e encerradas, a possibilidade de não exposição física do usuário, o alcance global da rede, constituem-se em algumas peculiaridades inerentes a esta nova tecnologia, abrindo ensejo à prática de possíveis condutas indevidas.

3. O caso em julgamento traz à baila a controvertida situação do impacto da internet sobre o direito e as relações jurídico-sociais, em um ambiente até o momento desprovido de regulamentação estatal. A origem da internet, além de seu posterior desenvolvimento, ocorre em um ambiente com características de auto-regulação, pois os padrões e as regras do sistema não emanam, necessariamente, de órgãos estatais, mas de entidades e usuários que assumem o desafio de expandir a rede globalmente.

Essa aproximação que a grande rede nos proporciona está clara no dia a dia do uso constante da ferramenta e da possibilidade de no anonimato surgir os crimes virtuais e assim o desafio frequente para a justiça e seus operadores, mesmo já existindo a autorregulação no ambiente da Internet, das redes sociais.

## 1.2 REDES SOCIAIS

As redes sociais são um fenômeno nos dias atuais, com seus milhares de membros e mensagens em tempo real disponibilizadas a todo instante, Larissa Adler Lomnitz, define assim elas (2009, p.18-19):

Uma rede social é um campo de relações entre indivíduos que pode ser definido por uma variável predeterminada e se referir a qualquer aspecto de uma relação. Uma rede social não é um grupo bem-definido e limitado, senão uma abstração científica que se usa para facilitar a descrição de um conjunto de relações complexas em um espaço social dado. Cada pessoa é o centro de uma rede social e, ao mesmo tempo, é parte de outras redes.

As redes sociais formam uma grande teia de relacionamentos na Internet, onde nascem as novas comunidades, agora virtuais, com a finalidade de unir pessoas com afinidades por coisas variadas e, ainda, pelos mesmos interesses. O que no mundo real você é obrigado a conviver com diferentes, na grande rede a possibilidade de iguais, em vontades, gostos e outros, é bem mais amplo. A diversidade na Internet é grandiosa, e:

Essa diversidade cada vez mais segmenta grupos e cria nichos que dão vazão aos interesses individuais. [...] As redes sociais também possuem o seu capital social, que é o valor que o indivíduo obtém na rede. A internet veio sob medida para permitir que essa socialização acontecesse de forma rápida e em escala global (RAMALHO, 2010, p.12).

Hoje existem muitas redes sociais, as mais conhecidas e utilizadas pelos brasileiros são, Facebook, Orkut, *Twitter*, Google + e outros. Nelas são encontrados espaços para qualquer um que queira se manifestar e interagir com os demais usuários da rede. Não se pretende aqui especificar alguma rede social, para analisar os ataques frequentes à dignidade da pessoa humana, princípio norteador dos Direito Humanos<sup>87</sup>, mas sim, tratar a rede social

---

<sup>87</sup> Os temas Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Humanos serão tratados mais a frente nos respectivos capítulos, 2.2 e 2.3.

sob o olhar jurídico e lidando com fatos já conhecidos, porém, acontecidos em ambiente relativamente novo.

## 2 CRIMES NA INTERNET E DIREITO DIGITAL

Com o avanço da tecnologia e da sua maior criação social, a Internet tornou-se um campo muito fértil para a construção de novos amigos, contatos profissionais e relacionados a gostos em comum com outras pessoas em qualquer parte do planeta. Porém, a mesma ferramenta que tem como escopo a interação social e disseminação de informações em tempo real, abriga, em seu submundo, os criminosos digitais, que crescem sob a “proteção” do anonimato, fator já superado em muitos casos.

As redes sociais hodiernamente são normalmente utilizadas por afinidades de determinados grupos, região, classe, amigos de infância e de estudos, dentre outros. São também empregadas por profissionais do ramo do *marketing* para promoverem seus produtos e para divulgarem seus eventos. [...] Mas, infelizmente, as redes sociais têm sido meios de práticas de diversas espécies de crimes, onde pessoas escondidas pelo mundo digital se reúnem, marcam encontro e executam atividades criminosas. (LACERDA, 2012, p.191).

Os crimes que podem ser cometidos na Internet são muitos, por exemplo: estelionato, difamação, calúnia, injúria, violação de direito autoral, pirataria, apologia ao crime, pedofilia, racismo, etc. Esses crimes, *fato típico e antijurídico* (JESUS, 2010, p.193), já estão positivados em nosso ordenamento.

Nesse contexto, encontramo-nos diante de diversas condutas que, utilizando-se da Internet para sua consecução, ferem direitos de terceiros ou vão de encontro ao interesse comum, considerado em uma acepção ampla que engloba tudo aquilo que perturba preceitos éticos e morais vigentes, bem como demais bens e direitos juridicamente tutelados. [...]. Há ilícitos perfeitamente enquadráveis no Código Penal pátrio e legislação extravagante, quais sejam aqueles em que a Internet, ou outro ambiente eletrônico, informático ou computacional, é tão-somente o seu meio de execução, estando a tipificação perfeita ao ato proferido; são estes os **crimes eletrônicos**, que recebem também as nomenclaturas de crimes da Internet, crimes digitais, crimes cibernéticos ou *cybercrimes* (COLARES, 2002).

A Internet não é um lugar onde se encontram todas as repartições como se fosse uma empresa. Pelo contrário, é um meio onde através dela se tem acesso ao desejado. Quando partimos do pressuposto que a Internet é um lugar físico onde podemos bater em sua porta e

acioná-la judicialmente, estamos lhe conferindo várias características jurídicas, como por exemplo, a territorialidade, que lhes seria a própria. Mas, não é alcançado tal ponto como verdadeiro, pois a conclusão que se chega é o uso da Internet como meio, facilitando até a aplicação de normas nos contextos violados.

Se a internet é um meio, como é o rádio, a televisão, o fax, o telefone, então não há o que falar em Direito de Internet, mas sim em um único Direito Digital cujo grande desafio é estar preparado para o desconhecido, seja aplicando antigas ou novas normas, mas com a capacidade de interpretar a realidade social e adequar a solução ao caso concreto na mesma velocidade das mudanças da sociedade. (PINHEIRO, 2009, p.25).

Patrícia Peck (2009, p.29), leciona que “o Direito Digital consiste na evolução do próprio direito”, sendo que o direito evolui, não na mesma velocidade, mas a medida que a sociedade vai mudando seus hábitos, costumes e valores. “O Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros” (REALE, 2002, p.1), esses limites que nos são impostos, vem da nossa metamorfose enquanto seres sociais, procurando nos tornar mais justos e coerentes com o direito alheio e mais conhecedores dos quais são os nossos.

O grande desafio no Direito Digital é acompanhar a velocidade que a sociedade avança seja pelo lado positivo ou pelo negativo. O Direito precisa exercer a sua função reguladora de conflitos e de relações entre pares. O fenômeno que o mundo virtual apresenta é curioso, pois, algo que aparece na rede hoje e se torna um grande sucesso, pode não chegar ao fim da semana como sucesso, mas como ultrapassado, pois já surgira algo novo.

Exigem-se respostas imediatas porque imediatos são os contatos do mundo virtual que se entrecruzam permanentemente. No acionar de uma tecla, o Homem deste século tem a informação universal da rede internacional diante de si e de todo um inacreditável comércio virtual. (VENOSA, 2010, p.313).

O Direito Digital precisa criar mecanismos que o façam acompanhar o tempo dos fatos, para assim dar uma resposta razoável o mais rápido possível. Porque senão os julgados serão sobre processos que já perderam o objeto motivacional da ação. Incentivar a conciliação entre as partes, antes que a coisa se torne litigiosa, é uma saída para solução mais rápida do processo, pois além de rápida, onera menos o Poder Judiciário e a eficácia é maior, pois os acordos quase sempre são cumpridos pelas partes voluntariamente.

O caminho não é fácil para o Direito Digital no Brasil, pois encontramos velhas

práticas criminosas com uma nova roupação desafiando a justiça com suas artimanhas a ser mais célere e dinâmica. Uma nova ferramenta para regulamentar o uso da Internet no Brasil, é o Marco Civil da Internet, que já está em fase de votação na Câmara dos Deputados. Nela serão estabelecidas regras que determinarão as diretrizes para o uso da Internet em nosso país e como deverá ser a atuação da União e dos Estados em relação à matéria. Ferramentas essas que deixam cada vez mais forte o nosso direito para combater os crimes digitais.

## 2.1 RACISMO

Quando falamos em crime na Internet, vemos como o leque apresentado é grande e como os profissionais do ilícito estão cada vez mais capacitados para cometer seus atos criminosos. Porém, pretendemos tratar de um crime específico, que afronta diretamente o princípio norteador de todo direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o crime de racismo.

O Supremo Tribunal Federal julgou em 2003 o Habeas Corpus 82.424, do Rio Grande do Sul, que tratava da publicação de livros antisemitas, nesse julgamento a posição do relator diante da complexidade do caso chama a atenção quando da definição dada para o crime em questão:

Processo: HC 82424 RS  
 Relator(a): MOREIRA ALVES  
 Julgamento: 16/09/2003  
 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
 Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524

### Ementa

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.  
 [...]

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pelé, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. [...].

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que

energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo [...].

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica [...].

A nossa Carta Magna, declara em seu artigo 5º, inciso XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável, sujeito à pena de reclusão”. O legislador constituinte decidiu defender os direitos e liberdades fundamentais, criando uma Constituição mais humana. Depois a Lei Federal nº 12.288/10, estabelece o Estatuto da Igualdade Racial, onde em seu artigo primeiro, estabelece o que é a discriminação racial:

Discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada.

Não pretendemos falar das outras denominações apresentadas pelo Estatuto da Igualdade Racial, como a desigualdade racial ou a desigualdade de gênero e raça, e sim tão somente traçar uma argumentação sobre o crime de racismo na Internet.

Muitos grupos criminosos usam do anonimato da Internet para cometer seus delitos, aproveitando a grande plataforma para exibir seus pensamentos e doutrinas racistas. Encontramos muitos deles em *blogs*, *sites* e redes sociais espalhando a intolerância para milhões de usuários da rede. Recentemente, no *Twitter*, o Brasil acompanhou as eleições presidenciais, mas especificamente em 2010, onde os principais nomes da disputa eram o então candidato José Serra (PSDB-SP) e a hoje presidente da República Federativa do Brasil, a candidata Dilma Rousseff (PT-RS), nessa ocasião, quando foi declarada a vitória da candidata Dilma, muitas manifestações favoráveis e contrárias foram feitas nas redes sociais, porém uma delas chamou a atenção de todo país, quando a jovem Mayara Petruso, acadêmica de direito, disse em seu *Twitter* que “Nordestino não é gente. Faça um favor a SP: mate um

nordestino afogado!”, como se pode ver declarado na sentença de 03 de maio de 2012, da Juíza Federal Mônica Aparecida Bonavina Camargo, do processo de n.º 0012786-89.2010.403.61.81, da 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo.

A repercussão foi muito grande e, de imediato, as manifestações contrárias e favoráveis ao comentário da acadêmica de direito foram surgindo e dando mais visibilidade ao caso. O efeito “bola de neve” foi gerado e as ofensas surgiam de todos os lados em forma de defesa e ataque, devido à incitação explícita da postagem. O crime único desencadeou uma revolta conjunta de brasileiros. “A Mayara pode não ser preconceituosa; aliás, acredita-se que não seja. O problema é que fez um comentário preconceituoso. Naquele momento a acusa imputou o insucesso eleitoral (sob a ótica do seu voto) a pessoas de uma determinada origem”, afirmou a magistrada federal que julgou o processo impetrado contra ela pelo Ministério Público Federal.

Os casos de racismo são inúmeros nas redes sociais e o Direito Digital precisa estar atento para solucionar essas questões com o devido dispositivo legal, que precisa ser revisto e melhor qualificado: parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal Brasileiro: “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa”.

O art. 2.º da Lei n.º 9.459, de 13 de maio de 1997, acrescentou um tipo qualificado de injúria, impondo penas de reclusão, de um a três anos, e multa, se cometida mediante “utilização de elementos referentes a raça, cor, religião ou origem”.[...] De acordo com a intenção da lei nova, chamar alguém de “negro”, “preto”, “pretão”, “negão”, “turco”, “africano”, “judeu”, “baiano”, “japa” etc., desde que com vontade de ofender-lhe a honra subjetiva relacionada com a cor, religião, raça ou etnia, sujeita o autor a uma pena mínima de um ano de reclusão, além de multa, maior do que a imposta no homicídio culposo. [...]. Chamar um japonês de “bode”, com dolo de ofensa, conduz a um ano de *reclusão*; mata-lo culposamente no trânsito, a um ano de *detenção*. A combinação exagerada ofende o princípio constitucional da proporcionalidade entre os delitos e suas respectivas penas. [...]. Se aplicado o novo tipo penal, de ver-se que, além do dolo próprio da injúria, consistente na vontade de ultrajar, o tipo requer a consciência de que o sujeito está ofendendo a vítima por causa de sua origem, religião, raça etc (JESUS, 2010, p.265-266).

O Direito Digital utiliza da lei já existente para fazer a justiça guiar os passos das relações interpessoais na Internet. O que não o proíbe de ter legislação para casos específicos. O detalhe importante é o cuidado para na legislação específica não sufocar o uso da Internet e acabar adotando medidas características de regimes ditoriais.

## 2.2 DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos são constantemente violados quando o crime de racismo é cometido, no caso em análise, na Internet. Recentemente o Relator Especial da ONU sobre Racismo, Mutuma Ruteere, afirmou à Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, enquanto apresentava o seu relatório sobre o racismo na Internet, que o crescimento do uso das mídias sociais e sites com conteúdo de incentivo ao ódio e a violência racial vem aumentando cada vez mais.

The increase of extremist hate websites, the use of the Internet and social media by extremist groups and individuals to propagate hate speech and incite racial violence, and the increased number of incidents of racist violence and crimes prompted by racist content on the Internet remain to be addressed, despite the adoption of positive measures (RUTEERE, 2012, p.).<sup>88</sup>

Os países precisam se posicionar melhor quanto à forma que estão lidando com os crimes cometidos na Internet, tendo sempre o cuidado para não ferir outros preceitos fundamentais, como a liberdade de expressão, quando forem delimitar regras mais claras para o bom uso da Internet. Uma comunicação constante entre os governos, organismos internacionais e a sociedade civil organizada é de extrema importância para que a regulamentação saia com características mais próprias de cada realidade.

Any restrictions, control and censorship of the content disseminated via the Internet should be done on a clearly defined legal basis and in a manner that is necessary, proportionate and compatible with States' international human rights obligations including under the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (RUTEERE, 2012).<sup>89</sup>

Esse trabalho feito junto aos governos e sociedade gerará um grande mutirão em prol da igualdade entre todos, não somente na Internet, mas em todos os âmbitos da vida em sociedade. Pois o combate ao racismo nas redes sociais é um trabalho de garantia ao direito à

<sup>88</sup> (Tradução) “O aumento extremista de sites de ódio, o uso da internet e das mídias sociais por grupos extremistas e indivíduos para propagar o ódio e incitar a violência racial, e o aumento do número de casos de violência e crimes racistas oriundos do conteúdo racista na Internet continuam a ser abordados, apesar da adoção de medidas positivas.”

<sup>89</sup> (Tradução) “Quaisquer restrições, controle e censura do conteúdo divulgado através da internet devem ser feitos com base legal claramente definida e de forma que é necessária, proporcional e compatível com os Estados, obrigações internacionais de direitos humanos dos Estados sob o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial”

igualdade, que é violado quando o crime é cometido.

Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo (PIOVESAN, 2003, p. 199).

As medidas adotadas precisam dessa troca de ações em parceria com a sociedade, pois medidas tomadas somente para repreensão, não levará o caso ao esgotamento, pelo contrário, já que quando falamos em Internet e vemos como seu efeito é acelerado, a prevenção é fundamental para eficácia da norma.

## **2.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Os ataques diretos contra o princípio da Dignidade Humana são constantes no âmbito digital e o crescimento está em constante continuação, preocupando os juristas de todo mundo, que defende os princípios fundamentais inerentes ao homem. O crime de racismo, ou seja, discriminação devida à cor de pele, etnia ou região, é tentar excluir aquelas pessoas diferentes daquelas que cometem o crime, do bom convívio social ou *cybersocial*, no caso em questão.

Ser discriminado no âmbito digital deve ser equiparado com o mundo real, pois essa distinção não mais cabe, quando passamos a ter nossa vida associada com a Internet, onde pagamos contas de banco, compramos o que queremos, relacionamo-nos profissional e afetivamente, prestamos e contratamos serviços variados, ou seja, a nossa vida é tão digital quanto real.

Interessante ponderação exposta no seguinte julgado acerca da extensão do princípio da dignidade humana seja em que dimensão estivermos:

**Processo:** REsp 1117633 / RO

RECURSO ESPECIAL 2009/0026654-2

**Relator(a):** Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)

**Órgão Julgador:** T2 - SEGUNDA TURMA

**Data do Julgamento:** 09/03/2010

**Data da Publicação/Fonte:** DJe 26/03/2010

RSTJ vol. 218 p. 213 RT vol. 898 p. 175

**Ementa**

PROCESSUAL CIVIL. ORKUT. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BLOQUEIO DE COMUNIDADES. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. INTERNET E DIGNIDADE DA PESSOA

HUMANA. ASTREINTES. ART. 461, §§ 1º e 6º, DO CPC.  
INEXISTÊNCIA DE OFENSA.

[...]

A internet é o espaço por exceléncia da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e infenso à responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer.

6. No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmudar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro.

7. Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais comezinhos da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual. [...].

A dignidade da Pessoa Humana é afetada, pois sendo ela um valor pessoal, aquilo que o ser humano é em essência, é totalmente maculado pelo crime de racismo e outros. Carmen Lúcia Antunes Rocha (apud PIOVESAN, 2003, p. 389) afirma:

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser *mister* ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente a vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

Em seu artigo 1º, III, a Constituição Federal, deixa claro, quando nomina a Dignidade da Pessoa Humana como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Está prevista como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, valor espiritual e moral inerente à pessoa, devendo ser esta, respeitada por todos e pelo Estado. A dignidade da pessoa humana compreende a aptidão de adquirir obrigações e a prerrogativa de qualquer pessoa em não ser prejudicada física ou moralmente em sua existência (REIS, 2008, p. 73).

E, ainda, relevantíssimo posicionamento de Piovesan (2003, p. 392-393):

Como se tem percebido, para além de se configurar em princípio constitucional fundamental, a dignidade da pessoa humana possui um *quid* que a individualiza de todas as demais normas dos ordenamentos aqui estudados, dentre eles o brasileiro. Assim, deitando seus próprios fundamentos no ser humano em si mesmo, como ente final, e não como meio, em reação à sucessão de horrores praticados pelo próprio ser humano, lastreado no próprio direito positivo, é esse princípio, imperante nos hodiernos documentos constitucionais democráticos, que unifica e centraliza todo o sistema; e que, com prioridade, reforça a necessária doutrina da força normativa dos princípios

constitucionais fundamentais.

A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro, superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.

A Constituição pleiteia garantir as condições mínimas de convivência em sociedade, garantindo a dignidade da pessoa humana, para assim, todos poderem conviver sem que as suas diferenças sociais, econômicas, regionais, etc. sejam motivo para exclusão ou ofensa. Entra em cena mais uma vez a responsabilidade do Estado na defesa constante da dignidade da pessoa humana, que se encontra amparada na legislação já existente no Direito Digital, fonte de inovação jurídica.

## CONCLUSÃO

Com base nas ponderações desenvolvidas neste artigo conclui-se que os Direitos Humanos, no ambiente virtual, também merece atenção, haja vista que não há como dissociar o ser humano do mundo virtual e do real, pois como já foi visto as redes sociais são sim, uma extensão do nosso cotidiano.

Assim o Direito Digital, tendo a Internet como meio e não como lugar, deve agir de forma contundente para coibir os crimes contra os Direitos Humanos na Internet. Porém, importante analisar que é um campo onde se estabelecido um número elevado de limitações e parâmetros, poderá ocorrer uma perda de seu sentido, haja vista que a principal característica da Internet é a liberdade dos seus usuários. Um mundo anarquicamente organizado.

A evolução da Internet no mundo e no Brasil mostrou como a sociedade avançou tecnologicamente para o melhor desenvolvimento social, pois se abriu uma grande possibilidade de estreitamento nas relações pessoais, depois que a rede de computadores tomou o globo.

Um dos maiores exemplos do estreitamento é sem dúvida o surgimento das redes sociais, que são as comunidades virtuais onde os indivíduos com interesses semelhantes, ou não se reúnem. Aqui tratamos, com pano de fundo as redes sociais, dos crimes cometidos na grande rede, com foco especial no crime de racismo, e como a justiça tem se posicionado em relação a esses novos meios para se cometer velhos delitos.

O Direito Digital surge como uma extensão do direito para ajudar na condução do

ordenamento mediante novos desafios tecnológicos, sendo ele uma evolução do nosso direito brasileiro. Com o novo ramo, os Direitos Humanos estariam também mais protegidos, pois como vimos, os crimes contra eles são recorrentes e crescentes, preocupação que não é exclusividade nossa, mas também das Nações Unidas, que busca, assim como o sistema jurídico brasileiro a defesa constante do princípio norteador, o da Dignidade da Pessoa Humana.

Veremos ainda muitos debates sobre o tema e outros que o novo mundo digital nos proporciona, porém esses debates devem ser conduzidos sempre na base legal e na defesa constante da dignidade do homem e dos seus direitos internacionalmente garantidos. Para assim termos uma sociedade civil e digital mais justa e igualitária para todos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da república federativa do. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 12.288, de 20 de julho de 2010.** Estatuto da igualdade racial. Legislação Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal brasileiro. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - [planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acesso em: 26 nov. 2012.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet:** reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

COLARES, Rodrigo Guimarães. Cybercrimes: os crimes na era da informática. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3271>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 1: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: parte especial: Dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o patrimônio.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LACERDA, Wagner Carvalho de. Responsabilização criminal frente às redes sociais. In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria (org). **O direito na era digital.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LOMNITZ, Larissa Adler. **Redes sociais, cultura e poder.** Rio de Janeiro: E-papers, 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMALHO, José Antônio. **Mídias sociais na prática.** São Paulo: Elsevier, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. Ajustada ao novo código civil. São Paulo: 2002.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet.** Porto Alegre: Sulina, 2009.

REIS, Jair Teixeira dos. **Direitos humanos – para provas e concursos.** Curitiba: Juruá, 2008.

STF, Tribunal Pleno, **HC 82.424 RS,** rel. Min. Moreira Alves, j. em 16.09.2003, DJ 19.03.2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp>> Acesso em 27 de nov. 2012.

STJ, 4<sup>a</sup> Turma, **REsp 1168547 RJ,** rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 11.05.2010, DJe 07.02.2011. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>> Acesso em 24 de nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **REsp 1117633 RO,** rel. Min. Herman Benjamin, j. em 09.03.2010, DJe 26.03.2010. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>> Acesso em: 25 de nov. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIEIRA, Eduardo. **Os bastidores da internet no Brasil.** Barueri, SP: Manole, 2003.

UNITED Nations News Centre. Countries must boost measures to combat Internet racism – UN independent expert. 5 nov. 2012. Disponível em <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?>> Acesso em 26 de nov. 2012.

**O FECHAMENTO DE ÁREAS PÚBLICAS A TÍTULO DE CONDOMÍNIO  
FECHADO EM MACEIÓ/AL: A RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO  
COM A SEGURANÇA DA SOCIEDADE**

Walisson de Vasconcelos Barreto

Advogado. Ex-aluno do Cesmac

Bernardo Maia Nobre de Paiva

Advogado. Ex-aluno do Cesmac

Renata Rodrigues Costa

Graduada em Ciências Contábeis pela UFAL

Profa. Ms. Sônia Maria Albuquerque Soares

**RESUMO:** *A construção de guaritas em ruas de Maceió é polêmica e a sua legalidade gera impasse entre os órgãos públicos e a população. Esta pesquisa discute acerca do fechamento de áreas públicas a título de condomínio fechado. Para tanto, foi feito um estudo dos princípios constitucionais sobre o direito à liberdade de ir e vir e o direito à segurança, de textos de teóricos que tratam da questão, buscando um embasamento na doutrina, leis, artigos e jurisprudências. Foi realizada pesquisa de campo, podendo-se constatar que trinta e oito por cento dos loteamentos de Maceió não são registrados e, ainda, que nenhum direito fundamental é absoluto, assim, as duas normas fundamentais podem conviver em harmonia, buscando-se uma maior cooperação entre a Administração Pública e a Iniciativa Privada.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Insegurança Urbana. Iniciativa Privada. Loteamentos.*

**ABSTRACT:** *The construction of sentry boxes at the streets of Maceió is controversial and their legality generates standoff between the public agencies and the population. This study discusses about the shutdown of public areas as known as closed condos. For that, it has been made an analysis of the constitutional principles about the liberty to come and go and the right of safety, of theoretical texts dealing with this issue, looking for a base in the doctrine, laws, articles and jurisprudence. It was performed a field research, and it can be verified that thirty-eight percent of the allotments are not registered and, yet, that none fundamental right is absolute, so, the two fundamental norms can live together in harmony, seeking more cooperation between the Public Administration and the Private Initiative.*

**KEYWORDS:** *Urban Insecurity. Private Initiative. Allotments.*

## INTRODUÇÃO

Atualmente, um tema bastante discutido em Alagoas é a construção de muros e guaritas em ruas a título de condomínios fechados na Cidade de Maceió. O assunto é polêmico e a legalidade dessas construções tem gerado impasse entre os órgãos públicos e a população. Isso porque, por um lado, há o direito de ir e vir garantido pela Constituição de 1988, como parte integrante do direito à liberdade pessoal; do outro há o direito à segurança. É direito fundamental inerente às características essenciais da natureza humana a locomoção ou liberdade de circulação garantida pelo inciso XV do art. 5.<sup>º</sup> (BRASIL, 2006). Ao

comentar esse dispositivo, Bobbio (2004), Moraes (2007), Afonso da Silva (2009) e Mello (2012) destacam, entre outros aspectos, o direito de deslocamento, a pé ou em veículos, dentro do território nacional, de um ponto para outro, pela via pública ou afetada ao uso público.

É inquestionável que a garantia de segurança pública é dever do Estado. No entanto, tudo leva a crer que ele não consegue estabelecer um clima de convivência de tranquilidade entre os cidadãos. Na concepção de Rossit (2005), o medo da violência é um comprovante para os que preferem esses tipos de condomínio.

Diante desse fato, o fechamento de logradouros públicos constitui um fenômeno que vem espalhando-se pelas metrópoles, refletindo um movimento social em busca por segurança. Fenômeno este que a legislação de Maceió, em seu Código de Urbanismo e Edificações, tratou de estabelecer normas não muito claras para o uso de áreas públicas por uma associação de moradores, gerando, assim, conflitos.

É justamente nessa situação que se esbarra em alguns questionamentos, tais como: entre os dois direitos constitucionais, o de ir e vir e o de segurança, qual o que deve prevalecer para a regulamentação do fechamento de ruas em Maceió a título de condomínio? Se o Estado não está cumprindo o seu papel na proteção dos direito de segurança do cidadão, ele pode impedir o fechamento de ruas que visa à proteção dos seus moradores?

Este estudo discute acerca do fechamento de logradouros públicos em Maceió, bem como da responsabilidade do Poder Público com a segurança da sociedade, levando em conta que o princípio constitucional do direito à liberdade de ir e vir não é absoluto, visto que está limitado pelas normas de convivência social e, nos termos do dispositivo constitucional, poderá ser limitado por lei.

## **1 MATERIAL E MÉTODOS**

Para a realização da pesquisa, foram utilizados os seguintes artifícios: levantadas estatísticas de ruas fechadas situadas em Maceió; elencados os dispositivos constitucionais sobre o direito à liberdade de ir e vir, confrontando-o com o art. 6º da Constituição Brasileira, que trata do direito à segurança; investigação do que dizem os especialistas a respeito da responsabilidade do Poder Público com a segurança da sociedade; averiguação da competência da Superintendência Municipal de Controle do Convívio Urbano – SMCCU –

para derrubada ou proibição de guaritas em logradouros públicos; visita à Procuradoria do Patrimônio Municipal, além de pesquisa bibliográfica.

## 2 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Inicialmente é importante destacar a diferença entre condomínio edilício (seja ele vertical ou horizontal) e loteamento e/ou ruas fechadas, visto que existe toda uma confusão sobre eles. Todo condomínio edilício é de particulares, ou seja, dos donos do condomínio ou condôminos. O primeiro, obrigatoriamente, é formado por áreas privadas e áreas comuns, onde os possuidores têm “total” disponibilidade de seu bem e todos os condôminos exercem o direito de posse, mas não podem dele dispor sem a aceitação dos demais condôminos. Enquanto no segundo, os loteamentos e/ou ruas fechadas são uma mistura de bens particulares e públicos.<sup>90</sup> (MARINI, 2000).

O loteamento é definido na lei 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo e dá outras providências:

**Art. 2º.** O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

**§ 1º** - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

Nos loteamentos, uma porcentagem do espaço deve ser destinada à viação e áreas verdes. Diante disso é possível identificar o problema, sendo o bem público englobado pelo bem privado no fechamento desses loteamentos e/ou ruas, como fica o direito do cidadão de transitar livremente? Limitado. Essa é a grande discussão desta pesquisa: a limitação do direito de ir e vir pelo direito à segurança que há entre os muros de residências “seguras.”

Conforme expõem Rossit (2005) e Séguin (2002), o problema da segurança é antigo, pois, desde o início dos tempos, o homem buscou formas de se proteger de seus semelhantes e predadores. Desde a Antiguidade, passando pela Idade Média e Moderna, os povos, por meio de seus reis e respectivos chefes de Estado, já haviam desenvolvido uma forma de se proteger de invasões e saques, que foi a construção de muros cercando as cidades. Essa estratégia era

<sup>90</sup>O bem público “viação” compreende rua e calçada.

considerada um dos principais meios de amparo da sociedade, em combate aos salteadores e bandidos de fora da *polis/cidade*.

Atualmente, nota-se que a referida estratégia tem sido usada para remediar um problema antigo, a segurança pública, mas que, diferentemente do que ocorria antes, não seria a segurança da *polis/cidade* como um todo, mas parcelas da população que promovem a própria segurança. Quando antes o próprio Estado tomava a providência para proteger os habitantes de ataques estrangeiros, atualmente a população busca a proteção contra seus concidadãos.

Isso porque, mesmo com toda a evolução histórica, o problema da violência aumenta cada vez mais. Atualmente, Alagoas é o Estado mais violento da Federação e seu capital, Maceió, não fica atrás nas estatísticas, hoje figurando como uma das cidades mais violentas do mundo para se viver. (GOMES, s/d). Assim, os cidadãos, autopromovendo a própria segurança, têm fechado vias públicas, formando os chamados loteamentos e ruas fechadas, tentando minimizar quaisquer riscos à própria segurança.

Diante disso, pode-se considerar que a incapacidade do Estado em promover a segurança pública torna legítima a autoproteção? Certamente. O fato é que tal forma de autoproteção deve respeitar limites, como a necessidade de autorização pelo órgão competente, como ocorre em Maceió, devendo ser emitida pela SMCCU e outorgada pelo chefe do executivo por meio de decreto, no termos do art. 220 do Código de Urbanismo e Edificações de Maceió.

Gomes (s/d), ao discutir a respeito da falta de segurança, lembra que, se não bastasse as estatísticas, as polícias encontram-se sucateadas, sem equipamento, treinamento e, nem ao menos, contingente necessário para fazer frente à violência. Então, a forma que a população encontra para se proteger é trancando-se dentro de suas casas e rodeando-as de muros altos e cercas elétricas. Solução outra que vem sendo muito utilizada é fechar, com muros e portões, as ruas e loteamentos, visando ter uma maior segurança. O fato é que muitos desses loteamentos e ruas fechadas sequer pedem autorização para assim proceder; alguns fazem a solicitação depois de cercar-se e impedir a passagem alheia. As duas formas constituem ato ilícito passível de punição.

De certo, torna-se essencial que a autorização concedida pelo Poder Público Municipal seja requerida. Não que ela vá garantir o direito à livre locomoção em via pública, mas sim suprir a ilegalidade do seu fechamento. Ocorre que, mesmo com a possibilidade de proceder

com o fechamento “legal” das ruas, muitos loteamentos e ruas escolhem fazê-lo sem a devida autorização, tomando áreas públicas como particulares.

A Constituição Federal de 1988, visando garantir o cumprimento de seus próprios princípios, elencou em seu artigo 5º um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Um desses direitos é o previsto no inciso XV:

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

[...]

**XV** - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; [...]. (grifou-se). (BRASIL, 2008). (Grifou-se).

Tal garantia, mesmo em tempo de paz, encontra limitações, já que o próprio inciso faz a ressalva “em tempo de paz”, devido à possibilidade de restrição quando houver estado de sítio, como previsto no artigo 139 da própria Constituição Federal. Note-se que o Estado não pode dispor de bens particulares para garantir a livre locomoção, vez que a constituição também prevê casos de inviolabilidade; nem muito menos pode deixar livre o acesso às áreas consideradas restritas. Nesse sentido, Afonso da Silva (2009, p. 238):

A liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz contém o direito de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e de permanecer, sem necessidade de autorização. Assim, todos podem locomover-se livremente nas ruas, nas praças, nos lugares públicos, sem preocupação de serem privados de sua liberdade de locomoção. Temos aí a noção essencial da liberdade de locomoção: poder que todos têm de dispor de seu tempo, como bem lhes parecer, em princípio, cumprindo-lhes, entretanto, respeitar as medidas impostas pela lei, no interesse comum, e abster-se de atos lesivos dos direitos de outrem.

O direito à segurança é igualmente previsto na Constituição Federal, inclusive no *caput* do artigo 5º, juntamente com o direito à liberdade, grifados anteriormente. Ele também está predito no artigo 6º como direito social, e artigo 144, ganhando capítulo próprio na Constituição.

**Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifou-se).

**Art. 144.** A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]. (BRASIL, 2006).

Muito embora sejam direitos previstos constitucionalmente, a sua aplicabilidade encontra-se prejudicada, vez que o Estado tem sido incapaz de fornecer o pleno gozo de tais direitos. Assim, os cidadãos têm fechado vias públicas, tentando evitar quaisquer riscos à sua segurança. Para Câmara (2003, p. 350):

Segurança pública é uma atividade. Desenvolvida pelo Estado, destina-se a empreender ações e oferecer estímulos positivos para que os cidadãos possam conviver, trabalhar, produzir e usufruir o lazer. As instituições responsáveis por essa atividade atuam no sentido de inibir, neutralizar ou reprimir a prática de atos antissociais, assegurando e proteção coletiva e, por extensão, dos bens e serviços públicos.

Na verdade, a imensa proporção continental brasileira parece dificultar a colocação em prática de todas as políticas públicas necessárias para a realização do bem-estar dos cidadãos. Existem pessoas marginalizadas, fora do alcance da lei. Muitas vezes, por falta de recursos ou por escolha, o Estado omite-se de suas obrigações. (GARCIA, 2000; RECH, 2007).

Meirelles (2010, p. 350-351) fundamenta que “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”

Em suma: o serviço público é o prestado pela Administração Pública, como também por particulares para a preservação dos interesses da coletividade, mediante regras de direito público. A titularidade do serviço público vai ser sempre do Poder Público, sendo sua execução transferida para particulares, existindo diversas formas de esse serviço público ser delegado, tais como: a concessão, a permissão, a autorização e as parcerias público-privadas.

Ocorre que a Administração Pública pratica atos administrativos como forma de execução da lei pelo Poder Executivo e, no âmbito interno, no caso dos poderes Legislativo e Judiciário. No Brasil, ela vem deixando muito a desejar, não suprindo de maneira eficiente às necessidades da população brasileira, o que vem gerando insatisfação, como aponta Leal (2003).

Assim, na tentativa de melhoria, a própria Administração tem buscado uma maior cooperação com a iniciativa privada, como uma maneira de complementar e auxiliar as políticas públicas propostas.

Nesse sentido, vale trazer o pensamento de Zugno (2003, p. 46):

Esta participação conjunta da sociedade com a fiscalização e acompanhamento do Estado forma uma parceria de fundamental importância na medida em que as pessoas vão se tornando cúmplices do Estado, porque revestidas da posição de agentes ativos do processo político, econômico e

cultural do Estado. Portanto, a sociedade engajada em políticas governamentais tem a capacidade de provocar verdadeiras revoluções sociais, sem precisar lançar mão da violência que, não raro, é reflexo da indiferença do Estado diante de demandas latentes que só não são percebidas porque tradicionalmente há uma distância abismal entre ambos.

Como se sabe, as vias públicas são bens de uso comum do povo e, como explicita Meirelles (1997, p. 224), “esses bens integram-se no domínio público pela só destinação ao uso indiscriminado do povo, e impedem de qualquer registro imobiliário.”

Mais à frente, ao conceituar “uso comum do povo”, o autor ainda observa:

No uso comum do povo os usuários são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados o são por todos os membros da coletividade - *uti universi* - razão pela qual ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem: o direito de cada indivíduo limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar os ônus dele resultantes. Pode-se dizer que todos são iguais perante os bens de uso comum do povo. Mas, por relações de vizinhança e outras situações especiais, o indivíduo pode adquirir determinados direitos de utilização desses bens e se sujeitar a encargos específicos. (p.228).

Por fim, o autor ainda fornece sua opinião a respeito dos loteamentos fechados:

Para esses loteamentos não há, ainda legislação superior específica que oriente a sua formação, mas nada impede que os Municípios editem normas urbanísticas locais adequadas a essas urbanizações. E tais são os denominados “loteamentos fechados”, “loteamentos integrados”, “loteamentos em condomínio”, com ingresso só permitido aos moradores e pessoas por eles autorizadas e com equipamentos e serviços urbanos próprios, para auto-suficiência da comunidade. Essas modalidades merecem prosperar. (p.403).

Como o uso e aproveitamento do solo é matéria privativa da competência ordenadora do Município (CF, art. 30, VIII) e não existe na legislação superior nada que dite regras sobre os loteamentos fechados, fica à mercê da própria cidade a sua regularização. Essa situação está prevista na Lei 5. 593/07 (Código de Urbanismo e Edificações do Município de Maceió), conforme se nota em seus arts. 211 e 212, *in verbis*:

**Art. 211.** O Município poderá conferir permissão de uso das áreas públicas de um loteamento, à associação de seus proprietários ou moradores, desde que regularmente constituída e com explícita definição de responsabilidades com relação ao uso e manutenção das citadas áreas.

Parágrafo Único - A permissão de uso prevista no caput deste artigo é ato administrativo unilateral, discricionário e precário, sujeito, ainda, ao atendimento dos requisitos previstos nesta Lei.

**Art. 212.** Serão objeto da permissão de uso parte ou a integralidade das áreas livres de lazer e vias públicas componentes de parcelamento devidamente aprovado.

A permissão de uso é dada quando a associação de moradores preencher os requisitos estabelecidos no Código de Urbanismo e Edificações do Município de Maceió de 2007, tendo, inclusive, responsabilidade exclusiva sobre os atos praticados; e a Administração Pública podendo responder pela falta de fiscalização. Não custa lembrar que o fim buscado pela associação de moradores e pelo Governo é a satisfação do interesse público, que deve prevalecer sobre o interesse privado.

Não à toa, essa permissão de uso é ato discricionário, pois prevalece o interesse público, não podendo a associação de moradores descumprir ou exceder o que foi acordado nas cláusulas do contrato, exigindo-se uma rigorosa e eficaz fiscalização pelo Poder Público, como disposto no art. 220 da Lei n. 5.593/07, *ipsis litteris*:

**Art. 220.** A outorga da permissão de uso das áreas públicas em loteamentos será autorizada por Decreto do Poder Executivo Municipal, seguido da lavratura do respectivo Termo de Permissão de Uso, do qual constarão, dentre outros requisitos em função da peculiaridade do empreendimento:

- I - a identificação e qualificação da entidade associativa e de seus respectivos representantes legais;
- II - a relação dos bens públicos objeto da permissão de uso;
- III - o dever de guarda, uso e conservação do patrimônio público a cargo da entidade permissionária e as obrigações daí decorrentes;
- IV - o prazo de vigência da permissão e condições para sua renovação;
- V - as condições para a extinção da permissão.

§ 1º A permissão de uso será outorgada independentemente de licitação.

§ 2º No ato da permissão de uso deverão constar todos os encargos relativos à manutenção e conservação das áreas de uso público sobre os quais se operará a permissão.

Como constatado no artigo 220, da Lei n. 5.593/07, no caso do uso de áreas públicas a título de condomínio fechado, é dispensada a licitação pela Administração Pública devido à falta de concorrência para a prestação desse tipo de serviço público, que deve ser prestado pela associação de moradores, pois somente ela tem interesse no uso e na conservação dessas áreas. Observa-se, ainda, a possibilidade de proceder com o fechamento “legal” das ruas, no entanto, muitos loteamentos e ruas escolhem fazê-lo sem a devida autorização, tomando áreas públicas como particulares.

Quando há a autorização, o Poder Público concede ao particular o ônus de zelar pelo bem público, no caso, as vias que compreendem ruas e calçadas e, sendo assim, os moradores têm de contratar porteiros, jardineiros, faxineiros, entre outros. Como ocorre na administração de condomínios, o fato é que, quando acontece o fechamento, tais serviços deixam de ser

“oferecidos” pelo Poder Público, tornando a administração do loteamento responsável pela execução de atos que não são de sua competência. Não se deve esquecer que as áreas verdes também são compreendidas como bens públicos e, como tais, não devem ser maculadas.

As leis 6.766/79 e 10.257/01 dispõem sobre o Parcelamento do Solo Urbano e, assim sendo, devem servir de base para a aprovação dos loteamentos, mas não de seu fechamento; são regras para a aprovação de loteamentos novos. Os loteamentos fechados também se submetem às regras constantes no Código Civil referentes aos condomínios. No entanto, há de se diferenciar loteamento fechado de condomínio, como proposto no início desta exposição.

Em Alagoas, a Constituição Estadual permitiu uma abertura para disciplinar a questão dos loteamentos fechados ao dispor, em seu art. 12, III:

Art. 12. Compete ao Município dispor sobre todas as matérias pertinentes ao seu peculiar interesse e especialmente:

[...]

III – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; [...].

Que é complementado, nesse aspecto, pelo Código de Urbanismo e Edificações do Município de Maceió - Lei Municipal n. 5.593, de 08 de fevereiro de 2007.

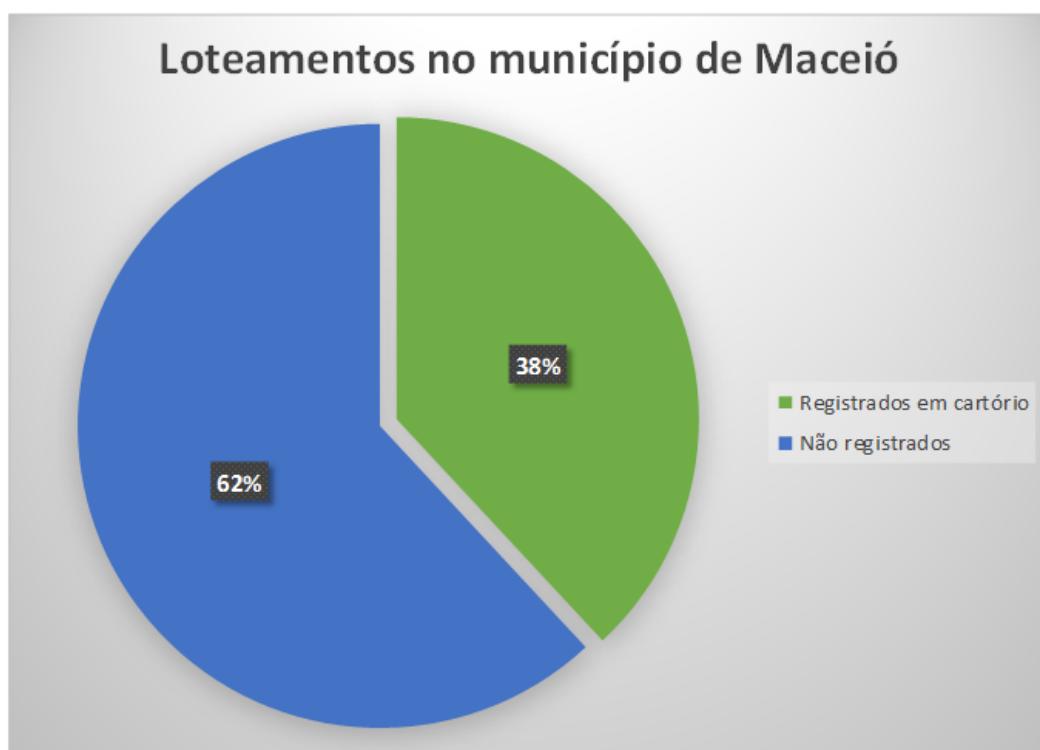
Bezerra (2012, p. D1) mostra que, de acordo com a SMCCU, Maceió possui, cada vez mais, condomínios fechados “[...] irregulares na capital, problema que é caracterizado como invasão e usurpação de área pública.”

Recentemente, a SMCCU demoliu o muro de um dos condomínios situados no bairro da Serraria, apesar do consentimento da própria prefeitura para transformar o loteamento em condomínio. O fato causou indignação aos moradores, visto que, após a implantação de guarita, houve uma diminuição da violência frequente naquela localidade. A vulnerabilidade da segurança tornou o ato incompreensível para a população, mesmo com força judicial.

Diante desse quadro, há de se cogitar sobre o Capítulo II, Dos Direitos Sociais, art. 6º, da Constituição Brasileira, que trata do *direito à segurança*, visto que o fechamento de espaços públicos acontece diante de vários fatores, entre eles, “[...] o aumento da sensação de insegurança e da violência urbana, alinhadas à incapacidade do Estado em assegurar certos serviços considerados básicos como a segurança do cidadão; [...]”. (V. UEDA apud BARCELLOS; MAMMARELLA, 2007, p. 2).

Para esta pesquisa, a SMCCU disponibilizou uma planilha que lista os Loteamentos e Condomínios existentes (de que se tem conhecimento) no município de Maceió-AL, demonstrando quais destes eram devidamente registrados em cartório, não fazendo qualquer menção a outros requisitos para se identificar a sua regularidade.

Os dados coletados nesta pesquisa demonstram que atualmente há um total de 365 loteamentos em Maceió, sendo 139 registrados em cartório e 226 não registrados. Muitos loteamentos ainda encontram-se irregulares, o que vem gerando conflitos sobre a demolição de guaritas entre os cidadãos e a administração pública. Observe o gráfico abaixo:



Dados da pesquisa – Fonte SMCCU

Nesta pesquisa, em visita à Procuradoria do Município de Maceió para coleta de dados, foi possível notar que a fase judicial é pouco utilizada pelo Município enquanto autor, vez que, sendo deficitária a fiscalização, se torna impossível saber quando há infração à Lei e, assim sendo, promover a recuperação do bem público com demolição da guarita e muro construídos irregularmente e, se for o caso, a punição dos infratores. Esta punição acontece em caso de evidente desrespeito ao interesse público, como ocorre quando se fecham vias públicas de desafogamento do trânsito. Deixando, porém, tal encargo de fiscalizar a ilegalidade do fechamento aos próprios moradores, evidenciando, também, a sensibilização do Poder Público com a falta de segurança existente.

Além da omissão de dados notada na planilha disponibilizada, notou-se que ela estava desatualizada, datando de 26 de abril de 2011. Dessa forma, é inevitável notar a deficiência do Poder Público até em promover a efetiva fiscalização, comprometendo a fase administrativa e até a judicial da resolução do problema, o que faz com que as irregularidades não sejam sanadas e ganhem força, multiplicando-se desenfreadamente.

Os casos objeto de litígio estão em tal fase por denúncias feitas pelos próprios moradores de loteamentos fechados que, insatisfeitos com a “obrigatoriedade” do pagamento de taxas de condomínio, revelam as irregularidades existentes.

Irregularidade constatada é a precariedade dos alvarás de permissão de alguns loteamentos que, segundo o *caput* do art. 220 da Lei nº 5.593/07 (Código de Urbanismo), deveriam ser feitos por meio de Decreto do Poder Executivo, dessa forma, assinados pelo Prefeito. No entanto, foram assinados na forma de Alvarás pelo Diretor de Fiscalização e Obras da SMCCU, indo de encontro ao previsto na Lei vigente.

Ocorre que não se pode confundir decreto com alvará. Observe-se o disposto no art. 213 da referida Lei:

**Art. 213.** As áreas públicas de lazer e as vias de circulação que serão objeto de permissão de uso deverão ser assim definidas quando *da aprovação do projeto de parcelamento pelo órgão de controle urbano e constarão expressamente identificadas no termo de permissão de uso, a ser expedida junto com o Alvará de construção do empreendimento.* (grifou-se).

De acordo com o artigo acima citado, pode-se entender que a permissão para fechamento de áreas públicas é dada pelo órgão competente, no caso, a SMCCU, que analisa a viabilidade e as normas técnicas referentes ao parcelamento do solo urbano e, posteriormente, deve a permissão ser outorgada pelo prefeito por meio de decreto, o que não tem ocorrido corretamente. Além disso, notou-se que boa parte desses alvarás encontra-se vencido.

Outra questão que deve ser levantada é referente à taxa de condomínio que é cobrada pela associação de moradores aos que moram no loteamento fechado, com o intuito de arcar com as despesas efetuadas pela associação, desde a manutenção da área que sofreu permissão pelo Poder Público até o pagamento de mão-de-obra e funcionários. Na verdade, muitas pessoas não querem pagar a taxa de condomínio. Por isso sofrem pressão para efetuar o pagamento e são vistos como “aproveitadores” pelos vizinhos, pois eles irão usufruir de todos os benefícios decorrentes do fechamento da área, a custa dos outros condôminos. A associação vem alegando que as pessoas que não pagam a devida taxa estão usufruindo do

enriquecimento ilícito; já os moradores alegam o inciso o art. 5º, inciso XVII, da Constituição Federal, que diz que é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo da seguinte maneira:

**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LOTEAMENTO FECHADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRIBUIÇÃO.**

**INEXIGIBILIDADE DE QUEM NÃO É ASSOCIADO. MATÉRIA PACÍFICA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULAS N. 168 E 182-STJ.** I. As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo (2ª Seção, EREsp n. 444.931/SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 01.02.2006). Incidência à espécie da Súmula n. 168/STJ. II. A assertiva de que os julgados apontados divergentes são anteriores à pacificação do tema pelo Colegiado, fundamento da decisão agravada, não foi objeto do recurso, atraindo o óbice da Súmula n. 182-STJ, aplicada por analogia. III. Agravo

Improvido. (AgRg nos EREsp 1034349/SP, 2º Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 17/06/2009).

O Tribunal de Justiça de Alagoas vem decidindo conforme a jurisprudência do STJ, como pode se ver a seguir:

**ACÓRDÃO N º 1.1401 /2011 DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. LOTEAMENTO. NÃO OBRIGATORIEDADE DE PAGAMENTO DE QUOTA-PARTE MENSAL DE PROPRIETÁRIO NÃO FILIADO À ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. PRINCÍPIO DA LIBERDADE PARA ASSOCIAR-SE. PRECEDENTES DO STJ. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE CONTEÚDO PROBATÓRIO. RECURSO CONHECIDO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** 1. Para que o proprietário de imóvel pertencente a loteamento fechado seja obrigado a efetuar o pagamento das contribuições para manutenção das áreas comuns, é necessário que esteja filiado à associação responsável, ou, ao menos, que tenha anuído com a sua constituição. Nesse sentido, é dominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; 2. Inobstante a possibilidade de se criar associação com fins de constituir condomínio, para que possa exigir, de todos os proprietários, o pagamento de taxas condominiais, isso deve ser feito com a observância da Lei nº 4.591/64. Não basta, portanto, que seja constituída uma sociedade civil, a exemplo da Apelante (fls. 9/10); 3. Atente-se ao fato de que a Apelante absteve-se de comprovar não só a filiação do Recorrido à entidade, bem como que o mesmo usufruiu dos serviços prestados por esta, não havendo que se falar em enriquecimento ilícito; 4. Recurso conhecido a que se nega provimento por maioria de votos. **AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. CONDOMÍNIO ATÍPICO. COBRANÇA DE NÃO-ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO SUMULAR N.º 168/STJ.** 1.

Consoante entendimento sedimentado no âmbito da Eg. Segunda Seção desta Corte Superior, as taxas de manutenção instituídas por associação de moradores não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que fixou o encargo (Precedentes: AgRg no Ag 1179073/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigi, Terceira Turma, DJe de 02/02/2010; AgRg no Ag 953621/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe de 14/12/2009).

**Relator:** Des. Alcides Gusmão da Silva

Não há dúvidas de que o direito de se associar é constitucionalmente assegurado, contudo, os moradores não são obrigados a fazer isso. Quanto ao pagamento, o mais justo seria que todos os condôminos pagassem a taxa, visto que será para rateio das despesas de serviços usufruidos por todos os que possuem imóvel na localidade.

## CONCLUSÕES

O que ocorre com o fechamento ilegal de áreas públicas em Maceió pode e deve ser inserido em um novo contexto da Administração Pública. Neste estudo, buscou-se, nas leis, doutrina, jurisprudência e pesquisa de campo, uma resposta para os conflitos apresentados no início do projeto, o que levou as seguintes conclusões:

- Que se trata de um conflito entre direitos subjetivos previstos constitucionalmente.
- Como o Município de Maceió legislou sobre o uso de áreas públicas no art. 211 ao art. 225 do Código de Urbanismo e Edificações do Município de Maceió de 2007, a sociedade passou a conviver com essa nova modalidade de loteamento.
- O motivo desse conflito é a ineficiência do Poder Público em promover a Segurança Pública e, com isso, os cidadãos buscam formas de autoproteção, no caso em comento, o fechamento de áreas públicas.
- A existência de fechamentos de ruas de forma irregular esbarra no descumprimento de uma obrigação do Poder Público: o dever de fiscalizar e garantir a liberdade de locomoção em territórios públicos e compete ao Município (já que se trata de área urbana) evitar que isso aconteça, ou controlar para que aconteça de forma menos prejudicial à população.
- O Estado, como protetor desses direitos, tem o dever de zelar e garantir o seu devido funcionamento, buscando sempre seu aprimoramento. Entretanto, o Brasil tem diversos problemas para a realização da administração e políticas públicas, muitas

vezes não respeitando esses direitos e sendo incapaz de contribuir para uma melhor solução.

- O que se tem buscado é uma maior participação da iniciativa privada junto ao Poder Público, como uma maneira de complementar e auxiliar as políticas públicas propostas pelos governantes. Afinal, nada mais justo em um governo “do povo, pelo povo e para o povo.”
- Essa delegação vem sendo um instituto de grande eficácia, pois nela o Estado atribui seu serviço a um particular, mediante regras de direito público. A titularidade do serviço público vai ser sempre do Poder Público, sendo apenas a sua execução transferida aos particulares, existindo diversas formas de delegação desses serviços, tais como, a concessão, a permissão e a autorização, que demonstram a eficiência das parcerias público-privadas.
- Sendo assim, norma de grande valia para tal questão, devem ser observadas detalhadamente quando o assunto é o uso do solo urbano, é o Código de Edificações e Urbanismo do Município de Maceió e o Plano Diretor da Cidade de Maceió, que trazem limites e regras a serem seguidas.

Na verdade, é dever do Estado buscar sempre o bem de seus indivíduos, que a cada dia conquistam mais direitos. Para se chegar nesta nova convivência entre o Estado e o indivíduo foi preciso um processo gradativo de participação das pessoas em busca de melhorias de vida, ou seja, o cidadão está mais ciente de seus direitos e busca, de todas as maneiras, protegê-los.

A solução de tal conflito perpassa por uma questão de natureza política, do interesse dos cidadãos que reconhecem seus direitos e sua participação em sociedade. Por sua vez, o Estado procura, cada vez mais, a ajuda da iniciativa privada para a resolução de seus problemas, pondo o indivíduo como o bem a ser protegido. Por tal razão, em que pese a violação à liberdade de locomoção, é lícito permitir o fechamento de ruas e loteamentos, desde que haja previsão legislativa Municipal em consonância com a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional brasileira.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ALAGOAS. **Constituição Estadual**. Disponível em: <<http://www.gestaopublica.al.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei Municipal n° 5.593, DE 08 de fevereiro de 2007**: Código de Urbanismo e Edificações do Município de Maceió. Disponível em: <[http://www.serveal.al.gov.br/legislacao/codigos/Lei%20nb0%205.593\\_2007\\_Edif%20e%20Urb\\_Mcz.doc/view](http://www.serveal.al.gov.br/legislacao/codigos/Lei%20nb0%205.593_2007_Edif%20e%20Urb_Mcz.doc/view)>. Acesso em: 18 maio 2013.

BARCELLOS, Tanya M. de.; MAMMARELLA, Rosett. O Significado dos Condomínios Fechados no Processo de Segregação Espacial nas Metrópoles. **Textos para discussão**, Porto Alegre, n 19, nov. 2007.

BEZERRA, Jamylle. Guaritas geram impasse. **Gazeta de Alagoas**. Maceió, 26 fev. 2012. Folha Cidades, p. D1.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. **Constituição da República, de 05 de outubro de 1988**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.257/1**: Estatuto da Cidade. Disponível em:<[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 5 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 6.766/9**. Parcelamento do solo urbano. Disponível em:<[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 5 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituiu o novo Código Civil**. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 3 de janeiro de 2013.

CÂMARA, Paulo Sette. Defesa Social e Segurança Pública. IN: LEAL, César Barros; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Coordenadores). **A Violência Multifacetada: estudos sobre a violência e a segurança pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARCIA, Maria. **A Cidade e seu estatuto**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Alagoas: Estado mais violento e tem maior impunidade. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/alagoas-estado-mais-violento-tem-maior-impunidade/>>. Acesso em: 05 fev. 2013.

LEAL, César Barros; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Coordenadores). **A Violência multifacetada: Estudos sobre a Violência e a Segurança Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MARINI, Celso. Loteamentos fechados. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/582>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Municipal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2007.

ROSSIT, Liliana. Das Cidades Fortificadas aos Loteamentos Fechados. In: GARCIA, Maria. **A Cidade e seu estatuto**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

RECH, Adir Ubaldo. **A exclusão social e o caos nas cidades**. São Paulo: Educs, 2007.

SÉGUIN, Elida. **Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZUGNO, Renato. **Espaços públicos compartilhados entre a administração pública e a sociedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

## A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DOCENTE NAS FACULDADES DE CIÊNCIAS JURÍDICAS NO BRASIL

*Hilda Maria Couto Monte*

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL, Advogada na área de Direito de Família, Professora e membro do Colegiado do Curso de Direito do Centro Universitário Cesmac; Docente titular da cadeira de Direito Civil IV - Direito das Famílias, tendo lecionado nas áreas de Direito Constitucional, Biodireito e Bioética, Sociologia, Teoria Geral do Estado Democrático e História do Direito.

**RESUMO:** *Este artigo tem por finalidade discutir a docência jurídica no ensino superior, destacando os aspectos relacionados à identidade profissional, mas não apenas isto, mas estabelecendo elementos de especificação que ajudarão na construção da identidade docente. Também abordará os problemas para atingir tal objetivo no Brasil, discutindo questões históricas, políticas, culturais, bem como, situações, tais como, a falta de profissionalização, capacitação e infra estrutura, ignorância das metas do ensino e conscientização do professor quanto ao processo de construção do saber, além de situações peculiares ao país e que incrementam o problema da identidade docente, tais como a precária remuneração, a visão da docência como atividade secundária e a ausência de consciência mediadora do processo ensino aprendizagem.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Docência Jurídica Superior. Identidade Profissional. Consciência Mediadora.*

**ABSTRACT:** *This article has for finally discuss about the juridical teaching in higher education, prominencing the aspects related about professional identity, but not only this, but establishing specification elements' that will help in the construction of the teaching identity. Also will board the problems for hit it objective in Brasil, discussing historical questions, politics, cultures', as well as, situations, such as, the failure profissionalization, capacitance and understructure, unknowing of the education goals' and teacher awareness about the construction of the process of the knowledge, besides special situations' on country and that crank up the identity teacher problem', such as the substandard remuneration', the vision of the teaching as minor activity' and the absence of mediator awareness of the education - apprenticeship process.*

**KEYWORDS:** *Juridical Teaching Higher. Professional Identity. Mediator Awareness.*

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem como objetivo expor a questão da construção da identidade docente nas faculdades jurídicas do Brasil, ressaltando o fato de que, em sua maioria, os

docentes das faculdades de direito direcionam suas atividades no setor como algo complementar ou secundário, haja vista atuarem em suas carreiras jurídicas como atividade primária de suas vidas. Tal modo de se conduzir, tem em sua gênese, aspectos que transpõem a esfera meramente acadêmica e alcançam bases administrativas, políticas, culturais e também institucionais. Acrescente-se a estas causas a questão da precária formação dos discentes em suas formações de base, dando ao docente uma matéria prima para seu trabalho deficiente em vários sentidos, inclusive, no conhecimento da própria língua portuguesa, o que dificulta a formação de profissionais aptos a exercer de forma a contento e com qualidade, a docência bem como, as diversas carreiras jurídicas que atenderão os anseios do Poder Judiciário e demais funções essenciais à justiça, e por fim, da sociedade brasileira.

Outrossim, apesar dos percalços da docência no ensino jurídico no Brasil, que vão desde o amadorismo até a ausência de infraestrutura de muitos cursos, o papel do docente é extremamente transformador e de ampla relevância social, muitas vezes ignorado pelo mesmo, que não consegue vislumbrar o alcance de sua função para o mundo jurídico, de mediação, direcionando os discentes no caminho do conhecimento jurídico, acima de tudo, de forma crítica e reveladora, abrindo suas mentes para o despertar de novas conjunturas jurídicas e sociais, auxiliando-os na consecução de suas futuras carreiras, reflexão e atuação contextualizada nos Direitos Humanos, e criação do direito pátrio.

## **1 BREVE HISTÓRICO DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO**

O ensino superior no Brasil é fonte de inúmeras análises pelos estudiosos da área acadêmica. Neste contexto, os cursos de direito, pontualmente, tem alavancado um interesse peculiar, dadas às circunstâncias especiais que os envolvem, a começar pelo fato de serem um dos mais antigos do Brasil, por estarem entre os primeiros cursos universitários. Todavia, inicialmente, sua criação teve como objetivo primordial, preencher os espaços institucionais das carreiras jurídicas, demonstrando uma necessidade de suprir a carência de profissionais nas funções da justiça e refletir os interesses do governo. Assim, deve-se entender o contexto histórico em que foram criados; destarte, não se tinha como finalidade formar profissionais críticos nem mesmo preocupados aos anseios sociais.

Refletindo as escolas positivistas do Século XVIII e XIX, a função docente se restringia no ministrar das aulas e na transmissão de forma seca dos códigos, subsunção de leis, sem qualquer espaço para discussões principiológicas, axiomas, reflexões sobre a norma,

sociológicas, históricas ou filosóficas ou qualquer coisa que afasta o Direito do que se chama-se “segurança Jurídica”.

A chamada Reforma educacional, na França, que influenciou o Direito no mundo inteiro bem como as academias, inclusive no Brasil, chegou à sua visão mais extrema com a “Escola de Exegese” (*école de l'exégèse*), fruto de um reforço extremista onde se sobressaía a literalidade da lei, tendo como um de seus expoentes Savigny (2001), e suas posições categóricas na aplicação da interpretação declarativa do direito. Essa nova perspectiva foi enfatizada na famosa frase do professor Bugnet: “eu não conheço o direito civil; ensino apenas o Código de Napoleão”. Alexandre Araújo Costa (2008, p. 240) destaca que:

A Escola da Exegese não tinha a potencialidade de gerar um discurso científico, pois ela se guiava fundamentalmente pelo princípio do *comentário*, que visa apenas a dar voz a textos mudos. [...] Não havia, portanto, lugar para um pensamento indutivo, pois a hermenêutica imperativista reduzia o discurso jurídico a uma dedução, que buscava extrair consequências específicas das normas gerais fixadas pela lei.

O estudo do direito torna o estudo das leis e, consequentemente, as escolas do direito restaram sob o controle do Poder Público. No Brasil não era diferente. Foulcoult (1996, p. 44) em discurso célebre em aula inaugural do *Collège de France* destacou que: “todo Sistema de educação é uma maneira política de manter ou de modificar a apropriação dos discursos, com os saberes e os poderes que eles trazem e os poderes que eles trazem consigo”<sup>91</sup>.

Neste contexto, o sistema educacional é reflexo do Poder de uma época e suas finalidades; ao se abolirem disciplinas tais como: filosofia, sociologia, história do direito, teoria geral do direito e conceitos de direitos naturais dentre outros, o docente restringia-se a ser um mero transmissor, da lei pura sem amplitude reflexiva. Tal situação gerou, indubitavelmente, limitações metodológicas insanáveis na época.

Para o docente, seu papel era meramente de transmitir o conhecimento dos códigos, uma vez que isto não apenas significaria transmitir o aspecto jurídico do Estado/Governo, mas, acima de tudo, implicava em contribuir para “União Nacional”, vez que a legislação codificada era garantia da unidade política de uma nação. (RODRIGUES Apud DELGADO, 2011, p. 48).

Desse modo, o docente apenas deveria se preocupar em transmitir de forma mecânica, o que estava inserto nos Códigos e leis a estes agregadas, e, neste contexto, a finalidade docente era bastante clara para tal profissional: formar discentes capazes de serem meros técnicos aplicadores da lei de forma acrítica, ou seja, meros reprodutores legais, sem índices

---

<sup>91</sup> Trata-se da aula inaugural no *Collège de France*, pronunciada em 2 de dezembro de 1970.

de perturbação da legislação instalada pelos Poderes constituídos, nada mais. Joaquim Falcão (1984, p. 141) traduz tal pensamento ao asseverar que: “todo bacharel é potencialmente professor de Direito. Para ser professor de Direito não se exige formação jurídica ou didática especiais”.

*Contrario sensu*, atualmente, vê-se que as questões metodológicas se mostram imprescindíveis na atividade docente, onde este se coloca como mediador entre os discentes e os conhecimentos jurídicos, capazes de formar profissionais que resolvam as lides no contexto da dignidade humana e valores correlatos.

Indubitavelmente, a função da docência jurídica evolui conforme evolui o Estado, a Sociedade e o Direito. Evidente que a postura do docente do passado, uma total negação à historicidade do Direito, com o passar do tempo, não mais conduziria de forma salutar para o desenvolvimento das carreiras jurídicas na busca de soluções aos problemas sociais, vista apenas e tão somente pelo prisma de uma mera reprodução de textos legislativos sem quaisquer vínculos com a sociedade e seus anseios mais significativos. Alguns docentes se embuíram então num processo de mudança destes paradigmas mediante a prática docente, alterando o modo como o direito era explanado para os discentes e dando-lhes um sentido crítico, axiológico, com teorias hermenêuticas relevantes tais como as de Häberle (1997), Robert Alexy (2001), que primavam por um Direito mais axiológico, pautado em valores e princípios a serem observados e com o contexto normativo e sensível aos problemas da sociedade, aliás, tais mudanças sociais foram destacadas por Émile Durkheim (2001), salientando a negligência até então presente, de um método que se aplicassem aos fatos sociais, o que atinge diretamente ao estudo do Direito por certo, vez que o Direito nasce do homem e da sociedade.

Evidente que as novas conjunturas de entendimento do Direito – fundado em valores antes menosprezados –, Político e Social, ao se modificarem, exigiram uma alteração no modo como as faculdades de ciências jurídicas veriam o direito, mas não só isso, como os docentes o transmitiriam sob o despontar de uma nova paisagem pós II Guerra Mundial. Como seria o Docente neste novo contexto? Uma vez que deveriam ajudar na formação de profissionais, não mais meros técnicos e aplicadores insensíveis da lei seca, mais que isso, teriam de fornecer ao estudante de direito meios de abertura de suas mentes mediante reflexões, análises críticas dos fatores sociais bem como dos problemas da pós modernidade.

Neste novo caminhar, não mais caberia a função docente como mero expositor simples de textos legais, seria altamente necessária uma metodologia do ensino superior, que pudesse os docentes se valer a fim de abrir os horizontes da ciência jurídica aos discentes

egressos do ensino médio, eis o desafio. A questão da qualificação destes profissionais emerge como ponto crucial, uma vez que poucos seriam qualificados para tal tarefa e mesmos os que fossem detentores de qualificação e metodologia louváveis, muitos problemas emergiriam, tais como, a secundariedade da docência na vida destes profissionais, a ausência de infraestrutura face o ocaso Estatal e problemas inerente às falhas da educação de base dos discentes, muitas vezes fruto do descaso pela falta de Políticas Públicas Educacionais, de incentivo e de controle, além da baixa remuneração e desprestígio dos docentes no Brasil. A dificuldade de se construir uma identidade para a categoria docente no meio jurídico tornou-se ponto crucial neste contexto.

Historicamente no Brasil, com exceção dos cursos de licenciatura e pedagogia, onde há uma preocupação mais acurada sobre a formação didática e pedagógica, observava-se uma negligência visceral na formação dos docentes nas Universidades. Desde 1808 com a vinda da Família Real à colônia mais abastecida, as primeiras faculdades laicas de ensino jurídico tinham como preocupação, como dito, apenas transmitir normas sem preocupar-se com a capacitação e formação docente para melhorias dos estudos jurídicos. Tão somente nas décadas de 70 começaram as primeiras preocupações acerca da formação e capacitação dos docentes nas universidades, um desafio que se perfaz até a contemporaneidade.

Em referência aos cursos superiores criados no Brasil pela Coroa Portuguesa, pelo Rei de Portugal Dom João, Mendonça (Internet) destaca:

Resultaram quase sempre de uma necessidade premente de técnicos, e que a formação de juristas não era urgente, já que havia bacharéis em número suficiente, formados em Coimbra, prolongando-se nesta área, durante o Império, a influência dessa universidade.

No Brasil atual, há a necessidade precípua no âmbito do ensino superior, de que, nos mecanismos de ensino-aprendizagem, o docente compreenda seu papel na nova dinâmica social e que perceba que precisa construir sua identidade como tal, não mais como elemento secundário, como “nota de rodapé” paralela e sem a importância e dedicação perquiridas em sua existência, mas como o cerne de toda uma estrutura educacional complexa de formação, transformação e contextualização social dos discentes e que os levarão ao caminhar crítico e construtivo em suas carreiras jurídicas. O professor de Direito é e sempre será, protagonista da alteração da visão dogmatista exagerada dos cursos jurídicos no Brasil, devendo apenas tomar consciência que sua função na preparação dos discentes para aplicação do Direito, é deveras importante na perseguição de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária. É sobre o traçar desta identidade que se desenvolverá o presente estudo.

## **2 A DOCÊNCIA LAICA E NÃO VOCACIONADA DAS FACULDADES DE DIREITO NO BRASIL EM CONTRAPONTO ÀS FINALIDADES DAS UNIVERSIDADES E DA FUNÇÃO DOCENTE**

Na perspectiva do binômio ensino-aprendizagem, a docência não se restringe às escolas, mas também à inserção nas práticas sociais, o que implica em dizer que todos os envolvidos estão em constante aprendizagem, num processo que se inicia quando se abrem os olhos ao nascer e não para mais. Há, portanto, determinadas características que um professor deve ter, imprescindíveis para o desenrolar da função docente e que traria à baila sua identidade como tal: deve ser reflexivo, didático, deve dominar o conteúdo mas estar aberto a novas conjunturas, deve ter senso crítico e competente no ramo de sua atuação disciplinar e deve se reconhecer como professor que é convencido de seus objetivos como tal. Ademais, a formação e capacitação na docência são fatores indelegáveis, além de seu inclinamento à investigação (ANASTASIOU; CAVALLET; PIMENTA, 2002, p. 222). Para os autores:

O aperfeiçoamento da docência universitária exige, pois, uma integração de saberes complementares. Diante dos novos desafios para a docência, o domínio científico de uma área restrita do conhecimento científico não é suficiente. O professor deve desenvolver também um saber pedagógico e um saber político. Este possibilita ao docente, pela ação educativa, a construção de consciência, numa sociedade globalizada, complexa e contraditória. Conscientes, docentes e discentes fazem-se sujeitos da educação. (p. 212).

Aqui surgem alguns problemas na docência no Brasil e que não se limitam apenas ao ensino jurídico. Sob o pano de fundo formal, lecionar no ensino superior traz como requisitos que o pretenso candidato a docente tenha ao menos um curso de graduação com um mestrado e em determinados casos doutorado, a depender dos anseios da Instituição que quer contratá-lo como docente. Não é perquirido, neste contexto, nenhuma preparação didática ou conhecimento profundo de teorias de aprendizagem e ensino, instrumentos e técnicas. A exigência sempre recai em dominar o conteúdo da matéria que será objeto do ensino. (MOREIRA, 2010, p. 7).

Corroborando com tal entendimento, Selma Garrido Pimenta e Léa das Graças C. Anastasiou aduzem (2002, p. 37):

Na maioria das instituições de ensino superior, incluindo as universidades, embora seus professores possuam experiência significativa e mesmo anos de estudos em suas áreas específicas, predomina o despreparo e até um desconhecimento científico do que seja o processo de ensino e de aprendizagem, pelo qual passam a ser responsáveis a partir do instante em que ingressam na sala de aula.

Para alguns, o corpo docente no ensino jurídico no Brasil em determinados casos, tem se mostrado como “amadorismo criativo”, sem se preocupar com o profissionalismo no que se refere à arte de ensinar. José Ysnaldo Alves Paulo (2012, p. 62) discorre acerca da questão ressaltando que “noções básicas de pedagogia e didática não são observadas por aqueles que se propõem a transmitir seus conhecimentos técnicos jurídicos em sala de aula. Um simples apagar o quadro ao término de suas aulas tem pouca observância.”

Assim, o professor deve discutir as características do profissional que pretende formar, mas para tanto, necessita ter em mente, no mínimo, os princípios que o conduzirão ao êxito nesta tarefa, nas diversas atividades, mas não só isso, também a organização das disciplinas que serão mediadoras no aprendizado, técnicas e processos avaliativos, não apenas dos discentes, mas o próprio docente poderá se auto avaliar na construção do aprendizado e em sua atividade mediadora.

Neste contexto, caberia ressaltar que, infelizmente, uma grande parte dos docentes jurídicos no Brasil, aprendem seu ofício através de cursos que, longe de serem estimuladores da disciplina intelectual, apresentam-se como reprodução de conhecimentos constantes em livros específicos da área de ensino e muitas vezes defasados, além de que, o que vem a enfatizar mais ainda tal deficiência, é a ausência de didática e metodologia do trabalho científico. (RIBEIRO, 2011, p. 38)

O artigo 66 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394 de 20 de dezembro de 1996) exige que:

Art.66. A preparação para o exercício do magistério superior far-se-á em nível de pós-graduação, *prioritariamente* em programas de mestrado e doutorado. Parágrafo único. O *notório saber* reconhecido por *universidade com curso de doutorado* em área afim, *poderá suprir a exigência do título acadêmico*. (Grifos nossos).

A própria lei de Diretrizes abre algumas brechas a fim de que seja inclusive dispensada a exigência da titulação em seu parágrafo único. Mas o cerne do artigo é seu *caput*, que estabelece que “prioritariamente” a preparação para docência superior exigirá as titulações de mestrado e doutorado, já prevendo a necessidade de qualificação destes profissionais e capacitação para o ensino superior, mas que isso, deixa clara a intenção de solucionar estes problemas para futuros docentes, mas, mais que isso, abre caminho para a identificação do docente como tal, como profissional cuja função se distingue das demais e com objetivos e características próprios.

A questão que exsurge da situação da docência jurídica no Brasil, mais visível inclusive nas faculdades privadas que são maioria em números em cada Estado da Federação,

é que grande parte dos docentes não tem qualquer noção de sua missão educadora, pelo que quedam por se tornarem repetitivos em suas informações, mesmo “dinossauros” sem qualquer menção de revivificar o ensino com novas informações e condizentes com novas visões sociais.

Um dos fatores que contribuem para o descalabro da situação da docência do ensino superior no Brasil, é, sem dúvida, a demanda por profissionais da área, haja vista o “boom”<sup>92</sup> de faculdades privadas, muitas vezes trabalhando sem o mínimo de requisitos perquiridos pelo MEC – Ministério da Educação –, com meras autorizações de funcionamento e que necessitam de forma célere de profissionais da docência jurídica a preencher seus quadros. Tal realidade torna-se complexa quando se reporta à área do Direito pela ausência de docentes capacitados e com formação para tal, direcionados à função docente e que se identificam com tal função, posto que a maioria dos discentes visam seguir carreiras jurídicas mais aprazíveis financeiramente. João Maurício Adeodato (2004, p. 126), acerca deste panorama dispõe que:

Como a demanda por professores é muito grande e de caráter recente na história do país, não houve tempo para preparar esses profissionais. O resultado é um amadorismo atroz, em geral fruto de um recrutamento de profissionais do direito para os quais o ensino é diletante e a pesquisa que o alimentaria é inteiramente desconhecida.

À guisa de esclarecimento, conforme dados do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, o Brasil tem mais faculdades de Direito do que todos os países do mundo juntos. São aproximadamente mais de 1.240 cursos de Direito para formação de bacharéis a fim de encaminharem-se nas carreiras jurídicas no território nacional, de modo que, para o resto do planeta, a soma de cursos chega às exatas 1.100 Universidades, incluindo nestes números mundiais a China, Estados Unidos, Europa e a África, conforme o Conselheiro Jefferson Kravchychyn. Destacando-se que, sem o Exame da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), obrigatório, o número de advogados ultrapassaria aos do mundo inteiro, haja vista, conforme o referido Conselheiro, o fato de que “temos um estoque de mais de 3 milhões de bacharéis que não estão inscritos na Ordem.” (DIANA, 2010).

Sendo assim, tais dados mais que comprovam a situação da demanda docente no Brasil, inerente aos cursos jurídicos, pelo que as faculdades de Direito deixam a desejar e não só elas, a qualidade do docente também. Muitas vezes pessoas que não se identificam como docentes ou mal sabem se conduzir na estruturação do saber e como transmiti-lo. Alguns cursos carecem de disciplinas essenciais para a pós modernidade, tais como Conciliação, Mediação e Arbitragem, num país carregado de “espírito litigioso”, ressalta o supramencionado Conselheiro.

---

<sup>92</sup> No sentido de “explosão”.

Assim, constata-se que o trabalho educacional busca não só uma interação da equipe de docentes, harmonizando os conteúdos e dando continuidade ao plano pedagógico, mas, acima de tudo, há a necessidade que o docente tenha capacitação e preparo especificado para exercer o magistério, o que o torna consciente de sua importância no processo de aprendizagem. Para tanto, o docente deve ter o mínimo de conhecimentos pedagógicos e metodologia, a fim de se valer na ministração de suas aulas. O amadorismo e a ausência destes pré-requisitos tornam o aprendizado um caminho espinhoso, descompactado com as realidades exigidas pelo estudo do Direito e pela sociedade em mutação e, porque não dizer, em muitos casos, não há aprendizado, mas um mero circo onde de um lado docentes fingem ensinar e do outro discentes fingem aprender o que não entendem. Abrir as mentes de seus alunos ao conhecimento reflexivo, interesse investigativo e aprendizado é o maior desafio de um Professor.

Assim alude Maria do Céu Roldão (2005, p. 13):

A função de *ensinar*, nas sociedades atuais, e retomando uma outra linha de interpretação do conceito, é antes caracterizada, na nossa perspectiva, pela figura da *dupla transitividade* e pelo lugar de *mediação*. *Ensinar* configura-se assim, nesta leitura, essencialmente como a especialidade de **fazer aprender alguma coisa** (a que chamamos *currículo*, seja de que natureza for aquilo que se quer ver aprendido) a *alguém* (o ato de ensinar só se atualiza nesta segunda transitividade corporizada no destinatário da ação, sob pena de ser inexistente ou gratuita a alegada ação de ensinar). (Grifos nossos)

Por outro lado, as Universidades desempenham no panorama atual, finalidade voltada à construção da cidadania, tendo como meta principal a evolução e desenvolvimento da democracia na sociedade. Neste prisma, a noção de Universidade traz em seu bojo a ideia de instituição fomentadora do ensino e pesquisa com fins claros e específicos de construção de uma sociedade democrática, justa e sustentável, além de direcionada ao desenvolvimento científico e tecnológico.

Selma Garrido Pimenta e Léa das Graças C. Anastasiou (2002, p. 211) explicam que:

Entendendo a universidade como um serviço de educação que se efetiva pela docência e pela investigação, suas funções podem ser sintetizadas nas seguintes: criação, desenvolvimento, transmissão e crítica da ciência, da técnica e da cultura; preparação para o exercício das atividades profissionais que exijam a aplicação de conhecimentos e métodos científicos e para a criação artística; apoio científico e técnico ao desenvolvimento cultural, social e econômico das sociedades.

Com isso, pode-se afirmar que o ensino superior vai além de habilidades técnicas profissionais, abarcando também a capacidade de desenvolvimento do pensamento crítico, dentro do contexto social cuja capacidade de criação e transformação social seja visível.

Evidente que apenas com docentes que não só dominem técnicas metodológicas mas, acima de tudo, identificados com esses objetivos e engajados neste espírito do saber, ávidos não apenas em transmitir conhecimentos pré existentes, mas em serem responsáveis pelo desabrochamento da investigação, do amor à ciência e descoberta de novos paradigmas nas mentes dos discentes, estes fins serão alcançados.

No que concerne à questão da vocação para ser docente, embora seja relevante e complete o perfil do docente ideal, teve seus dias de ouro no início da docência superior no Brasil. Ocorre que, como tem-se explanado, a simples vocação não é suficiente na pós-modernidade, face às transformações diárias da sociedade. Arilene Maria Soares Medeiros (Internet), acerca da temática expõe que:

Hoje, a perspectiva de ser professor extrapola esse tipo de concepção para se fundamentar em perspectivas de ordem mais política, social e epistemológica. Portanto, de vocacionado ao processo de profissionalização do professor está o percurso de construção histórica e social da docência. Desta feita, as exigências de outrora para ser professor não eram as mesmas da contemporaneidade e não teriam como sê-las, pois, diante dos avanços técnicos e científicos, não há espaço para a estagnação do conhecimento. Avança-se o conhecimento e com ele rompe-se a perspectiva da docência como pura vocação, como dom inato, exigindo de nós um mergulho mais profundo na dimensão teórica e prática da docência como uma profissão.

Todavia, também não se pode chegar ao extremo de se negar tal característica ao docente. É comum no Brasil encontrarem-se um grande número de docentes capacitados, com diplomas de mestrado e doutorado, com conhecimento prévio de técnicas e metodologia do ensino, enfim, todos os requisitos que se requer a fim de se ter o docente ideal, mas, por outro prisma, não vocacionados com o magistério superior e, muitas vezes, exercendo-o como atividade secundária à sua profissão de sustento real, colocando a docência apenas como um apêndice ou um “bico”<sup>93</sup>, a acrescentar em seu orçamento familiar.

Neste contexto, problemas surgem: a uma, a falta de visão da atividade docente como um todo e de identificação do profissional como docente em si que assume um papel relevante na construção do conhecimento. A duas, os discentes são capazes de assimilar isso, perceber e pior, isto pode gerar alguns conflitos entre alunos e professores, embates e insatisfações, inapropriados à perseguição do aprendizado, muitas vezes não ocasionados por falta de preparo do docente, mas pela simples falta de vocação para o ensino, que exige dedicação, paixão e muita paciência com os que querem ingressar no caminho do saber. O processo de

---

<sup>93</sup> Expressão comumente usada para designar atividade na qual não se dá muita importância ou que não constitui algo permanente na vida diária de um profissional ou trabalhador, ou seja, atividade que tem como finalidade apenas de complementariedade do orçamento doméstico.

“mediação” na função docente é extremamente importante dentro deste contexto também, pelo que a vocação ajuda, mas não é o norte dela.

Maria do Céu Roldão (Internet) destaca não se tratar tanto de “vocação” ou “dom” para o exercício da atividade docente, vai além deste aspecto, asseverando que:

Saber produzir essa mediação não é um dom, embora alguns o tenham; não é uma técnica, embora requeira uma excelente operacionalização técnico-estratégica; não é uma vocação, embora alguns a possam sentir. É ser um *profissional de ensino*, legitimado por um conhecimento específico exigente e complexo, de que procuramos clarificar algumas dimensões.

Também não se pode desprezar o fato de que o educador, que não se resume em seu papel em mero professor e orientador de classe, deve trazer como características a segurança intelectual e o equilíbrio emocional, sendo espiritualmente coligado a fim de ser visto como uma referência para o aprendiz. A autora não despreza a vocação e o dom, assumindo inclusive que alguns podem sentir, mas deixa claro que a função mediadora não se firma neste aspecto. José Ysnaldo Alves Paulo (2012, p. 149) destaca que:

A natureza humana para sua estabilização emocional necessita da busca de auto – conhecimento, cujas respostas não encontra em si mesma, por isso deve, numa visão holística, coligar-se com energias extra-cognitivas ou intuitivas na procura do seu verdadeiro EU interior e do TODO, espiritualizando-se. (Grifo do Autor).

Desse modo, a vocação e a paixão pela docência terminam por contribuir e influir no bom desempenho dessa função, dando um colorido peculiar, mas sem negar os requisitos relevantes abordados neste artigo, ainda mais em um país onde o magistério é pouco exaltado ou mesmo cuidado. Alessandra Leles Rocha (Internet) alude que:

Teorias baseadas em modelos distantes de atender aos anseios de um país altamente plural, que negligencia a logística necessária ao sucesso do sistema educacional, não podem dizer por si só que legitimam o exercício do professor. Por que tão poucos persistem e o contingente parece se extinguir ano após ano? O mercado seleciona e reafirma o que os diplomas de licenciatura não conseguem sozinhos. Ficam aqueles que conseguem enxergar além dos olhos, movidos por uma aptidão nata e incontrolável. Não são abnegados, ou resignados! Clamam, lutam, sonham, almejam por dias melhores para realizar ainda mais; entendem que não se encontrariam, enquanto seres humanos, se não fosse nessa profissão. De uma forma ou de outra, os que desertam ou abdicam do ofício de ensinar aprendem a lição de olhar para dentro de si e ir à busca da sua verdadeira vocação. Talvez não se deparem com ela logo no princípio; mas, se forem movidos pelo desejo sincero de encontrá-la, um dia ela despontará. Segundo Platão, “a coisa mais indispensável a um homem é reconhecer o uso que deve fazer do seu próprio conhecimento”

Certamente a importância da vocação vem como elemento que impulsiona o caminhar no magistério sob o pano de fundo emocional e espiritual, e muito mais no Brasil, onde para ser professor e dar continuidade à paixão pelo ensino e aprendizagem, os docentes precisam transpor barreiras de precariedade, remuneração e reconhecimento, muitas vezes impostas pelo descaso do Poder Público à educação. Mas não se pode esquecer que o docente, *vocationado ou não*, deve cumprir dentro das perspectivas políticas e sociais, as metas da educação superior, deve estar ciente de sua capacidade mediadora, ponto cerne de sua função e que a norteia por certo.

No Brasil, a Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996 deixa claro em seu texto, mais precisamente em seu artigo 43, as metas da atividade docente:

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

Mesmo com tais diretrizes e metas, a realidade que desponta em muitas universidades torna algumas destas metas quase que inalcançáveis. O crescimento vertiginoso das universidades sem que juntamente ocorram medidas que tragam garantias à qualidade do ensino faz decair o nível acadêmico e a tão almejada democratização do ensino superior, mesmo com políticas que visem garantir tais fins. A influência sobre o docente é cristalina, uma vez que este passa a procurar instituições que ofertam à sociedade um número de vagas escabroso, quedando por deixar de lado a qualidade do ensino superior sem qualquer

preocupação com a formação docente, sua dedicação, desenvolvimento como profissional e capacitação.

Todavia, convém destacar que desde sua implantação até os dias atuais, o cenário dos cursos jurídicos no Brasil e da docência ainda precisa melhorar muito. Ainda se verificam as anomias de uma repetição da tradição normativista-formalista da dogmática jurídica que, diga-se, não se propõe aqui afastá-la, ao contrário, mas deve ser completada com metodologias no aspecto da docência que se adéquem às novas conjunturas sociais. O despreparo dos profissionais “amadores” que enveredam pelo magistério superior das carreiras jurídicas, constitui um obstáculo ao avanço das diretrizes e metas da educação superior, dando mais ênfase aos aspectos lógicos formais positivistas do que ampliando horizontes do ensino-aprendizagem e formação dos discentes, estes, face à dolorosa realidade, desembocarão das universidades para a sociedade já defasados e letárgicos ao despertar reflexivo da Ciência Jurídica.

### **3 O PROBLEMA DA NÃO EXCLUSIVIDADE DA ATIVIDADE DOCENTE NO BRASIL**

O problema da não exclusividade da atividade docente no Brasil, torna o país uma peculiaridade em meio aos demais países do mundo; isso se deve em parte, ao desprestígio dado ao magistério, seja de ensino de base, seja superior, pelo Poder Público e mesmo pela cultura da sociedade brasileira. Não se pode olvidar, que problemas políticos e culturais interfiram nesta mentalidade retrógrada e que leva o país ao completo retrocesso social.

De um lado, político, porque ao longo dos anos, a história brasileira demonstra que os governos uma após outro, não protegeram a contento a categoria, com incentivos, capacitações e infraestruturas adequadas ao ensino e desenvolvimento do aprendizado, e, sobretudo, com uma remuneração digna de países desenvolvidos, onde os docentes se voltam ao ensino e à pesquisa e dedicam-se de forma primordial aos fins colimados pelo saber. Resultado: o Brasil é um dos países com os maiores índices de analfabetismo do mundo, 8º lugar no *ranking* mundial, ganhando apenas para países pontuais do continente africano. (NOTÍCIAS DO INEP, Internet).

A questão política é tão complexa, que tem foz num ciclo vicioso, e vergonhoso, ante a simbiose dos governantes em não investir na alfabetização da população face ao poder que adquirem de manipulação de votos em eleições. Destarte, como a educação desenvolve o senso crítico, reflexivo e de consciência de uma nação, esse contingente de pessoas são

facilmente manipuladas por políticos em épocas de eleição; o analfabetismo é o atestado de uma nação doente e sem desenvolvimento; problemas endêmicos como a fome, miséria e desemprego facilmente seriam solucionados com uma educação de base e superior que abrissem novos caminhos aos mais necessitados à profissionalização e desenvolvimento financeiro para manter uma vida digna. Mas o Brasil é um país onde milhões vivem abaixo da linha da pobreza, um país de miseráveis, sendo tal situação pública e notória.

De fato, é mais fácil manipular um grande contingente de analfabetos apáticos às noções de cidadania e sua importância no processo eletivo de seus líderes, onde só lhes restam sobreviver e onde a *barriga* fala mais alto que o conhecimento do meio e sociedade que os cercam. Assim, o ensino não é valorizado, e por conseguinte, o docente não é valorizado, pelo que, para sua sobrevivência básica, necessita buscar outras atividades para suprir o *déficit* de seu orçamento doméstico.

O problema do ensino no Brasil tem suas raízes já no Brasil Colônia. Segundo José Ricardo Pires de Almeida (2000, p. 37), “havia um grande número de negociantes ricos que não sabiam ler. Prova disso é que no Império admitia-se o voto do analfabeto desde que, é claro, este possuísse bens e títulos”.

Destaca ainda o autor outro dado significativo que esclarece a gênese desse fenômeno, e que ainda se verifica hoje na realidade brasileira, a exemplo dos baixos salários dos professores que obstava a contratação de docentes qualificados e que conduzia ao: “afastamento natural das pessoas inteligentes de uma função mal remunerada e que não encontra na opinião pública a consideração a que tem direito”. (ALMEIDA, 2000, p. 65). Como então se construir uma identidade docente neste contexto histórico? Certamente, quase inimaginável.

A questão cultural decorre da política. Infelizmente, no Brasil, criou-se uma “cultura às avessas” com relação à visão que a população tem do docente; é como se o magistério não fosse uma “profissão” ou como se existisse uma hierarquia entre as diversas profissões e, no caso do magistério, este ficaria entendido, como dito, “profissão apêndice” ou “profissão bico”. Tal fato é observável numa simples pergunta cuja resposta demonstrará como um docente é identificada ou visto pela sociedade brasileira, e tal pergunta é: qual sua profissão? Destarte, no Brasil, se o docente responde ser “professor”, tal assertiva sempre se segue a outra pergunta de mesmo teor, em repetição, como se a resposta tivesse sido inócuia ou sem força alguma que determinasse a identidade da pessoa como docente e profissional da docência.

Assim, culturalmente no país, a função docente não é vista pela sociedade como “profissão” no sentido sólido da palavra. Há, portanto, uma necessidade de construção da identidade docente no país e mudança de mentalidade; mas como? Tal só poderá ocorrer com investimentos na educação em todos os setores da sociedade e do Poder Público e, como explanou - se, desemboca-se no mesmo círculo vicioso e degenerador da função docente que acomete o Brasil. Agregue-se a esse fato a conscientização do povo e dos próprios docentes, da importância de sua função no desenvolvimento o país.

Na simbiose política e cultural em movimentos cíclicos de dependência negativa, o ensino no Brasil decaiu em qualidade, mas não só isto, a qualidade dos docentes e discentes também, o que influenciou indubitavelmente, no índice de desenvolvimento do país. Em 2000, segundo dados da UNESCO, o Brasil ocupava o 73º lugar no ranking de IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), bem atrás da Argentina (34º lugar), México (54º Lugar), da Colômbia (68º lugar), e mesmo Trinidad e Tobago (50º lugar). (NOTÍCIAS DO INEP, Internet).

Neste sentido, face ao problema da má remuneração que emerge como fator corroborador da cumulação de atividades pelos docentes e ocasionando baixas na qualidade do ensino, vê-se que, muitas vezes, o professor universitário ensina em várias faculdades ou exerce outra profissão a fim de angariar financeiramente o indispensável à manutenção própria e de sua família. É um “sacrificado”, na linguagem popular do povo brasileiro.

Neste sentido, Melo Filho e Marques Júnior (2009, p. 78) aduzem:

Não podemos olvidar que, no ensino jurídico em especial, a questão remuneratória torna-se uma problemática à parte, na medida em que, no Direito, diferentemente do que ocorre na grande maioria dos cursos de ensino superior, o professor desenvolve uma atividade paralela, que é a sua verdadeira fonte de renda, servindo o ensino apenas como forma de complementação salarial e, por vezes, de realização pessoal. [...] Certo é que no Brasil apresenta-se difícil (ou melhor impossível) manter-se financeiramente apenas por conta do magistério. Em um país que não valoriza a educação de base, no ensino superior a realidade não é tão dissonante.

A visão profissionalizante do docente é altamente necessária no contexto aqui abordado, não podendo os docentes serem vistos como sub – profissão ou de atividade complementação à sua verdadeira fonte de renda. Mas até o galgar da profissionalização do professor, é necessário observar dois processos sociais que se complementam, segundo Maria do Céu Roldão (Internet):

- a) um, extrínseco, de natureza político-organizativa: a institucionalização da escola como organização pública, e do *currículo* que a legitima no plano social, a partir da necessidade de: (a) alfabetizar a população, incluindo a

trabalhadora, no pós-Revolução Industrial; e (b) viabilizar um maior grau de politização das populações, necessário mesmo para os níveis mínimos de participação na vida pública nas sociedades pós antigo regime; é assim a afirmação social da instituição escola que vai funcionar como alavanca principal, ainda que não única, do processo gradual de afirmação dos docentes como grupo profissional socialmente identificável; b) outro, de natureza intrínseca, associado à necessidade de legitimar esse grupo social dos docentes pela posse de determinado *saber distintivo: a afirmação de um conhecimento profissional específico*, corporizado, e, por sua vez, estimulado pelo reconhecimento da necessidade de uma formação própria para o desempenho da função, reconhecimento que constituiu um dos grandes passos, no início do século XX em particular, para o reconhecimento social dos docentes enquanto grupo profissional. (Grifos nossos)

Ademais, o professor, identificando-se como tal, deve ter tempo e disponibilidade para sempre se dedicar à atualização e domínio do conteúdo ministrado, estudar, aprender, vez que o aprendizado é constante, enfim, reconhecer a necessária formação própria, citada pela autora. Sem tempo, a dissociação da técnica com o conteúdo, fundamentação teórica e valores axiológicos corrobora para o empobrecimento da ciência jurídica e termina por transformá-la em ensino tautológico perpetrado pelo docente. Quem perde são todos os envolvidos no processo de ensino - aprendizagem.

Marcos Nobre (2005, p. 69) assim destaca:

Acredito que a grande maioria dos estudantes de Direito quer melhorar sua posição no mercado por uma razão elementar: não lhes é dada uma oportunidade na carreira acadêmica. Se a remuneração fosse compatível e houvesse possibilidade de pesquisa, muitos alunos optariam pela carreira acadêmica.

Dessa maneira, percebe-se que dificilmente, embora não seja posição generalizada, encontrar-se-á um discente que tenha por meta principal ser um docente. Isto porque é rara a identificação profissional do docente ante as razões anteriormente expostas. Arilene Maria Soares Medeiros (Internet) resume a questão da seguinte maneira:

Em geral, os docentes do ensino superior são aqueles profissionais que não fizeram a opção profissional primeira de ser professor (a). São profissionais das diferentes áreas do conhecimento, mas que, por alguma razão, acabam chegando a ser professor do ensino superior. Muitos docentes do ensino superior, ao serem questionados pela profissão que exercem, identificam-se primeiramente como sendo o médico, o dentista, o advogado, o contador, o físico, o engenheiro, o jornalista, o radialista, seguido, às vezes, pela identificação de professor universitário, porque responder apenas professor pode dar margem a uma identidade socialmente inferior.

De fato, o problema de desvalorização profissional do professor desenrola-se de tal forma que tem sua foz no incremento da “proletarização docente.” (MEDEIROS, internet).

Conforme Valter Soares Guimarães (2006, p. 135):

Assim, ser professor é pertencer a um ofício cujo estatuto profissional está num processo histórico de constituição. Ser professor é ser um profissional. Contudo, é necessário levar em consideração traços específicos dessa profissão e os pressupostos que a fundamentam a aspiração de profissional.

Todavia, convém destacar outro aspecto a ser levado em consideração na discussão. Não se está aqui querendo defender, uma posição extremista, onde para que se formasse uma identidade docente, o professor de Direito teria de se dedicar exclusivamente à sua profissão docente; mas sim, que a identificação docente tome o lugar que lhe compete, que se exalte e que não fique adstrita às sombras das outras profissões ligadas à Ciência Jurídica. Explica-se: as ciências jurídicas tem uma conjuntura totalmente distinta das demais ciências sociais e humanas.

No aprendizado do Direito, faz-se necessária não apenas o laboratório do teórico, mas também a oficina prática. Tomando como exemplo a Sociologia ou a História, os docentes nestas disciplinas se atêm à descrever e explicar as razões dos fatos sociais e dos fatos históricos; no Direito há um peculiaridade que não pode ser ignorada, e que o distingue das demais ciências sociais: o jurista, teórico ou prático, opera por normas que não são causais ou motivacionais, mas produzidas por processos correspondentes a cada um de seus tipos de fontes: legislativo, judiciária etc. (COSTA, 2005, p. 39). Apresentando assim, retrospectividade e prospectividade.

Marcos Nobre (2005) estabelece que existe uma confusão peculiar entre a prática profissional e a pesquisa acadêmica no Estudo do Direito e que tal problemática é vislumbrada no fato do ensino jurídico estar baseado na transmissão do resultado da prática jurídica de advogados, juízes, promotores, promotores, esquecendo-se da produção acadêmica incrementada conforme os critérios de científicidade. Entretanto, o fenômeno da pesquisa do Direito e ensino – aprendizagem não pode ser estudado sob tal enfoque -. Como dito, o Direito é uma ciência que não se restringe tão somente a retrospectividade, ou seja, descrever e explicar as causas, ou descrever normas tão somente, mas prospectiva e acrescente-se a isto o elemento da “decidibilidade”, que exige que, quem trafega por esta ciência, tenha, mesmo como docente, contato com tal fator.

Judith Martins Costa (2005, p. 43), em contraposição ao entendimento de Nobre, assim destaca:

Creio eu que a confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica não é peculiar, mas sim, *peculiaridade*. Ela deriva do fato de o fenômeno jurídico constituir essa experiência normada que se processa em urna espécie de espiral entre teoria e prática. Pelo menos é assim nos direitos da família continental, no qual existem categorias prévias generalizantes cujo conteúdo é preenchido pela prática. Por isso se diz que o Direito é atado à razão prática - e é ela que

polariza a pesquisa.[...]. Ora, critérios de pesquisa científica no Direito devem levar em conta necessariamente o resultado da prática jurídica de advogados, juizes, promotores e procuradores. E esse "levar em conta" é que está no cerne de uma questão que angustia, que é o *amalgamar entre teoria e prática*. (Grifos nossos)

No ensino não pode ser diferente. Formar profissionais críticos, reflexivos e criadores de novas normatizações nas diversas profissões jurídicas, inclusive a docente, requer que a prática e a teoria estejam “amalgamadas”, haja vista, conforme predito pela autora acima referida, “sua relação não é circular, mas sim espiralada, sempre com um elemento novo que acresce”. (COSTA, 2005, p. 44).

Destarte, é imprescindível que a docência no Brasil tenha pessoas que se embrenhem pelos aspectos práticos também. A boa teoria depende de uma imersão prática, da capacidade de perceber o fenômeno jurídico em sua totalidade, na sociedade, de onde nasce o direito como processo de adaptação; a trazer aos alunos os problemas que deverão em suas futuras carreiras terem de decidir, elaborar ou criar mais direito a partir do que lhe é posto e dos conhecimentos retrospectivos para projetar em mais direito numa prospecção e inovar, e criar. Assim, a ciência jurídica em nada se compara com as demais ciências, assim como o professor de direito também não pode se desvincular dos desígnios próprios da ciência a que faz parte.

Judith Martins Costa (2005, p. 44) arremata ainda:

Não conheço ninguém que invente mais e crie mais que um advogado, assim como também o teórico não pode estar em uma torre de marfim. E é por isso que penso que a composição dos professores de uma faculdade de Direito necessita de pessoas envolvidas com a prática. Se não temos essa imersão na realidade, não se faz uma boa teoria.

Percebe-se que tal conjuntura não prejudica em nada a construção de uma identidade docente ao professor de Direito. Defende-se no presente uma qualificação e capacitação profissional de quem queira se enveredar pelos caminhos do estudo e pesquisa da ciência do direito e do ensino aprendizagem, no âmbito do ensino superior e que, ao mesmo tempo, identifique-se como professor, sem desdenhar sua profissão como docente, quando a trata ou se comporta como se fosse profissão de segunda categoria. Mas também não se pode menosprezar o aspecto prático que a Ciência do Direito exige para sua construção e transmissão aos discentes, peculiaridade do Direito.

Propõe-se, que se tenham “professores-juízes”, e não tão somente, “juízes-professores”, “professores-advogados” e não, “advogados-professores”, “professores-promotores” e não, “promotores-professores” dentre outros, não no sentido de colocar as

profissões jurídicas em segundo plano, como comumente e infelizmente tem se verificado com a profissão docente, longe disso, mas no sentido de se verificar uma correlação em *espiral*, como atestou Judith em seus apontamentos. O ensino do Direito não pode ficar afastado da realidade social e, o docente apenas poderá ter uma compreensão maior do direito se estiver também inserido nela. Tal abordagem também não retira a importância do professor dedicado apenas à docência jurídica, com trabalhos de pesquisa e extensão que também o insere no contexto prático da ciência, além das atividades e funções que a ciência do direito e a docência exigem.

Mas, em quase todos os ramos do Direito que exijam aspectos práticos no estudo, o docente que se limita a transmitir informações não aguçá em seus discentes a capacidade crítica, reflexiva e de criação da Ciência do Direito. Se em meio a uma temática abordada em sala de aula, o aluno propor questionamento pertinente e prático, caso o docente não esteja também ciente dos aspectos práticos, dentro da conjuntura temática abordada, nunca poderá discutir mais profundamente e refletir o que leciona na aplicação das teorias nas decisões, na prática jurídica, não contribuindo para a formação dos futuros profissionais. Talvez a ponderação seja o caminho que se percura na questão da docência do ensino superior, no caso, do Direito no Brasil.

O país precisa de docentes capacitados e identificados com suas funções e objetivos a serem alcançados, mas precisam muito mais do que serem meros transmissores, precisam sempre estar em interação com a variabilidade de casos, situações práticas, decisões e o que permeia o mundo social e jurídico, a fim de que, dominando o assunto, vivenciando a prática, mediando e contextualize o ensino do direito ao meio que o cerca no tempo e espaço.

Conforme explanado, no Brasil, não é algo fácil e torna-se extremamente complexa a construção de uma identidade docente. Muitos fatores fazem com que a docência no país navegue como um barquinho contra um mar revolto por questões políticas e culturais, teóricos e mesmo sociais. Todavia, as exigências legais, principalmente perpetradas pela Lei de Diretrizes da Educação bem como a atuação mais enfática do MEC – Ministério da Educação e Cultura tem sido um ponto favorável à construção dessa identidade e da visão profissionalizante. Mas não se deve esquecer que o Direito como ciência tem seus traços distintivos com as demais Ciências Sociais e humanas e que não podem ser menosprezados. De certa forma, estes traços fazem com que o profissional docente do direito seja também peculiar, posto que além das capacitações e qualificações imersas no sistema educacional superior, necessita também da capacidade de contextualizar-se na prática a fim de que o ensino se torne dinâmico e não estático, como bem requer o Direito.

O problema é de visão, ou seja, o docente procura outras profissões jurídicas para suprir problema de economia doméstica, necessidade de sobrevivência, postando a docência como sub - profissão ou profissão agregada àquela que realmente lhe conduz a uma vida mais digna, suprindo suas necessidades e familiares também, pelos fatores anteriormente externados, *e não*, para contextualizar-se no direito teórico aplicado ao prático, avaliando o direito na sociedade em crescente mutação, a fim de aprimorar *sua* função docente, ampliando sua visão do fenômeno jurídico e destacando *sua identidade* como docente! O Docente não pode, assim como teórico e pesquisador do direito, estar no claustro de uma “torre de marfim”. (COSTA, 2005, p. 44).

Assim, o correto seria o docente, capacitado e qualificado acima de tudo, plenamente identificado com sua função, consciente de sua importância como tal, caso exerça também careira jurídica, utilizar-se desta para acrescer em conhecimentos e aprimoramento do desvendar da própria Ciência do Direito, trazendo para esta as novas conjunturas sociais que vão surgindo e assim, no mecanismo ensino aprendizagem, construir novos paradigmas, transmitindo os conhecimentos de forma ampla e salutar e contribuindo para que os discentes construam e façam sua parte na constante evolução do fenômeno Jurídico. O docente assim, ressalta sua identidade como tal, contribuindo para o aprimoramento de sua função. Destarte, sem menosprezar o caráter profissionalizante da docência, haverão vantagens como numa via de mão dupla entre o exercício da docência e da carreira jurídica. Salientando que aquela não pode ser vista como sombra desta. Todavia, muito ainda tem-se a galgar no âmbito educacional superior.

#### **4 A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE PROFISSIONAL DOCENTE NOS CURSOS JURÍDICOS DO BRASIL**

Primeiramente, é salutar para a compreender a questão da docência, estabelecer a distinção entre o profissional docente e o mero “amadorismo”; embora algumas abordagens perfuntórias tenham sido ditas, tem-se que o Profissional é aquela pessoa que efetiva determinado trabalho com conhecimento e de forma consciente. Ao contrário do amador, este na realidade executa aquilo que não tem conhecimento profundo do trabalho que realiza, muito menos as metas, objetivos e implicações que seu trabalho traz, mas mesmo assim, gosta do que faz. Tomando por base tal raciocínio, não se pode dizer que alguém pode ser engenheiro sem um conhecimento específico, preparo e capacitação para o exercício desta

profissão. Mas pode ser docente, sem que haja uma capacitação mínima para tal? Este é o cerne da questão.

Destarte, como visto anteriormente, na história da educação brasileira, não se perquiria para a função docente a tão arguída atualmente *formação profissional*. Era suficiente que o candidato a docente tivesse um pouco mais de conhecimento que os demais discentes e já se tornava professor. O fator político mais uma vez se mostra claro, haja vista que, muitos se tornaram docentes por indicação política, muito comum no Brasil ainda, não obstante, hoje, a Lei de Diretrizes Brasileira (9.394/1996), em seu artigo 67, determine que o ingresso ao magistério seja por concurso público de provas e títulos, numa tentativa de enfatizar a necessidade de prévia profissionalização para o ingresso do professor ao magistério superior.

Compreender a docência como profissão e por tabela, do professor como um profissional, requer uma análise acurada do movimento de profissionalização docente que traz em seu bojo a exigência de um estatuto do profissional docente mas que não se restringe a uma mera abordagem pálida das normas de organização e funcionalidade da docência na sociedade. Segundo Valter Guimarães (2006, p. 132).

Estatuto profissional do professor, como entendido aqui, refere-se principalmente: ao estabelecimento de contornos para a formação (inicial e continuada); à constituição de condições de trabalho (além das condições materiais, também de apoio pedagógico, relações democráticas); à garantia de remuneração condizente; à jornada de trabalho (que leve em consideração o desgaste físico e psicológico inerente a essa profissão) e, por último, ao vínculo desses trabalhadores com instituições sindicais e associativas.

E ainda, pertencer a um ofício onde o estatuto profissional encontra-se em processo histórico de constituição segundo o autor. A docência como profissão não se restringe a simples vocação ou ocupação, ou semi - profissão. A Docência é uma profissão peculiar e que ocupa papel fundamental na sociedade, até porque, o fenômeno educativo é deveras distinto dos demais fenômenos tanto naturais quanto sociais. A educação tem como veículo propulsionador o ensino, que é meio e não fim daquela. Sendo que, o fim da educação é justamente a consecução da transformação ocorrida na personalidade viva dos indivíduos mediante o ensino. (MEDEIROS, 2007).

Conforme Arilene Maria Soares Medeiros (2007):

Amadorismo na docência não se confunde com a docência como profissão. Não há condições de se defender um professor profissional sem que se supere a concepção advogada pelo senso comum de que para ser professor(a) basta que se tenha como dispositivo o domínio dos conteúdos disciplinares. Ser professor exige conhecimentos outros que não se limitam aos conteúdos disciplinas, embora este sejam igualmente indispensáveis.

De fato, a construção da identidade do professor gira em torno da epistemologia e profissionalização onde os conhecimentos variados se comungam. Conforme dito no início deste artigo a docência agrega quatro saberes, dentre eles: o conteúdo de diversas áreas do saber e do ensino, dentre as quais se destacam as ciências humanas, naturais, culturais e as artes; conteúdos didáticos - pedagógicos referentes à área profissional, conteúdos inerentes aos saberes pedagógicos mais amplos no âmbito teórico da prática educacional e também profissional, e por fim, os ligados à explicitação da existência humana individual, envolvendo a sensibilidade pessoal e social. (ANASTASIOU; CAVALLET; PIMENTA, 2011, p. 166).

Neste prisma, o professor que não leva em consideração as características específicas do ensino superior corrobora com o amadorismo no âmbito da docência desqualificando o trabalho docente, principalmente nas universidades. No Campo Universitário, a construção do ensino superior atrela-se à ideia da inseparabilidade entre o ensino, a pesquisa e a extensão, imprimindo no docente uma expansão de atividades que ultrapassam o mero ensino da graduação.

Não há no contexto, como ter uma visão restritiva do ensino jurídico superior. Este, indubitavelmente, exige como metas não apenas a formação de profissionais, técnicos do direito, mas deve ter em mente a produção e incremento do conhecimento, formando cidadãos conscientes de sua dignidade, direitos e deveres, questionadores da realidade, reflexivos do Direito e criadores de novos horizontes à Ciência Jurídica; transformadores.

Mas, quais seriam os elementos que caracterizariam o “docente”? Quais os elementos que delineariam sua identidade como tal? Sabe-se que, embora dentro de variações contextuais diferenciadas, Maria do Céu Roldão (2005) destaca uma inicial: “é a ação de ensinar”. Destaca-se neste sentido o fato que o reconhecimento dessa função não é, historicamente, contemporânea do reconhecimento de um grupo profissional. Roldão destaca que a função docente existiu em formatos diferentes e em variados estatutos historicamente falando. O que se perquire é o surgimento dessa função ligando-a a um grupo que se organiza em torno dela tão somente e, tal reconhecimento apenas pode ser vislumbrado a partir do século XVIII. (ROLDÃO, 2005).

Antes deste período o saber era mais restrito e pouco acessível e a ação de ensinar tinha um significado de transmissão. Todavia, na era da *internet*, globalizada, a função de ensinar toma novos contornos, como dito anteriormente, principalmente pela “mediação”. Ensinar, nestes termos, é “fazer aprender alguma coisa” e sua atividade desenvolveu-se antes mesmo de se criar o conhecimento sistematizado. (ROLDÃO, 2005).

A referida autora assevera que existem elementos de “especificidade” do conhecimento profissional docente e, dentre tais elementos, destacam-se:

- a) É a sua natureza *mobilizadora* e *interrogativa*: neste sentido, a ausência deste fator de especificidade na prática e cultura de alguns docentes teria o condão de comprometer o ensino e gerar problemas no aprendizado.
- b) O conhecimento profissional docente requer *questionamento permanente*, tanto da ação prática quanto do conhecimento declarativo previamente adquirido, e também da experiência anterior.
- c) Há também, como fator de especificidade, o que a autora chama de *meta-análise*: aqui se perquire postura distanciada e ao mesmo tempo autocrítica, no contexto de uma prática que vise à reflexão.
- d) Por fim, a comunicabilidade e circulação, elemento por demais importante que, sem dúvidas, especifica um docente. Sem capacidade de comunicação e efetivar a circulação de ideias, instigando os discentes, articulando teorias dentre outras capacidades, não se identifica um docente.

Por fim, Roldão (2005) destaca que:

O professor profissional – como o médico ou o engenheiro nos seus campos específicos – é aquele que *ensina* não apenas *porque sabe*, mas porque *sabe ensinar*. E *saber ensinar* é ser especialista dessa complexa capacidade de mediar e transformar o saber conteudinal curricular (isto é, que se pretende ver adquirido, nas suas múltiplas variantes) seja qual for a sua natureza ou nível – pela incorporação dos processos de aceder a, e usar o conhecimento, pelo ajuste ao conhecimento do sujeito e do seu contexto, para adequar-lhe os procedimentos, de modo que a alquimia da apropriação ocorra no aprendente processado por um sólido *saber científico* em todos os campos envolvidos e um *domínio técnico-didático* rigoroso do professor, informado por uma contínua *postura meta-analítica*, de *questionamento intelectual* da sua ação, de *interpretação* permanente e realimentação contínua. (Grifos nossos)

Por fim, chega-se à conclusão de que a identidade docente jurídica é observada naquele profissional que, independente de exercer outra carreira jurídica como profissão, vislumbra a docência como atividade exclusiva, no sentido de ter consciência de sua função docente, não no sentido de uma atividade “apêndice”, mas no sentido de buscar sempre estudar, aprimorar-se, utilizar-se e dispor de todos os meios, métodos e conhecimentos inerentes à profissão possíveis para mediar, estabelecer uma ponte entre o conhecimento, ensino e aprendizagem, exercer a arte da mediação. Ter consciência da importância de sua atuação na construção de mentes críticas, reflexivas e comprometidas com o incremento da ciência jurídica. Uma identidade onde se impõe respeito ao que faz, e a quem o docente é e se

encontra como tal. Um valorizador do processo ensino - aprendizagem, o operário que tece os fundamentos, as bases da construção e do despertar do saber.

## CONCLUSÕES

O presente artigo estabeleceu um esboço da questão da construção da identidade docente nas faculdades jurídicas do Brasil, abordando as peculiaridade do ensino superior jurídico no país onde, em sua maioria, os docentes direcionam suas atividades no setor como algo complementar ou secundário, ante suas carreiras jurídicas estabelecidas como atividade primária. Tal modo de se conduzir, tem em sua gênese, aspectos que transpõem a esfera meramente acadêmica e alcançam bases administrativas, políticas, culturais e institucionais.

Refletindo as escolas positivistas do Século XVIII e XIX, constatou-se que a função docente se restringia no ministrar de aulas e na transmissão de forma seca dos códigos, subsunção de leis, sem qualquer espaço para discussões principiológicas, axiomas abertos ou qualquer coisa que afasta-se o Direito do que se chama-se “segurança Jurídica”. Viu-se que a transmissão do conhecimento dos códigos significava também, transmitir o aspecto jurídico do Estado/Governo, mas, acima de tudo, implicava em contribuir para “União Nacional”, vez que a legislação codificada era garantia da unidade política de uma nação.

Mas, quais seriam os elementos que caracterizariam o “docente”? que delineariam sua identidade como tal? Este é o problema que suscita uma resposta, mas tal resposta não é tão simples de se perfazer no contexto político, sócio - cultural brasileiro. Destacou-se que a função docente existiu em formatos diferentes e em variados estatutos historicamente falando. O que se perquire é o surgimento dessa função ligando-a a um grupo que se organiza em torno dela tão somente e, o reconhecimento da própria função docente em si, apenas pôde ser vislumbrado a partir do século XVIII.

Concluiu-se que, antes deste período o saber era mais restrito e pouco acessível e a ação de ensinar tinha um significado de transmissão. Todavia, na era da *internet*, globalizada, a função de ensinar toma novos contornos, como dito anteriormente, principalmente pela “mediação”. Ensinar, nestes termos, é “fazer aprender alguma coisa” e sua atividade desenvolveu-se antes mesmo de se criar o conhecimento sistematizado.

Destacou-se que, no Brasil atual, há a necessidade precípua no âmbito do ensino superior, de que, nos mecanismos de ensino-aprendizagem, o docente compreenda seu papel na nova dinâmica social e que perceba que precisa construir sua identidade como tal, não mais

como elemento secundário, como “nota de rodapé” paralela e sem a importância e dedicação perquiridas em sua existência, mas como o cerne de toda uma estrutura educacional complexa de formação, transformação e contextualização social dos discentes e que os levarão ao caminhar crítico e construtivo em suas carreiras jurídicas.

Todavia, restou explicado que a realidade brasileira é outra, posto que uma grande parte dos docentes jurídicos no Brasil, aprendeu seu ofício através de cursos que, longe de serem estimuladores da disciplina intelectual, apresentam-se como reprodução de conhecimentos constantes em livros específicos da área de ensino e muitas vezes defasados, além de que, o que vem a enfatizar mais ainda tal deficiência, é a ausência de didática e metodologia do trabalho científico e metas perquiridas pela Lei de Diretrizes da Educação vigente no país.

Outrossim, foi abordada a questão da vocação para ser docente, embora seja relevante e complete o perfil do docente ideal, teve seus dias de ouro no início da docência superior no Brasil. Ocorre que, como tem-se explanado, a simples vocação não é suficiente na modernidade, face às transformações diárias da sociedade. Para Maria do Céu Roldão, não se trata tanto de “vocação” ou “dom” para o exercício da atividade docente, mas como dominar e saber mediar o ensino - aprendizado.

Outra abordagem foi acerca do problema da não exclusividade da atividade docente no Brasil, que torna o país uma peculiaridade em meio aos demais países do mundo; isso se deve em parte, ao desprestígio dado ao magistério, seja de ensino de base, seja superior, pelo Poder Público e mesmo pela cultura da sociedade brasileira. Não se pode olvidar, que problemas políticos e culturais interfiram nesta mentalidade retrógrada e que leva o país ao completo retrocesso social.

Quanto ao aspecto político, discorreu-se que, ao longo dos anos, a história brasileira demonstrou que os governos uma após outro, não protegeram a contento a categoria, com incentivos, capacitações e infraestruturas adequadas ao ensino e desenvolvimento de metodologias de aprendizado, sendo os avanços muitos ténues e inexpressivos em alguns destes pontos, mas, sobretudo, não emplacaram uma remuneração digna de países desenvolvidos, onde os docentes se voltam apenas ao ensino e à pesquisa e dedicam-se de forma exclusiva aos fins colimados pelo saber.

Ressaltou-se que a questão cultural é decorrente da política, posto que, no Brasil, criou-se uma “cultura às avessas” com relação à visão que a população tem do docente; é como se o magistério não fosse uma “profissão” ou como se existisse uma hierarquia entre as

diversas profissões e, no caso do magistério, este ficaria entendido, como dito, “profissão apêndice” ou “profissão bico”.

Destarte, observou-se que nesta simbiose política e cultural em movimentos cíclicos de dependência negativa, o ensino no Brasil decaiu em qualidade, mas não só isto, a qualidade dos docentes e discentes também, o que influenciou indubitavelmente, no índice de desenvolvimento do país.

Passou-se então à abordagem da visão profissionalizante do docente, atestando ser esta altamente necessária no contexto abordado, não podendo os docentes serem vistos como sub - profissão ou de atividade complementação à sua verdadeira fonte de renda. Mas até o galgar da profissionalização do professor, percebeu-se que é necessário observar dois processos sociais que se complementam, segundo apontamento de Maria do Céu Roldão, sendo um extrínseco, de natureza político-organizativa e outro, de natureza intrínseca, associado à necessidade de legitimar esse grupo social dos docentes pela posse de determinado saber distintivo: a afirmação de um conhecimento profissional específico.

Destacou-se então a questão da teoria e da prática na formação docente, abordando que: Formar profissionais críticos, reflexivos e criadores de novas normatizações nas diversas profissões jurídicas, inclusive a docente, requer que a prática e a teoria estejam “amalgamadas”, haja vista, “sua relação não é circular, mas sim espiralada”, sempre com um elemento novo que acresce, aspecto este enfatizado por Judith Martins Costa; observação a qual mantém coerência com a peculiaridade do docente do ensino superior jurídico no Brasil, face às próprias especificidades da Ciência do Direito que a distingue das demais ciências humanas e sociais.

Aludiu-se então que o problema seria de visão, ou seja, o docente procura outras profissões jurídicas para suprir problema de economia doméstica, necessidade de sobrevivência, postando a docência como sub - profissão ou profissão agregada àquela que realmente lhe conduz a uma vida mais digna, suprindo suas necessidades e familiares também, pelos fatores anteriormente externados, quando deveria, ter outro sentido, outra visão, no caso, a de contextualizar-se o direito teórico aplicado ao prático e vice versa, avaliando o direito na sociedade em crescente mutação, a fim de aprimorar *sua* função docente, ampliando sua visão do fenômeno jurídico e destacando *sua identidade* como docente! O Docente não pode, assim como teórico e pesquisador do direito, estar no claustro de uma “torre de marfim”, mas também não pode deixar de ter consciência de sua função e identidade docente.

Por fim, chega-se à conclusão de que a identidade docente jurídica é observada naquele profissional que, independente de exercer outra carreira jurídica como profissão, vislumbra a docência como atividade exclusiva, no sentido de ter consciência de sua função docente, não no sentido de uma atividade “apêndice”, mas no sentido de buscar sempre estudar, aprimorar-se, utilizar-se e dispor de todos os meios, métodos e conhecimentos inerentes à profissão possíveis para mediar, estabelecer uma ponte entre o conhecimento, ensino e aprendizagem, exercer a arte da mediação. Ter consciência da importância de sua atuação na construção de mentes críticas, reflexivas e comprometidas com o incremento da ciência jurídica. Uma identidade onde se impõe respeito ao que faz e a quem o docente é e se encontra como tal. Um valorizador do processo ensino-aprendizagem, o operário que tece os fundamentos, as bases da construção e do despertar do saber.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Formação Universitária, exercício profissional e especialização em Direito. In: OAB Ensino Jurídico (Org). **A Docência Jurídica no Contexto do Ensino Superior na Contemporaneidade**. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil:Conselho Federal da OAB, 2004.
- ALEYX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Forense,2011.
- ALMEIDA, José Ricardo Pires de. **História da instrução pública no Brasil, 1500-1889**. São Paulo: PUC; Brasília: MEC-Inep, 2000.
- ANASTASIOU, Léa das Graças Camargos; CAVALLET, Valdo José; PIMENTA, Selma Garrido. Docência no Ensino Superior: Construindo Caminhos. In: FAZENDA, Ivani Catarina Arantes; SEVERINO, Antônio Joaquim (Org.). **Formação Docente: Rupturas e Possibilidades**. Campinas: Papirus, 2002.
- BRASIL, Lei n. 9.394 (1996). **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**: Publicada em 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm)>. Acesso em: 18 de maio de 2014.
- COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília – UNB, Brasília-DF, 2008, p. 240.
- COSTA. Judith Martins. et al. **O que é a pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- DIANA, Marina. Leis e Negócios. Disponível em: <<http://leisenegocios.ig.com.br/index.php/2010/10/13/brasil-e-campeao-em-faculdades-de-direito>>. Acesso em: 13/10/2010.

DURKHEIN, Émile. **As Regras do Método Sociológico.** Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

FALCÃO, Joaquim. **Os Advogados. Ensino Jurídico e Mercado de Trabalho.** Recife: Massangana, 1984.

FAZENDA, Ivani Catarina Arantes; SEVERINO, Antônio Joaquim (Org.). **Formação Docente: rupturas e possibilidades.** Campinas: Papirus, 2008.

FOULCOULT, Michael. Trad. Laura Fraga de Almeira Sampaio. **A ordem do discurso.** São Paulo: Loyola, 1996.

GUIMARÃES, Valter Soares. A socialização profissional e profissionalização docente: um estudo baseado no professor recém ingresso na profissão. In: GUIMARÃES, Valter Soares (Org). **Formar para o mercado ou para a autonomia? O papel da universidade.** Campinas: Papirus, 2006.

HÄBERLE, Peter. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MENDONÇA, Ana Waleska P.C. A Universidade no Brasil. Disponível em: <[redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/275/27501408.pdf](http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/275/27501408.pdf)>. Acesso em: 18/05/2014.

MEDEIROS, Arilene Maria Soares. **Docência no Ensino Superior: Dilemas Contemporâneos.** Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/entreideias/article/viewFile/2859/2027>>. Acesso em: 19/05/2014.

MELO FILHO, Álvaro; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Novos caminhos para o ensino jurídico brasileiro. OAB Ensino Jurídico (Org). **A Docência Jurídica no Contexto do Ensino Superior na Contemporaneidade.** Brasília: Conselho Federal da OAB, 2009.

MOREIRA, Marco Antônio; VEIT, Eliane Angela. **Ensino Superior: Bases Teóricas Metodológicas.** São Paulo: E.P.U., 2010.

NOBRE, Marcos. et al. **O que é a pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NOTÍCIAS do INEP. **Mapa do Analfabetismo no Brasil.** Disponível em: <[http://www.publicacoes.inep.gov.br/arquivos/%7B3D805070-D9D0-42DC-97AC-5524E567FC02%7D\\_MAPA%20DO%20ANALFABETISMO%20NO%20BRASIL.pdf](http://www.publicacoes.inep.gov.br/arquivos/%7B3D805070-D9D0-42DC-97AC-5524E567FC02%7D_MAPA%20DO%20ANALFABETISMO%20NO%20BRASIL.pdf)>. Acesso em: 18/05/2014.

PAULO, José Ysnaldo Alves. **A Formação Integral do Futuro Profissional do Direito – Tridimensionalidade Inteligencial Aplicada.** São Paulo: Scortecci, 2012.

RIBEIRO JR., João. **A Formação Pedagógica do Professor de Direito:** Conteúdos e Alternativas Metodológicas para a Qualidade do Ensino de Direito. Campinas: Papirus, 2001.

ROCHA, Alessandra Leles. Docência: vocação ou simplesmente uma escolha? Disponível em: <<http://www.afrid.faefi.ufu.br/node/208>>. Acesso em: 19/05/2014.

RODRÍGUES, Maurício Tapia. *Apud* DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, Descodificação e Recodificação do Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROLDÃO, Maria do Céu. Formação de professores, construção do saber profissional e cultura da profissionalização: que triangulação? In: ALONSO, Luísa; ROLDÃO, M. Céu (Org.). **Ser professor de 1º ciclo construindo a profissão**. Braga: CESC/Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. Função Docente: Natureza e Construção do Conhecimento Profissional. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v12n34/a08v1234.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. Profissionalidade docente em análise especificidades dos ensinos superior e não superior. **Revista Nuances**, Universidade do Estado de São Paulo, ano XI, n. 13, p. 108-126, jan./dez. 2005.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marenco. São Paulo: Edicamp, 2001.

**HOMOFOBIA NAS ESCOLAS**  
**A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS AO CONVÍVIO ESCOLAR COMO**  
**ESTRATÉGIA DE COMBATE<sup>94</sup>**

Marcus Vinícius Silva de Vasconcelos  
 Pesquisador do Núcleo de Combate à Violência

**RESUMO:** *O presente artigo tem como objetivo fomentar discussão acerca da homofobia no ambiente escolar, buscando por meio de conteúdo bibliográfico identificar as principais causas do preconceito a indivíduos homossexuais na escola e estabelecendo possíveis soluções com base nas Garantias Constitucionais dispostas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Educação, homossexualidade, legislação Constitucional.*

**ABSTRACT:** *This article aims to stimulate discussion about the homophobia in the school environment, seeks through bibliographic content to identify the main causes of prejudice to homosexual individuals in the school setting and possible solutions based on Constitutional Guarantees arranged in the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988.*

**KEYWORDS:** *Education, homosexuality, constitutional guarantees and other legal protections.*

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por finalidade fomentar a reflexão acerca do discurso homofóbico presenciado na escola, aplicando como possível solução para tal realidade a implementação de garantias constitucionais ao seio escolar – qual seja principalmente a garantia constitucional à igualdade. Ressalva-se não se pretender realizar o aprofundamento no que concerne à evolução histórica acerca de questões de identidade e gênero, bem como da presente problemática sob o ponto de vista das demais garantias constitucionais.

Revela-se indispensável, portanto, avaliar como implantar no ambiente escolar conceitos mínimos constitucionais, com o intuito de transmitir o direito fundamental à igualdade perante os indivíduos da sociedade. A temática, por si só, permite fazer duas indagações: *i)* É possível implementar questões constitucionais – como a garantia à igualdade de direitos, dentre outras – em meio ao convívio escolar? *ii)* Colocando em prática tais garantias, estas possivelmente estariam aptas a dirimir o preconceito – homofobia – em razão da orientação sexual de indivíduos homossexuais na escola?

---

<sup>94</sup>Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso, em 2015, sob a orientação da Profa. Ms. Emanoella Remígio.

Por outro lado, afigura-se conveniente perquirir se a escola diante do cenário atual possui autonomia suficiente para a inclusão de tais práticas pedagógicas, uma vez que, para viabilizar tais campanhas, constitui grande importância a atuação por parte do Poder Público, se fazendo mister avaliar se seu posicionamento, enquanto Estado, é prejudicial ou não para a prática de tais questões.

Ressalte-se que o método adotado para realizar a pesquisa é o científico-dedutivo e a técnica é a bibliográfica, repousando nas consultas a publicações doutrinárias especializadas encontradas, entre outras fontes, em livros e sítios da internet.

O desenvolvimento da pesquisa, sucessivamente, desdobra-se em três partes: *i*) na primeira parte, aborda-se o contexto constitucional a partir de 1988, ressaltando os direitos humanos em seus aspectos gerais e dando ênfase à dignidade sexual enquanto direito inserido na dignidade humana; *ii*) na segunda parte, discute-se aspectos relativos ao Poder Público no que está relacionado à aplicação de políticas públicas que foram implementadas envolvendo a temática da homossexualidade e o que se tem feito para contribuir diante do cenário atual, servindo de referência para a aplicação da temática em âmbito escolar outras campanhas já institucionalizadas. *iii*) na terceira parte, dá-se um panorama da questão homofóbica no contexto social e logo em seguida inserindo tal questão no ambiente escolar, demonstrando em meio a tal problemática os pontos potenciais que servem de subsídio ao assédio homofóbico e trazendo possíveis soluções em meio às práticas constitucionais a fim de inibir tal violência.

Com isso, justifica-se a escolha do tema proposto simplificando-o em duas razões: i) o crescente progresso das questões de identidade e gênero no Direito brasileiro, e; ii) a importante função da escola no processo social, principalmente no despertar do conhecimento de direitos e deveres. Com efeito, unindo tais elementares contra a negativa da igualdade constitucional, se instigaria um possível retardamento de uma sociedade que cada vez mais prematuramente caminha para a intolerância de uma pluralidade sexual.

## **1 DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: OS AVANÇOS E A DIGNIDADE SEXUAL ENQUANTO DIREITO CONSTITUCIONAL**

Assim como toda legislação num Estado democrático decorre de um processo social, a expansão dos direitos humanos surge com o objetivo de tutelar a vida humana em sua mais

ampla acepção. Encorajada na década de setenta como uma “universalização de direitos humanos”, como define Jimena Furlani (2009, p. 295), tal inserção ganhou forças após se constatar uma grande marginalização sobre determinados indivíduos ou grupos da sociedade ‘não merecedores de direitos ou de progressos legislativos a eles inerentes’. Se tratava de uma construção de estigmas ao longo dos anos perante algumas parcelas minoritárias, cujos indivíduos eram considerados “diferentes” no aspecto sexual, racial, etc., sendo imposto implicitamente pela sociedade a obrigação de seguir um padrão único, cujas regras todos os indivíduos deveriam adaptar-se.

A implementação de tais direitos possibilitou o alcance a uma série de questões, dentre elas a quebra do paradigma criado ao longo desse processo conflitante, propiciando a discussão às Cortes de Justiça de meios atenuantes para as consequências sociais sofridas, proporcionando não apenas uma abordagem dentro de um contexto jurídico como também instigando futuras soluções para amenizá-lo. À vista disso, questões discriminatórias vieram à tona, como é exemplo de temáticas ligadas à mulher, negro, idoso, homossexual, transexual, transgênero, travesti, dentre outros, colaborando, assim, para que os direitos humanos se tornassem um meio de justiça inclusiva que efetivamente busca atenuar, de forma universal e a longo prazo, as deficiências sociais encontradas no convívio humano.

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se pôde notar sua importância, principalmente no que está relacionado à inclusão dos direitos inerentes à pessoa, inferido no bojo constitucional como princípio máxime, conforme se encontram as disposições que versam sobre a dignidade humana – arts. 1º, inc. III, 3º, IV, e 5º caput. Diante de tais paradigmas, quem melhor explica a utilização da igualdade em nosso contexto sócio-jurídico é Robert Alexy (2008, p. 396) em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, onde aborda a questão já de conhecimento notório na seara jurídica acerca da igualdade de tratamento – os iguais, tratados igualmente, e os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Com base nisso, Alexy proporciona a reflexão dessa problemática avaliando que, em verdade, o dever de igualdade constitucional pretendida não se almeja o choque de extremos, a visão social unilateral, mas, sim, um meio termo à vivência em sociedade:

[...] Esse dever não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas. [...] Todo eleitor teria que ser eleito, e todo subordinado teria que ser também chefe. [...] É também claro que o enunciado da igualdade não pode exigir a igualdade de todas as

características naturais e de todas as condições fáticas nas quais o indivíduo se encontre. [...] A isso se soma o fato de que a igualização de todos, em todos os aspectos, seria, mesmo que possível, indesejável.

Nos parece claro que o pretendido não seria transformar as regras sociais de uma forma una, cuja abrangência tornaria limitada sua aplicação àqueles que por ventura a preenchessem, mas moldar à realidade social de cada indivíduo à necessidade pretendida, de forma que os abismos gerados não constituíssem, por si só, um óbice à efetivação dos direitos humanos.

Trazendo tal disposição à gama de direitos homoafetivos, talvez uma das maiores demonstrações da aplicação desta temática que nos pode servir de exemplo no ordenamento brasileiro é a decisão favorável da Suprema Corte proferida no ano de 2011, no voto do Ex-ministro Carlos Ayres Britto na ADI nº 4277/DF, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo, amparando suas razões à luz de preceitos constitucionais inseridos nos direitos humanos:

[...] 12. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

Depreende-se, portanto, que o sentido de igualdade à questão homoafetiva é promover o bem social, não restringindo direitos por tratar-se de situação não regulamentada. Resta claro que inexiste um parâmetro expressamente legal a ser visualizado, entretanto, torna-se de fácil compreensão assimilar que todos, homoafetivos ou não, possuem o direito irremediável à tal igualdade jurídica, isto é: ainda que não se tenha positivado direitos específicos ligados à indivíduos homoafetivos, por exemplo, extraí-se da vedação à discriminação sexual a finalidade protetiva da norma constitucional a todos os indivíduos, fazendo nascer direitos igualitários.

Percebe-se, com base no arcabouço jurisprudencial, que tal elementar da dignidade humana desencadeia, por parte da doutrina e jurisprudência, na descoberta de elementos implícitos intrinsecamente ligados à dignidade, fazendo com que as necessidades sociais sejam interpretadas não de forma restritiva, mas, sim, extensiva. Alcançando a compreensão

ao direito à igualdade traduzido na dignidade humana para o bom convívio em sociedade, interpretando as normas a favor de todos os seus indivíduos indistintamente, logo presenciamos a verdadeira dignidade sexual como um direito constitucional de todos, corrente que a autora Maria Berenice Dias (2007, internet) defende ferrenhamente.

Analisemos o ponto de vista que se denota com base nesse reconhecimento: não se apoia, defendendo a igualdade constitucional, a prevalência de um tipo social único como outrora se obtinha como parâmetro/regra – homem, heterossexual, branco, etc. Passa-se a admitir uma pluralidade que sempre fora existente, também detentora de direitos e deveres como os demais indivíduos em sociedade, que certamente podem desempenhar sua sexualidade à seu modo – sendo heterossexual, homossexual, bissexual, etc. – sem que tal característica do indivíduo o impeça do convívio em sociedade ou mesmo o considere não merecedor de direitos moldados à sua realidade.

Não se pretende, com base desse resgate de importantes elementos contidos nos princípios, prevalecer uns princípios à outros, que é a discussão doutrinária gerada por parte de alguns autores, mas buscar efetivar os direitos existentes desapercebidos pela interpretação do próprio aparato constitucional brasileiro.

Maria Berenice Dias (2007, internet) ressalta um ponto crucial em algumas de suas discussões sobre identidade e gênero, trazendo uma base principiológica farta a fim de corroborar os direitos homoafetivos, incluindo-se o direito à homoafetividade como um direito da personalidade:

[...] O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluída entre os direitos de personalidade, precípua mente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. [...].

A compreensão que se extrai da dignidade sexual nada mais é do que a positivação da afirmação da existência do pluralismo sexual numa sociedade. A sexualidade, nesta perspectiva, integra o que ela realmente representa: uma característica do indivíduo, a essência humana pela qual o completa e o faz sentir digno perante os demais.

Nesse sentido, Jimena Furlani (2009, p. 302) reproduz a *Declaração Dos Direitos Sexuais* diante do contexto sócio político, documento que inspirou o constituinte ao tratar sobre a dignidade humana em nosso ordenamento, o qual vem a reafirmar a importância da sexualidade no convívio social:

[...] Sexualidade é uma parte integral da personalidade de todo ser humano. Seu desenvolvimento total depende da satisfação de necessidades humanas básicas, quais sejam: desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho e amor. [...] *Os direitos sexuais são direitos humanos universais baseados na inherente liberdade, dignidade e igualdade de todos os seres humanos.* Uma vez que a saúde sexual é um direito fundamental, então a saúde sexual deve ser um direito humano básico. Para assegurarmos que os seres humanos e a sociedade desenvolvam uma sexualidade saudável, os direitos sexuais, a seguir, devem ser reconhecidos, promovidos, respeitados e defendidos por todas as sociedades de todas as maneiras. [...] (Grifamos)

Adquire-se, a partir disso, a dignidade sexual independentemente das tendências que sejam existentes em quaisquer indivíduos, passando a Carta Magna a enaltecer que o que é importante para o prisma constitucional não é a “característica” do indivíduo enquanto pessoa, mas sua posição de igualdade perante os demais. Com isso, nessa temática nasce abordagens pautadas necessariamente na razão pela qual se fortalece o texto constitucional em defesa dos seres humanos. Implementada tal garantia constitucional, conforme se esclareceu, ressalva-se indiretamente a importância da autoafirmação sexual como essência humana, pois, como bem assinala a Furlani, se faz mister a necessidade do indivíduo em realizar-se intimamente.

## **2 PODER PÚBLICO: A IMPLEMENTAÇÃO E DEFICIÊNCIAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ESCOLA PAUTADAS NA DISCUSSÃO DE IDENTIDADE E GÊNERO**

Apesar de identificarmos na legislação constitucional mostras favoráveis à discussão de identidade e gênero, propiciando a ampla discussão nos diferentes setores sociais, percebemos que determinados grupos são ignorados quando avaliamos a pauta estatal em promover determinadas políticas públicas. Dando enfoque especial à responsabilidade estatal em fomentar a educação aos indivíduos, inserindo certamente nesse contexto a informação para se combater deficiências sociais através da escola, conseguimos vislumbrar em meio a tais políticas públicas uma série de diferentes campanhas educativas, como por exemplo a abordagem preventiva às Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs), à AIDS e à gravidez, o uso da reciclagem e da destinação correta do lixo, a preservação do meio ambiente em suas mais diversas formas, dentre outras.

Analisando as temáticas propostas, pelo menos três delas envolvem em seu conteúdo a sexualidade. O incentivo contido seria para desenvolver basicamente dois fatores: o primeiro é da educação sexual como premissa para que se desenvolva a sexualidade de forma segura; a

segunda, que decorre da primeira, serviria justamente para, com base nessa educação, deixar com que indivíduos fiquem seriamente enfermos, onerando assim os custos na saúde.

Nesse contexto, observamos que apesar de inserir o Estado a temática da sexualidade no contexto escolar com o intuito preventivo, demonstra-se mais que satisfatoriamente que seus efeitos diante da coletividade se dá de forma positiva, alcançando a finalidade precípua de se despertar em crianças e adolescentes a conscientização, ainda que enfrentando diversas dificuldades em meio ao processo escolar. Em contrapartida, se nos atentarmos às possibilidades criadas pelo Poder Público de implantar campanhas preventivas pautadas na discussão de igualdade de gênero, que também envolve a sexualidade, e num maior investimento de informação à pluralidade sexual enquanto um fator latente em nosso meio, percebemos a total desatenção estatal nesse quesito.

É visível o poder de transformação que o Poder Público possui quando analisamos sua larga influência sobre o que disseminar na escola acerca de tais temáticas, visando sempre atenuar possíveis consequências negativas na sociedade brasileira. Contudo, se detalharmos as campanhas utilizadas no seio escolar, existe um elemento peculiar em todas as campanhas desenvolvidas: o prevalecimento de um parâmetro-regra visando a uma determinada orientação sexual, qual seja a heterossexual.

Diante do mesmo contexto preventivo à saúde e educação sexual, não conseguimos vislumbrar na escola uma atenção diferenciada à existência de outras sexualidades senão a heterossexual. É como se de certa forma todos aqueles indivíduos fossem obrigados a retirar do conteúdo ali veiculado, que envolve a heterossexualidade como regra, aquilo que se “amolda” à realidade de outras sexualidades. É nítida a falta de interesse da escola, e por conseguinte do Poder Público, em procurar informar ou dar a devida atenção à outras sexualidades. Tanto se nota esse comportamento em sociedade, que já se tem a tendência cada vez mais de se abordar questões assim em espaços dedicados a isso, dividindo as rodas de discussões na internet, fora portanto do contexto escolar.

De outra forma, se nos atentarmos às possibilidades criadas pelo Poder Público de implantar campanhas preventivas como as citadas anteriormente, percebemos que tal atitude do Estado faz com que a Escola ganhe uma conotação “unissocial”, onde se vê apenas uma forma de convívio. Sob esta ótica, a Escola além de uma instituição educacional, seria também propriamente uma instituição política – uma vez que dela se origina e fortifica uma série de conceitos e pré-conceitos – sendo uma via *crucis* para auxiliar o início de uma nova concepção de conscientização e respeito à pluralidade sexual a reformulação de tais métodos

bem como a junção da importância constitucional à igualdade a todos os indivíduos. Vê-se que o intuito precípua é instaurar as garantias constitucionais asseguradas à igualdade efetivamente e não retirar, modificar ou extinguir direitos.

O que se tem observado por parte do Poder Público – mais propriamente por parte do Governo Federal – é que tem cada vez mais adotado uma postura resistente acerca da temática sexual. Se extrai desse contexto uma gama de campanhas que sempre foram propostas pela comunidade LGBTTTS<sup>95</sup>, onde nunca antes fora dada a devida atenção, sendo muitas vezes os projetos propostos arquivados ou, quando analisados, rejeitados. A justificativa mais frequente a qual podemos presenciar é de que se está, de algum modo, se criando uma “apologia” acerca da homossexualidade.

Em razão desta enorme deficiência do Governo Federal, esclarece Paula Regina Costa Ribeiro (2009, p. 194):

[...] Nos níveis municipal e estadual já são mais de 90 municípios e 7 unidades da federação com leis que proíbem e punem pessoas jurídicas pela discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. *Esta estratégia de aprovação de leis anti-discriminatórias foi apresentada na década de 90, quando o movimento percebeu as dificuldades políticas para a aprovação da lei no plano federal. Assumiu então esta nova estratégia para fortalecer a luta pela lei nacional, acumulando forças, ao mostrar que vários municípios e estados vêm reconhecendo as demandas desta população.* (Grifamos).

Percebemos que, diante da realidade brasileira, o movimento que desencadeia os direitos homoafetivos surge, em verdade, de leis infra constitucionais – compreendidas em municipais e estaduais – as quais corroboram com o reconhecimento de, pelo menos, encarar a homofobia como uma forma de discriminação. Mesmo constatando tal peculiaridade da legislação, não raro ocorre de verificarmos que muitas vezes essas legislações são objetos de discussões judiciais – seja por parte de setores conservadores da sociedade, seja pela investidura de algumas autoridades públicas – o que resulta num verdadeiro óbice às legislações pautada na defesa da violência contra homossexuais.

A fim de ilustrarmos tal realidade, observemos alguns trechos da decisão proferida na ADI nº 2963716220118260000 SP, de relatoria do Sr. Desembargador Artur Marques, no ano de 2012, pelo Órgão Especial do TJ/SP:

[...] 3. Ainda que se entendesse como legítima a *ratio* eleita pelo Legislativo Municipal, qual seja, impedir a veiculação de material que estimulasse determinado comportamento, a lei não traz qualquer delineamento do que seria *material que possa induzir a criança ao homossexualismo*. Esse

---

<sup>95</sup> Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e Simpatizantes.

defeito, longe de ocasionar a ineficácia da norma, termina por ampliar os poderes das autoridades municipais, as quais estariam então autorizadas a selecionar livros, informes, vídeos, conteúdos programáticos a serem ministrados nas escolas municipais, mediante apreciação subjetiva e aberta quanto ao suposto potencial de *induzir ao homossexualismo* (sic). Patente, portanto, a ofensa ao princípio da razoabilidade. (Grifamos).

Com enfoque à argumentação utilizada pelo Poder Público – nesse caso o município – se demonstra o quanto difícil é, por vezes, fazer interpretar por Ele a sexualidade ainda como algo inerente ao ser humano, ou até mesmo reconhecer que a violência ou as formas de discriminação é algo efetivamente prejudicial à sociedade como um todo. Diante tais jurisprudências, neste caso presente o Estado enquanto Poder Executivo, analisamos a consideração de tais projetos que envolvam a homossexualidade na escola como uma “apologia” ao comportamento homossexual, como relatado nos trechos da decisão.

Tais questões muitas vezes são embasadas com sentido evasivo, inócuo, utilizando direitos constitucionalmente assegurados para dar margem, muitas vezes, a preconceitos e convicções contrárias não amparadas constitucionalmente. Por isso, cada vez mais observamos posicionamentos do Poder Judiciário inclinando-se ao reconhecimento de tais questões antes mesmo de positivar a matéria pelo Poder Legislativo – Câmara e Senado Federal – uma vez que muitos dos projetos e pautas que envolvem avanços aos homoafetivos não têm segmento e a atenção necessária claramente em razão do grande preconceito que assola a sociedade em relação a indivíduos homossexuais.

## **6 HOMOFOBIA: CONCEITO E SUAS CAUSAS NO CONTEXTO SOCIAL, AS INFLUÊNCIAS DESPONTADAS NAS ESCOLAS E SUAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES**

Primeiramente, conceitua-se Homofobia, na definição de Roger Raupp Rios (2009, p. 54), como sendo uma forma de preconceito cuja consequência pode resultar na discriminação à indivíduos homossexuais. Se observa também com uma certa frequência que em meio aos noticiários e discussões sociais acerca do tema, existe a utilização do termo como “a aversão a todo e qualquer indivíduo cuja sexualidade destoe da sexualidade heterossexual”.

O termo na presente pesquisa se trata, então, à caracterização do assédio – físico ou moral – à homossexuais – homens ou mulheres – conceituação que decorre desde os estudos de Freud (apud RIOS, 2009), onde se relaciona o sentimento de angústia ao indivíduo homossexual ou à homossexualidade em geral. A razão de ser da homofobia estaria contida num complexo conjunto de fragmentos sociais que perduram ao longo de séculos em

diferentes tipos de sociedade, sendo tal objeto estudo das ciências sociais em suas mais diferentes vertentes.

Nos escritos de Michel Foucault (1999, p. 33), é notória que a predominância da influência de certos fatores na problemática homofóbica se dão pelo que se entende por moral e seus valores. A fim de ilustrar, elucida o Autor:

[...] Conhece-se a ambiguidade dessa palavra. Por “moral” entende-se um conjunto de valores e regras de ação propostas aos indivíduos e aos grupos por intermédio de aparelhos prescritivos diversos, como podem ser a família, as instituições educativas, as Igrejas, etc. Acontece dessas regras e valores serem bem explicitamente formulados em uma doutrina coerente e em um ensinamento explícito. [...] Com essas reservas pode-se chamar “código moral” esse conjunto prescritivo. *Porém, por “moral” entende-se igualmente o comportamento real dos indivíduos em relação às regras e valores que lhes são propostos: designa-se, assim, a maneira pela qual eles se submetem mais ou menos completamente a um princípio de conduta;* pela qual eles obedecem ou resistem a uma interdição ou a uma prescrição; pela qual eles respeitam ou negligenciam um conjunto de valores; [...]. (Grifamos).

Através do ponto vista foucaultiano, percebe-se que em decorrência de fortes traços tão presentes em nossa sociedade, influenciado por diferentes grupos que “ditam” um regramento explícito de conduta, se chegou ao aperfeiçoamento de tais conceitos. De tão arraigada à cultura, os elementos que constituem essa moral estaria avançando e sendo disseminado no preconceito contra indivíduos homossexuais, que desenvolvem um caráter próprio ao longo dos estudos sociológicos.

Observando a homofobia enquanto estudo social, constatou-se em sua essência um fato que servia de exclusão de indivíduos por não integrar o “padrão social sexual”, fato o qual foi denominado de “heterossexismo”. Para Borillo (*apud* RIOS, 2009), o heterossexismo – também chamado de heteronormatividade – seria a imposição da heterossexualidade como regra, subsidiando tal fenômeno o discurso homofóbico em suas mais variadas vertentes. Assim enaltece Rios (2009, p. 63):

[...] A homofobia antropológica, por fundar-se na crença de que a evolução das sociedades caminha rumo à consagração da conjugalidade heterossexual monogâmica, vê na homossexualidade o risco e a manifestação da desintegração da sociedade e da civilização. Já a “homofobia liberal”, por considerar as manifestações da homossexualidade matéria estritamente privada, não provê homossexuais de proteção jurídica no espaço público, considerando este domínio natural e exclusivo da heterossexualidade. A “homofobia stalinista”, por reputar comportamentos homossexuais como um sintoma da decadência moral capitalista, promoveu, em nome do “humanismo proletário”, a condenação da homossexualidade. Por fim, a “homofobia nazista”, preocupada com a expansão da população ariana e a

supremacia alemã, valeu-se de bases biológicas e morais para condenar e conduzir pelo menos 500.000 homossexuais à morte nas prisões.

A abordagem acerca da conceituação da homofobia no ponto de vista social e científico demonstra que o heterossexismo, influenciado pelo que se entende por moral, serve de subsídio para as formas homofóbicas, e por integrar um complexo conjunto de vivências em sociedade, tal processo colaborou na verdadeira estigmatização do homossexual ao longo de séculos, fazendo com que tal concepção fosse cada vez mais entendida como inapropriada pelos indivíduos em sociedade.

O heterossexismo, portanto surge como fonte crucial para a análise na realidade escolar, assim como o é utilizado por Borrillo (apud RIOS, 2009) no sentido sociológico. Para o autor, tal compreensão, por certo, enquadraria nos parâmetros jurídicos a fim de criar legislações pautadas em inibir tal comportamento e enaltecer, assim, todo e qualquer direito ao reconhecimento da existência plural da sexualidade.

### **3.1 Omissão escolar no contexto homofóbico: as consequências como incentivo à violência ao diferente**

Por constituir a homofobia uma forma de preconceito, seus meios de análise no ponto de vista jurídico são um tanto sensíveis, como podemos perceber anteriormente, pois mesmo identificados seus resultados, traduzidos na violência a um grupo social, ainda é traço muito arraigado à cultura brasileira enxergar que a intolerância à homossexuais é algo aceitável, e que inibir a atitude dos indivíduos que possuem tal sexualidade constitui uma espécie de “direito social implícito” .

É como se em dado momento não se conseguisse vislumbrar na intolerância o erro – a causa em si. Para a homofobia, então, a possibilidade de manifestação de uma sexualidade diversa da heterosexual em ambientes públicos, ainda que de forma amena, é quase nula. Tais influências condensaram, transformando-se em diversas vertentes nas diferentes sociedades do planeta, manifestando-se em religiões, instituições políticas, tornando traços culturais, etc.

Neste aspecto, trazendo a atenção à realidade escolar brasileira, as instituições de ensino também devem ser consideradas um espaço onde se partilha do convívio humano, e sendo uma forma de convívio nos parece evidente que tais elementares encontram-se inseridas em seu contexto. Diante da existência de tal fenômeno na sociedade, as causas que

conseguimos visualizar no contexto escolar é um tanto translúcidas: uma vez que decorre do Poder Público a iniciativa já abordada para que seja possível encaminhar questões homoafetivas para a sala de aula, abordar a homossexualidade ou qualquer uma outra forma de sexualidade que se mostra anormal à coletividade tem-se demonstrado um grande desafio.

Em consonância com tais acontecimentos, Rogerio Diniz Junqueira (2009, p. 14) é quem melhor define a escola brasileira quando relacionada à homofobia:

[...] Ao longo de sua história, a escola brasileira estruturou-se a partir de pressupostos fortemente tributários de um conjunto dinâmico de valores, normas e crenças responsável por reduzir à figura do “outro” (considerado estranho, inferior, pecador, doente, pervertido, criminoso ou contagioso) todos aqueles e aquelas que não se sintonizassem com o único componente valorizado pela heteronormatividade e pelos arsenais multifariamente a ela ligados – centrados no adulto, masculino, branco, heterossexual, burguês, física e mentalmente “normal”. (Grifamos)

Visualiza-se, portanto, na escola, seja ela pública ou particular, elementos próprios derivados de velhas instituições sociais o qual faz prevalecer ideais heterossexistas. O Autor demonstra ainda, de forma simplista e concisa, que o fato da escola encarar o “estranho” como algo abominável nos serve amplamente de base negativa para que cada vez mais se criem na escola diversas incompreensões acerca de determinados aspectos, dentre eles as questões de identidade e gênero.

Uma das causas principais para que se conceba tais incompreensões e verdadeiros entraves contra a pluralidade sexual se dá pela prevalência de características “padronizadas” – cores distintas para ambos os sexos, brinquedos e personagens específicos para meninos e meninas, dentre outros – ou até mesmo por ainda proporcionar a escola metodologias defasadas, fazendo com que de forma constante tais “estranhos” perdurem no convívio social.

Evidentemente, a omissão da escola e suas respectivas disciplinas escolares não assumem qualquer responsabilidade diante de tais circunstâncias. A partir desse momento, conseguimos extraír do contexto escolar uma das primeiras impressões para a necessidade de uma reformulação em seus métodos de aprendizagem: assumir efetivamente a sua importância no processo social.

A real carência dessa percepção se dá pelo fato de que a escola deve reconhecer e ser reconhecida como uma forma de convívio humano, senão uma das primeiras formas de interação do indivíduo com a coletividade e com as ciências, existindo em sua conjuntura

regras de conduta e de aprendizagem que não interfiram de forma negativa no comportamento da criança e do adolescente.

Percebemos, por exemplo, que durante o convívio escolar brasileiro sequer se observa um mínimo contato ou noção a respeito da existência de leis e regras jurídicas à igualdade de direitos na sociedade brasileira, e não raro ocorre o estímulo a uma vastidão de discursos ostensivos entre os próprios discentes, pois, corroborada com a dificuldade da escola em fomentar tais discussões de maneira pacífica, esta acaba por não permitir o conhecimento acerca de determinados assuntos.

Nos dizeres de Fernando Seffner (2009, p. 129), a escola brasileira – com ênfase do Autor à escola pública – é dependente de uma série de variáveis e de influências que tentam englobar o máximo de procedimentos diretos e indiretos, sendo muitas vezes tais fatores determinantes para atenuar ou agravar fatores de exclusão social como um todo.

A fim de ilustrar tal temática no contexto pedagógico, Seffner (2009, p. 130) esclarece:

[...] Nós professores precisamos reconhecer que fomos formados por um pensamento pedagógico que nos faz olhar para uma turma de alunos, e começar a retirar de dentro dela tudo o que em princípio “atrapalha”: aquele aluno ali que vive bagunçando poderia ser expulso; aquela aluna que engravidou tomara que saia da escola, porque senão vai atrapalhar, vai exigir cuidados especiais; alunos cegos ou surdos, nem pensar em estar na minha sala de aula, atrapalham demais; como vou criar atividades levando isso em conta e ainda atender aos “normais”; alunos com deficiência mental não podem estar junto com os demais, serão fatalmente motivo de gozação e piadas; aqueles que já “descobriram” sua sexualidade constituem um perigo junto aos que ainda não a descobriram, e devem então ser separados. [...] (Grifamos).

Observamos que dentre muitas das deficiências encontradas na escola, aquelas que impossibilitam a discussão da questão da pluralidade sexual num primeiro momento é o fato da escola não estar receptiva às temáticas de identidade e gênero.

Discorrendo em noções básicas, segundo o autor, como se utiliza na metodologia de ensino de um meio interpessoal para que se transmita as lições pretendidas, e impreterivelmente neste processo assomam circunstâncias um tanto relativas à vivências, como por exemplo convicções e crenças do educador, muitas vezes se identifica grande presença de pré-conceitos e visões negativas acerca do que se está tentando transmitir aos discentes.

Nos deparamos, portanto, diante de uma outra problemática: como lidar com a capacitação de profissionais para o enfrentamento de tais questões? Sim, pois, como próprio assinala o autor, a formação de profissionais da educação mantém como premissa à ordem em sala de aula rechaçar problemáticas escolares como principal solução. Aduz Seffner (2009, 130):

[...] Não se trata de pedir ao professor que esqueça seus valores, e abrace os da nova geração, tornando-se então um “professor moderno” ou uma “professora avançada”. Também não se trata de querer que os alunos vivam segundo os valores em que fomos criados, repetindo na sala de aula frases do tipo “no meu tempo não tinha essa sem-vergonhice toda”, ou “no meu tempo a gente se respeitava”. Nenhum destes extremos é possível, e nem desejável. *O ideal é que se estabeleça um diálogo produtivo entre o conjunto de valores e os códigos morais e éticos da professora ou do professor, e o conjunto de valores dos alunos que, por vezes, em ambos os casos, podem ser bastante variados.* (Grifamos)

A proposta que se pretende utilizar é de certa forma introduzir aos educadores uma oportunidade de “afastar” suas convicções em meio ao processo educativo, ressaltando no contexto escolar justamente a disseminação de conteúdos pautados em como lidar com tais conflitos.

Aliás, o que o Autor demonstra é justamente esta ideia: de que os educadores não sejam algozes por prevalecer suas convicções pessoais ou exclusivamente a dos discentes como absolutas em sala de aula, mas que se utilizem de práticas pedagógicas visando atenuar tais conflitos, diferentemente do que ocorre atualmente, cujo objetivo não é propriamente resolver o problema, ou arranjar meios de lidar com ele, mas identifica-lo e omitti-lo/exclui-lo sob qualquer circunstância.

Mesmo porque a visão atual e a forma como se atua na escola é justamente num sentido de não haver compreensão ou meios de saber lidar com questões conflitantes. A escola – principalmente a pública – por si só não se sente preparada ou capaz para oferecer treinamentos, estudos, pesquisas, investir em docentes especializados ou algo em prol de tais atritos, pois, como já salientado, o próprio docente na realidade brasileira vivencia grande dificuldade no exercício de sua profissão.

Obviamente, tal atitude além de não propiciar um espaço igualitário, de respeito às diferenças, enseja cada vez mais um problema crônico numa sociedade que cada vez mais omite e ignora os problemas que decorrem das diferenças.

### **3.2 A consciência educacional da pluralidade sexual e as possíveis soluções na escola à homofobia**

A partir disso, acrescentamos aos elementos sugeridos pelo autor como solução – a Ética de conduta para lidar com tais problemáticas – as noções constitucionais inerentes à pessoa, as quais ressaltamos as já tratadas inicialmente – a dignidade e a igualdade – acrescendo-se àquelas a liberdade, a fim de se conseguir dirimir boa parte dos atritos encontrados e servir de política inclusiva tanto às questões de identidade e gênero como a questões raciais, físicas, etc. O motivo pelo qual se acresce a liberdade seria mais propriamente para demonstrar que todos os princípios são harmônicos entre si e a existência de um não serve para anular outros princípios, de modo que tal noção nada mais é do que as disposições constitucionais vislumbradas na Carta Magna.

Como bem assinala Dias (2007, internet), a consciência que se cria no indivíduo acerca da igualdade em direitos e a liberdade são dois elementos cruciais para uma melhor compreensão de uma coletividade.

O fato de serem atualmente elementos confrontantes no seio social só vem a afirmar que precisam ser entendidos pela sociedade para que se possa haver o progresso social embasado nas disposições constitucionais:

[...] de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.

Consonante a esta realidade, se por um lado tem sido cada vez mais crescente as lutas sociais dos grupos minoritários por políticas de inserção nos direitos a eles inerentes, por outro, a atitude de colaborar de forma eficaz à educação e à consciência do papel de todos os indivíduos – sejam homossexuais, transexuais, heterossexuais, etc. – estaria cada vez mais fomentando como uma melhor forma de moldar os parâmetros da liberdade estabelecida no texto constitucional, pois mesmo sendo esta liberdade uma questão paradoxal e desprovida por vezes de conceitos exatos, suas vertentes jamais serviriam de base para negar a existência de indivíduos ou parcelas sociais, bem como os direitos a eles inerentes.

Num primeiro momento, a ideia de constitucionalizar alguns meios pedagógicos parece algo um tanto quanto precipitado ou uma forma de jurisdicionarizar a pedagogia.

Contudo, o que se busca efetivamente não é mostrar aos alunos no seio escolar as normas, as leis, suas conjecturas e princípios, mas o sentido prático de igualdade de direitos, traduzidos no respeito aos demais indivíduos e a importância de viver em sociedade com as diferenças de todos os gêneros – físicas, sociais, sexuais, etc.

Resgata-se desse contexto constitucional a real importância da escola na vida de crianças e adolescentes, resgatando do seu papel o dever primordial de mostrar e conscientizar acerca das diferenças de gênero e de identidade, o que implicaria como consequência positiva em cada vez mais a tolerância ao diferente, bem como sempre cultivar nos indivíduos a ideia de que não se deve inibir a sua presença pelas diferenças mas, sim, compreendê-la da melhor forma possível.

Desta feita, demonstrar tais elementos é algo possível e passível de aplicabilidade quando vemos disciplinas de conduta na grade escolar que ajudam na formação do indivíduo – a Sociologia e a Ética, por exemplo. A efetividade, portanto, demonstra ser mais propriamente uma responsabilidade dos direcionamentos da Educação – o Estado – o qual seria um dos grandes responsáveis para que se alcançasse tal aplicação constitucional e a importância do despertar de tal consciência à educação brasileira como um todo.

## CONCLUSÃO

Ainda que notadamente louvável o esforço constituinte com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual proporciona tecnicamente a efetividade de um Estado Democrático de Direito, sua promulgação demonstrou-se uma grandiosa solução às minorias, fomentando ricos discursos amparados em princípios constitucionalmente legítimos – tais como o direito à igualdade, a liberdade, etc. – e garantindo a criação de direitos pautados na dignidade humana como fonte principal do ordenamento brasileiro.

A esperança de uma prosperidade legislativa logo foi instaurada, esperando-se o início de um ciclo que servisse de quebra à paradigmas sociais e se estimulasse tanto a criação de novos direitos como também sua real efetividade. Cada vez mais foi posto em xeque, portanto, tais garantias, e o acervo constitucional foi discutido nos três Poderes, visando tornar possível refletir as disposições constitucionais em nossa sociedade. Ainda que tal debate se tenha dado na esfera jurídica em sua maior parte, o grande empenho da comunidade

LGBTTS em alçar o progresso em relação ao cenário legislativo fez perceber uma gama de óbices criados pelo Poder Público à sua real efetivação.

As duas casas legislativas seriam, na atualidade, dois dos maiores óbices à positivação de novos direitos a indivíduos homossexuais no Brasil – sejam direitos civis, sejam projetos de conscientização, dentre outros – e se tem sentido com tal omissão as verdadeiras consequências no convívio em sociedade: indivíduos cada vez mais intolerantes às diferenças sexuais, uma maior incompreensão por parte de Autoridades do Poder Público à criação de novos direitos a homossexuais, etc. Em presenciando tal inconformismo tão arraigado à cultura, passamos a visualizar os mais diversos efeitos sociais danosos, dentre eles a violência moral/física a homossexuais – a homofobia – problema que se tem cada vez mais vitimado prematuramente jovens e adultos.

Como se pôde avaliar, a homofobia é motivada por um complexo conjunto de fatores na esfera social – religião, raça, ideologia, etc. – que imprime na figura de indivíduos homossexuais a discriminação em sua vertente mais extremada, fazendo com que sejam violados direitos constitucionais como um todo em nome de “costumes” ou regras socialmente impostas – como o heterossexismo – sendo este para a Sociologia, sem dúvida, a razão de ser da homofobia em sua mais ampla acepção. Nesse sentido, enxergando na sociedade as diferentes formas de convívio humano e analisando aquelas as quais possivelmente inibiriam condutas homofóbicas, conseguimos visualizar as instituições de ensino na linha tênue entre a solução e a deterioração de tais reflexões constitucionais.

Primeiramente por se tratar de um espaço pedagógico, cujas primeiras impressões se dão de forma bastante abruptas, a escola seria na verdade uma forma conjunta de aliar regras de conduta, científicas e educacionais à princípios constitucionais inerentes a todos os indivíduos, servindo portanto à coletividade como um “filtro social”, colaborando assim para a disseminação de preconceitos e de violências dele originadas.

Um dos principais desafios que conseguimos visualizar seria o grande abismo criado pela escola atualmente em tentar solucionar as grandes diferenças nela existentes. Não existe uma conduta apropriada por parte de docentes para lidar com discentes que apresentem as diferenças numa sala de aula, e se torna muito fácil diante desse contexto visualizarmos que em meio às tentativas de solucionar as diferenças, as convicções pessoais ganhem conotação impositiva, mais por parte dos educadores, fazendo com que concepções ignorantes sirvam de estímulo e embasamento para crianças e adolescentes.

É inevitável durante esse processo perceber que, além dos educadores e suas convicções, existe claras influências do contexto familiar na escola. Entretanto, nos cabe enxergar a escola como um campo de regras cuja vivência se converte na transformação gradativa de indivíduos: não seria transformar num exército de normas rígidas ou mesmo num centro de estudos ao Direito Constitucional avançado, mas imperar na escola regras de conduta éticas e constitucionais aos educadores, de forma que tais regramentos pudessem surtir efeito direta ou indiretamente nos discentes, fazendo com que se pudesse despertar um mínimo de consciência e reflexão para uma maior tolerância em relação a outros indivíduos.

Com isso desencadearia formas mais familiarizadas para se introduzir temáticas homossexuais, uma vez que além da escola conseguir a partir desse momento visualizar as diferenças e seus possíveis métodos para solucioná-las, ao contrário do que existe atualmente – onde as diferenças merecem ser execradas do convívio escolar e não compreendidas – possivelmente se criará uma nova etapa para a compreensão das questões de identidade e gênero no seio escolar, contribuindo assim para uma sociedade mais tolerante e compreensiva.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Teoria dos Direitos Fundamentais, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal**. Min. Relator: Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2963716220118260000/SP**. Órgão Especial. Relator: Desembargador Artur Marques. Sessão 01/08/2012. Disponível em: <[http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/acao/61\\_\\_15caabf0da6396096e0c028634a1e80a.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/acao/61__15caabf0da6396096e0c028634a1e80a.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2015.

COSTA, Paula Regina (org.) et al; Ambientalização de Professores e Professoras Homossexuais no Espaço Escolar. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz (org.). **Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas**. Brasília. MEC, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual.** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/53\\_-liberdade\\_de\\_orienta%20 Sexual\\_na\\_sociedade\\_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/53_-liberdade_de_orienta%20 Sexual_na_sociedade_atual.pdf)> Acesso em: 09 mar. 2015.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade.** O uso dos prazeres. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FURLANI, Jimena. **Direitos Humanos, Direitos Sexuais e Pedagogia Queer:** o que essas abordagens têm a dizer à Educação Sexual?. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz (org.); **Diversidade Sexual na Educação:** problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília. MEC, 2009.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia nas Escolas: um problema de todos. In: \_\_\_\_\_. (org.). **Diversidade Sexual na Educação:** problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília. MEC, 2009.

\_\_\_\_\_. **Diversidade Sexual na Educação:** problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília. MEC, 2009.

RIOS, Roger Raupp. Homofobia na Perspectiva dos Direitos Humanos e no Contexto dos Estudos sobre Preconceito e Discriminação. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz (org.); **Diversidade Sexual na Educação:** problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília. MEC, 2009.

SEFFNER, Fernando. Para pensar as relações entre religiões, sexualidade e políticas públicas: proposições e experiências. Disponível em: <[www.sxpolitics.org/.../2009/.../religiao-sexualidade-e-politicas-publicas-f](http://www.sxpolitics.org/.../2009/.../religiao-sexualidade-e-politicas-publicas-f)> Acesso em: 20 abr. 2014.

**A ACESSIBILIDADE E A QUEBRA DE BARREIRAS COMO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL E O SEU ACESSO A APARELHOS CULTURAIS<sup>96</sup>**

Helder Pereira Torres Filho  
Ex- aluno Cesmac

**RESUMO:** *O artigo ora apresentado tem como objetivo geral verificar se o direito ao acesso aos bens culturais (por parte das pessoas com deficiência visual) vem sendo garantido, de modo especial a partir da disponibilização de recursos de acessibilidade como a audiodescrição. Trata-se de um estudo bibliográfico o qual teve como escopo ir em busca do seguinte questionamento: O direito ao acesso aos bens culturais – por parte das pessoas com deficiência visual –, através da disponibilização de recursos de acessibilidade como a audiodescrição vem sendo respeitado na atualidade? Ao final dos estudos realizado foi possível evidenciar que o direito a audiodescrição visando o acesso aos bens culturais por parte das pessoas com deficiência visual foi garantido tanto no corpo do texto da atual Carta Constitucional quanto no texto da Convenção sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência de 2009; porém, as pesquisas apontaram a existência do descumprimento do mesmo.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Aparelhos Culturais. Audiodescrição. Deficiência Visual. Quebra de Barreiras.*

**ABSTRACT:** *The article presented here has the general objective to verify the right to access to cultural goods (for people with visual impairments) has been granted, especially from the availability of accessibility features such as audio description. This is a bibliographic study which had the scope to go in search of the following question: The right to access to cultural goods - for people with visual disabilities - through the provision of accessibility features such as audio description has been respected in today? At the end of the studies, it was possible to show that the right audio description aimed access to cultural property by persons with visual impairments was guaranteed both in the text of the current Constitutional Charter when the text of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2009; however, the research pointed to the existence of the breach of it.*

**KEYWORDS:** *Cultural Appliances. Audio description. Visual Disability. Breaking Barriers.*

---

<sup>96</sup>Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso, em 2014, sob a orientação do Prof. Ms. Sérgio Coutinho.

## INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988 e a realidade dos denominados direitos sociais, os direitos fundamentais a cultura e ao lazer foram inseridos em nosso ordenamento jurídico. No entanto, tais direitos nem sempre são respeitados não só pela iniciativa privada como também pelos próprios órgãos públicos, os quais apresentam uma grande deficiência no sentido de implementar ações, além de fiscalizar se o que está posto no texto da lei vem realmente sendo cumprido.

Cumpre pontuar que partiu justamente destas reflexões preliminares a motivação para construção deste trabalho o qual teve escopo ir em busca do seguinte questionamento: O direito ao acesso aos bens culturais – por parte das pessoas com deficiência visual –, através da disponibilização de recursos de acessibilidade como a audiodescrição vem sendo respeitado na atualidade?

Duas hipóteses foram lançadas com o intuito de responder a problemática em epígrafe. Foram elas as hipóteses: a de que o direito ao acesso aos bens culturais por parte das pessoas com deficiência visual não vem sendo respeitado, de modo especial em face a ausência de recursos tecnológicos de acessibilidade como a audiodescrição e a de que o direito ao acesso aos bens culturais por parte das pessoas com deficiência visual vem sendo realmente respeitado.

Por todas as considerações até aqui dissertadas, pode-se inferir que o desenvolvimento do estudo que ora se apresenta não só se mostra relevante, mas também favorável para a aquisição de conhecimentos que são de relevante importância não só para os acadêmicos do curso de Direito como também para todos aqueles em que a temática vier a interessar.

Este trabalho de cunho bibliográfico tem como objetivo geral verificar se o direito ao acesso aos bens culturais (por parte das pessoas com deficiência visual) vem sendo garantido, de modo especial a partir da disponibilização de recursos de acessibilidade como a audiodescrição.

### **1 DEFICIÊNCIA: ASPECTOS GERAIS**

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE apontou em seu último Censo (o qual foi realizado em 2010) que aproximadamente 45,6 milhões de pessoas (o que

correspondia na época a 23,90% da população brasileira) possui algum tipo de deficiência, dentre as quais se pode citar a auditiva, visual, física ou motora e mental ou mesmo intelectual. Vale salientar que desde total 26,5% são mulheres e 21,2% homens.

É oportuno esclarecer, ainda, que do total de pessoas com deficiência 18,60% delas possui algum grau de deficiência visual, sendo este um dos objetos de estudo deste trabalho. No gráfico 1 ilustrado a seguir é possível observar que quando comparada as demais deficiências, a visual é a que mais se destaca, pois do total de pessoas com deficiência acima descrito, 7% delas possui deficiência motora, 5,10% auditiva e apenas 1,40% mental ou intelectual, de acordo com dados do IBGE (2010).

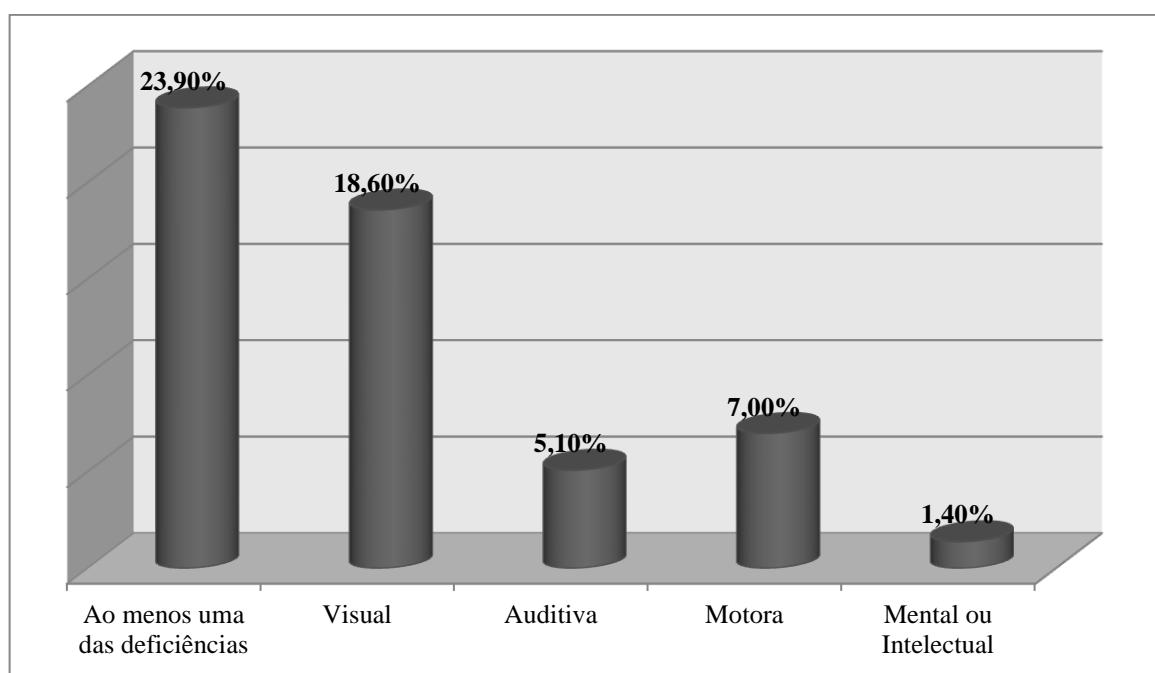


Gráfico 1 – Descrição dos percentuais referente ao número de pessoas com deficiência por em relação ao seu tipo

Fonte: Adaptado da Cartilha Censo - IBGE (2010, p. 6)

Ao analisar os estudos de Fávero (2004) foi possível perceber que a deficiência apresenta-se como uma significativa limitação a qual tanto pode ser auditiva, física ou motora, mental ou intelectual. Ainda de acordo com a autora supracitada, o indivíduo que possui algum dos tipos de deficiências acima descritos é muitas vezes reconhecido como uma pessoa incapaz, o que não é verdade, pois o mesmo possui apenas uma incapacidade para determinada atividade, a exemplo de andar, falar, ouvir, ver, entre outras, algo que não vem comprometer a realização de várias outras atividades, pois conforme leciona a autora “a incapacidade é uma consequência da deficiência que deve ser vista de forma localizada, pois não implica em incapacidade para outras atividades” (FÁVERO, 2004, p. 24).

Assegurando as mesmas ideias apresentadas por Fávero (2004), a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Pessoa Portadora de Deficiência, a Convenção de Guatemala, já internalizada pelo Decreto 3.956/2001 assim definia deficiência em seu art. 1º: “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.”

Como se pode observar, a definição acima delineada é bastante ampla, algo que se dá em razão da não explicação do quanto grave deve ser a limitação para que a deficiência venha a ser caracterizada, sendo assim, basta tão somente que haja limitação.

Visando trazer maiores conhecimentos em relação aos tipos de deficiências já elencados no corpo deste trabalho, apresentar-se-á na tabela 1 a seguir o que vem a ser deficiência auditiva, física ou motora e mental ou intelectual e visual.

Tabela 1 – Descrição e considerações em relação aos tipos de deficiências

Tipos	Características
Auditiva	Está relacionada à perda total ou parcial da sensibilidade de audição, podendo ela ser leve, moderada ou severa. Entre as principais dificuldades enfrentadas pelas pessoas com este tipo de deficiência estão: identificação de sinais sonoros e sensação de isolamento em relação ao entorno, podendo estar também vinculada a dificuldades na fala (GARCIA, 2008).
Física ou Motora	Refere-se a perda ou declínio da capacidade motora. Este tipo de deficiência envolve vários tipos de limitação motora, entre as quais se pode citar a amputações, hemiplegia, paraplegia, paralisia cerebral, malformação congênita e tetraplegia (FULGÊNCIO, 2007). Uma das principais dificuldades encontradas pelas pessoas com este tipo de deficiência é a de locomoção da mesma forma que existem muitas outras.
Mental ou Intelectual	Refere-se a uma inaptidão que traz consigo significativas limitações, “tanto no funcionamento intelectual como no comportamento adaptativo e está expresso nas habilidades sociais, conceituais e práticas. Essa incapacidade deve originar-se antes dos 18 anos de idade” (LUCKASSON <i>et al.</i> , 2002, p. 4). Entre as principais dificuldades encontradas na vida do indivíduo no dia a dia tem-se: as de compreensão de informações, podendo elas ser: escrita, oral ou mesmo através de símbolos.

## Visual

Entre as principais dificuldades enfrentadas pelas pessoas com este tipo de deficiência estão: em relação aos entornos não adaptados estão as dificuldades de mobilidade: identificação dos espaços e objetos, detecção de obstáculos (desníveis, buracos, elementos salientes, entre outros), determinação de direções e itinerários, além das de comunicação, quando a mesma só se dá de forma gráfica. Para sua mobilidade, estas pessoas fazem uso de modo mais específico dos sentidos da audição e tato. Outra dificuldade encontrada por estas pessoas está relacionada à ausência de equipamentos tecnológicos que possibilite o acesso aos mais variados bens culturais (a exemplo da audiodescrição), seja em teatros, cinemas, entre outros (GARCIA, 2008).

Fonte: Elaborado pelo autor a partir de informações extraídas de autores como Fulgêncio (2007), Garcia (2008) e Luckasson (2002)

Como visto na tabela 1 todo aquele que possui algum dos tipos de deficiências já mencionados apresentam em si uma determinada limitação, sendo assim não é totalmente incapaz, diferentemente da ideia errônea que muitos indivíduos têm a respeito.

Dissertadas essas considerações passemos a conhecer um pouco mais sobre o direito de ir e vir com ampla segurança (por meio da eliminação de barreiras de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação) que essas pessoas tem nos dias de hoje.

## 2 MARCO LEGAL

Na tentativa de trazer uma realidade de inclusão e assim alterar o cenário de exclusão e invisibilidade tão experimentado pelas pessoas que possui algum tipo de deficiência (a exemplo das já elencadas na seção anterior), foi criada a Lei Federal 10.098 de 19 de dezembro de 2000, lei esta que passou a ser regulamentada por meio do Decreto Federal de nº 5.296 de 2 dezembro de 2004.

A lei supracitada não só estabelece normas, mas também critérios básicos para que as pessoas que possui algum tipo de deficiência possam ter o direito de ir e vir com ampla segurança. Cumpre pontuar que a determinação de tais normas e critérios básicos se deu com o intuito de eliminar as “barreiras de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário

urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação”, conforme exposto no texto do art. 1º da lei 10.098/2000.

No que se refere especificamente aos deficientes visuais, a Lei 10.098/2000 estabelece, mais precisamente em seu art. 17, que cabe ao Poder Público promover a eliminação de qualquer tipo de barreiras de acesso à informação, comunicação, ao trabalho, à educação, transporte, esporte, lazer e aos bens culturais, sendo este último objeto deste estudo. O texto do artigo em comento elenca, ainda, que toda e qualquer barreira enfrentada pelas pessoas que possui algum tipo de deficiência deve ser eliminada por meio da implementação de técnicas e estabelecimento de mecanismos que possam dar acesso aos indivíduos já citados tudo o que aqui já fora explanado.

Eis o que o art. 17 da lei 10.098/2000 traz em seu texto sobre o acima descrito:

Art. 17. O Poder Público promoverá a eliminação de barreiras na comunicação e estabelecerá mecanismos e alternativas técnicas que tornem acessíveis os sistemas de comunicação e sinalização às pessoas portadoras de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação, para garantir-lhes o direito de acesso à informação, à comunicação, ao trabalho, à educação, ao transporte, à cultura, ao esporte e ao lazer.

Ainda neste sentido, o Decreto que regulamenta a Lei 10.098/2000 aponta em seu art. 5º que fica a cargo do Poder Público o incentivo a oferta de aparelhos televisivos que estejam equipados com recursos tecnológicos que possam, através de seu uso, permitir o acesso à informação às pessoas que possui tanto deficiência auditiva como visual. Cumpre esclarecer que entre tais recursos, o parágrafo único deste mesmo artigo assim os descreve: I – circuito de decodificação de legenda oculta; II – recurso para Programa Secundário de Áudio (SAP); e III – entradas para fones de ouvido com ou sem fio.

Art. 53. Os procedimentos a serem observados para implementação do plano de medidas técnicas previstos no art. 19 da Lei nº 10.098, de 2000, serão regulamentados, em norma complementar, pelo Ministério das Comunicações. (Redação dada pelo Decreto nº 5.645, de 2005)

§ 1º O processo de regulamentação de que trata o caput deverá atender ao disposto no art. 31 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

§ 2º A regulamentação de que trata o caput deverá prever a utilização, entre outros, dos seguintes sistemas de reprodução das mensagens veiculadas para as pessoas portadoras de deficiência auditiva e visual:

I - a subtitulação por meio de legenda oculta;

II - a janela com intérprete de LIBRAS;

III - a descrição e narração em voz de cenas e imagens.

Em face às considerações até aqui dissertadas é possível perceber que os instrumentos legais já mencionados colaboraram de forma relevante para que houvesse a ampliação do conceito de acessibilidade a comunicação, à medida que trouxe as pessoas cegas a opção da audiodescrição (a qual se refere a uma espécie de tradução de cenas em palavras), por meio de um canal secundário (canal sap) e as pessoas surdas a opção da legendagem de som, em *closet caption* e janela com língua de sinais, sendo nesta última as informações transmitidas por um intérprete de Libras.

Visando a quebra de barreiras em várias outras instâncias comunicacionais o legislador pátrio determinou no texto do art. 59 do Decreto 5.296/2004 que Poder Público apoiará:

Art. 59. Preferencialmente os congressos, seminários, oficinas e demais eventos científico-culturais que ofereçam, mediante solicitação, apoios humanos às pessoas com deficiência auditiva e visual, tais como tradutores e intérpretes de LIBRAS, ledores, guias-intérpretes, ou tecnologias de informação e comunicação, tais como a transcrição eletrônica simultânea.

É importante esclarecer que dois anos após a publicação do Decreto acima pontuado, ou seja, em 27 de junho de 2006, o Ministério das Comunicações publicou a portaria de nº 310, a qual passou a tornar obrigatório o acesso às programações das televisões abertas (através da audiodescrição para as pessoas que apresentam qualquer tipo de deficiência visual) em todo o território nacional. A portaria supracitada apontou que de início este tipo de acesso às programações deveria se dar com duas horas de duração e que o aumento deste número de horas deveria ser efetivado de forma progressiva, algo que efetivamente pouco se ver no contexto das programações de televisões abertas mesmo depois de passados sete anos da publicação da portaria em epígrafe.

Diante da publicação da portaria de nº 310, o Ministério das Comunicações concedeu as emissoras um prazo de carência de dois anos para que as mesmas se estruturassem no sentido de iniciar suas transmissões com o uso dos recursos tecnológicos já mencionados (a exemplo do uso dos recursos de legendagem oculta e da audiodescrição) e assim viéssem a atender a determinação fixada no texto da portaria em comento.

É oportuno ressaltar que uma nova portaria foi publicada pelo Ministério das Comunicações em 30 de julho de 2008 (portaria de nº 466) onde foi estabelecido o prazo 90 (noventa) dias para que as emissoras incluíssem a audiodescrição em seus programas.

Eis o que o texto da portaria de nº 466/2008 traz em seu texto sobre o aqui delineado.

O MINISTRO DE ESTADO DAS COMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, incisos II e IV, da Constituição,

Considerando que a Lei no 10.098, de 19 de dezembro de 2000, incumbe ao Poder Público promover a eliminação de barreiras na comunicação e estabelecer mecanismos e alternativas técnicas que tornem acessíveis os sistemas de comunicação às pessoas com deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação para garantir-lhes o direito, entre outros, de acesso à informação, à comunicação, à cultura, e ao lazer,

Considerando que o Decreto no 5.296, de 2 de dezembro de 2004, que regulamenta a mencionada Lei, alterado pelo Decreto no 5.645, de 28 de dezembro de 2005, estabeleceu a competência do Ministério das Comunicações para dispor, em Norma Complementar, acerca dos procedimentos para a implementação dos mecanismos e alternativas técnicas acima referenciados, determinando que esses procedimentos deveriam prever a utilização de subtitulação por meio de legenda oculta, janela com intérprete de LIBRAS e a descrição e narração em voz de cenas e imagens, Considerando que, além de investimentos, a implementação desses recursos de acessibilidade pelas exploradoras de serviços de radiodifusão de sons e imagens, nos termos do cronograma constante da Norma no 001/2006, aprovada pela Portaria no 310, de 27 de junho de 2006, requer mão-de-obra especializada em quantidade suficiente para atender a demanda do setor,

Considerando o requerimento apresentado pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT em que noticia ser a quantidade de profissionais especializados na produção

do recurso de áudio-descrção, existente atualmente no mercado nacional,

insuficiente para atender, nos termos do cronograma supracitado, a demanda do setor de radiodifusão de sons e imagens, e

Considerando ainda que, na busca de solução para a questão apresentada, o Ministério das Comunicações, em 23 de julho do corrente ano, promoveu reunião com representantes do setor de radiodifusão, do setor de produção de áudio-descrção, do Comitê Brasileiro de Acessibilidade e da União Brasileira de Cegos na qual obteve a garantia, dos representantes do setor de produção de áudio-descrção e do representante do Comitê Brasileiro de Acessibilidade e da União Brasileira de Cegos, de que a demanda requerida pelo setor de radiodifusão poderia ser atendida dentro do prazo de três meses com a formação de, aproximadamente, cento e sessenta profissionais com a qualificação exigida para a produção de áudio-descrção,

**RESOLVE:**

Art. 1º Conceder o prazo de noventa dias, contado da data de publicação desta Portaria, para que as exploradoras de serviço de radiodifusão de sons e imagens e de serviço de retransmissão de televisão (RTV) passem a veicular, na programação por elas exibidas, o recurso de acessibilidade de que trata o subitem 3.3 da Norma Complementar no 01/2006, aprovada pela Portaria no 310, de 27 de junho de 2006, ficando mantidas as demais condições estabelecidas no subitem 7.1 da mesma Norma.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

HÉLIO COSTA

Ao finalizar esta seção do estudo, cabe pontuar, ainda, que chegando justamente no período em que expiraria o prazo para que as emissoras incluíssem em seus programas os recursos já descritos, o então Ministro de Estados das Comissões da época – Ministro Helio

Costa, assinou uma nova portaria (portaria de nº 661) afim de que a anterior fosse suspensa, não revogando, no entanto, o previsto no texto do Decreto 5.296/2006 e seus demais dispositivos legais que asseguram o direito a acessibilidade comunicacional.

### **3 A ACESSIBILIDADE E A QUEBRA DE BARREIRAS COMO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL E O SEU ACESSO A APARELHOS CULTURAIS**

Em tempos de outrora, as pessoas que apresentavam qualquer que fosse o tipo de deficiência eram verdadeiramente rejeitadas, discriminadas e tratadas com ampla indiferença por parte daqueles reconhecidos como pessoas normais – pessoas que não apresentavam deficiência. Em função da já descrita indiferença, rejeição e discriminação, os familiares procuravam esconder os seus parentes (que tinham algum tipo de deficiência) das demais pessoas, algo que se dava não só por medo da exclusão social, mas também por vergonha dos mesmos.

Ao seguir este mesmo desiderato e trazendo outras enriquecedoras informações, Kilpp (2008, p. 70) afirma que:

As pessoas com deficiência talvez tenham sido as mais afetadas por preconceito religioso e discriminação social na história da humanidade. Elas eram, consideradas possuídas por um espírito maligno ou castigadas por Deus ou então julgadas pessoas fracas na fé porque não conseguiam a cura. Muitas famílias escondiam membros seus que tinha alguma deficiência por vergonha e medo do desprezo social.

Ao examinar os estudos realizados por Gorla (2005) foi possível evidenciar que foram reconhecidos quatro distintos estágios do desenvolvimento de atitudes em relação às pessoas que apresentam deficiência visual, estágios estes onde são percebidos inúmeros sofrimentos como também a conquista de direitos.

Gorla (2005) declara que no primeiro estágio – o da era pré-cristã (Antiquidade) –, as pessoas com deficiência visual sofriam os mais diferentes tipos de maus tratos e em muitos casos eram condenadas com a morte.

No segundo estágio – fase em que predominava o Cristianismo (Idade Média) –, a pena de morte cedeu lugar à segregação, sendo os sentimentos para com estas pessoas o de piedade e compaixão, vinculada a ideia de proteção.

No terceiro estágio – da era pós-Renacentista (século XVII a XIX) – foram surgindo algumas instituições que tinham como intuito ofertar uma educação, a parte, para as pessoas com deficiência visual. Ainda nesta fase, as pessoas que apresentavam deficiência visual passaram a ser tratadas como seres humanos, conforme exposto pelo autor acima citado.

Por último o século XX, é justamente o estágio onde são percebidos, de início, os primeiros movimentos com tendências a aceitar as pessoas com deficiência, além de inseri-las na sociedade (fase integradora), culminando até bem recentemente, com os mais variados programas de inclusão, programas estes que vem sendo aperfeiçoados mesmo que de forma gradativa.

Diante do até aqui dissertado é possível perceber que um longo e árduo caminho foi percorrido por todas as pessoas que foram acometidas pela deficiência visual, caminhos estes que deixaram uma marca histórica não só de muitas angústias, tristezas e exclusão, mas também de conquistas de direitos, a exemplo do acesso aos aparelhos culturais através de recursos tecnológicos como a audiodescrição, objeto deste estudo.

Autores como Ulbricht, Vanzin e Villarouco (2011) revelam que a audiodescrição surgiu pela primeira vez nos EUA em meados da década de 1970, a partir de estudos conduzidos por Gregory Frazier quando da realização de sua dissertação de mestrado.

Os anos foram se passando e a aplicabilidade deste recurso foi sendo expandida para outros países até que no final de 1990, o Brasil passou a ter o seu primeiro ensaio com o uso da audiodescrição, porém, a sua real consagração somente se deu a partir de 2003, quando houve o Festival Internacional de Cinema Assim Vivemos, segundo os autores acima mencionados.

A audiodescrição é uma importante tecnologia assistiva, de acessibilidade e inclusão social que favorece o entendimento e usufruto satisfatório de bens culturais não só por parte das pessoas com deficiência visual, mas também por parte das pessoas idosas, com dislexia e deficiência intelectual, segundo Motta (2008).

Lima e Mendonça (2013, p. 285) definem audiodescrição como sendo:

Audiodescrição é um recurso de acessibilidade que consiste na descrição clara e objetiva das informações compreendidas visualmente, mas que não estão nos diálogos: expressões faciais e corporais, ambientes, figurinos, efeitos especiais, mudanças de tempo e espaço, além da leitura de créditos, títulos e qualquer informação escrita na tela.

Já para o Ministério das Comunicações, a audiodescrição é entendida como:

A narração, em língua portuguesa, integrada ao som original da obra audiovisual, contendo descrições de sons e elementos visuais e quaisquer informações adicionais que sejam relevantes para possibilitar a melhor compreensão desta por pessoas com deficiência visual e intelectual (BRASIL, 2006, p. 4).

A audiodescrição contribui para que o indivíduo com deficiência visual possa receber as mais variadas informações que venham a ser veiculadas por meio de imagens no momento em que elas vão sendo apresentadas no evento (filmes, peças teatrais, entre outros).

Cabe esclarecer que uma das características definidoras da audiodescrição é a de que o audiodescriptor (pessoa que se faz como ponte para traduzir os enunciados audiovisuais em enunciados verbais no sentido de que as pessoas com deficiência visual possam auferir as informações apresentadas no evento) não deve esboçar a sua opinião em relação às imagens visuais que por ele estiver sendo vista, mas sim relatá-las de modo que as pessoas com deficiência visual possam ter a percepção de todo o evento por meio de imagens mentais.

Ao registrar este mesmo ponto de vista e trazendo outras informações a respeito da temática da audiodescrição, Alves (2012, p.2) afirma que:

A audiodescrição se configuraria em um enunciado verbal que acompanha e que comenta um enunciado audiovisual, convertendo-se em uma *contra imagem*, como forma de mediar a transcrição das imagens visuais em imagens mentais por parte das pessoas com deficiência visual, cujas diversas fases comportam um movimento responsivo (e responsável) de enunciação que procura assegurar, principalmente, para essas pessoas, uma participação ativamente responsável na atribuição de sentidos. Essa autonomia interpretativa perseguida pela audiodescrição gira em torno da narração objetiva daquilo que é visto.

Por todas as informações até aqui apresentadas é possível observar que a audiodescrição apresenta-se como um recurso de tecnologia assistiva, de inclusão social e de acessibilidade de relevante importância para as pessoas portadoras de deficiência, de modo especial as que possuem deficiência visual, uma vez que o mesmo colabora com a materialização de inúmeros direitos que são garantidos a toda população, a exemplo do acesso à informação, aos bens culturais e a comunicação.

Como visto no corpo deste trabalho, a audiodescrição é um direito que vem sendo garantido não só no corpo do texto da atual Carta Constitucional, mas também, de modo mais recente, pela Convenção sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência, que segundo Lima e Mendonça (2013) vigora nos dias hodiernos como Ementa Constitucional no

Brasil. Porém, é um direito que não vem sendo verdadeiramente respeitado, afrontando assim alguns dos hodiernos princípios constitucionais.

Esta afirmativa é também sustentada por Lima e Mendonça (2013, p.286) quando assim alegam:

Vivemos num país onde leis promotoras da dignidade humana são promulgadas, mas lamentavelmente nem sempre cumpridas, sendo frequentemente objeto de procrastinação por parte do próprio Poder Público para proteger grupos econômicos e/ou interesse de políticos proprietários de meios de radiofusão, em detrimento da dignidade inerente às pessoas humanas.

Ao finalizar esta seção do trabalho há que se alegar que muito pouco vale o reconhecimento formal de direitos para as pessoas portadoras de deficiência visual (a exemplo da garantia do direito ao recurso da audiodescrição enquanto acesso aos mais variados bens culturais) se eles não vêm acompanhados dos reais instrumentos para sua efetivação que aqui no caso específico se mostra como o direito a audiodescrição.

É bem verdade que de nada vale está posto no texto da lei que um cidadão é possuidor de direitos quando a ele não é na prática garantido.

## CONCLUSÃO

Chegada à etapa de conclusão deste trabalho há que se alegar que o mesmo trouxe ao pesquisador relevantes conhecimentos em relação à temática aqui abordada. Cumpre pontuar que tais conhecimentos serão indubitavelmente postos em prática ao longo da carreira profissional do pesquisador, pois foi visto no corpo deste estudo o amplo desrespeito ao cumprimento do direito de acesso (por meio de recursos tecnológicos como a audiodescrição) aos bens e serviços culturais por parte das pessoas que apresentam algum grau de dificuldade visual, desrespeito de direito este que inclusive não só se encontra posto no corpo do texto da atual Carta Magna como também no texto da Convenção sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência de 2009.

As pesquisas bibliográficas apontaram que nos dias hodiernos temos um importante número de pessoas (cerca de 45,6 milhões) com algum tipo de deficiência, podendo ela ser auditiva, visual, física ou motora, mental ou intelectual. Vimos neste estudo que quando comparada as demais deficiências, a visual é a que mais se destaca, pois conforme dados publicados pelo IBGE (2010), a mesma ocupa uma fatia de 18,60% da população.

Frente a essa realidade onde muitas das vezes é vivenciada com amplas dificuldades e, sobretudo necessidades, há que advogar pelo direito das pessoas com deficiência no sentido

de que todos os seus direitos sejam efetivamente garantidos. A igualdade de direitos e oportunidades deve ser garantida a toda população, incluindo-se ai as pessoas com deficiência.

As análises realizadas junto aos aportes teóricos consultados revelaram que a deficiência apresenta-se como uma limitação, a qual tanto pode ser auditiva, física ou motora, mental ou intelectual, bem como visual.

Possuir uma limitação não torna o indivíduo um ser incapaz como muitos indivíduos pensam. A incapacidade em realizar uma atividade não é algo que vem comprometer a todas as demais atividades que um indivíduo venha a realizar. Um exemplo claro disso que aqui pode ser citado é o de uma pessoa que possui deficiência visual. O fato dela não enxergar não a torna incapaz, pois uma diversidade de outras atividades ela pode realizar, como trabalhar, praticar atividades esportivas, entre outras.

Os estudos mostraram que se faz necessário um novo olhar e um novo repensar em relação à forma pela qual não só vemos, mas também a forma como concebemos o mundo, pois ele foi criado para todos os seres humanos, sendo este o convite que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas nos faz no sentido de que as pessoas com deficiência sejam acolhidas e verdadeiramente incluídas junto ao meio social.

Criada em 19 de dezembro de 2000, a Lei 10.098 trouxe para as pessoas com deficiência um novo alento em relação às dificuldades por elas tão enfrentadas em seu dia a dia. A afirmação de alento se dá porque é público e notório que poucos foram os avanços em relação à eliminação de barreiras de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação, tudo o que se encontra posto no texto do artigo 1º da Lei 10.098/2000.

Como visto o direito a audiodescrição visando o acesso aos bens culturais por parte das pessoas com deficiência visual foi garantido, porém, as pesquisas apontaram a existência do descumprimento do mesmo.

Sendo assim, pode-se inferir que a primeira hipótese lançada na introdução deste estudo pode ser considerada verdadeira, tendo em vista que as pesquisas realizadas revelaram que o direito ao acesso aos bens culturais por parte das pessoas com deficiência visual não vem sendo respeitado, de modo especial em face a ausência de recursos tecnológicos de acessibilidade como a audiodescrição

Diante deste fato é pertinente pontuar que de nada vale termos o reconhecimento formal de um direito sem que exista a disponibilização de recursos (o que no caso em específico, para as pessoas com deficiência visual seria o direito ao recurso tecnológico da audiodescrição) para que sua real prática possa ser efetivada, a exemplo deste direito tem-se o acesso aos bens culturais por parte daqueles que possui deficiência visual.

## REFERÊNCIAS

**ALVES, Jefferson Fernandes.** Audiodescrição e deficiência visual: a palavra como contra imagem. 2012. Disponível em: <<http://textosrudas2012.wordpress.com/2012/10/17/jefferson-fernandes-alves/>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

**BRASIL.** Decreto Federal de nº 5.296 de 2 dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. **Planalto.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm)>. Acesso em 20 mar. 2014.

**BRASIL. Portaria nº 310, de 27 de junho de 2006 do Ministério das Comunicações.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.se.df.gov.br/gcs/file.asp?id=5834>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

**BRASIL. Portaria nº 466 de 30 de julho de 2008.** Concede o prazo de noventa dias, para que as exploradoras de serviço de radiodifusão de sons e imagens e de serviço de retransmissão de televisão (RTV) passem a veicular, recurso de acessibilidade. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/portarias/24675-portaria-n-466-de-30-de-julho-de-2008>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

**BRASIL. Portaria nº 661 de 14 de outubro de 2008.** Disponível em:<<http://www.mc.gov.br/portarias/26981-portaria-n-661-de-14-de-outubro-de-2008>>. Acesso em 10 mar. 2014.

**BRASIL .** Lei 10.098 de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. **Planalto.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L10098.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

**CARTILHA DO CENSO 2010 – IBGE. Pessoas com deficiência.** Brasília: SDH/PR/SNPD, 2012.

**FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga.** **Direitos das pessoas com deficiência:** garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FULGENCIO, Paulo Cesar. **Glossário Vade Mecum**: administração pública, ciências contábeis, direito, economia, meio ambiente: 14.000 termos e definições. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.

GARCIA, Carla Cristina. **Sociologia da acessibilidade**. Curitiba: IESDE Brasil, 2008.

GORLA, José Irineu. **Quando pensamos que temos todas as respostas, vem a vida e muda todas as perguntas**. Cascavel, PR, 31 ago. 2005. Palestra proferida no II Seminário de Educação Inclusiva: Direito à Diversidade.

KILPP, Nelson. **Espiritualidade e compromisso**: dez boas razões para orar; praticar a justiça; cuidar da criação; acolher o outro; compartilhar. São Leopoldo: Sinodal, 2008.

LIMA, Francisco; MENDONÇA, Rita. **A efetividade da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Recife: Universidade da UFPE, 2013.

LUCKASSON, R. et al. **Mental retardation**: definition, classification, and systems of support. Washington, DC: American Association on Mental Retardation, p.8, apud Erenice Natália S. de Carvalho e Diva Maria M. de Albuquerque Maciel, Nova Concepção de deficiência mental segundo a American Association on Mental Retardation – AAMR: sistema 2002.

MOTTA, Lívia Maria V. M. **Audio descrição**: entrevista com Lívia Motta. Agência Inclusive, 2008. Disponível em: <<http://agenciainclusive.wordpress.com/2008/07/22/audiodescricao-entrevista-com-liviamezzo-motta/>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

ULBRICHT, Vania Ribas; VANZIN, Tarcísio; VILLAROUCO, Vilma. **Ambiente virtual de aprendizagem inclusivo**. Florianópolis: Pandion, 2011.

## NORMAS QUE OS ARTICULISTAS DEVERÃO SEGUIR PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS NA REVISTA

- Os artigos deverão trazer uma identificação do(s) autor(es) do trabalho, com um texto curto.
- O artigo deve ser apresentado na seguinte sequência: título; nome (s) do(s) autor(es); texto de apresentação da autoria; resumo; palavras-chave; *abstract* ou *résumé; keywords*; texto; referências.
- A primeira página deve incluir o título, centralizado em caixa alta e negrito; os nomes dos autores e a titulação em itálico duas linhas abaixo do título à direita; resumo: colocar a palavra **RESUMO** três linhas abaixo do nome do autor seguida de dois pontos; o texto do resumo deverá ser feito em itálico, corpo 11; palavras-chave (colocar **PALAVRAS-CHAVE** em caixa alta seguidas de dois pontos; elas deverão estar em itálico, corpo 11).
- Tipo de letra: Times New Roman, corpo 12.
- Espaçamento: um e meio entre linhas e parágrafos; adentramento 1,25cm para assinalar parágrafos.
- Subtítulos: sem adentramento, em maiúsculas, numerados em número arábico; a numeração não inclui a introdução, a conclusão e as referências.
- Referências no corpo do trabalho (autor/data).
- Notas explicativas deverão aparecer no rodapé, corpo 10, numeradas de acordo com a ordem de aparecimento.
- Os destaques devem ser dados em itálico.
- O artigo deve possuir no mínimo 10 (dez) laudas.
- Após a conclusão, colocar as **REFERÊNCIAS** em ordem alfabética de todos os textos citados no trabalho.
- Os conteúdos apresentados nos trabalhos, bem como a revisão gramatical, são de absoluta responsabilidade dos autores.
- **OBSERVAÇÃO FINAL:** a desconsideração de qualquer uma das normas explicitadas acima implicará a não aceitação do trabalho.

