

Direito e Sociedade

v. 22, n. 42,

mar./jun. 2018

ISSN: 2177-8337



Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



Auditorium

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro: Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994-



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



EQUIPE EDITORIAL

Editores-Chefe:

Desembargador Federal Dr. André Fontes

Desembargador Federal Dr. Reis Friede

Juiz Federal Dr. Osair Victor de Oliveira Junior

Editora Executiva:

Dra. Maria Geralda de Miranda - Pós-doutora em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro/Diretoria Executiva do CCJF

Editores Gerentes:

Me. Eduardo Barbuto Bicalho, CCJF, Centro Cultural Justiça Federal

Equipe SEPGE/SID - Justiça Federal de 1º Grau - Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Conselho Editorial:

Prof. Dr. André Fontes, UNIRIO, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil e TRF2, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Brasil

Prof. Dr. Reis Friede, UFRRJ, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UNISUAM, Centro Universitário Augusto Motta, e CCJF, Centro Cultural Justiça Federal, Brasil

Profa. Dra. Maria Geralda de Miranda, UNISUAM, Centro Universitário Augusto Motta e CCJF, Centro Cultural Justiça Federal, Brasil

Alexandre Morais da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Universidade de Brasília, Brasil

Antonio Baptista Gonçalves, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade de Marília, Brasil

Carlos Alberto Lima de Almeida, Univesidade Estácio de Sá, Brasil

Carlos Alberto Lunelli, Universidade de Caxias do Sul, Brasil

Cláudio Lopes Maia, Universidade Federal de Goiás, Campus Catalão, Brasil

Clayton Reis, Centro Universitário Curitiba, Brasil

Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Denis de Castro Halis, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China

Elton Dias Xavier, Universidade Estadual de Montes Claros, Brasil

Heliana Maria Coutinho Hess, Universidade de Campinas, Brasil

Janaína Rigo Santin, Universidade de Passo Fundo, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

José Henrique Mouta Araújo, Universidade da Amazônia, Brasil

Karen Artur, Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

Loussia Penha Musse Felix, Universidade de Brasília, Brasil

Marcus Lívio Gomes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, Justiça Federal de 1º Grau no Rio de Janeiro, Brasil

Maria Stella Faria de Amorim, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Nalayne Mendonça Pinto, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Oswaldo Canela Junior, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

Pedro Heitor Barros Geraldo, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Universidade de Coimbra, Portugal

Rodolfo Salassa Boix, Universidade de Córdoba, Argentina

Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, Brasil

Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, Brasil

Revisores Ad hoc

Aldo Muro Jr., Instituto Federal de Goiás, Brasil, Universidade de Pisa, Itália

Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Cláudia Luiz Lourenço, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Brasil

Daniel Andrés Raizman, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Demetrius Nichele Macei, Centro Universitário Curitiba, Brasil

Érico Hack, Organização Paranaense de Ensino Técnico, Brasil

Isolda Lins Ribeiro, C.G. Jung Institut-Zurich, Suíça

Janssen Hiroshi Murayama, Fundação Getúlio Vargas, Brasil

Lauro Ericksen, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Lélio Maximino Lellis, Centro Universitário Adventista de São Paulo, Brasil

Luiz Ricardo Guimarães, Instituto de Ensino Superior de Bauru, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasil

Salomão Barros Ximenes, Universidade de São Paulo, Brasil

San Romanelli Assumpção, Universidade de São Paulo, Brasil

Sandro Schmitz dos Santos, Universidad Nacional de La Matanza, Argentina

Valdirene Ribeiro de Souza Falcão, Universidade Mackenzie, Brasil

Vitor Burgo, Universidade de São Paulo, Brasil

Revisores

Tradução: Vitor Kifer, tradução inglês e espanhol, TRF2, Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Webdesign e Diagramação: Maria de Oliveira, CCJF, Centro Cultural Justiça Federal e Teresa Montes, Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Normalização: Alpina Gonzaga Martins Rosa, Klara Martha Wanderley Freire, Biblioteca CCJF, Centro Cultural Justiça Federal

Revisão ortográfica: Suellen Maria Durand Pereira, SJRJ, Justiça Federal de 1º Grau - Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Suporte Técnico: Thiago Barbosa, CCJF, Centro Cultural Justiça Federal, Alberto Cima e Sonali Santos, Tribunal Regional Federal da 2ª Região

CONTATO

Av. Almirante Barroso, 78 – 3º andar
Centro – Rio de Janeiro – RJ
CEP: 20031-001

Contato Principal

Equipe Revista da SJRJ

Telefone

(21) 3261-6405

revistaauditorium@sjrj.jus.br

Contato para Suporte Técnico

Revista da SJRJ Apoio

Telefone

(21) 3261-6423

apoio.auditorium@sjrj.jus.br

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro [recurso eletrônico] / Seção Judiciária do Rio de Janeiro. – Vol. 1, n. 1 (1994)- . . – Dados eletrônicos. – Rio de Janeiro : Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994- v. ; 21 cm.

Anual: 1994-2004

Quadrimestral: 2005-2014; 2018-

No ano de 2008 foram publicados apenas dois números, n. 22, 23.

No ano de 2003, volume 10 possui edição especial, n. 10.

Suspensa, 2015-2017

Modo de acesso: Internet: 1994-2014: <<https://www.jfrj.jus.br/normas-e-publicacoes/publicacoes/revista-da-sjrj-1994-2014>>; 2018- : <revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj>

No ano de 2018 a Revista voltou a ser publicada, desta vez em colaboração com o Centro Cultural Justiça Federal (CCJF), oportunidade na qual ganhou a marca Auditorium. ISSN 2177-8337

1. Direito. 2. Legislação. 3. Jurisprudência. 4. Sociologia. 5. Cidadania. I. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. II. Centro Cultural Justiça Federal

SUMÁRIO

- 9** **Apresentação**
Osair Victor de Oliveira Junior e Luciene da Cunha Dau Miguel
-
- 12** **O lugar dos conhecimentos tradicionais e a transferência dos efeitos das contrações cíclicas para o meio ambiente**
André R. C. Fontes
-
- 24** **A nova agenda para o desenvolvimento sustentável**
Carmen Sílvia Lima Arruda
-
- 51** **O novo CPC e o acesso à justiça: em foco a tutela antecipada antecedente de saúde**
Silvana Godoi Câmara
-
- 67** **Falência do estado democrático de direito brasileiro!?**
Antônio Baptista Gonçalves
-
- 97** **Trabalho como eixo ressocializador de egressos do sistema carcerário**
Andréa Maria Assis, Reis Friede, Kátia Eliane Santos Avelar e Maria Geralda de Miranda
-
- 110** **A desnecessidade de cirurgias de transgenitalização para alteração do registro civil das pessoas trans: a dignidade da pessoa humana**
Marcus Alexandre de Padua Cavalcanti Bastos e Eliane Cristina Tenorio Cavalcanti
-
- 131** **O papel do estado-nação nas políticas públicas indígenas: a realidade brasileira**
Eduardo Barbutto Bicalho, Bruno Mattos de Farias, Kátia Eliane Santos Avelar e Patrícia Maria Dusek
-
- 151** **Da acumulação do magistério com demais cargos públicos da área jurídica**
Reis Friede
-
- 184** **Pensão por morte: concorrência entre viúva e ex-esposa alimentada**
Fernanda Antunes da Silva e Carla Monnerat Mendonça
-
- 199** **As normas penais em branco e o princípio da legalidade: análise do art. 208 do Código Penal brasileiro**
Luiz Henrique Lucas Barbosa
-
- 224** **Hermenêutica e direito: novos caminhos**
Cleyson de Moraes Mello

APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, em parceria com Centro Cultural Justiça Federal, CCJF, reinaugura a Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Após um período de reestruturação, os seus editores, em sintonia com as solicitações de autores e leitores, lançam essa importante edição, com onze artigos, ao mesmo tempo em que informam que o periódico recebe como marca identificadora a palavra Auditorium. Esta palavra ampara a ideia de debate, de arena de discussão, que está intimamente ligada à democracia, à cidadania, à pluralidade e à participação, ou seja, ao Estado Democrático de Direito.

É com alegria que lançamos a 42ª edição deste periódico que é, e certamente continuará sendo, de grande importância para os estudos do Direito e de suas relações com as questões sociais e políticas contemporâneas.

O artigo que abre este número, intitulado **O lugar dos conhecimentos tradicionais e a transferência dos efeitos das contrações cíclicas para o meio ambiente**, analisa os conhecimentos tradicionais, sua importância e a forma de proteção, mediante normas jurídicas, ao mesmo tempo em que busca demonstrar o impacto da Constituição da República sobre as comunidades tradicionais, entendendo que as normas constitucionais materializam os fundamentos jurídico-estatais do modo de vida de cada família, de cada comunidade de que seria a sociedade brasileira.

A seguir, o artigo **A nova agenda para o desenvolvimento sustentável** tem por objetivo examinar a evolução do desenvolvimento sustentável, com uma breve retrospectiva das Convenções Internacionais, os 17 objetivos pactuados, ODS, bem como alguns avanços já obtidos pelo Brasil que, nos próximos 15 anos, deverá trabalhar conjuntamente, numa parceria global, para alcançar as ambiciosas metas universais que visam garantir a dignidade humana, com plena realização pessoal, protegendo o planeta da degradação e trazendo prosperidade e paz.

No estudo **O novo CPC e o acesso à justiça: em foco a tutela antecipada antecedente de saúde** discute-se que a ampliação do acesso à Justiça está nitidamente vinculada à evolução dos direitos fundamentais e

do Processo Civil. O autor foca na judicialização da saúde, mostrando que houve uma melhora efetiva na garantia de tais direitos com a introdução do novo instituto.

O artigo denominado **Falência do estado democrático de direito brasileiro!?** indaga sobre a falência do Estado Democrático de Direito, uma vez que há uma cizânia entre o que se prevê no plano teórico e o que se processa na prática, pois, no cotidiano, o Estado brasileiro nem consegue efetivar os direitos fundamentais nem, tampouco, consegue dirimir os conflitos entre os membros da sociedade quando há colidência de direitos, ou a prática de intolerância, abusos e derivados.

Em **Trabalho como eixo ressocializador de egressos do sistema carcerário**, os autores analisam a experiência do programa “Segunda Chance”, da ONG Afro Reggae, no que tange à assistência laborativa prestada aos egressos do sistema penitenciário, em que se verificou que o grande entrave à colocação dos ex-presidiários nos postos de trabalho é a baixa escolarização e a falta de documentos pessoais, como título de eleitor e carteira de habilitação.

Já no artigo **A desnecessidade de cirurgias de transgenitalização para alteração do registro civil das pessoas trans a dignidade da pessoa humana**, os autores discutem a questão da desnecessidade de cirurgias para alteração do registro civil de pessoas trans. A pesquisa desvela que a inexistência de lei específica tem implicado a criação de mecanismos de acesso mediante legislação ou normativa interna para uso de nome social, e que os direitos da personalidade inseridos na perspectiva civil-constitucional, interligados com a noção de liberdade, dignidade e individualidade, têm servido de fundamentação nas decisões jurisprudenciais.

Em **O papel do estado-nação nas políticas públicas indígenas: a realidade brasileira**, os autores debatem as dificuldades que o estado-nação vem enfrentando em razão das mudanças econômicas, políticas e culturais decorrentes da globalização, e o modo pelo qual o Estado deve atuar no desenvolvimento de políticas públicas em prol das minorias étnicas localizadas no território, como no caso dos indígenas no Brasil.

No estudo **Da acumulação do magistério com demais cargos públicos da área jurídica**, o autor analisa a questão da acumulação do cargo de professor com os demais cargos públicos da área jurídica, sob

as óticas da limitação da jornada de trabalho e da compatibilidade de horários, à luz das divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, bem como da correta hermenêutica dos regramentos constitucionais e infraconstitucionais relacionados à matéria.

Em **Pensão por morte: concorrência entre viúva e ex-esposa alimentada**, as autoras analisam a legislação previdenciária referente ao benefício da pensão por morte, especificamente em relação à hipótese de concorrência do cônjuge supérstite e o ex-cônjuge recebedor de pensão alimentícia. Verificam a existência de duas posições jurisprudenciais dominantes no assunto: a que privilegia a interação entre o direito previdenciário e o direito civil e a que sustenta a primazia da legislação previdenciária, com a igualdade de condições entre os beneficiários.

As normas penais em branco e o princípio da legalidade: análise do art. 208 do Código Penal brasileiro se propõe a investigar o art. 208 do Código Penal brasileiro, no que se refere à proteção dos sentimentos religiosos. O autor argumenta que algumas compreensões equivocadas de elementos sagrados ou religiosos levam os juristas a não punir preconceitos de ordem religiosa, o que o leva a concluir que o mencionado art. 208 é uma norma penal em branco.

Fechando a edição, o artigo **Hermenêutica e direito: novos caminhos** aponta a Constituição de 1988 como documento paradigmático no Direito brasileiro, e que, por esta razão, é necessária a investigação da realização do Direito a partir da tutela da dignidade da pessoa, além da construção de uma resistência teórica que oriente para uma compreensão do Direito como modo de ser-no-mundo.

Agradecemos aos autores e desejamos aos leitores uma boa leitura.

Osair Victor de Oliveira Junior
Juiz Federal e Diretor do Foro da JFRJ

Luciene da Cunha Dau Miguel
Diretora da Secretaria Geral

O LUGAR DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E A TRANSFERÊNCIA DOS EFEITOS DAS CONTRAÇÕES CÍCLICAS PARA O MEIO AMBIENTE

THE PLACE OF TRADITIONAL KNOWLEDGE AND THE TRANSFER OF THE EFFECTS OF CYCLICAL CONTRACTS TO THE ENVIRONMENT

André R. C. Fontesⁱ

Resumo: Os conhecimentos tradicionais, considerados objetivamente, formam domínios de saber numa biorregião, na qual dela se possam extrair específicos conhecimentos sobre a flora e a fauna local. Têm eles um significado marcado por condições econômicas de existência, que podem encontrar na consciência dos homens o reflexo de sua expressão. E suas formas de apreensão brotam de modo prévio e definitivo, e as condições econômicas, sociais e políticas da existência não fazem mais do que depositar ou imprimir-se como um aspecto secundário a esse sujeito para o qual o conhecimento é destinado. O presente artigo tem por objetivo analisar os conhecimentos tradicionais, sua importância e a forma de proteção, mediante normas jurídicas, de tais conhecimentos. Nesse contexto, busca demonstrar o impacto da Constituição da República sobre as comunidades tradicionais, entendendo que as normas constitucionais materializam os fundamentos jurídico-estatais do modo de vida de cada família, de cada comunidade de que seria a sociedade brasileira. Estuda, também, a democratização do sistema político brasileiro e sua influência sobre as comunidades tradicionais, tanto no que se refere ao reconhecimento de direitos, na observância da lei, quanto na participação do povo na atividade jurídica e aplicação do Direito.

Palavras-chave: Direito. Comunidades Tradicionais. Conhecimentos Tradicionais

ⁱ Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2005), Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ (2015), Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNI-RIO e Desembargador no Tribunal Regional da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

Abstract: The traditional knowledge, considered objectively, forms domains of knowledge in a bioregion, in which it can extract specific knowledge about the local flora and fauna. They have a meaning marked by economic conditions of existence, which can find in men's consciousness the reflection of their expression. And their forms of apprehension emerge in a prior and definitive way, and the economic, social, and political conditions of existence merely deposit or print themselves as a secondary aspect to that subject for which knowledge is destined. The aim of this article is to analyze traditional knowledge, its importance and the form of protection, through legal norms, of such knowledge. In this context, it seeks to demonstrate the impact of the Constitution of the Republic on traditional communities, understanding that constitutional norms materialize the legal-state foundations of the way of life of each family, of each community of which Brazilian society would be. It also studies the democratization of the Brazilian political system and its influence on traditional communities, both in terms of the recognition of rights, in compliance with the law, and in the participation of the people in legal activity and in the application of Law.

Keywords: Law. Tradicional Communities. Tradicional Knowledge.

1 INTRODUÇÃO

Tomados como valores intrínsecos, os conhecimentos tradicionais não somente devem ser protegidos por seu valor econômico, mas, também, como parte substancial da identidade cultural, da capacidade nacional de diversificar as perspectivas do conhecimento dos seres vivos, para dar equilíbrio às conquistas dos povos, seu titulares de fato, e para manter o **status quo** ambiental dos locais onde são desenvolvidos, a par do conhecimento e do valor da biodiversidade.

Em prol da superação dos problemas enfrentados pela afirmação dos conhecimentos tradicionais diante das ameaças econômicas, devemos nos ater a duas ordens de ideias relacionadas aos conhecimentos: a de que é um **objeto de direito**, um bem, portanto, na classe dos imateriais ou intangíveis, dependendo do seu enquadramento jurídico ou econômico; e a de que se trata de um instituto que satisfaz as exigências e expectativas de bem-estar econômico, social, cultural dos povos, que procuram elevar os conhecimentos da biodiversidade e, como consequência, uma causa específica e secundária de proteção do meio ambiente. O ordenamento jurídico só reconhece e protege aquilo que tem algum valor patrimonial ou econômico, e como tal, necessita ser conhecido e delimitado pelos valores da ordem social que, nos conhecimentos tradicionais, se cruzam.

A influência das normas jurídicas sobre o modo de vida das comunidades tradicionais se efetua também ao se empregar os instrumentos jurídicos para combater os elementos mais caducos das relações sociais, além de manter afastada a conduta antissocial de alguns indivíduos. As normas jurídicas delineiam as principais tarefas e objetivos a longo prazo na luta da proteção dos povos tradicionais e a erradicação da causas que possam afetar negativamente esses grupos por meio de métodos, formas e procedimentos mais eficazes e também consentidos pelo Estado para influir em pessoas que se opõem à sociedade, além de criar direitos e deveres de organizações estatais e instituições sociais chamadas para combater os fenômenos antissociais. As normas jurídicas contemplam um sistema diverso de estímulos ao comportamento do ativismo sociojurídico dos cidadãos em se amparar na lei, materializar suas prescrições, prevenir, deter infrações.

Servem, pois, as normas, para fixar e desenvolver o modo de vida das comunidades tradicionais, erradicando as concepções alheias ao

estilo de vida desses grupos e assegurar que a ordem social proporcione as condições mais favoráveis ao cumprimento das tarefas de edificação das estruturas das comunidades. Elas criam a base técnico-material de proteção, aperfeiçoando os mecanismos sociais e educando o indivíduo membro das comunidades no cumprimento de tarefas de alcance geral para o grupo e para toda a sociedade em geral.

2. DESENVOLVIMENTO

O lugar diretor, o marco do sistema jurídico, corresponde ao que ditam as normas constitucionais, ou seja, as prescrições jurídicas formuladas e consignadas na Constituição da República. São as normas constitucionais que materializam os fundamentos jurídico-estatais do modo de vida de cada família, de cada comunidade de que seria a sociedade brasileira. Os fundamentos do regime sociopolítico e econômico, as vinculações mútuas entre o Estado brasileiro e cada indivíduo do País, os princípios orgânicos e objetivos do Estado e de todo povo brasileiro, enfim, os requisitos mínimos que se exigem na conduta de cada brasileiro.

O reconhecimento de um vínculo indissolúvel entre a vida na comunidade tradicional e o desenvolvimento do Brasil, de suas forças criadoras e suas potencialidades é uma obra acima de tudo medular da Constituição da República.

Já nos princípios enumerados no art. 1º, V, da Constituição da República encontramos a base da edificação da variedade na formação do povo brasileiro. Toda etapa lógica na construção constitucional do País está assentada na variedade das energias criadoras do regime constitucional e do modo vida do povo brasileiro. A caracterização dos fatores fundamentais econômicos, sociopolíticos e espirituais que determinam o modo de vida do povo brasileiro é também o que permite o desenvolvimento da ciência, da cultura e do bem-estar de todos. São as premissas cada vez mais favoráveis ao desenvolvimento integral do indivíduo que permitem o estabelecimento de relações maduras que marcam todos os níveis sociais, por uma igualdade de direito e de fato de todas as comunidades e manifestações étnicas que compõem a nação brasileira.

A Constituição da República Federativa do Brasil parte do pluralismo, serve ao interesse da construção de uma sociedade livre e assegura o bem-estar a todo o povo, em todo o âmbito da vida social. O ativismo sociopolítico dos brasileiros, como importante corte no modo de vida

do brasileiro, se materializa não somente porque é o povo que o exerce, mas porque a manifestação do poder popular pode se dar também de formas variadas. Ao proclamar a Constituição a soberania do povo, a Constituição estrutura todo um sistema de instituições jurídicas e estatais que garantem o exercício prático do poder e dos direitos do povo. Além disso, estabelece a Constituição a eleição em todos os órgãos do poder do Estado, de baixo para cima, e introduz instituições democráticas e de normas no sistema representativo, além de contemplar o exercício de formas de democracia direta, como é o caso do **referendum**.

A democratização do sistema político brasileiro influi diretamente no modo de vida das comunidades tradicionais e assegura, diante de todo o desenvolvimento que o País alcançou, uma maior eficiência sobre essa base dos efeitos diretos das atividades do Estado e do Direito sobre todos os aspectos. As mais variadas formas de participação do povo na atividade jurídica e na aplicação do Direito, tanto devem ser maiores na organização como na ordem da atividade vital de todos os membros da sociedade.

O sistema político do País responde ao próprio fortalecimento do modo de vida de cada brasileiro, promovendo o ativismo social e a cidadania no cumprimento de importantes tarefas do Estado e da sociedade, de realizar indeclinavelmente na prática dos requisitos das normas verdadeiramente democráticas de dito modo de vida. Esse sistema conforma estáveis posições sociopolíticas e jurídicas do indivíduo, cuja atitude faz o poder que se caracteriza pela confiança e ativismo democrático, enquanto que sua atitude faz as decisões jurídicas do poder denotarem um fundo convencimento da necessidade de atacá-las estritamente.

As instituições estatais, as organizações sociais e manifestações espontâneas devem assegurar a ordem jurídica, a proteção dos interesses da sociedade e dos direitos e liberdades de todos. A universalidade do imperativo de observar as leis é algo próprio do modo de vida democrático. Em correspondência com as esferas principais do modo de vida democrático enumeremos, pois, uma aproximação às comunidades tradicionais e a formulação de um conceito que as identifique e discrimine.

No âmbito da cultura e das condições existenciais, a Constituição da República impõe à cidadania o dever de cuidar da natureza e proteger seus espaços.

Em geral, os deveres constitucionais vêm a ser a forma jurídica de expor e fixar os princípios que o Estado exige do indivíduo nas esferas

fundamentais da sua atividade. A função desses deveres constitucionais radica em assegurar uma disciplina consciente de toda manifestação sociopolítica da cidadania. Disciplinar, e mesmo autodisciplinar e acrescentar graus de responsabilidade cívica aos brasileiros, está ligado indissolavelmente com o sucessivo fortalecimento e desenvolvimento da vida no País.

Um dos importantes elementos desse modo de vida cívico e plural é o reconhecimento das formas mais espontâneas nas (e em todas) esferas da vida em sociedade. Assentada nessa disciplina consciente de compreensão e diversidade de interesses em um único sistema de normas sociais vigentes é que surge a figura jurídica da comunidade tradicional.

O uso da boa-fé dos direitos e deveres jurídicos, das liberdades e do cumprimento estrito de deveres representa uma propriedade essencial na consciência e atividade vital dos brasileiros, a quem se submetem, cumprem, voluntaria e conscientemente, as prescrições jurídicas e participam, com dinamismo próprio, da proteção de seus próprios interesses.

Para melhor compreender o termo comunidade tradicional, toda a complexidade e diversidade que lhes são inerentes, deve ser realizada a tarefa mais difícil: estar reduzida a locução a uma figura, a um único conceito.

A determinação de um conceito ao se iniciar uma aproximação com o termo comunidade tradicional é a única maneira de tornar possível, com máxima exatidão, todo estudo que permita tomar em consideração a figura da comunidade tradicional.

Para uma perspectiva mais ampla, e valendo-se de conhecidas similitudes dos contextos sociais, econômicos, culturais, religiosos, políticos e legais que circundam essas comunidades, pode-se computar, conforme a variação de geográfica, pobreza ou simples exclusão social, diferenças marcantes entre elas.

É com esse fim agregador que se aproveitam as possibilidades de ampliação de estudos intracomunidades e das dependências empíricas que a falta de identidade entre uma e outra possa gerar ao se qualificar pessoas, locais e culturas. O mais difícil talvez seja determinar os elementos conceituais diante de números que apresentar dados mais quantitativos que a inclusão do que seria comum ou do que seria reduzido a alguns grupos. Nesse caso, traçar linhas substanciais na estrutura de grupos tão heterogêneos parece gerar a impossibilidade de uma consideração absoluta da totalidade.

Para se determinar o número de comunidades que fixam elementos conceituais em cada ambiente e o tipo de cultura produzida, em dependência às características como tais reconhecidas por serem realmente do grupo, as funções dos estudiosos e dos dados disponíveis seguem os critérios de diferentes línguas, religiões, culturas, organizações políticas sociais e jurídicas.

Quando se constata a particularidade de cada grupo, medem-se também os distintos graus com a sociedade moderna, especialmente a urbana, especialmente nos diferentes níveis de assimilação de padrões culturais forâneos. É necessário notar que são também considerados a maior ou menor aceitação das estruturas jurídicas e sociais formais existentes, além da divisão entre o artesanato ou seu conhecimento do meio ambiente, especialmente das plantas medicinais e sua aplicação.

Uma vez revelada a primeira caracterização destinada a traçar as semelhanças, outra, contraditória, se faz necessária, que é relativa à distinção entre os grupos a partir deles próprios, como seria o caso de ser uma comunidade indígena, remanescente de quilombos ou caiçara. Parte-se nesse caso da especificidade cultural da população que as compõem.

Essa necessidade de determinação cultural permite que a diversidade cultural possa ser aferida tanto entre comunidades culturalmente idênticas como de comunidades culturalmente distintas. Seria o caso de duas comunidades indígenas vistas entre si e entre elas e as comunidades caiçaras, por exemplo.

Computar os tipos torna-se mais adequado ao Brasil que hospeda tipos culturais antitéticos em um mesmo ambiente: indígena, quilombola e caiçara. A despeito de serem tratados como grupos reduzidos individualmente e terem culturas diferenciadas, são um importante componente da identidade nacional do Brasil.

Dessa forma, antes mesmo de se identificar o que é uma comunidade tradicional, uma precisão terminológica se faz necessária, para que o termo comunidade seja rejeitado por outro mais necessário ou aceito, como seria o de nação para as comunidades indígenas destacadas.

Em função de tarefas concretas, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), assim como outros organismos internacionais, utilizam os termos "comunidade", "povo" e "população" de forma sinônima para grupos indígenas, a despeito das diferenças semânticas e de significado, razão pela qual não deveriam ser tomados com um só significado. Os termos "povo" e "população" derivam de distintas conotações

e sua utilização está submetida a consequências políticas e jurídicas no âmbito do Direito nacional de cada país e, igualmente, no Direito Internacional. O termo comunidade, a despeito de sua ampla utilização nos mais variados segmentos sociais, parece ter sido o mais aceito.

Para se sistematizar e elaborar um conceito único de comunidade, deve-se levar em consideração que é o termo contraposto ordinariamente à noção de sociedade. No geral, a ideia de comunidade está associada a um conjunto de indivíduos que convivem em um mesmo ambiente físico e tecnológico, formando um grupo reconhecido, unido por vínculos culturais, linguísticos, religiosos, econômicos e de interesse comum.

A necessidade de apreciar a locução comunidade tradicional nos leva a satisfazer a necessidade de destacar **comunidade de comunidade tradicional**. Essa espécie de comunidade, a comunidade tradicional, pode ser entendida como grupo de pessoas que mantêm sistemas particulares e contínuos entre os membros da coletividade, se identificam de forma diferenciada e se apresentam com uma identidade que não se confunde com a que eles se apresentam, com características culturais seletivamente reafirmadas e melhoradas.

Junto à especificação do termo comunidade tradicional, outros fatores intervêm em uma nova classificação. Dessa forma, comunidade tradicional e comunidade indígena não são sinônimos, como também não o são comunidade tradicional e comunidade caiçara ou quilombola.

Devido à necessidade de agrupar os diversos tipos de comunidades, deve-se adotar o termo comunidade tradicional de forma mais genérica e deixar que os demais sejam especificações do mais amplo. É por isso que toda comunidade indígena seria uma comunidade tradicional, mas nem toda comunidade tradicional seria uma comunidade indígena. Há comunidades tradicionais não indígenas, já que outras como as caiçaras ou quilombolas poderiam integrar o grupo mais genérico.

3 CONCLUSÕES

Por meio da caracterização dos conhecimentos tradicionais, seu uso indevido pela falta de medidas destinadas à sua proteção será a tônica que imperará nesta matéria, na qual pode gerar prejuízos culturais, econômicos, sociais e ambientais. O grau de incorporação de comunidades classificadas como sendo tradicionais não é um problema tecnicamente jurídico ou político. A despeito da Constituição da República destacar as

comunidades indígenas e quilombolas, o enquadramento dessas figuras parece estar longe de uma rigidez constitucional ou legal de classificação ou enquadramento.

Essa apreciação, a despeito do caráter complementar da lei ou Constituição da República deve, provavelmente, ser resultado de uma apreciação de cunho antropológico ou, de forma combinada antropológico-jurídico. A existência de leis específicas para alguns povos em uma dada ordem jurídica não deve impedir ainda assim o recurso da pesquisa e análise antropológica na constatação da comunidade.

OBRAS CONSULTADAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Diversidade biológica e conhecimento tradicional associado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

BALLETTI, Franca. **Sapere tecnico sapere locale**. Florença: Alinea, 2007.

BARROS, Benedita da Silva et al. **Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais**. Belém: Museu Emilio Goeldi, 2007.

BECHER, Tony. **Tribus y territorios académicos**. Trad. Andrea Menegotto. Barcelona: Gedisa, 2001.

BELLO, Angela Ales. **Culturas e religiões**. 2. ed. Trad. de Antonio Angonese. São Paulo: EDUSC, 1998.

BETANCOURT POSADA, Alberto; CRUZ MARÍN, José Efraín. **Del saber indígena al saber transnacional**. México: UNAM, 2009.

CORREA, Carlos M. **Nuevas tendencias sobre patentes de invencion em América Latina**. Revista del Derecho Industrial, Buenos Aires, n. 39, p. 417-457, set./dez. 1991.

DONATO, Luz Marina et al. **Mujeres indígenas, territorialidad y biodiversidad en el contexto latinoamericano**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007.

ESTEBAN PÉREZ, Miguel. **Manual de los derechos intelectuales en la República Dominicana**. São Domingos: Trajano Potentini, 2005.

FAUSTO NETO, Antonio et al. **Anais do Encontro nacional de unidades de assessoria e transferência de conhecimentos tecnológicos e sociais**. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1995.

FERRAZ, Maria Cristina Comunian Ferraz; BASSO, Heitor Cury. **Propriedade intelectual e conhecimento tradicional**. São Carlos: UFSCAR, 2011.

FERRETI, Degmar Aparecida. **La protección jurídica de los conocimientos tradicionales**. Curitiba: Juruá, 2013.

FODELLA, Gianni. **Diffusione della tecnologia e organizzazione nello sviluppo econômico**. Milão: Giuffrè, 1988.

GARCIA BACCA, Juan David. **Historia filosófica de la ciência**. México: Unam, 1963.

GONZÁLEZ GRANDIÓN, Ximena Andrea. **Legitimación de conocimientos tradicionales**. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011.

GRENIER, Louise. **Conocimiento indígena**. Trad. Oscar Chavarría Aguilar. Cartago: Editorial Tecnológica de Costa Rica, 1999.

HANNIGAN, John. **Sociologia ambiental**. Trad. Annahid Burnett. Petrópolis: Vozes, 2009.

IACOMINI, Vanessa. **Biodireito e o combate à biopirataria**. Curitiba: Juruá, 2009.

KOSZUOSKI, Adriana, **Conhecimentos tradicionais**. Cuiaba: Carlini & Caniato, 2006.

LAYTON, Robert. **Teorie antropologiche**. Trad. Stefano Montes. Milão: Il Saggiatore, 2001.

LITTLE, Paul E. **Conhecimentos tradicionais para o século XXI Etnografias da intercientificidade**. São Paulo: Annablume, 2010.

LUSTOSA, João Augusto. **O papel do sistema de patentes na transferência de tecnologia aos países em desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1979.

MASSENSO, Manuel David. **Apontamentos sobre a Constituição Agrária Portuguesa**. In: Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. v. i. Coimbra: Coimbra, 1996.

MIRANDA ROSA, F.A.. **Sociologia do direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MORAN, Emilio F. OSTROM, Elinor. **Ecosistemas florestais**. São Paulo: Edusp, 2009.

MOREIRA, Eliane. **Conhecimento tradicional e a proteção**. Revista T&C Amazônia, n. 11, p. 33-41, jun. 2007.

MORGENBESSER, Sidney. **Filosofia da ciência**. Trad. Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1972.

PLATIAU, Ana Flávia Barros. VARELLA, Marcelo Dias. **Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PUNTEL, Lorenz B. **Estrutura e ser**. Trad. de Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

RAMOS, Arthur. **As culturas europeias e europeizadas**. Rio de Janeiro: CEB, 1975.

RIOS, Montserrat; DE LA CRUZ, Rodrigo. MORA, Arturo. **Conocimiento tradicional y plantas útiles del Ecuador**. Quito: Abya-Yala, 2008.

GONZÁLEZ GRANDIÓN, Ximena Andrea. **Legitimación de conocimientos tradicionales**. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **Biología y derecho**. Bilbao: Comares, 1998.

RUSSELL, Bertrand. **El conocimiento humano**. Trad. Antonio Tovar. Madrid: Taurus, 1959.

SANCHEZ, Enrique. ROLDAN, Roque. SANCHEZ, Maria Fernanda. **Derechos e identidad**. Bogotá: Disloque, 1993.

SÁNCHEZ MUÑOZ, María Paloma. **La dependencia tecnologica española: contratos de transferencia de tecnología entre España y el exterior.** Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, 1984.

SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. **Propriedade intelectual e biotecnología: aspectos jurídicos e éticos.** Notícia do direito brasileiro, n. 5, p. 91-115, 1. sem. 1998.

SILVA, José Robson. **Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Allan Rocha de. **Direitos culturais no Brasil.** Rio de Janeiro: Azougue, 2013.

TOBON, Natalia. **Los conocimientos tradicionales como propiedad intelectual en la Comunidad Andina.** Derechos intelectuales. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 135-151.

VINATEA MEDINA, Ricardo G. **Propuestas para la protección jurídica de los conocimientos tradicionales en el marco del tratado de libre comercio Perú-EE.UU.** Lima: Edição do autor, 2008.

WANDSCHEER, Clarissa Bueno. **Patentes & conhecimento tradicional.** Curitiba: Juruá, 2009.

ZANIRATO, Silvia Helena. RIBEIRO, Wagner Costa. **Conhecimento tradicional e propriedade intelectual das organizações multilaterais.** Revista Ambiente & Sociedade, v. 10, n. 1, p. 39-45, jan./nov. 2007.

A NOVA AGENDA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

THE NEW AGENDA TO THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Carmen Sílvia Lima Arruda¹

Resumo: Em 2015, numa decisão histórica, os Estados membros da ONU, dentre eles o Brasil, se reuniram para estabelecer os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável como parte da Agenda 2030 para transformar nosso mundo, buscando o fortalecimento da paz universal com mais liberdade, através da erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades. Nos próximos 15 anos os Estados trabalharam conjuntamente, numa parceria global, para alcançar as ambiciosas metas universais que visam a garantir a dignidade humana, com plena realização pessoal, protegendo o planeta da degradação, trazendo prosperidade e paz. O presente trabalho tem por objetivo examinar a evolução do desenvolvimento sustentável, com uma breve retrospectiva das Convenções Internacionais, os objetivos pactuados, 17 ODS, bem como alguns avanços já obtidos pelo Brasil.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Agenda 2030. 17 ODS.

Abstract: In 2015, in a historic delegation, ONU's member states, including Brazil, met to establish the 17 sustainable development goals as part of Agenda 2030 to change the world, seeking to strengthen universal

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1989), Juris Doctor pela University of Miami (2008) com especialização em Direito Comparado e Arbitragem Internacional. Doutoranda em Sociologia e Direito pela UFF. Mestre pela Universidade Federal Fluminense em Justiça Administrativa e Direito Ambiental. Juíza Federal desde 1996, titular da 15ª. Vara do Rio de Janeiro, convocada para compor a 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no biênio 2013-2014. Presidente da Comissão de Direito Civil da EMARJ- Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região. Procuradora do Município do Rio de Janeiro de 1991 a 1996.

peace with freedom through eradication of poverty and reducing inequalities. Over the next 15 years, the United States has worked together in a global partnership to achieve ambitious universal goals to ensure human dignity with full personal fulfillment, protecting the planet from degradation, bringing prosperity and peace. The purpose of this paper is to examine the evolution of development, with a brief retrospective of the International Conventions, the agreed objectives, 17 ODS, as well as some changes already made by Brazil.

Keywords: Sustainable Development. 2030 Agenda. 17 ODS.

1 INTRODUÇÃO

Ao embarcarmos nesta grande jornada coletiva, comprometemo-nos que ninguém será deixado para trás.¹

Inauguramos o século XXI com um grande desafio: viver num mundo livre de pobreza, da fome, de doenças e de penúria, sem violência, com alfabetização universal, com acesso à saúde e à justiça, com garantia da dignidade humana, a igualdade e não discriminação, bem-estar físico e mental, através da boa governança, atingindo o crescimento econômico com desenvolvimento sustentável, com a preservação dos bens fundamentais para a sobrevivência humana, para o bem do futuro da própria humanidade.

Com efeito, o século XX foi marcado pela conscientização universal da finitude dos recursos naturais tendentes à escassez², e que o mundo vem sofrendo as consequências adversas de desenvolvimento desenfreado, submetido a um capitalismo selvagem, sujeitando o planeta à depredação das fontes naturais, poluição do ar, dos rios e mares, desmatamento de florestas e tantas catástrofes que acarretaram por provocar o aquecimento climático, sujeitando a população mundial aos efeitos dos gases estufa, e pior, a fome e abandono de cuidados.

Assim, diante da conscientização de que o futuro da humanidade depende da garantia de acesso, a todos, dos *bens vitais*, considerados bens fundamentais para uma vida digna, de forma a dar concretude a proclamados direitos humanos fundamentais, foi elaborada, em setembro de 2015, pelos Estados Membros da ONU, uma “Agenda para o desenvolvimento sustentável” com 17 objetivos a serem alcançados até 2030.

Com efeito, se a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948³ inaugurou uma nova era de direitos, afirmando direito à dignidade da pessoa humana e à vida, (BOBBIO, 2004, p. 225) neste século compreendeu-se finalmente a necessidade de perseguir o desenvolvimento sustentável, a fim de garantir o bem-estar e vida digna das futuras gerações.

Ao longo destas décadas, diversas Convenções Internacionais e Cúpulas se sucederam, muitas inclusive sediadas no Brasil, onde foram estabelecidos pontos importantíssimos, como a necessidade de preservação do meio ambiente equilibrado, com a compreensão de que o futuro

1 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>> Acesso em: 4 fev. 2018.

2 “A escassez é o problema econômico central de qualquer sociedade.” (PASSOS, 2012, p. 4)

3 Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2018.

depende de um desenvolvimento sustentável, e que um não poderia existir sem o outro.

Assim, completando 70 anos da instituição das Nações Unidas, os Estados-Membros, países desenvolvidos e não desenvolvidos, pobres e ricos, perceberam que vivemos numa “casa comum” (FRANCISCO, 2015, p. 15), e precisamos da colaboração de todos para sua preservação, para que nós, habitantes, possamos, juntos, sobreviver com plena dignidade.

Somente pode-se conceber uma vida digna onde houver assegurado o usufruto dos *bens comuns*, como ar, água, meio ambiente; assim como o acesso aos *bens vitais*, que garantem a alimentação de base e medicamento indispensável para sobrevivência (FERRAJOLI, 2018, p. 220).

No presente trabalho buscaremos, no primeiro capítulo, demonstrar a evolução do conceito de desenvolvimento, a começar pela garantia do mínimo existencial; no segundo capítulo, a importância do desenvolvimento, especialmente para o Brasil, país de proporções continentais e com uma riqueza natural inigualável. No terceiro capítulo, o desenvolvimento sustentável, e os 17 objetivos para atingi-lo (17 ODS).

2 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Conforme já acima referido, em 1986, os membros das Nações Unidas proclamaram a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento⁴, em cujo preâmbulo foi reafirmado que “o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável e que a igualdade de oportunidade para o desenvolvimento é uma prerrogativa tanto das nações quanto dos indivíduos que compõem as nações”, conforme disposto no art. 1º:

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos de autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável de soberania todas as suas riquezas e recursos naturais.

4 Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

Percebe-se o reconhecimento do direito humano ao desenvolvimento como um direito universal, de todas as pessoas, não mais voltado apenas a uma visão individualista. Trata-se de um “direito de solidariedade” da categoria de direito de terceira geração.

Nesta mesma linha, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU – 1996)⁵, ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro em 1992, declarava que:

§1. Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (Artigo 2º)

2 .1 Do direito ao mínimo existencial

Considerando o “mínimo existencial” como um direito “às condições mínimas de existência humana digna” (TORRES, 2009, p.8), não há como desassociá-lo do desenvolvimento, como meio de assegurar o gozo dos direitos fundamentais, conforme enumera Torres “educação básica, saúde preventiva, água potável, etc., e água com o mínimo ecológico (meio ambiente saudável).” (2009, p. 11)

Assim, direito ao mínimo existencial está intrinsecamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, ou seja, a garantia das “condições mínimas, situações materiais indispensáveis à existência humana digna” (BARCELLOS, 2011, p. 247). Para Sarlet, o mínimo existencial pode ser compreendido “como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável) [...] constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.” (PASSOS, 2012, p. 584).

Conforme ressaltado por Sarlet (apud PASSOS, 2012, p. 564), Otto Bachof desenvolveu, em 1954, na Alemanha, a teoria do mínimo existencial, como o reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna, e não apenas o direito à

⁵ Disponível em: <<http://bioeticaediplomacia.org/wp-content/uploads/2013/12/1966-Pacto-Internacional-sobre-os-Direitos-Econômicos-Sociais-e-Culturais.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2014

liberdade, mas à segurança social, pois sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade ficaria sacrificada. Aplicando a teoria então desenvolvida, a Corte Constitucional alemã consagrou definitivamente, com *status* constitucional, a garantia do mínimo existencial como garantia a uma existência digna que abrange mais do que a garantia à mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta, ainda segundo Sarlet (apud PASSOS, 2012, p. 567).

No Brasil, diz-se que “mínimo existencial e o núcleo material do Princípio da dignidade humana descrevem o mesmo fenômeno” (BARCELLOS, 2011, p. 247). Torres esclarece:

a proteção do mínimo existencial, sendo pré-constitucional, está ancorada na ética, e se funda na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. (TORRES, 2009, p. 13).

Neste sentido, afirmou o Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.⁶

Quanto ao conteúdo, o STJ vem alargando sua extensão, para acolher o ‘direito à educação’ como direito fundamental a ser efetivado pelo Estado, segundo a teoria do mínimo existencial. Neste sentido, colhe-se do aresto proferido o seguinte trecho:

O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais,

6 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social. (BRASIL, 2010).

2.2 Desenvolvimento nacional como prioridade do Brasil

Um dos objetivos fundamentais da República Brasileira, insculpidos no art. 3º do texto constitucional, é o “desenvolvimento nacional”, ao lado dos demais objetivos elencados⁷. Desta forma, “o papel que o Estado tem a desempenhar na perseguição da realização do desenvolvimento, na aliança que sela com o setor privado, é de resto, primordial.” (GRAU, 2010, p. 218)

Trata-se de “princípio constitucional impositivo, segundo CANOTILHO, OU DIRETRIZ (DWORKIN) – norma-objeto – dotado de caráter constitucionalmente conformador” (GRAU, 2010, p. 217), podendo ainda ser tido como uma ‘norma constitucional programática’, na lição de Barroso (2009, p. 202), “pois traça fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos”. Nelas estão especificadas as metas que o governo deve buscar atender para atingir os objetivos sociais do Estado Brasileiro, em especial sua capacidade de geração e de distribuição das riquezas no âmbito da sociedade (BARROS, 2009, p. 128).

Não é tarefa fácil definir o conceito de “desenvolvimento”, presumindo dinâmicas mutações, a realizar na sociedade “um processo de mobilidade social contínua e intermitente” que “deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário.” (GRAU, 2010, p. 218)

A ‘Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento’, aprovada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, propõe um conceito de “desenvolvimento”, como sendo

um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes⁸.

7 Título I. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988).

8 Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

Trata-se de um princípio amplo, aberto, a comportar um sem-número de predicados e adjetivos. Pode-se pretender referir-se ao desenvolvimento econômico, desenvolvimento social, desenvolvimento sustentável, desenvolvimento político, desenvolvimento humano, enfim tudo que caracterize o “fazer crescer [...] que progrida, aumente, melhore, se adiante” (FERREIRA, 1986).

Cada um desses predicados deve voltar-se, no entanto, para um objetivo específico: “desenvolvimento humano”, definido “como um processo de ampliação das escolhas das pessoas para que elas tenham capacidades e oportunidades para serem aquilo que desejam ser”⁹. O foco deve estar no ser humano, suas oportunidades e sua qualidade de vida, a partir de três parâmetros: renda, educação e saúde.

Por outro lado, temos o desenvolvimento econômico, que leva em conta o crescimento econômico e a capacidade de gerar riqueza de um país. Este pode ser entendido como o “processo pelo qual países menos desenvolvidos elevam seu produto *per capita*, melhorando a qualidade de vida da população ao longo do tempo.” (PASSOS, 2012, p. 654). No entanto, sendo este um dos objetivos do Estado Brasileiro a ser perseguido pelo Governo legalmente constituído, através de projetos e fórmulas elaborados por sua equipe econômica, deve-se estar atento aos princípios constitucionais que, especialmente tratam da ordem econômica, elencados no art. 170 do texto constitucional, dentre eles a defesa do meio ambiente.¹⁰

Desta forma, pode-se afirmar que, para alcançar o desenvolvimento econômico, busca-se crescimento econômico como forma de melhoria da qualidade de vida da sua população. Existem, todavia, algumas

9 Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/DesenvolvimentoHumano.aspx?indiceAccordion=0&li=li_DH>. Acesso em: 19 jul. 2014.

10 Título VII, Capítulo I. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” (BRASIL, 1988).

precondições para o desenvolvimento, como a distribuição geográfica da nação, "as condições climáticas, e seus recursos hídricos utilizáveis além dos recursos naturais disponíveis (depósitos de petróleo e minério, por exemplo)." (PASSOS, 2012, p. 554)

As fórmulas para obter crescimento são definidas pelos economistas. Segundo Passos (2012),

economia é a ciência social que estuda como as pessoas e a sociedade decidem empregar recursos escassos, que poderiam ter utilização alternativa na produção de bens e serviços de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer as necessidades humanas. (PASSOS, 2012, p. 5).

Diversos são os indicadores do desenvolvimento econômico, dentre eles, a renda per capita; o nível de estoque de capital per capita; taxas de natalidade e de mortalidade; taxa de mortalidade infantil, esperança de vida ao nascer; índice de analfabetismo e padrões educacionais; taxa de desemprego e produtividade da mão de obra; distribuição de renda; participação do setor primário no produto nacional; porcentual da população atuando na agricultura; potencial científico e tecnológico; grau de dependência externa; condições sanitárias; taxa de poupança per capita. (PASSOS, 2012, p. 554)

O Brasil é um país com uma população de 200 milhões de habitantes, com renda nacional bruta per capita de 10.260 dólares e produto interno bruto de 1,571,980 milhão de dólares (PASSOS, 2012, p. 559), considerado o 5º país do mundo em extensão territorial e população, o sétimo em Produto Interno Bruto. No entanto, 21,4% de sua população está abaixo do nível de pobreza, com níveis insustentáveis de violência contra a mulher.

Isto significa dizer que o Brasil é considerado um país em desenvolvimento, enfrentando sérias dificuldades para o seu crescimento como, por exemplo, sua extensão territorial, a falta de estradas em condições adequadas e deficiência de transportes, o isolamento social, cultural e econômico, além do desperdício de recursos.

Assim, o País vê-se obrigado a produzir cada vez mais, para possibilitar o incremento das exportações, de forma a garantir um superávit na balança comercial. Todavia, a produção em excesso acarreta o "comprometimento de estoques de serviços ecossistêmicos. O equilíbrio entre extrair e cuidar é o cerne da dificuldade de viabilizar políticas ambientais

que conjuguem ou compatibilizem preservação com retorno econômico.” (WALDMAN; ELIAS, 2013)

Obviamente que suas riquezas não são infinitas, e “a sociedade não dispõe de recursos produtivos em quantidade suficiente para produzir tudo o que a população deseja” (PASSOS, 2012, p. 47), podendo haver escassez no seu consumo e extração. Sendo assim, impõe-se perquirir acerca das políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Estado Brasileiro de forma a garantir um crescimento econômico que preserve nossas riquezas naturais para as gerações futuras, tais como o petróleo, a mata atlântica, as reservas hídricas, as reservas minerais, e a biodiversidade.

No uso de suas atribuições constitucionais, o Governo Federal vem traçando os planos de desenvolvimento para o país, baseado em

um modelo de desenvolvimento econômico e social que combina crescimento da economia com distribuição de renda e proporciona a diminuição da pobreza e a inclusão de milhões de brasileiros e brasileiras no mercado formal de trabalho¹¹.

A título de ilustração, vale mencionar que, desde 2007, com o Governo do Presidente Lula, foi lançado o PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, com o objetivo de aumentar a oferta de empregos e geração de renda, elevando o investimento público e privado em obras fundamentais. Em 2011, iniciou-se a segunda fase do PAC, com os mesmos objetivos, mas buscando mais recursos e parcerias com os Estados e Municípios.

O Programa de Aceleração do Crescimento tem por objetivo o planejamento e execução de obras de infraestrutura social, urbana, logística e energética, buscando-se um crescimento acelerado de forma sustentável. A preocupação ambiental norteia o programa, ao deixar claro que

tal desenvolvimento econômico deve beneficiar a todos os brasileiros e brasileiras e respeitar o meio ambiente. O desafio da política econômica do governo federal é aproveitar o momento histórico favorável do país e estimular o crescimento do PIB e do emprego, intensificando ainda mais a inclusão social e a melhora na distribuição de renda¹².

11 Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/sobre-o-pac/medidas>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

12 Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/spi/PPA/2012/mensagem_presidencial_ppa.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.

No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal já havia definido, em acórdão de lavra do Ministro Eros Grau, que desenvolvimento, é “não apenas o crescimento econômico, mas, sobretudo elevação do nível cultural-intelectual comunitário e um processo, ativo, de mudança social.” (GRAU, 1981).

Em outra oportunidade, como “guardião da Constituição”¹³, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal afirmou que o “desenvolvimento nacional” a que se referiu o texto constitucional não pode ser um desenvolvimento desenfreado e predatório, mas “tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado” (BRASIL, 2009).

Cumprido, por fim, destacar que as Nações Unidas reconheceram expressamente no art. 2º, item 3 da Declaração do Direito ao Desenvolvimento¹⁴, que os Estados

têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

O direito ao desenvolvimento econômico social e cultural foi igualmente reafirmado no art. 22 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos¹⁵, estabelecendo que “todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade.”

Em que pesem as afirmações das Cartas Universais acerca da soberania nacional para gerenciamento das riquezas naturais dos países, é inegável a disputa travada entre os países do hemisfério norte e os países em desenvolvimento do hemisfério sul, acerca das políticas de desenvolvimento sustentável.

De um lado, os países, já desenvolvidos e ricos, pretendendo estabelecer medidas mais drásticas de respeito e proteção ao meio ambiente. De outro, os países do hemisfério sul, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, defendendo políticas de desenvolvimento, a justificar a

13 Título IV. Capítulo III. Seção II. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”. (BRASIL, 1988).

14 Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

15 Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

utilização de indústrias e técnicas por vezes mais poluentes e agressivas ao meio ambiente, em prol do progresso que ainda almejavam atingir, visando à erradicação da pobreza. (SAMPAIO, 2011, p. 77)

Em outras palavras, o que se pretende é a compatibilização das necessidades dos países do terceiro mundo para atingir um nível de produtividade que garanta aos seus cidadãos níveis mínimos de dignidade humana, ainda que para tanto precisem se utilizar de tecnologia mais agressiva ao meio ambiente. Este foi o “conflito de interesses entre países do norte e países do sul”, pois os países em desenvolvimento não aceitavam restrições ambientais aos seus respectivos processos de industrialização. (SAMPAIO, 2011, p. 10)

O direito a estabelecer as prioridades de desenvolvimento dos países em desenvolvimento foi exaustivamente tratado na Convenção de Paris, constando do texto do Acordo

Tendo em conta os imperativos de uma transição justa da força de trabalho e a criação de trabalho decente e empregos de qualidade, **de acordo com as prioridades de desenvolvimento nacionalmente definidas**, Reconhecendo que a mudança do clima é uma preocupação comum da humanidade, as Partes deverão, ao adotar medidas para enfrentar a mudança do clima, respeitar, promover e considerar suas respectivas obrigações em matéria de direitos humanos, direito à saúde, direitos dos povos indígenas, comunidades locais, migrantes, crianças, pessoas com deficiência e pessoas em situação de vulnerabilidade e o **direito ao desenvolvimento**, bem como a igualdade de gênero, o empoderamento das mulheres e a equidade intergeracional ¹⁶

3 EVOLUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Desenvolvimento sustentável é o “desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”, conforme concebido no Relatório de Brundtland, o ‘Nosso Futuro Comum’ (*Our Common Future*), publicado em 1987.¹⁷

16 Disponível em: <http://www.mma.gov.br/images/arquivos/clima/convencao/indc/Acordo_Paris.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2014.

17 Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

O 'princípio do desenvolvimento sustentável' foi desenvolvido, inicialmente, na Conferência de Estocolmo de 1972, e repetido inúmeras vezes nas Conferências mundiais que se sucederam, segundo o qual se baseia a noção da necessidade da coexistência harmônica do desenvolvimento econômico com os limites ambientais, para que estes não se esgotem, mas que fiquem preservados para as futuras gerações.

Seguiu-se então a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Rio 92. Dez anos após, foi realizada em Johannesburgo a Conferência sobre Desenvolvimento, para avaliar os avanços da Rio 92, os quais, aliás, não foram muitos.

Segundo Fiorillo (2007, p. 29), o **princípio do desenvolvimento sustentável** encontra fundamento no art. 225, caput, do texto constitucional¹⁸, assim como no art. 170, VI¹⁹, que trata da "Ordem Econômica e Financeira".

O Supremo Tribunal Federal, há quase uma década, já reconhece o "princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia". Assim, o desenvolvimento nacional não pode dar-se sem levar em consideração a questão ambiental. Do voto condutor da lavra do Ministro Celso de Mello, no *leading case*, ADI 3549 MC/DF, colhe-se o seguinte trecho:

[...]

O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA.
- O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação

18 Título VIII, Capítulo VI. Art. 225. "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, [...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações." (BRASIL, 1988).

19 Título VII, Capítulo I. "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação." (BRASIL, 1988).

de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.
[...] (BRASIL, 2005).

Mais recentemente, em 2009, a Suprema Corte teve a oportunidade de revisitar o tema do 'desenvolvimento sustentável', ao acolher parcialmente a 'Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental', fulcrado nos artigos 170, 196 e 225 da Constituição Federal, onde se questionava a constitucionalidade dos atos normativos proibitivos de importação de pneus usados.

Nesta ocasião, o STF, em voto da lavra da E. Ministra Carmen Lúcia, decidiu pela proibição das futuras importações, em atendimento aos princípios constitucionais, relacionados à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente o desenvolvimento sustentável. Ressaltou, na própria ementa do julgado, o conceito de desenvolvimento sustentável, como sendo o

crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. (BRASIL, 2012)

3.1 Princípios do desenvolvimento sustentável

De acordo com a ONU, acatando a elaboração da *International Law Association*, o desenvolvimento sustentável estaria baseado em sete princípios, descritos na Declaração de Princípios do Desenvolvimento Sustentável de Nova Deli, elaborada em 2002²⁰, dentre eles, o princípio do uso sustentável dos recursos naturais; da equidade e erradicação da pobreza; das responsabilidades comuns, mas diferenciadas; da precaução; do acesso à informação, participação e acesso à justiça em sede ambiental; da boa governança; e, finalmente, princípio da integração dos direitos do homem com os objetivos sociais, econômicos e ambientais.

20 Disponível em: <<http://cisdl.org/tribunals/pdf/NewDelhiDeclaration.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

Dentre estes princípios, importante destacar alguns reputados mais importantes:

a) Princípio do uso sustentável dos recursos naturais

As necessidades humanas a serem satisfeitas através de consumo são infinitas e ilimitadas enquanto que os recursos são finitos e insuficientes para a produção de bens e serviços demandados. Isto, segundo Passos, caracteriza o fenômeno da escassez, que é a preocupação básica da economia. E “somente devido à escassez de recursos em relação às ilimitadas necessidades humanas é que se justifica a preocupação de utilizá-los da forma mais racional e eficiente possível.” (PASSOS, 2012, p. 4)

Toda teoria econômica de desenvolvimento está baseada na utilização dos recursos naturais como elementos essenciais no processo de desenvolvimento. Todo processo de geração de riqueza precisa, dentre outros elementos, de matéria prima, que se extrai da natureza.

O reconhecimento da necessidade de se compatibilizar o desenvolvimento econômico com o cuidado com o meio ambiente é dever de todos os países, especialmente o Brasil, país tão agraciado por riquezas naturais, muitas dos quais, por força de disposição expressa do texto constitucional²¹, são considerados bens da União. Lembre-se, ainda, que o Brasil dispõe de uma riqueza hídrica incomparável, com cerca de 13,7% de toda água doce do planeta, distribuída irregularmente, no solo e subsolo do território nacional.

21 Título III, Capítulo II. “Art. 20. São bens da União:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005)

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.” (BRASIL, 1988).

b) Princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas

Este princípio pode ser extraído do princípio da igualdade onde se reconhece a necessidade de dar tratamento diferenciado aos países, em razão de suas capacidades, à luz das diferentes circunstâncias nacionais, que são evidentemente diferentes, ou seja, reconhece-se as diferenças entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, e se estabelece responsabilidades diferenciadas para cada um, respeitadas suas capacidades e circunstâncias nacionais, com efetiva contribuição financeira anual dos países desenvolvidos em favor dos países em desenvolvimento.

c) Princípio do acesso à informação

O direito de acesso aos documentos tem origem no art. 14 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789,²² que garantia o direito do cidadão de verificar a necessidade da contribuição pública, e consenti-la livremente. O “direito à informação”, por sua vez, veio a ser expressamente erigido a direito humano universal na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948,²³ como resultante de uma convergência de entendimento entre todos os países signatários da citada Declaração, vinculante e, portanto, de observância imperativa por parte da comunidade internacional.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, do qual o Brasil é signatário, prevê expressamente que “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza”, conforme a redação do art. 13,²⁴ contendo dois aspectos: um relacionado ao direito individual

22 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. “Art. 14. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.”

23 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. “Art. 19. Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.”

24 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. “Art. 13 - Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.”

que toda pessoa tem de expressar-se de forma livre sem qualquer impedimento, e outro relacionado ao direito coletivo de acesso a qualquer tipo de informação.

Posteriormente os Estados americanos participantes da Organização dos Estados Americanos (OEA), dentre eles o Brasil, presentes na Conferência de Lima, em 2001, assumiram formalmente o compromisso com a “democracia representativa”, ao assinarem a “Carta Democrática Interamericana”, que afirma ser este regime de governo essencial para o desenvolvimento social, político e econômico dos povos das Américas, de onde se destaca o art. 4º, que trata da transparência das atividades governamentais como componente fundamental ao exercício da democracia.

d) Princípio da boa governança

Das políticas públicas - De acordo com o princípio da boa governança, um governo é considerado “bom” e “democrático” se as instituições e os processos do país forem transparentes. A boa governança significa a promoção da igualdade, a participação, o pluralismo, a transparência, a responsabilidade e o Estado de Direito, de forma efetiva, eficiente e duradoura, segundo definido pelas Organizações das Nações Unidas.²⁵

4 TRANSFORMANDO O NOSSO MUNDO: AGENDA 2030 PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Durante a Cúpula das Nações Unidas, de 2015, em Nova York, foi aprovada a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/70/1, chamada “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, onde foram definidos os 17 Objetivos Globais para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), integradas e indivisíveis, a serem implementados pelos países, numa ação conjunta, até 2030²⁶, sendo eles:

Objetivo 1. Acabar com a **pobreza** em todas as suas formas, em todos os lugares

Objetivo 2. Acabar com a **fome**, alcançar a segurança alimentar e melhoria da **nutrição** e promover a agricultura sustentável

25 Disponível em: <<http://www.tce.se.gov.br/sgw/upload/3c0978352cd42924dcaa5b4773c2a334f-37f16c0.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

26 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

Objetivo 3. Assegurar uma **vida saudável** e promover o **bem-estar para todos**, em todas as idades

Objetivo 4. Assegurar a **educação** inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos

Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas

Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos

Objetivo 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à **energia** para todos

Objetivo 8. Promover o **crescimento econômico sustentado**, inclusivo e sustentável, **emprego** pleno e produtivo e **trabalho** decente para todos

Objetivo 9. Construir **infraestruturas** resilientes, promover a **industrialização** inclusiva e sustentável e fomentar a inovação

Objetivo 10. **Reduzir a desigualdade** dentro dos países e entre eles

Objetivo 11. Tornar as **cidades** e os **assentamentos humanos** inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis

Objetivo 12. Assegurar padrões de **produção e de consumo** sustentáveis

Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a **mudança climática** e seus impactos

Objetivo 14. Conservação e uso sustentável **dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos** para o desenvolvimento sustentável

Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos **ecossistemas terrestres**, gerir de forma sustentável as **florestas**, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade

Objetivo 16. Promover **sociedades pacíficas** e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o **acesso à justiça para todos** e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis

Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a **parceria global** para o desenvolvimento sustentável

O Brasil, como país em desenvolvimento, tem papel “protagonista no cenário ambiental do mundo” (MARCOVITCH, 2016, p. 17), e no cumprimento de muitas das metas na busca do desenvolvimento sustentável, por se tratar de um país de dimensões continentais e uma riqueza natural incomparável.

Assim, importantes centros universitários de pesquisa nacionais (MARCOVITCH 2016), juntamente com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)²⁷, estão se dedicando a monitorar o cumprimento das metas estabelecidas nesses 17 objetivos. Analisando alguns dos estudos realizados, passaremos a detalhar os esforços para cumprimento dos objetivos estabelecidos.

4.1 Objetivo 1: Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares

Fazendo expressa referência às metas a serem atingidas até 2030, o IBGE divulgou, no ano de 2017, os resultados de estudos e pesquisas sobre as condições de vida da população brasileira, considerando sua heterogeneidade e as informações demográficas e socioeconômicas colhidas, utilizando como fonte a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua – PNAD, de 2012 a 2016²⁸.

Neste estudo, foi analisada a desigualdade social existente no Brasil, a partir de importantes índices, demonstrando que o Brasil é um dos países com maior desigualdade de renda na América Latina, “região do planeta onde a desigualdade é mais pronunciada”. Diversos gráficos indicam que a desigualdade varia no território, atingindo a população dividida entre cor ou raça, sendo que os menores rendimentos são percebidos por pessoas pretas ou pardas, enquanto que maior rendimento são obtidos pelos brancos.

Busca-se a erradicação da pobreza, considerada como privação de bens mínimos necessários para sobrevivência. No Brasil, ao contrário de outros países, não há uma linha oficial de corte para definição de pobreza, mas algumas linhas foram estabelecidas a partir dos programas governamentais, como Programa Brasil sem Miséria, - PBSM – que considera o valor de R\$85,00, em 2016, pobreza extrema e, R\$ 170,00, pobreza.

27 Disponível em: < <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2018/01/05/brasil-avan-a-na-implementa-o-da-agenda-2030.html> >. Acesso em: 4 fev. 2018.

28 Disponível em: < <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf> >. Acesso em: 4 fev. 2018.

Outra linha utilizada como parâmetro é a do Benefício de Prestação Continuada-BCN – que equivale a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para fins de recebimento de benefício previdenciário para viverem e envelhecerem com dignidade (BRASIL, 1993).

Esses estudos levados a cabo pelo IBGE demonstram, em 2016, que 6,5% dos moradores de domicílios permanentes estavam na pobreza extrema”, levando em consideração o valor atualmente estimados de 1,9 dólares por dia de renda ou consumo per capita, sendo que quase a metade concentrada na região Nordeste do país.

É grande o desafio a ser alcançado, pois a erradicação da pobreza está intimamente ligada à desigualdade, especialmente de cor e de raça, à falta de acesso à educação, e à dimensão territorial do Brasil e sua divisão.

4.2 Objetivo 5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas

O objetivo nº 5 exige o enfrentamento de questões como a paridade de gêneros na esfera pública e privada, considerando-a como componente do princípio da legalidade; o equilíbrio de gêneros como forma de permitir uma igualdade real, e não apenas formal; a elaboração de políticas que permitam a compatibilização do trabalho e maternidade, considerando que a participação das mulheres no mercado de trabalho ainda é cerca de 30 pontos percentuais menor que a dos homens, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Diversas medidas concretas vêm sendo adotadas visando ao ingresso de mulheres no mercado de trabalho, destacando-se a recém criada Coalizão Internacional pela Igualdade Salarial (EPIC), na cidade do Panamá, em janeiro de 2018, cujo objetivo é mobilizar diversos atores em diferentes países para reduzir a desigualdade salarial entre mulheres e homens, que é cerca de 15% na região, em janeiro deste ano²⁹.

A começar pela estimativa populacional por gênero, publicada pelo IBGE, o Brasil tem hoje uma população de 208.658.782 milhões de pessoas³⁰. Pela análise dos dados colhidos em 2010, verifica-se que 51,03%

29 Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_616494/lang--pt/index.htm>. Acesso em 4 fev. 2018.

30 Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?&t=destaques>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

da população era composta por mulheres, contra 48,95% de homens³¹. Os gráficos já indicam um número maior de mulheres com escolaridade, em relação aos homens, nas faixas etárias acima de 11 anos³².

Assim, segundo Soares, "O Brasil já superou o gargalo da educação, porque hoje as mulheres são mais escolarizadas do que os homens, mas isso ainda não está refletindo no mercado de trabalho". Com efeito, de acordo com os gráficos do Instituto de Pesquisas, a maioria dos trabalhadores ainda é composta por homens e, do total de trabalhadores homens, 65,2% tem carteira assinada, enquanto que 62,2% das mulheres tem carteira assinada³³. O rendimento médio dos homens é superior ao das mulheres³⁴. Por outro lado, a responsabilidade pelos afazeres domésticos ainda é da mulher que, em razão da sobrecarga, busca por jornada de trabalho mais flexível³⁵.

Por outro lado, destaque deve ser dado à questão da violência contra as mulheres, no Brasil. Pelas estatísticas divulgadas pelo Fórum de Segurança, as mulheres são as maiores vítimas de violência sexual, com 1 estupro a cada 11 minutos³⁶.

A violência contra as mulheres se tornou tamanha e tão expressiva que acarretou o acionamento de organismos internacionais, sendo finalmente promulgada a Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006, com o objetivo de coibir a violência doméstica e familiar, de natureza física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral dirigida conscientemente contra a mulher, nos termos do art. 226 §8º da CF/88, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

31 Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/distribuicao-da-populacao-por-sexo.html>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

32 Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/educacao/anos-de-estudo-e-sexo.html>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

33 Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/trabalho/categoria-do-emprego-e-sexo.html>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

34 Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/trabalho/rendimento-de-todos-os-trabalhos.html>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

35 SOARES, Barbara Cobo, em entrevista para Revista Retratos. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/17064-retratos-ods-5-alcancar-a-igualdade-de-genero-e-empoderar-todas-as-mulheres-e-meninas.html>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

36 Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/introducao/>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

Nesta sequência veio a alteração do Código Penal, através da Lei 13.103/2015, que prevê o feminicídio³⁷, homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, e incluído no rol dos crimes hediondos.

Ainda na esfera pública, percebe-se grande discriminação contra as mulheres, visto que sua participação no Poder Judiciário é de menos de 30%, de acordo com levantamento realizado pelo CNJ³⁸, sendo que a maior participação ainda está concentrada no 1º grau de jurisdição, havendo diversos Tribunais que não têm sequer uma mulher compondo a Corte.

4.3 Objetivo 13: Acordo de Paris sobre mudanças climáticas

De forma a dar início ao cumprimento dos objetivos estabelecidos na meta 13 foi celebrado, ainda no final do ano de 2015 o Acordo de Paris³⁹, o qual foi ratificado pelo Brasil em setembro de 2016, por meio do Decreto Legislativo nº. 140/2016⁴⁰, visando a estabelecer um esforço global à ameaça das mudanças climáticas.

Este acordo já vem sendo considerado um pacto histórico, por trazer a proposta de verdadeira mudança de atitude dos países⁴¹, consagrando o “princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas e respectivas capacidades, à luz das diferentes circunstâncias nacionais”, ao reconhecer as diferenças entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, e estabelecendo responsabilidades diferenciadas a cada um, respeitadas suas capacidades e circunstâncias nacionais, com uma efetiva contribuição financeira anual dos países desenvolvidos em favor dos países em desenvolvimento.

Com efeito, logo no art. 6º já se vê expressa referência à promoção do desenvolvimento sustentável, integridade ambiental e transparência como corolário da boa governança, enquanto que o artigo 7º trata das

37 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 4 fev. 2018.

38 Disponível em: <<http://ajufe.org.br/imprensa/noticias/10398-comissao-ajufe-mulheres-revela-o-perfil-da-magistrada-brasileira-a-jornalistas>>. Acesso em 4 fev 2018.

39 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

40 Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2016/decretolegislativo-140-16-a-gosto-2016-783505-publicacaooriginal-150960-pl.html>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

41 Disponível em: <<http://envirocenter.yale.edu/transparency-the-backbone-of-the-Paris-Agreement>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

ações de adaptação, que devem seguir uma abordagem orientada em nível nacional, sensível a gênero, participativa e plenamente transparente, levando em consideração os grupos vulneráveis, comunidades locais e ecossistemas.

O artigo 9º estabelece a obrigação dos países desenvolvidos de fornecer recursos financeiros para auxiliar os países em desenvolvimento e, ainda, de assumir a liderança na mobilização de financiamento climático. Em contrapartida, os países desenvolvidos devem prestar informações transparentes e consistentes de tal apoio aos países em desenvolvimento.

O artigo 12, por sua vez, dispõe que as partes devem cooperar para tomar medidas, conforme apropriado, para ampliar a educação, a formação, a sensibilização do público, a participação e acesso do público à informação sobre as mudanças climáticas.

4.4 Objetivo 15: Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade

Em estudo desenvolvido na USP/SP, verificou-se a situação das práticas e projetos brasileiros em relação à Floresta Amazônica, com o objetivo de preservar as Unidades de Conservação (UCs). Segundo este estudo, o Brasil possui a segunda maior cobertura florestal do mundo, perdendo apenas para a Rússia, e a maior em extensão de florestas tropicais. Sua área equivale a 516 milhões de hectares (Mha), dos quais 56% (290 Mha) são florestas públicas. Deste total, 325 Mha correspondem à Amazônia, sendo que 91,6% correspondem a florestas públicas presentes em nove estados brasileiros, sendo eles: Acre, Amazonas, Roraima, Amapá, Pará, Maranhão, Tocantins, Rondônia e Mato Grosso.

Dados do relatório do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), revelam que o Brasil obteve uma queda de 36% na taxa de desmatamento na Floresta Amazônica, entre os anos de 2005 e 2009 (UNEP, 2016). Segundo relatório do Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia - IMAZON de janeiro de 2016, o desmatamento na Amazônia Legal identificado neste período foi de 52 km², o que representa uma redução de 82% em relação ao mesmo intervalo de 2015 (quando o desmatamento alcançou 288 km²) (IMAZON, 2016).

O Brasil pretende restaurar e reflorestar 12 milhões de hectares de Áreas de Preservação Permanente nos biomas Amazônia, Cerrado e Mata Atlântica até 2030, demonstrando uma grande preocupação do governo com a questão do desmatamento das florestas. (CREDIDIO, 2017, p. 163). Estes projetos têm um importante caráter pedagógico, envolvendo as comunidades locais e ONGs, e envolve enormes investimentos financeiros.

5 CONCLUSÃO

Na oportunidade em que se celebram os 70 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, percebe-se que são muitos os desafios a serem enfrentados pelos países, numa ação global, para possibilitar a perfeita integração da humanidade, permitindo o acesso aos bens vitais essenciais a uma vida digna.

Deve-se reconhecer que vivemos ainda numa época onde é enorme a desigualdade entre os homens e que, para muitos, a dignidade ainda é um sonho a ser perseguido, diante da escassez de comida, de acesso à água potável, de remédios, de escolaridade, de moradia, enfim, de um conjunto mínimo de bens fundamentais, sem os quais não se pode considerar uma existência digna.

Sem que haja a provisão mínima dos bens vitais e mais básicos de subsistência, acentuam-se as desigualdades, tanto entre ricos e pobres, como entre homens e mulheres, entre raças e cor e, em consequência, aumentam-se os níveis de insegurança e de violência.

Ao participar da Cúpula do Clima e assinar a agenda 2013 para o Desenvolvimento Sustentável, os Estados membros, inclusive o Brasil, se comprometeram a cumprir metas de desenvolvimento que tenham um impacto direto na melhoria das condições de vida da população mais carente, com investimento em educação, saúde, meio ambiente e infraestrutura.

Somente através da firme determinação de elaboração e desenvolvimento de políticas públicas, a nível federal, estadual e municipal, com a plena participação da sociedade civil, e setor privado, e por meio de ações integradas, o Brasil, como Estado Democrático de Direito que é, conseguirá colaborar para alcançar as metas estabelecidas para a plena concretização dos direitos humanos fundamentais, a prosperidade e da paz universal com mais liberdade.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2018.

BRASIL. **Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8742.htm>. Acesso em: 30 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.185.474/SC. Brasília, 20 de abril de 2010. Relator: Ministro Humberto Martins. **Diário de Justiça Eletrônico**, 29 mar. 2010. Disponível em: <http://www.mp.gov.br/portaIweb/hp/42/docs/recurso_especial_1185474_stj.pdf>. Acesso em: 30 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº ADI 3540 MC/DF**. Brasília, DF, 01 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portaI/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%22desenvolvimento+nacional%22%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/calsslf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 101/DF. Brasília, 24 de junho de 2009. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 108, 4 jun. 2012. Ementário nº 2654-1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 30 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Petição nº 3388/RR**. Brasília, 19 de março de 2009. Relator: Ministro Carlos Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 181, 25 set. 2009. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1563215>. Acesso em: 30 maio 2018.

CREDIDIO, Guilherme Simões. Governança e reflorestamento: o Projeto Ciência Cidadã (ODS 15) In: MARCOVITCH, Jacques (Org.). **Os Compromissos de Paris e os ODS 2030: energia, florestas e redução de GEE**. São Paulo: FEA/USP, 2016. Disponível em: <<https://www.usp.br/mudarfuturo/cms/>>. Acesso em 4 de mai. 2018

FERRAJOLI, Luigi. **Manifesto per l'uguaglianza**. Roma: Laterza, 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCISCO, Papa. **Carta Encíclica Laudato Si: sobre o cuidado da casa comum**. São Paulo: Paulinas, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

IBGE. Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2016**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

MARCOVITCH, Jacques (Org.). **Os Compromissos de Paris e os ODS 2030: energia, florestas e redução de GEE**. São Paulo: FEA/USP, 2016. Disponível em: <<https://www.usp.br/mudarfuturo/cms/>>. Acesso em 4 de mai. 2018.

PASSOS, Carlos Roberto Martins; NOGAMI, Otto. **Princípios de Economia**. 6. ed. rev. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito Ambiental doutrina e casos práticos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SOARES, Barbara Cobo, em entrevista para Revista Retratos. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/17064-retratos-ods-5-alcancar-a-igualdade-de-genero-e-empoderar-todas-as-mulheres-e-meninas.html>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

WALDMAN, Ricardo Libel; ELIAS Luiz Augusto de Veiga. Os Princípios do Direito Ambiental e o Pagamento por Serviços Ambientais / Ecosistêmicos (PSA/PSE). **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 69, p. 53-83, jan./mar. 2013.

O NOVO CPC E O ACESSO À JUSTIÇA: EM FOCO A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE DE SAÚDE

THE NEW CPC AND ACCESS TO JUSTICE: EARLY GUARDIANSHIP OF HEALTH PRECEDENT

Silvana Godoi Câmaraⁱ

Resumo: A ampliação do acesso à Justiça está nitidamente vinculada à evolução dos direitos fundamentais e do Processo Civil. Nesse contexto, é possível afirmar que a introdução do procedimento de tutelas provisórias antecipadas antecedentes, previsto nos artigos 303 a 304, sexto capítulo da parte geral do Novo Código de Processo Civil, ampliou o acesso à Justiça no tocante à tutela de saúde? Essa é a proposta do presente artigo, que aborda a judicialização da saúde, iniciando com um breve estudo sobre esses direitos, focando a jurisprudência e o contexto processual, tanto na legislação anterior como na abordagem do Novo Código de Processo Civil de 2015, para verificarmos se nesta matéria, houve uma melhora efetiva com a introdução do novo instituto.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015. Acesso à Justiça. Judicialização da saúde pública no Brasil.

Abstract: The expansion of access to justice is clearly linked to the evolution of fundamental rights and Civil Procedure. In this context, is it possible to state that the introduction of the procedure of provisional preliminary guardianship provided for in articles 303 to 304, sixth chapter of the general part of the New Code of Civil Procedure, increased access to justice in relation to health protection? This is the proposal of this article, which deals with the judicialization of health, starting with a brief study on these rights, focusing on jurisprudence and procedural context, both in the previous legislation and in the New Code of Civil Procedure approach of 2015, to verify in this area, there was an effective improvement with the introduction of the new institute.

Keywords: Code of Civil Procedure of 2015. Access to Justice. Judicialization of public health in Brazil.

ⁱ Servidora Pública da Justiça Federal, Graduada em História pela FFLCH_USP e em Direito pela UNILAS-SALE-RS. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes-RJ.

1 INTRODUÇÃO

A tutela da saúde representa uma importante demanda da Justiça brasileira, incrementada ainda mais após a Constituição de 1988. A precariedade dos mecanismos administrativos assecuratórios dos direitos fundamentais, previstos nos art. 6º e 196 da Carta Constitucional, foi o principal motivo para o alargamento dessa demanda. Na realidade, verificou-se que apesar do direito à saúde ter alcançado o status de direito fundamental a ser imposto ao Estado, em todas as esferas da federação, a população permaneceu com restrito acesso a tratamentos médicos e farmacológicos e à Justiça.

Por esse motivo o Poder Judiciário foi instado a examinar inúmeros pedidos de condenação do Estado (União, Estados e Municípios) para fornecimento de medicamentos, tratamentos e terapias. Todavia, tal avaliação continha-se à análise da abusividade negativa, concernente à inércia na implementação de estabelecer um *standard* mínimo de saúde ao cidadão, evitando um alargamento, por entender que os juízes não podiam adentrar no mérito administrativo, sob pena de prática de ativismo judicial. (SCHULZE, 2014).

Entretanto, as ondas renovatórias do Direito provocaram mudanças na concepção da atuação do Poder Judiciário e no Processo Civil, como veremos adiante.

2 AS ONDAS DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E OS REFLEXOS NO CPC DE 2015

O acesso à Justiça é um conceito que se reformula na medida em que a sociedade constrói seus referenciais democráticos. Seu histórico está nitidamente vinculado aos direitos fundamentais e à evolução do Processo Civil.

Cândido Dinamarco (2002, p. 39) explica que o Processo Civil, originariamente, era vinculado ao direito comum e canônico e consagrou sua independência após o século XIX. Durante esse período, manteve-se extremamente formalista e dogmático, pois o processo era considerado ente puramente técnico, desvinculado dos valores da sociedade.

Tal entendimento se alterou com a democratização da sociedade e o processo começou a ser visto como um instrumento, cuja permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional, jurídico-material deveria propiciar o alcance dos fins aos quais se destina.

Quando alterou-se a visão do processo, como instrumento meramente relacionado à realização dos direitos individuais, o acesso à Justiça deixou de ser tratado como um simples direito de ingresso em juízo, ou seja o mero exercício de direito de ação. Logo, as inibições de acesso à Justiça não podiam mais ser tratadas como fenômenos puramente técnicos do Direito ou ao poder de exercitar a ação, diz Cichocki Neto. (BASSETO, 2016).

Nesse sentido, Kazuo Watanabe (1988, p. 128) formula que o acesso à Justiça não significa apenas o direito de requerer a tutela jurisdicional do Estado. É necessário que ela seja feita de forma ampla, efetiva, igualitária, de modo a proporcionar a todos uma ordem jurídica justa.

Maria de Carmo Lopes Basseto acrescenta: “no contexto atual, o “acesso” não significaria simplesmente um direito social fundamental, mas “o mais básico de todos os direitos [...]” (BASSETO, 2016, p. 26).

No Brasil, onde o processo de democratização ocorreu no final dos anos 80 com a abertura política, o movimento internacional de ampliação do acesso à Justiça teve seus ecos em nosso país tardiamente, porquanto a extensa população marginalizada em virtude da exclusão sócioeconômica-política-jurídica, vez que não tinha acesso a direitos básicos.

Segundo Vladimir Santos Vitovsky (2015, p. 14) as reformas relacionadas ao acesso à Justiça ocorridas no novo CPC surgiram em um contexto de crise do Judiciário, retratada especialmente na EC 45/2004, que trouxe alguns princípios norteadores a serem buscados, tais como a duração razoável do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Ademais, salienta o autor, verifica-se que o novo CPC abarca um mosaico de tradições e concepções de acesso à Justiça, abarcando as quatro ondas de acesso à Justiça.

Cappelletti e Garth (1988, p. 49) falam em três ondas do acesso à Justiça. A primeira é a *legal aid* (1945), a segunda, da representação legal para os interesses difusos (década de 1960), e mais recentemente, o *access-to-justice-approach*, que inclui os anteriores e vai além, tentando atacar as barreiras ao acesso à Justiça, através das fórmulas alternativas de resolução de conflitos que iniciaram na década de 1970.

Vitovsky (2015, p. 11-12) acrescenta ao debate uma quarta onda de acesso à Justiça, com base no entendimento de Kim Economides. Nela, há a preocupação com a dimensão ética, política da administração da Justiça e de seus operadores. Questionamentos como: o papel do juiz na sociedade no tocante às políticas públicas; a celeridade e a duração razoável

do processo, a constitucionalização do processo e do acesso à Justiça; a atuação na estrutura do conflito, de acordo com o perfil de litigiosidade; o papel das iniciativas inovadoras (a sociologia das emergências); os vetores da efetividade do processo (simplificação, efetividade, instrumentalismo, minimalismo e maximalismo, organicidade); a participação; a educação para os direitos, com a prestação de informação jurídica.

Entendemos que a quarta onda de acesso à Justiça é que sustentou as modificações no CPC relacionadas à tutela antecedente de saúde, pois foi através dela que se evidenciou a preocupação com a atuação ético-política do juiz nas políticas públicas, a questão da celeridade, da necessidade de constitucionalização do processo e de sua efetividade.

3 A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA TUTELA DE SAÚDE

A judicialização da saúde tornou inevitável o enfrentamento de diversas teses apresentadas pelas partes nos litígios. Vamos apresentar as principais teses, com foco na processualização dessas demandas, contextualizando as questões de mérito para, a seguir, apresentar as mudanças procedimentais ocorridas com o Novo CPC.

Inicialmente, os entes públicos alicerçaram a defesa do Estado na alegação da violação do princípio da separação dos poderes, da reserva do possível e da proibição de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Mais tarde, vieram as alegações de necessidade de formalização de critérios para deferimento das tutelas concernentes a remédios de alto custo e àqueles não registrados na ANVISA.

Em contraposição, os autores alegavam o direito fundamental à saúde, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Façamos um breve relato de como a jurisprudência dos tribunais superiores trataram estas teses de suma importância para as demandas de saúde.

3.1 Teses de Violação dos princípios da separação dos Poderes, da “reserva do possível” em contraposição à intangibilidade do mínimo existencial

Uma das teses mais postuladas pelos entes públicos consistiu em alegar que a determinação do Judiciário para execução de políticas públicas de implementação do direito à saúde, previstos na Constituição, configurava violação do princípio da separação dos poderes.

No entanto, o STF ao julgar este direito de segunda geração, responsabilidade do Estado, firmou entendimento que não procedia tal tese, quando o Judiciário atuasse na jurisdição constitucional de concretização de direitos fundamentais:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2014).

Superado esse debate, ao Judiciário foi permitido atuar como garantidor da função de fornecimento ao cidadão de prestações positivas com ampliação de serviços, desde que voltadas para a satisfação de direitos fundamentais, em especial, aqueles atinentes às necessidades básicas.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011), firmou jurisprudência que se contrapõe à reserva do possível, a intangibilidade do mínimo existencial. Portanto, não pode haver discricionariedade do ente público quanto à observância de política pública quando tratar de respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado. A mera alegação de ausência de previsão orçamentária não tem o condão de afastar a obrigação de garantir o mínimo existencial. Sendo assim, o ente público deve provar a absoluta inexequibilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa para poder se imiscuir de cumprir com a obrigação.

No mesmo sentido, os recentes acórdãos do STJ, que dispõem: “em que pese a existência de limitações orçamentárias, esta não pode servir de escudo para recusas de cumprimento de obrigações prioritárias decorrentes de provimento judicial que dê efetividade a direitos fundamentais” (BRASIL, 2017a).

3.2 Teses de proibição de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, esgotamento do objeto da ação, irreversibilidade da demanda em contraposição ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente o direito à vida

No tocante às medidas processuais, restou superada a proibição de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos procedimentos atinentes à saúde. A Corte Suprema decidiu que nas obrigações de fazer era inaplicável tal proibição, mesmo que a tutela concedida esgotasse o objeto da ação e fosse irreversível. Também admitiu a tutela provisória contra o poder público, quando determinou a entrega de remédio a idoso ou a portador do vírus da AIDS, inclusive bloqueando verbas para garantir a efetividade do julgado (aplicação do art. 536, caput do código anterior):

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação. 2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.

(Brasil. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1069810 RS 2008/0138928-4, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 23/10/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/11/2013)

Prevaleceu o entendimento que é necessário resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, com base no mínimo existencial, ainda que se esgotasse o objeto da demanda e tornasse irreversível a tutela antecipada, para salvaguardar a realização de medidas médicas urgentes, que assegurem o tratamento necessário à sobrevivência do indivíduo. (STJ, 2ª T, REsp n. 109473/RS, rel. Min. Helio Mosimann, j. em 23/03/1999, publicado no DPJ de 06/09/1999; STJ 1ª T. Resp n. 275649/SP, rel. Min. Garcia Vieira, j. 07/08/2001, publicado no DPJ de 17/09/2001. Ver: STJ, 1ª T. Respe n. 746.781/RS, relator para acórdão Ministro Luiz Fux, j. em 18/04/2006, publicado em DJe de 22.05.2006.

3.3. Tese de impossibilidade de fornecimento de medicamentos fora da lista nacional, experimentais e de alto custo em contraposição ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente o direito à vida e o caso de dano inverso

Saliente-se que, no cenário atual, trava-se uma importante batalha jurídica no STF a respeito dos medicamentos de alto custo: o julgamento da ADI 5501 sobre a suspensão da eficácia da lei que autorizou o uso da “pílula do câncer”, sobre o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA (Recurso Extraordinário – RE 657718), bem como daqueles considerados de alto custo (RE 566471).

Até os anos 2000, os Tribunais Superiores vinham entendendo que o direito à vida preponderava sobre todos os direitos sopesados. Todavia, outros parâmetros começaram a ser questionados na prática judiciária no tocante a fornecimento de medicamentos, quando estes estavam fora da lista do SUS, de comercialização fora do território nacional, quando não registrados na ANVISA ou com comprovação científica discutível.

Na STA 175 (BRASIL, 2010) o Supremo Tribunal Federal discutiu se poderia haver o fornecimento de tratamentos não oferecidos no Brasil, bem como daqueles medicamentos em fase experimental, desenvolvidos pelas universidades. A corte decidiu que é importante que o juiz esteja atento se a prestação requerida faz parte de protocolo ou política pública estatal e se há uma omissão administrativa. Se há oferecimento de tratamento alternativo para o problema, podendo o autor contestar, caso seu médico entenda ser a alternativa ineficaz. Os medicamentos e tratamentos experimentais, o Estado não está obrigado a fornecê-los; os tratamentos novos, que não constam nos protocolos do SUS, podem ser deferidos, desde que seguidos de ampla instrução probatória.

O Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente a ADI 5.501 MC, voto do relator Ministro Marco Aurélio, de 19/05/2016, publicado em DJE de 1 de agosto de 2017:

(...) Na elaboração do ato impugnado, o Congresso Nacional, ao permitir a distribuição de remédio sem o controle prévio de viabilidade sanitária, não cumpriu com o dever constitucional de tutela da saúde da população.

(...) A aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, segundo o art. 12 da Lei 6.360/1976. O registro ou cadastro mostra-se condição para o monitoramento, pela Agência fiscalizadora, da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto. Ante a ausência do registro, a inadequação é presumida. No caso, a lei suprime, casuisticamente, a exigência do registro da fosfoetanolamina sintética como requisito para comercialização, evidenciando que o legislador deixou em segundo plano o dever constitucional de implementar políticas públicas voltadas à garantia da saúde da população. O fornecimento de medicamentos, embora essencial à concretização do Estado Social de Direito, não pode ser conduzido com o atropelo dos requisitos mínimos de segurança para o consumo da população, sob pena de esvaziar-se, por via transversa, o próprio conteúdo do direito fundamental à saúde. (...) É no mínimo temerária – e potencialmente danosa – a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano. Salta aos olhos, portanto, a presença dos requisitos para o implemento da medida acauteladora. Ante o quadro, defiro a liminar pleiteada para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, até o julgamento definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade” (BRASIL, 2017b).

Veja-se que preponderou o princípio da segurança, sob pena de, sob via transversa, haver um esvaziamento do direito à saúde.

Em geral, as decisões sobre saúde são dramáticas e urgentes, com inadiável necessidade de tutela jurisdicional. Por esse motivo, chegam ao STF pela via da suspensão de liminar impetrada pelo ente público para barrar o cumprimento da decisão nos tribunais a quo. O caso a seguir é emblemático neste sentido.

Apesar de haver restrição ao fornecimento de medicação não registrada na Anvisa, o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Acre deferiu a tutela de evidência para fornecimento de medicação de alto custo não constante no protocolo do SUS e sem registro na agência reguladora. A Fazenda Pública do Estado alegou grave lesão à ordem pública pelo custo do medicamento e lesão à saúde pública, por ausência de controle de qualidade do produto. Todavia, a ministra Carmén Lúcia, em notável decisão que privilegia evidentemente o direito à vida, manteve a decisão, que determinou o fornecimento, pelo Estado do Acre, do medicamento Soliris (eculizumab), por ser o único tratamento terapêutico para manutenção da vida de uma criança portadora da Síndrome Hemolítico Urémico Atípica (SHUa), doença rara. A ministra indeferiu o pedido de Suspensão de Liminar (BRASIL, 2017c), sob o fundamento de que “a negativa de tratamento à interessada configura dano inverso, que pode levar a óbito”. Asseverou que, ao contrário da fosfoetanolamina sintética, objeto de questionamento na ADI 5.501/DF, medicamento ainda em fase inicial de testes, o fármaco questionado na suspensão de segurança é reconhecido pela comunidade internacional com eficácia comprovada por inúmeros testes e por este motivo não há perigo de dano inverso à saúde pública. In verbis:

“(…) Sem desconsiderar o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501/DF, pela qual determinada a suspensão da Resolução n. 38 da Anvisa e, ainda, que as questões afetas à “obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA” (RE n. 657.718-RG/MG, Tema n. 500) e à “obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo” (RE n. 566.471/RN, Tema n. 6), ambos pendentes de julgamento de mérito, poderiam justificar a suspensão da decisão impugnada, verifico que a negativa de tratamento à Interessada configura dano inverso que pode levar a óbito. 14. Como destacado pelo Desembargador Relator do Agravo de Instrumento n. 1000977-15.2016.8.01.0000, “à luz do que foi apresentado até o momento, a postulação cinge-se à única alternativa que a agravada possui para permanecer viva”. Cumpre registrar que foi reconhecida essa circunstância fática e considerada nas decisões proferidas pelos Ministros Ricardo Lewandowski (STA n. 761/SP), Ayres Britto (SL n. 558/SP) e Cezar Peluso (SS n.

4.304/CE e SS n. 4.316/ RO), pelas quais foram negados os pedidos de suspensão de decisões cuja natureza e consequências eram análogas à que se analisa na presente suspensão. Em todas elas foram mantidas as determinações de fornecimento do medicamento Soliris (eculizumad)". V. Ademais, não merece prosperar a alegação de falta de comprovação da eficácia do medicamento requerido, na medida em que o fármaco é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida ao paciente, a justificar a procedência do pedido inicial, notadamente porque a saúde, incluindo-se a assistência farmacêutica, é direito de todos e dever do Estado, a ser cumprido em relação a todos que comprovadamente necessitem do serviço de saúde, como na espécie dos autos, fazendo o paciente jus ao fornecimento do necessário fármaco, tal como prescrito pelo médico que o atende e que conhece suas reais necessidades. VI. Nesse contexto, caracterizada, na espécie, a impossibilidade de o autor arcar com os custos do tratamento da enfermidade que o acomete, o fornecimento do medicamento requerido, na dosagem e quantidade indicadas pelo médico responsável pelo seu acompanhamento, é medida que se impõe, possibilitando-lhe o exercício do seu direito à vida, à saúde e à assistência médica, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material. Precedentes. VII. Apelação do autor provida. Agravo regimental da União Federal prejudicado. (Apelação Cível 0063902-58.2011.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, julgado em 22/03/2017, p. 2.720)

4 A SISTEMATIZAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA TUTELA DE SAÚDE

No âmbito processual, a partir de 2009, para fazer frente à crescente demanda, buscou-se uma sistematização da judicialização da saúde, com a atuação direta do CNJ. Houve a criação de grupo de trabalho para estudo e medidas concretas para as demandas judiciais (Portaria 650/2009). Desses debates decorreram a edição da Recomendação CNJ n. 31/2010 e mais tarde da Resolução n. 107/2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento das demandas de assistência à Saúde. – Fórum da saúde.

No entanto, a judicialização da saúde pública seguia o procedimento comum, dificultando o acesso à Justiça, a celeridade e a efetivação do resultado útil do processo. Mesmo com as antecipações de tutela, nas causas de comprovada urgência, o processo continuava caro, demorado e com pouca efetividade, por conta dos entraves processuais.

5 O NOVO CPC E TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA, ANTECEDENTE DE SAÚDE

Para assegurar o resultado prático do processo, as tutelas de urgência no Código de Processo Civil em 1939 eram determinadas com base no artigo 675, no poder geral de cautela, a qual permitia medidas provisórias que acautelassem direitos passíveis de perecimento ou de prejuízos graves de difícil reparação.

No entanto, os entraves burocráticos ainda eram muitos. Em 1994, a lei 8.952 de 13 de dezembro possibilitou a antecipação dos efeitos da tutela final com base nas alterações ao artigo 273 do código de 1939.

Embora tal instituto tenha tido êxito, ainda era necessário uma maior adequação aos princípios constitucionais, mormente às críticas advindas da quarta onda de acesso à Justiça.

Por esse motivo, em 2003, foi montada uma comissão com brilhantes processualistas como Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni, Kazuo Watanabe e Roberto Bemaque, que tinham percepção da necessidade de melhoras nos procedimentos de acesso à Justiça, bem como de promover a estabilização da tutela antecipada no ordenamento jurídico. Para isso seria necessário criar um procedimento mais célere, simplificado e efetivo para as tutelas de urgências, a qual restou prevista no livro 6º, dentro da parte geral do NCPC.

Bedaque (2005, p. 661) explica que o esboço do projeto previu o cabimento de tutelas antecipadas autônomas antecedentes, capazes de lograr força de coisa julgada, caso restasse preclusa a decisão concessiva da medida no lapso de 60 dias.

Os atuais artigos 303 a 304 do NCPC regulam esta matéria. A tutela provisória antecipada antecedente pode englobar tanto a urgência cautelar, que visa à conservação dos direitos, quanto a satisfativa.

Devido ao caráter informal, simplificado e efetivo do requerimento da tutela antecipada autônoma antecedente, cabe às partes decidir sobre a conveniência da instauração e do prosseguimento da demanda para se obter a cognição plena e exauriente do juiz.

Sendo estas contemporâneas à propositura da ação, evidenciados a probabilidade do direito, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, tal procedimento pode ser adotado e o pedido pode ser de imediato apreciado pelo juiz.

Tal pedido pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com breve exposição da lide e do direito.

Sendo assim, atualmente, no pedido de tutela autônoma antecedente, o juiz aprecia a petição inicial, independente de processo e pode de plano conceder a tutela antecipada, devendo o autor aditar, complementar sua argumentação, juntar documentos e formular a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar, nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

A seguir, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334. Não havendo contestação ou manifestação nessa audiência, tornar-se-á estável a decisão, nos termos do art. 304 do Novo CPC.

Os efeitos decisórios serão mantidos, enquanto não revista, reformada ou invalidada a decisão, por meio de ação autônoma. Parece-nos que o legislador quis dar a máxima validade à decisão, a ponto de só ser revista, quando questionada em outro processo no mesmo juízo que proferiu a decisão.

6 CONCLUSÃO

A morosidade da prestação jurisdicional, sobrecarga de processos, complicações procedimentais, limitava por demasiado o acesso à Justiça, tornando o processo ineficiente ou ineficaz. Tal situação, juntamente com o processo de democratização da sociedade, fomentou uma crise no Processo Civil.

A situação era mais grave nas tutelas de urgência, em especial nas de saúde, onde a demora no atendimento poderia significar a perda do direito ou prejuízo irreparável. O Código de Processo Civil anterior, mesmo com a reforma advinda em 1994, pela lei 8.952 de 13 de dezembro que trouxe as alterações do artigo 273 do código de 1939, manteve entraves burocráticos e o procedimento comum com algumas modificações para as tutelas de urgência.

Então, em casos concretos, onde a pessoa estivesse em estado grave, precisando de um leito hospitalar ou remédio, em risco de vida e, por ineficiência administrativa do Estado, tivesse quer recorrer ao Poder Judiciário, teria que enfrentar diversos óbices de acesso à Justiça, tais como: contratação de advogado, pagamento de custas, início de procedimento de urgência mediante cautelar ou um processo com pedido de antecipação de tutela. Acreça-se a este demorado trâmite de acesso, que o processo seguiria o procedimento comum, com a necessidade de apresentação de procuração, documentação comprovatórias dos direitos do requerente, para finalmente ser distribuído às Varas e permitir a conclusão ao juiz. Neste ritual se o juízo não estivesse suficientemente convencido da situação, adiaría a apreciação da tutela para depois da oitiva do réu, o que demoraria ainda mais o acesso à tutela requerida.

Desta forma, sopesando os valores da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o princípio da eficiência que deve reger a Administração Pública e o direito ao acesso à Justiça de forma mais plena, verificava-se que ainda era necessário uma maior adequação do Processo Civil aos princípios constitucionais, mormente às críticas advindas da quarta onda de acesso à Justiça.

Foi nesse contexto que foram criadas as tutelas antecipadas autônomas antecedentes, na busca de ampliação do acesso à Justiça de forma mais plena e eficaz. O grande entrave da morosidade impedia a efetivação do direito ou o tornava inócuo. Nos casos de tutela da saúde, nos casos mais graves, o requerente morria junto com o seu direito a postular a tutela judicial, antes de analisada sua demanda.

Com o procedimento previsto pelo artigos 303 a 304 do NCPC, o requerente que estiver em estado grave ou correndo risco de dano irreparável poderá postular ao juízo seu direito, independente de recolhimento de custas, procuração e da existência de um processo. O juiz apreciará a petição e, de plano, poderá conceder a tutela antecipada, permitindo *a posteriori*, ao autor, aditar a petição inicial, bem como complementar sua argumentação, juntar documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar.

Percebe-se que a adoção deste procedimento mais simplificado e rápido propiciou melhora no acesso à Justiça. Hoje não há mais a necessidade de se requerer uma tutela cautelar em caráter antecedente em um processo preparatório como existia no CPC de 1973.

Logo, verifica-se que houve um ganho em celeridade e ampliou-se o acesso à Justiça, principalmente nos casos em que a demora pode significar a perda efetiva de um direito ou a impossibilidade de sua apreciação pelo Judiciário.

Conclui-se que, considerando que o direito à vida e à saúde é o mais premente dos direitos, o procedimento previsto no capítulo sexto, parte geral do Novo Código de Processo Civil, ao privilegiar a simplicidade, informalidade, celeridade e efetividade, consistiu em uma forma de ampliação ao acesso à Justiça aos cidadãos.

REFERÊNCIAS

BASSETO, Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto. **Democratização do acesso à Justiça**: análise dos Juizados Especiais Federais itinerantes na Amazônia Legal brasileira. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. In: **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de; ACHILLE, Saletti (Org.). São Paulo: DPJ Editora, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade ADI 5.501 MC, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 19-5-2016, P. **Diário da Justiça Eletrônico**, 1 ago. 2017b A constituição e o Supremo [recurso eletrônico]/Supremo Tribunal Federal, Brasília: Secretaria de documentação, 2017b, modo de acesso: <<http://www.stf.jus.br/portal>> item 203 de 378, vide : art. 196 da Constituição anotada.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo ARE 801676. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma. Brasília, 19 de agosto de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 170, 03 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 649.229/MG, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. Minas Gerais, 28 de março de 2017, **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 de março de 2017a. No mesmo sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 1234968 SC 2011/0018728-7, Relatora: Ministra Regina Helena Costa, **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 de agosto de 2017a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 639.337/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. São Paulo, 23 agosto de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 177, 15 set. 2011, Ementário nº 2587-01.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175-AgR/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Agravante: União Federal. Agravados: Ministério Público; Clarice Abreu, Estado do Pará e Município de Fortaleza. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 76, 30 mar. 2010. Ementário n. 2399-1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar 1.053 – AC. Agravo de Instrumento n.1000977-15.2016.8.01.0000. Requerente: Estado do Acre; Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Apelação Cível 0063902-58.2011.4.01.3400/DF, Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, unânime. 22 de março de 2017. **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**, v.29, n.3/4 p. 122-123, março/abril 2017c.

BRASIL. Senado. **Lei 13105, de 17 de março de 2015**. Código do Processo Civil. 255 p., Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/507525>>. Acesso em: 30 maio 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

SCHULZE, Clenio Jair. A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Clenio_Schulze.html> Acesso em: 05 jul. 2017.

VITOVSKY, Vladimir Santos. **O acesso à justiça no Novo Código de Processo Civil**: continuidades, inovações e ausências. Revista CEJ, Brasília, DF, v. 19, n. 67, p. 7-17, set./dez. 2015.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (Org.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

FALÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO!?

FAILURE OF THE DEMOCRATIC STATE OF BRAZILIAN LAW!?

Antônio Baptista Gonçalvesⁱ

Resumo: O Estado Democrático de Direito é o garante e efetivador de um conjunto de direitos tidos como fundamentais que devem ser assegurados à população. Assim, os membros da sociedade eleitos pelo povo têm o dever de zelar pela aplicação da Constituição Federal de 1988 e seus preceitos na prática. Todavia, o que se nota é uma cizânia entre o que se prevê no plano teórico e o que se processa na prática, pois, no cotidiano, o Estado brasileiro nem consegue efetivar os direitos fundamentais e, tampouco, consegue dirimir os conflitos entre os membros da sociedade quando há colidência de direitos, ou a prática de intolerância, abusos e derivados. Assim, faremos um estudo a fim de verificar se o Estado Democrático de Direito passa por uma crise institucional que culminou com sua própria falência, ou se a sociedade se encontra bem atendida.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Direitos Fundamentais; Falência.

Abstract: The Democratic Rule of Law is the guarantor and enforcer of a set of rights considered as fundamental that must be guaranteed to the population. Thus, the members of the society elected by the people

ⁱ Advogado, Pós-Doutor em Ciência da Religião pela PUC/SP, Pós-Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de La Matanza. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra, Especialista em International Criminal Law: Terrorism's New Wars and ICL's Responses pelo Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra, Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Bacharel em Filosofia pela PUC/SP.

have the duty to watch over the application of the Federal Constitution of 1988 and its precepts in practice. However, what is noticeable is a clash between what is predicted theoretically and what is done in practice, because, in daily life, the Brazilian State cannot effectively implement fundamental rights, nor can it resolve conflicts between the members of the society when there is a collision of rights, or the practice of intolerance, abuses and derivatives. Thus, we will carry out a study in order to verify if the Democratic State of Right goes through an institutional crisis that culminated in its own bankruptcy, or if the society is well attended.

Keywords: Democratic state; Fundamental rights; Bankruptcy.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de Estado remonta ao século XVI e teve sua primeira menção com Nicolau Maquiavel¹. A fim de compreender o que vem a ser Estado deveríamos remeter à sua origem e percorrer sua evolução histórica para, por fim, chegarmos ao modelo recente calcado na liberdade, igualdade e fraternidade, o Estado Democrático de Direito.

É possível desenvolver, em breves linhas, três visões distintas acerca do Estado: a primeira e mais comum é que o Estado é uma criação do homem e para o homem². É um ente abstrato composto de pessoas da própria sociedade eleitas para representar a população. Sua função se modificou desde sua criação até os tempos atuais, porém, o conceito fundamental ainda está inato: o Estado é a relação direta do povo com o poder político, pois, aqueles que compõem o Estado são os detentores do poder político, ao passo que o povo é o destinatário deste poder político³. É o conceito de governantes e governados⁴.

A segunda é que o Estado existe de forma independente dos membros que o compõem. A mesma visão da criação de uma empresa, isto é, quando da união de duas ou mais pessoas criam uma terceira, a empresa, que pode ter vida autônoma dos participantes originais.

E, a terceira, em que o Estado é uma representação jurídica, logo, criado para harmonizar o sistema. É a visão atual do Estado Democrático de Direito. Este Estado Democrático de Direito é uma criação relativamente recente, pois seu surgimento se dá em idos da metade do século passado. O atual modelo teve como condão substituir o Estado de Direito e garantir um conjunto de direitos aos indivíduos.

1 Todos os Estados, os domínios todos que já houve e que ainda há sobre os homens foram, e são, repúblicas ou principados. (MAQUIAVEL, 1999, p. 37).

2 O Estado manifesta-se, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social. Sua existência seria, por consequência, teoricamente revogável se deixasse de ser o aparelho de que serve o Homem para alcançar, na Sociedade, a realização de seus fins. (BONAVIDES, 2001, p. 41).

3 De fato, a coletividade que é o povo decorre de critérios que são fixados pela ordem jurídica estatal. É ela formada por quem o direito estatal reconhece como integrante da dimensão pessoal do Estado. (FERREIRA FILHO, 1993, p. 39).

4 Em toda sociedade, nação, ou Estado, há duas forças contrapostas: a dos governantes e a dos governados. O Estado, que é nação, ou população, politicamente organizada, é a síntese, não a soma dos administrados. Poder é a força compulsiva que desencadeia e controla os movimentos, em razão dos quais se estrutura o organismo social, já que toda sociedade se ordena em volta de certo ideal de vida comum e floresce num estado de consciência, nascido da solidariedade que une os membros da coletividade. (CRETELLA JUNIOR, 1988, v. 1, p. 143).

Todavia, somente esse percurso já ensejaria um estudo próprio e uma produção específica sobre o tema. Portanto, iremos fazer um corte epistemológico e tratar o Estado Democrático de Direito com seu antecessor, ainda que de forma superficial, o Estado de Direito.

2 CONCEITO DE ESTADO

Estado⁵ é a organização jurídica coercitiva de determinada comunidade. O uso da palavra Estado deve-se a Maquiavel (*O príncipe*, 1513, §1)⁶. Podem ser distinguidas três concepções fundamentais: 1. A concepção *organicista*, segundo a qual o Estado é independente dos indivíduos e anterior a eles⁷; 2. A concepção atomista ou contratualista, segundo a qual

5 Quanto più individuo coopererà alla formazione delle norme tanto più riconoscerà Il volere statale come conforme al più intimo suo volere, come promovimento e non come ostacolo alla sua autonomia. Lo stato può essere definito come l'organizzazione del potere per tutti i fini della vita associata. Il diritto, como ordinamento, è la realizzazione di uno di questi fini: la pacificazione degli interessi e la compossibilità delle volizioni particolari: e, come volontà, la posizione autorevole di principi di concivenza sviluppati in leggi obiettive. Lo stato, come istituzione e come persona (reale o fittizia, convenzionale) pone ed attua tutte le condizioni di vita in comune e tutti i fini, Che tutte Le condizioni di vita in comune e tutti i fini, Che trascendono ma orientano la sua attività nella storia. Dal punto di vista giuridico, lo stato è la realizzazione concreta, nello spazio e nel tempo, di un sistema di vita collettiva. (AZARA; EULA, 1957, p. 244).

Tradução Livre: Quanto mais o indivíduo cooperar na formação de normas, mais ele reconhecerá a vontade do Estado conforme o mais íntimo de sua vontade, como um promontório e não como um obstáculo à sua autonomia. O estado pode ser definido como a organização do poder para todos os fins da vida associada. O direito, como é o caso, é a realização de um desses fins: a pacificação dos interesses e a possibilidade de volições particulares e, assim como, a posição autorizada de princípios de conciliação desenvolvida em leis objetivas. O Estado, como instituição e como pessoa (real ou fictícia, convencional) coloca e implementa todas as condições de vida em comum e todos os fins, Que todas as condições da vida em comum e tudo acaba, que transcende mas orienta sua atividade na história.

Do ponto de vista jurídico, o estado é a realização concreta, no espaço e no tempo, de um sistema de vida coletiva.

6 A palavra stato, na Itália de Maquiavel, havia tomado um sentido novo. Ela não designava mais o estamento (dos nobres, ou dos clérigos, por exemplo), mas sim a sociedade política independente, não submetida à soberania do imperador nem à do Papa. A contraoposição política, a partir do final da Idade Média, era entre sociedade civil e sociedade eclesiástica; ao passo que, com o predomínio da ideologia liberal no século XIX, ela passou a ser entre Estado e sociedade civil. (COMPARATO, 2006, p. 163).

7 Pois bem, o Estado, na gestão dos seus interesses, é realmente uma pessoa, mas no exercício das suas prerrogativas de mando, o Estado não é uma pessoa, mas apenas cumpre uma função. Considerar pessoa ao Estado quando pratica atos de império é concepção falsa, pois os seus órgãos, quando assim comandam, não exercem direitos do Estado, mas apenas cumprem, como se disse, funções, cujo conjunto constitui o poder público. É, também, concepção perigosa, porque os órgãos do Estado, vendo, no exercício de suas atribuições, em vez de uma função, um direito, procuram abusar. Afinal, é concepção inútil, porque serve para trazer maiores complicações ao exame desse tormentoso problema. (MELLO, 1969).

o Estado é criação dos indivíduos⁸; 3. A concepção *formalista*, segundo a qual o Estado é uma formação jurídica⁹. As duas primeiras concepções alternaram-se na história do pensamento ocidental; a terceira é moderna e, na sua forma pura, foi formulada só nos últimos tempos (ABBAGNANO, 2007, p. 423).

No mesmo sentido Dalmo de Abreu Dallari:

A denominação Estado (do latim *status* = estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em "O Príncipe" de MAQUIAVEL, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*. Durante os séculos XVI e XVII a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, até o século XVII, aplicava-se também a denominação de estados a grandes propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional. De qualquer forma, é certo que o nome Estado, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores não admitirem a existência do Estado antes do século XVII (DALLARI, 2011, p. 59).

Tercio Sampaio Ferraz Jr. acerca do surgimento do Estado:

Não se pode precisar exatamente quando nasce a forma Estado. É certo que as guerras do fim do séc. XV conduzem

8 O problema da finalidade do Estado é de grande importância prática, sendo impossível chegar-se a uma ideia completa de Estado sem ter consciência de seus fins. (...) Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido como o conceituou o Papa JOÃO XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. Mas se essa mesma finalidade foi atribuída à sociedade humana no seu todo, não há diferença entre ela e o Estado? Na verdade, existe uma diferença fundamental, que qualifica a finalidade do Estado: este busca o bem comum de um certo povo, situado em determinado território. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo. (DALLARI, 2011, p. 107-112).

9 Devido à variedade de objetos que o termo comumente denota, definir "Estado" torna-se difícil. (...) A situação revela-se mais simples quando o Estado é discutido a partir de um ponto de vista puramente jurídico. O Estado, então, é tomado em consideração apenas como um fenômeno jurídico, como uma pessoa jurídica, ou seja, como uma corporação. (...) O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional). O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade. De um ponto de vista jurídico, o problema do Estado, portanto, surge como o problema da ordem jurídica nacional. (KELSEN, 2000, p. 261-262).

Espanha, França e Inglaterra a constituir-se em Estados. A Itália conhece uma transição, a dos principados, mas no séc. XVII, aí incluída a República de Veneza, já são constituídos como Estados. Portugal, por causa de sua luta com os árabes e de sua afirmação política diante dos reinos espanhóis, assume precocemente o caráter estatal (FERRAZ JR., 2007, p. 414).

Muito se teoriza acerca do Estado, porém, apesar do seu surgimento datar da Renascença é inegável que muito antes disso¹⁰ já se usava uma versão do conceito¹¹. Desde a Grécia Antiga Aristóteles já afirmava que o homem é um animal político¹² e que não pode viver senão em sociedade¹³. O homem é um ser que tem como primado fundamental o convívio com os demais. Em priscas eras se juntavam para garantir a sobrevivência

10 Na antigüidade, o Estado se designava pelo nome gentílico dos seus habitantes, e, assim, se tinha o elemento povo como definidor dêle e por intermédio de quem se exercia a subjetividade dos "corpos públicos". Já, na Idade Média, a orientação diferia. Então era conhecido em função do elemento territorial, integrando-se a terra com o próprio govêrno, seu proprietário. Com a Renascença, a formação dos grandes Estados nacionais e o aparecimento dos governos autocráticos, fundados no direito divino dos reis, não mais se confundiam com o povo ou com o território, porém, com o soberano, e, assim, êste encarnava o próprio Estado: "L'État c'est moi", dizia Luiz XIV.

Só nos tempos modernos, distinguiram-se perfeitamente os elementos componentes do próprio Estado, que se não realiza nem no território nem na população, e menos ainda nos governantes. Êle é havido, então, como uma unidade no tempo, mas distinto dêles considerados isoladamente, pela concepção de um ser à parte. Corresponde, na verdade, à organização moral de um povo, em dado território, sob um poder supremo, para realizar o bem comum dos seus membros. (MELLO, 1969).

11 Nem todos entendem por Estado o mesmo conjunto de fatos. Para sermos exatos, precisemos o que denominamos como tal. A palavra Status, stato, estat (état), Estado, apareceu para marcar a passagem da organização política medieval para as formas estatais transcendentês à Land, à terra, à terre. Maquiavel e Jean Bodin usaram dela. Nela couberam todas as repúblicas e principados (tutti gli Stati). Compreende-se pois que houvessem adotado termo tão expressivo – lembrando "estabilidade", "peso" – e já o empregassem os Ingleses desde o século XIV, inclusive Shakespeare, e tardassem a precisar dele os alemães (século XVII). (MIRANDA, 2002, p. 28-29).

12 Para o filósofo grego, só um indivíduo de natureza vil ou superior ao homem procuraria viver isolado dos outros homens sem que a isso fosse constringido. Quanto aos irracionais, que também vivem e permanecem em permanente associação, diz Aristóteles que eles constituem meros agrupamentos formados pelo instinto, pois o homem, entre todos os animais, é o único que possui a razão, o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto. (DALLARI, 2011, p. 22).

13 A vida em sociedade traz evidentes benefícios ao homem mas, por outro lado, favorece a criação de uma série de limitações que, em certos momentos e em determinados lugares, são de tal modo numerosas e frequentes que chegam a afetar seriamente a própria liberdade humana. E, apesar disso, o homem continua vivendo em sociedade. Como se explica este fato? Haverá, por acaso, uma coação irresistível, que impede a liberdade dos indivíduos e os obriga a viver em sociedade, mesmo contra sua vontade? Ou, diferentemente, será que se pode admitir que é a própria natureza do homem que o leva a aceitar, voluntariamente e como uma necessidade, as limitações impostas pela vida social? (DALLARI, 2011, p. 21).

do próprio grupo¹⁴. Com isso os interesses coletivos se tornaram mais importantes do que os interesses individuais¹⁵, porém, quando o grupo estava seguro e alimentado, as disputas de poder eram inevitáveis¹⁶. Ademais, em confrontos com outros grupos seja pela própria sobrevivência ou por disputa de território sempre o coletivo era o ente a ser defendido.

Com esse conviver se torna necessário que alguns possam liderar os demais, a fim de que se consiga manter o grupo unido e que o mesmo possa sobreviver. Pois, se todos resolverem fazer o que melhor lhes aprouver sem pensar no grupo, este deixará de existir. O que falta, portanto, é a inserção do elemento político. Com ele, a defesa de um representante a fim de organizar o grupo e estruturar interesses se viabiliza. Nas sociedades primitivas, quando ainda não se fazia o uso da política, a imposição de poder era pelo uso ou demonstração de força¹⁷.

14 De maneira geral, pode-se dizer que as organizações políticas da Antiguidade não chegam a se caracterizar como Estado, na medida em que as suas administrações eram dominadas pela indistinção da organização constitucional pela ausência de nomeação própria, pelo fato de ser a organização administrativa referida ao officia singularmente tomada. A presença do trabalho escravo permitia que boa parte dos serviços ditos hoje públicos fosse desempenhada por servos, libertos ou escravos. Estes não estavam a serviço da república, mas dos officia publicae (o senado, os cônsules, que tinham, cada qual, os seus servidores), regulados ou por normas comuns ou por regras sociais e religiosas. Em suma, em tempos modernos, dir-se-ia que as organizações antigas não conheciam a distinção entre administrar e governar. (FERRAZ JR., 2007, p. 413-414).

15 Para Montesquieu existem também leis naturais que levam o homem a escolher a vida em sociedade. Essas leis são as seguintes: a) o desejo de paz; b) o sentimento das necessidades, experimentado principalmente na procura de alimentos; c) a atração natural entre os sexos opostos, pelo encanto que inspiram um ao outro e pela necessidade recíproca; d) o desejo de viver em sociedade, resultante da consciência que os homens têm de sua condição e de seu estado. Depois que, levados por essas leis, os homens se unem em sociedade, passam a sentir-se fortes, a igualdade natural que existia entre eles desaparece e o estado de guerra começa, ou entre sociedades, ou entre indivíduos da mesma sociedade. (DALLARI, 2011, p. 27).

16 Na medida em que foram surgindo essas comunidades, por menores que fossem, elas davam lugar – necessariamente – ao surgimento de desafios consistentes em resolver os problemas da própria sociedade. É possível, reconhece-mos, que num primeiro momento esses problemas da sobrevivência coletiva tenham primado sobre os da própria individualidade. Mas é inegável que, tornando-se os homens responsáveis não só pela sobrevivência do grupo social, deu-se lugar aí a uma função voltada aos interesses da coletividade, à resolução dos problemas que ultrapassam os indivíduos, os problemas transpessoais, os problemas coletivos enfim. (MARTINS; BASTOS, 1988, p. 107).

17 A observação do comportamento humano, em todas as épocas e lugares, demonstra que mesmo nas sociedades mais prósperas e bem ordenadas ocorrem conflitos entre indivíduos ou grupos sociais, tornando necessária a intervenção de uma vontade preponderante, para preservar a unidade ordenada em função dos fins sociais. Num amplo retrospecto histórico, o que se verifica é que, nas sociedades mais primitivas, a ideia de vontade preponderante, ou de poder, quase se confunde com a ideia de força material. Assim é que se encontram exemplos de homens que tiveram o poder porque o que se justifica pela consideração de que, em tais estágios, a principal necessidade dos membros da sociedade era a defesa contra as ameaças de outros homens, ou das forças da natureza. (DALLARI, 2011, p. 51).

Assim, podemos desenvolver conceitos nesse exemplo da sociedade primitiva que permeiam as relações estatais presentes: a relação de poder, a soberania e a perpetração do Estado. Porque, a disputa sobre quem irá governar e de que forma irá representar os interesses dos demais, nada mais é do que o modelo de representatividade na política de governantes e governados. E a soberania é a manutenção de um povo em um dado território para preservar sua existência, suas ideias, cultura, costumes e tradições¹⁸. E, também, o Estado que perdura em relação ao homem, porque sua existência independe de um grupo específico, mas sim da presença daquela comunidade que se perpetua no tempo com os descendentes¹⁹.

E para que essa convivência seja harmônica é necessário que exista um limite ao exercício das liberdades. Todos os indivíduos não podem fazer o que bem entenderem de forma pura e simples, isto é, é necessário se observar se o exercício de sua liberdade não invade o limite do próximo. Então, podemos conceituar a necessidade de harmonização entre as liberdades individuais e, também, a liberdade da sociedade/comunidade.

18 O homem, que faz parte permanentemente de uma comunidade, integra simultaneamente ou sucessivamente associações de diferentes espécies e das mais variadas finalidades em cujos seios existem e se modificam instituições, dissolvendo-se umas e criando-se outras. Nasce naturalmente no ambiente familiar, onde, além de cuidados especiais, é alimentado, vestido, educado e protegido, passando desde aí pela escola e pela igreja, até que atinge condições de conduta própria, para ingressar na decantada "luta pela vida", participando sempre de processos associativos e procurando alcançar o seu destino humano por intermédio de processos institucionais. Mas a vida social do homem, além de intensa, é profundamente variada, apresentando-se com diversos matizes. E ele se agrupa a outras pessoas para novos fins, empreendimentos profissionais, econômicos, intelectuais, recreativos, filantrópicos, etc. Esse conjunto de organismos sociais é o que forma, entre as espontâneas relações humanas, a sociedade em geral, oscilando ainda a extensão significativa do vocábulo, porque pode o mesmo compreender desde grupos sociais de uma cidade (sociedade urbana) até a humanidade toda (sociedade humana), compreendendo nessa escala o elemento humano de um Estado (sociedade nacional), que, emoldurada pela ordenação jurídica, recebe a vulgarizada denominação de sociedade política.

Esta passa a constituir o Estado, sem ser a maior de todas as sociedades, possui sobre as outras uma supremacia indisfarçável, decorrente da compulsoriedade que lhe é privativa e que se bifurca em dois fatores positivos: a obrigação de em sua jurisdição o homem permanecer e, em aí ficando, não poder resistir à sua força coercitiva. (MENEZES, 1995, p. 44-45).

19 O Estado constitui uma unidade no espaço, aferida pelo seu fim, em que busca o interesse comum, dos seus membros, bem como pela sua organização, como um todo único, independente dos indivíduos considerados "ut singuli". Além disso, constitui uma unidade no tempo. Os homens têm existência curta ao contrário do Estado. Demais, aqueles, como membros deste, sobrevivem através dele. Realmente, permanece idêntico através de anos e anos, pois o espírito do seu povo mantém sempre grandes afinidades. Para tanto, contribuem a influência de fatores exógenos decorrentes de território, sob a ação do clima, posição geográfica, etc., e do meio social, em que atuam o culto das tradições, o ensino da história, etc., e de fatores endógenos, como seja, a influência dos fenômenos hereditários. Isto se observa melhor nos Estados nacionais. Os indivíduos pertencentes atualmente a um Estado se julgam ligados por relações de solidariedade com os antepassados e com os membros futuros. (MELLO, 1969).

Por isso, ainda falta um elemento: o regramento social regulado pelo Direito, do qual falaremos em breve.

De tal sorte, podemos concluir que o modelo arcaico que inserimos, se expandido e transladado para nossa realidade, aplica-se, desde que ampliado, ao modelo de Estado. Senão vejamos: quando um ser humano nasce, já convive em sociedade com sua família. Desde cedo já se relaciona com os membros da comunidade e busca pessoas com as quais possa partilhar interesses comuns, sejam políticos, educacionais, religiosos, dentre outros²⁰. Com isso, ocorrem associações de interesses. E a fim de reger e harmonizar esses interesses em um dado espaço geográfico para um grupo de pessoas temos um ente acima deles: o Estado, que usa da força e da coerção para que os membros desse Estado respeitem suas regras e normas. Assim, é possível se desenvolver o conceito de Estado:

Há uma grande concordância entre os cientistas quanto e como o estado deve ser definido. Uma definição composta incluiria três elementos. Primeiro, um estado é um conjunto de instituições; estas são definidas pelos próprios agentes do estado. A instituição mais importante do estado é os meios de violência e coerção²¹. Segundo, essas instituições encontram-se no centro do território geográfico limitado a que geralmente nos referimos como sociedade. De modo crucial, o estado olha para dentro de si mesmo, no caso de sua sociedade nacional, e para fora, no caso de sociedades mais amplas entre as quais ele precisa abrir seu caminho; seu comportamento em uma área, em geral, só pode ser explicado pelas atividades na outra. Terceiro, o estado monopoliza a criação das regras dentro do seu território. Isso tende à criação das regras dentro do seu território. Isso tende à criação de uma cultura política comum, partilhada para todos os cidadãos (OUTHWAITE; BOTTOMORE; GELLNER, 1996, p. 257).

20 La Sociedad se concibe de dos modos distintos y extremos. Como pueblo integrado por cuerpos sociales diversos, desde la familia a una entidad deportiva, sin que el coincida con la teoria organicista; o como un conjunto de individuos ligados entre si por vinculos diferentes. (BARREIRO RODRIGUEZ, 1980, p. 194-195).

21 Com sua capacidade de mando e dominação, o Estado, diferindo das outras sociedades, das quais o homem pode retirar-se voluntariamente, até mesmo da família em que nasceu, visa a um elevado objetivo, resumido no bem público, em que se inclui a ordem e a felicidade sociais. Assim, forçosa e necessariamente o homem nele permanece, submisso ao seu poder coativo, a editar-se através de atos estatais, que são adotados por seus órgãos e obrigam a quantos se acham nos limites de validade de suas normas.

Eis por que o Estado é uma sociedade necessária, obrigatória e dominadora, da qual o homem, como ser associativo, não se evade nunca. (MENEZES, 1995, p. 45).

3 O ESTADO DE DIREITO

O Estado de Direito rompe com o modelo absolutista²², segundo o qual a população estava presa a uma relação vertical com subordinação ao Estado, representado pela figura do monarca. E, em decorrência das Revoluções tanto Americana quanto Francesa, o que se nota é o surgimento de um novo modelo de Estado, calcado, agora, na defesa de interesses individuais e na valorização de preceitos como liberdade e igualdade, o Estado de Direito.

Enrique Ricardo Lewandowski:

Em que pese a importância política dos teóricos medievais, somente a partir das lutas desencadeadas contra o absolutismo, entre os séculos XVII e XVIII, com base nos ideais iluministas, é que se exteriorizou com clareza a noção de que o homem possui certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente de qualquer ação estatal. E por isso passou-se a entender, desde então, que tais direitos não poderiam ser, em hipótese alguma, vulnerados pelo Estado ou por qualquer outra instituição ou pessoa (LEWANDOWSKI, 2005, p. 172).

E se antes o Estado se subordinava às vontades e desejos do monarca, agora, esse novo Estado tem uma relação muito intrínseca com o Direito. Destarte, importante destacar qual a relação do Estado com o Direito, como que um depende do outro e qual a consequência deste novo modelo de Estado para o ser humano. Cláudia Toledo insere a importância do direito na relação com o Estado:

Por Estado entenda-se a organização jurídico-política do poder, destinada a proporcionar soberanamente, em determinado território, a garantia dos interesses e valores consagrados pelo povo nele fixado.

O Estado não é, então, fim em si mesmo, mas organização política da sociedade, normatizada pelo Direito,

22 O Estado de Direito, mais do que um conceito jurídico, é um conceito político que vem à tona no final do século XVIII, início do século XIX. Ele é fruto dos movimentos burgueses revolucionários, que àquele momento se opunham ao absolutismo, ao Estado de Polícia. Surge como ideia força de um movimento que tinha por objetivo subjugar os governantes à vontade legal, porém, não de qualquer lei. Como sabemos, os movimentos burgueses romperam com a estrutura feudal que dominava o continente europeu; assim os novos governos deveriam submeter-se também a novas leis, originadas de um processo novo onde a vontade da classe emergente estivesse consignada. (BASTOS, 1998, p. 157).

cuja finalidade é, em última instância, a concretização da liberdade. Apresenta-se como meio, instrumento, para a realização do homem enquanto sujeito de direitos, realização somente possível dentro da organização jurídico-política do Estado (TOLEDO, 2003, p. 109).

Nesse novo modelo, segundo o qual o Estado passa a regular os direitos dos cidadãos através de seus representantes legais, é importante a relação com o Direito tanto para assegurar direitos, como também para fazer uso da força simbólica do Direito para impor aos cidadãos o dever de cumprir as normas estatais²³.

É inegável que o Estado sem o Direito²⁴ perde o seu elemento coercitivo em relação aos membros dessa comunidade. E, por conseguinte, não conseguirá impor sua força e estabelecer o cumprimento de seus ditames legais pelos membros da sociedade se não houver uma previsão normativa com sanção em caso de descumprimento. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello discorre sobre a função do Direito e sua relação com o Estado:

O Direito regula as relações dos homens ou dos grupos sociais formados de homens, ou dos homens com os grupos sociais, estabelecendo, imperativamente, as normas de comportamento, que constituem condições de vida social próspera, entre eles, e governa essas relações de fato, que, em virtude de ditas normas, se transformam em relações de direito.

As relações jurídicas se estabelecem entre sujeitos, denominados ativo e passivo, aos quais correspondem faculdades ou direitos e deveres ou obrigações. Êstes direitos e obrigações dizem respeito ao objeto da relação jurídica, que pode ser a prestação de um bem ou à prestação de um ato pessoal. Essas relações se estabelecem entre os homens e coisas do mundo externo, mas mesmo quando se

23 O Estado e o Direito são fenômenos históricos e, especialmente, construções humanas. Por isso, os dois evoluíram de tal forma que aquilo que compreendemos hoje como "Estado e Direito" é o resultado de um desenho traçado pelo ser humano ao longo do seu passado e presente.

Entretanto, a ação de composição de estruturas estatais e de sistemas jurídicos nunca foi uniforme. Pelo contrário, a mutação é a característica primordial e comum a elas. Nada na história foge do conflito entre os homens e, sendo assim, é possível afirmar que as mais valiosas figuras jurídicas emergiram dos conflitos e das contradições entre os homens. (ALARCÓN, 2006).

24 A palavra "direito" vem do latim *directum*, que corresponde à ideia de regra, direção, sem desvio. No Ocidente, em alemão *recht*, em italiano *diritto*, em francês *droit*, em espanhol *derecho*, tem o mesmo sentido. Os romanos denominavam-no de *jus*, diverso de *justitia*, que corresponde ao nosso sentido de justiça, ou seja, qualidade do direito.

De modo muito amplo, pode-se dizer que a palavra "direito" tem três sentidos: 1) regra de conduta obrigatória (direito objetivo); 2) sistema de conhecimentos jurídicos (ciência do direito); 3) faculdade de poderes que tem ou pode ter uma pessoa, ou seja, o que pode uma pessoa exigir de outra (direito subjetivo). (GUSMÃO, 2010, p. 49).

estabelecem entre os homens e as coisas, em última análise, se resolvem em relações entre homens.

A essa regra de comportamento se dá o nome de direito objetivo e a êsse poder de agir de conformidade com a norma jurídica e de exigir de outro sujeito um comportamento de acordo com a própria norma, ou melhor, de exigir os cumprimentos das obrigações para satisfação de um interesse que lhe toca, se denomina direito subjetivo. Isso a fim de ser alcançado o justo, isto é, o devido segundo uma certa igualdade, estabelecida pela norma a favor de alguém.

Em princípio, como salientado, sujeito de direito é o homem. Mas, às vêzes, os homens se unem para atender, coletivamente, a certos interesses recíprocos, com caráter duradouro e considerados em comum. Daí se reconhecerem tais interesses como de um todo distinto dos homens que o compõem e atribuir-se a êsses entes, assim formados, personalidade.

Entre tais entidades está o Estado. O número das pessoas, que se aproveitam do seu poder jurídico, é bastante grande, praticamente indeterminado, e suscetível de contínuas alterações. Não é conveniente nem mesmo possível considerar e tratar tôdas elas como sujeitos de direito, com referência a dito poder jurídico, mesmo porque o interesse, que tal ordem jurídica objetiva, é o dos indivíduos em coletividade. Êle é havido, então, como uma unidade no tempo, mas distinto dêles considerados isoladamente, pela concepção de um ser à parte. Corresponde, na verdade, à organização moral de um povo, em dado território, sob um poder supremo, para realizar o bem comum dos seus membros (MELLO, 1969);

A relação entre Estado e Direito existe e um faz suporte para o outro e cria, inclusive, uma interdependência²⁵. Sobre o tema, Clóvis Bevilacqua:

O observador atento não terá dificuldade em reconhecer que o Estado se constitui pela armação do mecanismo externo no poder publico e pelo delineamento dos principios que têm de regular a acção e determinar a amplitude do mesmo. Estes principios são o direito.

O poder publico vive e se exerce pelo direito e para o direito que, por sua vez, não pode prescindir d'elle que é um de seus elementos constitutivos.

25 Nem o Direito é qualquer coisa que está por si mesmo, fora e acima do Estado. Uma vez que ele representa o procedimento e a forma através dos quais o Estado se organiza e dá ordens; nem o Estado, por outro lado, pode agir independentemente do Direito, porque é através do Direito que ele forma, manifesta e faz atuar a própria vontade. (GROPALI, 1952, p. 168).

O poder publico é a força colectiva da sociedade, tendo por atribuição fixar e aplicar o direito suggerido pelas necessidades sociaes, imposto pelo conflicto dos interesses. Nenhum outro poder, na sociedade, se lhe avantaça ou mesmo o eguala, porque é elle a suprema potestas, e expressão, o orgam da soberania nacional. Mas, desde que sáe fóra das regulamentações do direito, perde sua qualidade de energia organisadora, para tornarse um principio dissolvente. O poder deve proteger o direito, mas o direito limita o poder (BEVILÁQUA, 1996).

Assim, podemos concluir que o Estado e o Direito são essenciais para a garantia do bem estar e da harmonia das relações dos membros da sociedade em um dado território e, também, para garantir certos direitos aos cidadãos. O Direito obriga, coercitivamente, aos cidadãos a cumprirem as normas constantes no Estado. Porém, também impõe ao próprio Estado o cumprimento de regras jurídicas. A obrigatoriedade do próprio Estado em se submeter aos ditames normativos é uma garantia de que o Estado não infringirá direitos que deveria proteger dos membros da comunidade. Assim, o Direito regula e disciplina a relação dos membros do Estado e do próprio Estado.

Katsutoshi Matsmoto destaca a consolidação do Estado de direito²⁶:

26 A expressão “Estado de direito” é tradução literal da palavra composta alemã “Rechtsstaat.” Encontrada desde os começos do século XIX, a palavra é muito empregada pelo político alemão Friedrich Julius Stahl, e apareceu no título da obra em três volumes de Robert von Mohl “A Ciência da Polícia segundo os Princípios Fundamentais do Estado de Direito”, publicados de 1832 a 1834. Com o passar do tempo, o termo entrou em voga no vocabulário político e jurídico. Rechtsstaat – Estado de direito – quer significar o oposto de “Polizeistaat” – Estado Polícia, o Estado da época do absolutismo. O monarca absoluto devia cuidar da paz do reino e do bem-estar dos seus súditos, como deveres religiosos e morais. Por outro lado, tinha poderes para exigir a plena conformação dos seus governados, até em matéria religiosa, como um governante patriarcal. Podia decretar as leis, mas não estava sujeito a elas, invocando a máxima do direito imperial romano, segundo a qual “o príncipe não está subordinado à lei” – “princeps legibus solutus est.” Em contraposição a tal estrutura política, o liberalismo saído das Revoluções inglesa, norte-americana e francesa prega e estabelece, na prática, a obrigação quase completa de o governante ou, em termos pessoais, o Governo subordinar-se à lei. Quase toda a ação do Estado deve desenvolver-se segundo as fórmulas jurídicas, ficando à margem delas apenas os atos chamados políticos ou “atos de governo”, cuja extensão os partidários do Estado de direito procuram constantemente reduzir. Em suma, a aspiração do Estado de direito é realizar a conhecida frase de um “governo da lei e não de homens”. Essa submissão da atividade estatal, de modo particular a administração, à lei, vem associada com a garantia fundamental da divisão de poderes, que põe termo à concentração de todas as funções do Estado nas mãos do monarca, embora, geralmente, ele não as exercitasse pessoalmente, podendo exercê-las por meio de delegados de sua confiança. Em face do Poder executivo responsável, o liberalismo, ou a sua sistematização jurídica no Estado de direito, colocou mais dois Poderes, um Legislativo e um Judiciário independente. O Poder Legislativo tem não somente competência para fazer as leis ou as normas jurídicas de caráter geral mas também a de estabelecer os recursos para o funcionamento dos serviços públicos, tomar as contas do Executivo e fiscalizar-lhe os atos, de modo que esse poder ficará paralisado sem o apoio do Parlamento. O Poder Judiciário, revestido do máximo de garantias, deve pairar acima da política partidária, a fim de resolver as divergências entre órgãos da administração, entre esta e os administrados, e decidir os litígios dos particulares. (SAMPAIO, 2011).

O conceito de Estado de Direito surge no final do século XVIII, início do século XIX, com os movimentos burgueses revolucionários que se opunham ao absolutismo. O objetivo era o de subjugar os governantes à vontade legal, porém, não de qualquer lei. Os movimentos burgueses já tinham rompido com a estrutura feudal e os novos governos deveriam submeter-se também a novas leis, nas quais, a vontade da classe emergente estivesse consignada. Porém, o fato de o Estado se submeter à lei não era suficiente. Era necessário que o Estado tivesse suas tarefas limitadas basicamente à manutenção da ordem, à proteção da liberdade e da propriedade individual. É a ideia de um Estado mínimo que de forma alguma interviesse na vida dos indivíduos, a não ser para o cumprimento de suas funções básicas; fora isso deveriam vigor as regras do mercado, assim como a livre contratação (MATSMOTO, 2000).

O Estado mudou em virtude das Revoluções como a Americana, que culminou com a independência dos Estados Unidos e a criação da Declaração Americana, e da Francesa, que resultou no rompimento do regime, na ascensão da burguesia e na criação de um conjunto de direitos que privilegiam aos indivíduos, mas o contexto histórico, o iluminismo e o liberalismo também foram importantes nesse processo.

4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

O Estado, agora, assume um novo papel, e a população tem uma participação direta no próprio poder estatal, visto que cabe ao povo eleger os seus representantes, que integrarão o Poder Executivo e o Legislativo, no sistema de separação de poderes²⁷. E, uma vez eleitos,

27 O governo representativo está, por natureza, vinculado ao princípio da separação de poderes. Em primeiro lugar, pela separação entre o exercício do poder pelo povo através das eleições e o exercício do poder pelos governantes (disso tiveram consciência logo os autores liberais, preocupados com a garantia das liberdades). Depois, pela necessidade de equilíbrio entre os órgãos electivos. O que denota em implicações básicas: a) Pluralidade de órgãos de função política, cada qual com competência própria (incluindo de auto-organização) e não podendo nenhum ter outra competência além da fixada pela norma jurídica; b) Primado de competência legislativa do Parlamento enquanto assembleia representativa, de composição pluralista e com procedimento contraditório e público; c) Independência dos tribunais, com reserva de jurisdição; d) Criação de mecanismos de fiscalização ou de controlo interorgânico (e intraorgânico), sejam de mérito ou de legalidade e constitucionalidade; e) Divisão pessoal de poder, através de incompatibilidades de cargos públicos; f) Divisão temporal, através da fixação do tempo de exercício dos cargos e de limitações à sua renovação, e divisão político-temporal, por meio da previsão de durações diferentes dos mandatos e de não acumulação das datas das eleições dos titulares de órgãos representativos; g) Divisão territorial ou vertical, através do federalismo ou do regionalismo político e da descentralização administrativa local; h) Divisão funcional através da descentralização administrativa institucional (associações e fundações públicas, institutos públicos, universidades públicas). (MIRANDA; MIRANDA, 2007, p. 82-83).

deverão obedecer aos ditames da Constituição Federal, marco regulatório tanto do Estado quanto dos cidadãos. Sobre o tema, Paulo Bonavides:

Todo sistema político quando funciona normalmente pressupõe uma ordem de valores sobre a qual repousam as instituições. Em se tratando de um sistema democrático do modelo que se cultiva no ocidente, essa ordem é representada pela Constituição, cujos princípios guiam a vida pública e garantem a liberdade dos cidadãos. Nas formas democráticas a Constituição é tudo: fundamento do Direito, ergue-se perante a Sociedade e o Estado como o valor mais alto, porquanto de sua observância deriva o exercício permanente da autoridade legítima e consentida. Num certo sentido, a Constituição aí se equipara ao povo cuja soberania ela institucionaliza de modo inviolável (BONAVIDES, 2010, p. 344).

Paulo Gustavo Gonet Branco destaca as mudanças do Estado e a importância da Constituição:

A Constituição tem por meta não apenas erigir a arquitetura normativa básica do Estado, ordenando-lhe o essencial das suas atribuições e escudando os indivíduos contra eventuais abusos, como, e numa mesma medida de importância, tem por alvo criar bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos. Isso reconfigura o Estado, somando-lhe às funções tradicionais as de agente intervencionista e de prestador de serviços (BRANCO; MENDES, 2011, p. 64).

A Constituição, portanto, é o estatuto do Estado. Será ela que irá determinar as diretrizes e bases a serem seguidas tanto pelos membros do Estado quanto pelo próprio Estado Democrático de Direito. Assim, se evita que o próprio Estado possa vir a ser intolerante ou que se negue a garantir ou efetivar os direitos dos cidadãos.

Mauricio Godinho Delgado destaca a importância do Estado Democrático de Direito:

O Estado Democrático de Direito consubstancia o marco contemporâneo do constitucionalismo. Tem como fulcro o processo de transformação política, cultural e jurídica, ocorrido a partir do final da 2ª Guerra Mundial, na realidade histórica do Ocidente.

Expressa-se, em um primeiro momento, nas Constituições da França (1946), Itália (1947) e Alemanha (1949), todas de fins da década de 1940. Esse marco, contudo, continuou a se elaborar em textos constitucionais que surgiram nas décadas subsequentes, como a de Constituição de Portugal, de 1976, a da Espanha, de 1978, além da Constituição do Brasil, de 1988 (DELGADO, 2012).

A função precípua do Estado Democrático de Direito é estabelecida pela Constituição Federal através dos Artigos 1º e 3º:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais, indispensável se faz a complementação do Preâmbulo da Carta Magna: (...) um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Assim, será missão desse Estado Democrático de Direito instituir os mandamentos e ditames constitucionais na sociedade e os destinatários serão os membros do povo. A Constituição Federal de 1988 é clara em seu artigo 1º ao determinar que a República Federativa do Brasil constitua-se em Estado Democrático de Direito e coaduna tal pensamento através do parágrafo único do mesmo artigo, ao ratificar que o poder emana do povo e que esse o exerce através do voto, elegendo seus representantes eleitos²⁸. E Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery destacam a composição desse Estado Democrático de Direito:

28 CF, Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

O Estado Constitucional, para ter as qualidades que o caracterizam, deve primar por ser Democrático de Direito. É, portanto, identificado por duas qualidades: a) Estado de Direito e b) Estado Democrático. Nele o poder estatal deve organizar-se em termos democráticos e o poder político deriva do poder dos cidadãos. Caracteriza-se pela dignidade da pessoa humana como premissa antropológico-cultural, pela soberania popular e divisão de poderes, pelos direitos fundamentais e tolerância, pela pluralidade de partidos e a independência dos tribunais. O Estado Constitucional impõe o sentido de dimensão dos direitos fundamentais, juntamente com os direitos liberais clássicos. Nele, os direitos sociais passam, também, a ser considerados direitos fundamentais, que possibilitam a exigência de prestações positivas pelo Estado em favor dos cidadãos (NERY JUNIOR; NERY, 2009, p. 144).

Carlos Ari Sundfeld identifica os elementos que determinam um Estado Democrático de Direito:

- a) criado e regulado por uma Constituição;
- b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres;
- c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros;
- d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes;
- e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado;
- f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social (SUNDFELD, 2011, p. 56-57).

Ademais, importante destacar a participação popular no Estado Democrático de Direito Brasileiro²⁹, visto que o art. 1º da Constituição Federal de 1988³⁰ afirma que “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”. Sobre o tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

29 Cuida-se, sim, da representação do povo enquanto modo de tornar o povo (ou o conjunto dos governados) presente no exercício do poder de quem ele escolha ou de quem tenha a sua confiança. A representação política é o modo de que o povo, titular do poder, agir ou reagir relativamente aos governantes. (MIRANDA, 2007, p. 71-72).

30 CF. Art. 1º. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Está aqui consagrado o princípio democrático segundo o qual o supremo poder no Estado, a soberania, pertence ao povo que é a fonte única do poder político. Este princípio se complementa pelo representativo, enunciado pela Constituição no *caput* deste artigo. Fica assim claramente definida a forma de governo: republicana, democrática e representativa. Igualmente se torna patente que é o povo que é representado e não qualquer outra entidade, como a Nação ou a Classe (FERREIRA FILHO, 1977, v.1, p. 51).

Miguel Reale discorre sobre o poder estatal e a sua relação com o povo:

Poder estatal ou soberania, já que emprego êstes dois termos como sinônimos, é, numa compreensão quase literal, o poder político, ou seja, o poder enquanto fôrça social ordenada unitariamente como expressão do querer coletivo de um povo. Há, dessarte, no conceito de poder estatal uma nota distintiva ou específica: o sentido de totalidade que o informa, tal como transparece quando dizemos, usando conhecida e repetida fórmula, que “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”. Isto significa que o poder estatal não provém de um indivíduo, de uma categoria ou de uma classe, mas do povo como totalidade dos indivíduos, das categorias e das classes, e não se destina a servir a qualquer dêsses elementos em detrimento dos outros, mas sim à totalidade, na qual os mesmos devem harmônicamente se integrar. Poder-se-ia dizer que, de certo modo, o poder de um estatal se distingue dos demais por originar-se todo (o querer comum do povo) a serviço do bem comum que lhe corresponde (REALE, 1969).

E se o poder emana do povo e para o povo, deve, portanto, o Estado Democrático de Direito Brasileiro cumprir com os desígnios determinados pela Constituição acerca dos direitos do povo. Portanto, é o objetivo do Estado Democrático Brasileiro, como determina a Constituição Federal em seu artigo 3º: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e, ainda, garantir o desenvolvimento nacional e promover o bem de todos, sem qualquer discriminação.

De tal sorte que o Estado não pode garantir ou empreender esforços econômicos em todas e quaisquer necessidades da população, porém, os preceitos básicos são obrigatórios em termos de investimentos pelo Estado Democrático de Direito, sob pena de vilipêndio da dignidade da pessoa humana, primado constitucional previsto e protegido através do art. 1º, III. E, assim, cabe acrescer a defesa da dignidade da pessoa humana pelo próprio Estado brasileiro. Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais (SARLET, 1998, p. 61-62).

Assim, cabe ao Estado Democrático de Direito Brasileiro garantir e efetivar a sua população um conjunto de direitos tidos como fundamentais, e João Paulo Mendes Neto destaca a importância do termo:

A adjetivação “fundamental” deve ser entendida como algo de grande importância para existência humana, algo tão inerente ao homem que o garante a condição de pessoa. Em associação, os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos que possuem uma prevalência dos valores e interesses por eles defendidos em relação a outros valores e interesses que não se fundam em direitos de elementar importância (MENDES NETO, 2012).

Portanto, a tarefa principal do Estado Democrático de Direito é assegurar e fornecer os meios e elementos para garantir as aptidões as aspirações e anseios dos indivíduos. E os fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro são calcados na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nas liberdades, da igualdade, nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo.

Destarte podemos destacar ser função de o Estado desenvolver os mecanismos necessários para assegurar a harmonia social e as mesmas condições de existência para todos os membros da sociedade. E, também é sua função corrigir eventuais desvios quando os primados fundamentais

não forem respeitados. Portanto, esse conjunto de deveres do Estado compreende a defesa dos Direitos Fundamentais. Sobre o tema Rogério Vidal Gandra da Silva Martins:

O Estado presta serviços atendendo à necessidade coletiva direta, quando esta necessidade é imprescindível para a coletividade, ou seja, o serviço prestado atinge diretamente a sociedade. Isto ocorre quando o Estado atua na ordem econômica e social. São necessidades permanentes da coletividade e não apenas quando houver distúrbios, como no caso das necessidades coletivas indiretas. Exemplos: transportes, correio, petróleo, educação, previdência social etc. (MARTINS, 1999, p. 346).

Portanto cabe ao Estado Democrático de Direito efetivar os Direitos individuais do cidadão³¹, isto é, a assunção do pleno exercício da igualdade e da liberdade³² para a efetivação dos direitos fundamentais. Sobre o tema, Jürgen Habermas:

Essa categoria de direitos encontra aplicação reflexiva na interpretação dos direitos constitucionais. Os direitos políticos fundamentam o *status* de cidadãos livres e iguais; e esse status é auto-referencial na medida em que possibilita aos civis modificar sua posição material com relação ao direito, com o objetivo da interpretação e da configuração da autonomia pública e privada. Tendo na mira esse objetivo, os direitos até agora explicitados implicam, finalmente: Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances (HABERMAS, 2003. v. 1, p. 160).

31 Quando introduzimos o sistema dos direitos dessa maneira, torna-se compreensível a interligação entre soberania do povo e direitos humanos, portanto a co-originariedade da autonomia política e da privada. Com isso não se reduz o espaço da autonomia política dos cidadãos através de direitos naturais ou morais, que apenas esperam para ser colocados em vigor, nem se instrumentaliza simplesmente a autonomia privada dos indivíduos para fins de uma legislação soberana. (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 164-165).

32 Pontes de Miranda: A passagem dos direitos e da liberdade às Constituições representa uma das maiores aquisições políticas da invenção humana. Invenção da democracia. Invenção que se deve, em parte, ao princípio majoritário: primeiro, porque, se bem que fosse possível na democracia direta, em verdade se obteve graças a expedientes de maioria (*quorum* maior, maioria de dois terços, três quartos, quatro quintos), para a revisão da Constituição; segundo, porque, mediante ela, se evita que seja sacrificados os interesses dos eleitores que votaram e venceram, bem como os dos que votaram e perderam, e os dos que não puderam votar ou não votaram. (MIRANDA, 2002, p. 51).

Pontes de Miranda e os direitos fundamentais:

Direitos fundamentais, ou são direitos fundamentais supra-estatais, ou direitos fundamentais não-supra-estatais. Esses se acham tão intimamente ligados ao ideal que presidiu à feitura da Constituição, que se concebem. Nela, como direitos básicos (MIRANDA, 2002, p. 85).

E, os Direitos Fundamentais estão consagrados na Constituição Federal Brasileira no artigo 5º:

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:

Todos são iguais perante a lei em uma sociedade que todos têm direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade³³. São estes os primados fundamentais. Gilmar Ferreira Mendes destaca a importância destes direitos fundamentais:

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos fundamentais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção de o constituinte emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em 78 incisos e 4 parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância (MENDES, 2012, p. 468).

E Vidal Serrano Nunes Jr. os conceitua:

Podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a

33 Os direitos fundamentais, reconstruídos no experimento teórico, são constitutivos para toda associação de membros jurídicos livres e iguais; nesses direitos reflete-se a associalização horizontal dos civis, quase *in statu nascendi*. (HABERMAS, 2003. v. 1, p. 169).

forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade). (NUNES JR., 2009, p. 15).

Por fim, Mauricio Godinho Delgado:

O conceito de Estado Democrático de Direito funda-se em um inovador tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e includente; sociedade civil, concebida como democrática e includente. Nessa medida, apresenta clara distância e inovação perante as fases anteriores do constitucionalismo (DELGADO, 2012).

A preocupação do legislador constituinte foi tanta em proteger os direitos fundamentais que os determinou como cláusula pétrea³⁴. Isto quer dizer que nenhuma Emenda Constitucional ou uma legislação terá o condão de modificar qualquer um desses direitos. Como o poder soberano emana do povo, somente este, através de um plebiscito ou um referendo, poderá decidir acerca da modificação de um direito fundamental. Porém, como este é destinado ao próprio povo, dificilmente haveria interesses neste sentido.

5 A FALÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao longo desse estudo desenvolvemos o conceito de Estado, de Estado de Direito, para, por fim, chegarmos ao Estado Democrático de Direito, e, com ele, apresentamos os direitos tidos como fundamentais

34 A norma proíbe o Congresso Nacional de elaborar emenda constitucional que vise a abolir as garantias que menciona. Por essa razão essas garantias são denominadas de *cláusulas pétreas*, isto é, imodificáveis por meio de processo legislativo ordinário de emenda constitucional. As cláusulas pétreas podem ser modificadas mediante manifestação inequívoca da soberania popular nesse sentido, exteriorizada por meio de plebiscito ou referendo.

A cláusula pétrea constante da norma comentada abrange não apenas os direitos e garantias *individuais*, como parece fazer crer sua literalidade, mas os direitos e garantias fundamentais *tout court*, individuais e coletivos, também incluídos os não positivados no rol da CF 5°. Isto porque os direitos e garantias da CF 5° são indissociáveis e não podem ser separados entre *individuais e não individuais*. Os direitos e garantias fundamentais são a base do Estado Democrático de Direito, quer tenham como titular pessoa física ou jurídica, direitos individual, coletivo ou difuso, e por essa razão é que não pode ser abolidos por emenda constitucional. (NERY JUNIOR; NERY, 2009, p. 422).

inerentes à atividade do Estado Democrático de Direito, responsável por ser o garante e efetivador não apenas dos direitos, como de assegurar que os membros da sociedade possam ter o direito a terem direitos.

Dentre os direitos tidos como fundamentais apresentamos a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, em maior relevo, pois, em que pese o respeito aos demais direitos, esses são essenciais para a harmonia social, o respeito das relações em um Estado Democrático de Direito e são a base para o conjunto e direitos aos quais todos possuem e são garantes de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Fora os já listados, cabe ao Estado também garantir e efetivar questões primárias e fundamentais na sociedade, como a propriedade, educação e a saúde³⁵, estes também são direitos fundamentais. Quando o Estado cumpre com o seu papel, o que se percebe é uma sociedade equilibrada, com poder de reação e cobrança ante a ineficácia estatal e com notada redução do caos social, da capacidade delitiva dos membros da sociedade e, por conseguinte, da população carcerária.

E como percebemos o Estado Democrático de Direito Brasileiro nos dias correntes? Um Estado centrado com a questão penal e o simbolismo que essa área do Direito possui, com o caráter repressor e, em tese, inibidor de condutas, busca o Estado a repressão penal como medida para minorar o cometimento de delitos e, por conseguinte, alcançar a harmonia social e trazer a segurança e a paz social para as relações entre os membros da comunidade brasileira.

E, novamente, na prática, o que temos? Os crimes não se reduzem, ao contrário. Uma superpopulação carcerária que não para de crescer, com uma elevada parte desses membros nos CDTs (Centros de Detenção Temporária), local destinado àqueles que já cumprem a pena, mas que ainda aguardam julgamento. E a desorganização e a panaceia de procedimentos e burocracias estatais são tamanhos, que é comum vários presos cumprirem a pena sem ter sequer iniciado seu julgamento. E como fica se for considerado inocente? Como será a reparação do Estado? Tais respostas são ignoradas.

35 A constituição da saúde como direito fundamental é uma das inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988, na medida em que as referências eventualmente encontradas em textos constitucionais anteriores, quando existentes, limitavam-se às regras sobre distribuição de competências executivas e legislativas ou à salvaguarda específica de algum direito dos trabalhadores. Nesse sentido, a explicitação constitucional do direito fundamental à saúde, assim como a criação do Sistema Único de Saúde, resultam na evolução dos sistemas de proteção estabelecidos pela legislação ordinária anterior. (CANOTILHO, 2013, p. 1925-1926).

Dentro dos presídios, o que se nota é a ausência dos primados constitucionais, pois há muito mais presos do que espaço, a dignidade da pessoa humana e a aplicação dos direitos fundamentais são um tema basicamente inexistente na notada maioria dos presídios brasileiros.

Os problemas somente crescem e se desenvolvem. Nos recentes anos, o Estado investiu na efetivação dos direitos sociais, mas o fez de forma errônea, apenas e tão somente dando dinheiro à população através de programas sociais. Com isso, não se investiu na base, não se desenvolveu a cidadania e nem se incentivou os contemplados a estudarem, trabalharem e melhorarem sua condição, para, inclusive, sair dessa condição e não mais precisar do assistencialismo estatal.

O Estado se mostra perdido, não enfrenta o caos social que ele próprio formou. Assim, o Estado Democrático de Direito não cumpre com o seu papel; ao contrário, falha e padece ao tentar combater outros elementos decorrentes de sua própria ineficácia. Ao não investir na educação e no desenvolvimento da cidadania, o Estado peca e não forma as gerações vindouras como pessoas com direitos e obrigações, mas sim, um conjunto de alienados sobre a vida em sociedade.

O que se vê quando precisa dos direitos fundamentais a serem fornecidos pelo Estado Democrático de Direito beira o caos: ensino deficitário, desatualizado e que não prima pela tolerância e respeito a todas as raças, religiões e crenças; um sistema de saúde que produz desespero em quem dele depende, pois as filas são grandes, o atendimento é péssimo, muitos profissionais sem a devida capacitação e com clara defasagem para o fornecimento adequado de medicação nos postos de saúde.

Casos como uma pessoa ter um problema grave e ser medicada com algo totalmente disparatado como uma aspirina não são exceções no Sistema Único de Saúde. E quando não se tem educação e saúde, também não se tem cidadania, não se aprende os valores essenciais e a sociedade padece.

Como medida paliativa, o Estado opta por tratar das consequências de sua ineficiência, que ocasiona as mazelas sociais; então, investe em programas para desenvolver os direitos sociais e, também, cria em profusão leis e normas para combater os delitos mais frequentes e, com isso, angariar a aprovação social.

O povo, ao receber dinheiro e demais incentivos, responde com a aprovação a esse Estado e negligencia a própria ineficácia do mesmo,

ao não cobrar mais investimentos e desenvolvimentos. E, quando medidas midiáticas são tomadas com a criação de novas leis, o que se vê é a promoção de políticos, ao levantarem e brandirem bandeiras populares de pleitos sociais, mas e a efetividade prática? Caminha em *pari passu* com o Estado, ou seja, rumo à ineficácia.

Assim caminha a realidade nacional, com medidas eleitoreiras para enfrentar problemas que não se solucionam com a questão da repressão. A prisão e o endurecimento penal não solucionam questões como a violência doméstica, o estupro, a intolerância, a homofobia; basta ver o crescimento contínuo de casos e denúncias, mesmo com a repressão cada dia maior em atitudes populistas e midiáticas.

O crime de estupro é um dos mais reprimidos pelo ordenamento penal, qual a sua eficácia prática da medida? A cada 11 minutos temos um novo estupro no Brasil e por que as medidas são ineficazes? Porque não se combate a causa e sim a consequência. Isso para não falar na crise institucional das penitenciárias brasileiras onde os direitos fundamentais e o respeito à dignidade de pessoa humana são palavras absolutamente desconhecidas ante ao tratamento desumano aos detentos brasileiros.

A Constituição Federal de 1988 prevê um conjunto de liberdades e, dentre elas, a liberdade religiosa. Mas e na prática? Mandos e desmandos sobre o tema com atos de intolerância para praticantes daqueles que não acompanham a maioria na seara religiosa. E no tocante às religiões de matriz africana, por exemplo, seus próprios rituais enfrentam perseguições e desmandos daqueles que não compreendem a crença, e o Estado se cala, não garante o direito constitucional à liberdade religiosa.

A crise reside na falência do próprio Estado Democrático de Direito Brasileiro que deve investir em formar o cidadão dando educação adequada às nossas crianças, informando o que é cidadania, incutindo os conceitos de retidão e correção e do respeito ao próximo.

O resultado não será imediato, ao contrário, a longo prazo, com retorno daqui a, no mínimo, um par de décadas, mas a sociedade brasileira enferma e em crise se modificará, se recuperará e passará a cobrar o próprio Estado. É o caminho para a implantação e efetivação do tratamento desigual aos iguais na medida e exata proporção de suas desigualdades; é o respeito às suas liberdades; a efetivação da dignidade da pessoa humana; da garantia da saúde e da formação, de fato, de uma sociedade democrática.

6 CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito brasileiro, em pleno século XXI, se mostra despreparado para fornecer o mínimo à sua população; e o conjunto essencial de direitos tidos como fundamentais são constantemente negligenciados por aquele que deveria ser o seu garante e efetivador: o próprio Estado Democrático de Direito.

Se você precisa do Sistema Único de Saúde para um exame, um atendimento especializado, ou mesmo de um remédio fora dos básicos, boa sorte, pois longas filas o aguardam, e a insuficiência, seja nos suprimentos, no atendimento ou na especialização é a regra. O Estado não consegue fornecer o elementar e, para escamotear suas próprias deficiências, busca atacar as consequências de suas falhas e não a causa em si.

Assim, cria em profusão ímpar leis, decretos, portarias e afins para combater questões fundamentais como a violência doméstica, o estupro, o abuso infantil, a pornografia, apenas para citar alguns dos crimes sexuais mais abordados pelo legislador. Todavia, qual a eficácia prática da conduta? Duvidosa: mesmo o estupro sendo um dos crimes mais apenados do ordenamento penal brasileiro, a cada 11 minutos uma mulher é estuprada e a cada duas horas e meia um estupro coletivo ocorre no Brasil.

Na esfera dos idosos, o desmazelo do Estado Democrático de Direito fez com que o legislador criasse o Estatuto do Idoso, o qual prevê, em seu art. 43, que as medidas de proteção ao idoso, dentre outros, são aplicáveis por ação ou omissão do Estado. Ora, é o reconhecimento da própria falência.

Já passou da hora do Estado assumir suas falhas e relegar a sociedade à sua própria sorte. É momento de se tratar a causa, qual seja: a falência do Estado Democrático de Direito. De tal sorte que o caminho espinhoso, árduo e, mais do que isso, que não dá votos, é investir maciçamente em educação e cidadania para que as pessoas aprendam a se importar e a valorizar a si e aos demais.

Claro que uma das consequências disso será dar consciência e capacitação à população e ofertar a oportunidade da cobrança ao próprio Estado, que hoje é abafada pela constante apresentação de ações para as consequências dessa falência. O resultado, muito mais eleitoreiro, ilude a população de que a adoção desta ou daquela medida irá sanear o problema posto, quando, em verdade, somente irá abafar momentaneamente a crise criada pelo próprio Estado Democrático de Direito.

Da forma como está, a sociedade padece, sendo ignorada e relegada a um segundo plano. Os que do Estado carecem ficam ao léu, e os direitos fundamentais seguem lindos, uma construção abstrata incrível que, por culpa exclusiva do Estado, segue apenas e tão somente no plano ideal.

Assim, questionamos: até quando você quer ser enganado ou iludido pelo pretense Estado Democrático de Direito? Caso o descaso tenha passado todos os limites, exija o que nada é tratado pelo Estado: EDUCAÇÃO, investimentos em campanhas de cidadania e formemos as futuras gerações para que nas décadas vindouras possamos sair do limbo em que nos encontramos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reflexões sobre processo e Constituição: A tarefa transformadora do processo e a efetividade do Estado Democrático de Direito**. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 18, Jul. 2006.

AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XVIII. Torino: Unione Tipograficvo Editrice Torinese, 1957.

BARREIRO RODRIGUEZ, Tomás. Lo sócio-político y el Estado de Derecho. In: **O Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEVILÁCQUA, Clóvis. **O fim do Estado**. *Revista dos Tribunais*, vol. 723, Jan. 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

CANOTILHO, J. J et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho**. Revista de Direito do Trabalho, v. 147, jul. 2012.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito Constitucional: Liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. São Paulo: Manole, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GROPPALI, Alessandro. **Doutrina do Estado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1952.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 43. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. I.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Olívia Bauduh. São Paulo: Nova cultural, 1999. (Coleção Os pensadores).

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASSOS, Fernando (Org.). **Manual de Iniciação ao Direito**. São Paulo: Pioneira, 1999.

MATSMOTO, Katsutoshi. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 33, out. 2000.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. A personalidade do Estado. **Revista de Direito Público**, ano 7, n. 21, jan./mar., 1969.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES NETO, João Paulo. Direitos fundamentais um pressuposto à soberania, democracia e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 80, jul. 2012.

MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MIRANDA, Jorge. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2007. Volume 7.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade Os três caminhos**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: RT, 2009.

NUNES JR., Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE Tom; GELLNER, Ernest (Org.). **Dicionário do Pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

REALE, Miguel. **Da responsabilidade do poder**. Revista de Direito Público, ano 7, n. 15, jan./mar., 1969.

SAMPAIO, Nelson de Souza. Estado de Direito: conceito e características. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 2, mai. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy, 2003.

TRABALHO COMO EIXO RESSOCIALIZADOR DE EGRESSOS DO SISTEMA CARCERÁRIO

WORK AS RESOCIALIZADOR AXIS OF THE PRISON SYSTEM'S EGRESS

Andréa Maria Assisⁱ

Reis Friedeⁱⁱ

Kátia Eliane Santos Avelarⁱⁱⁱ

Maria Geralda de Miranda^{iv}

Resumo: A privação da liberdade é a mais grave das sanções jurídicas previstas no ordenamento jurídico do país. Os egressos do sistema penitenciário sofrem diuturnamente com a falta de oportunidades e estigmas, além do fracasso da ressocialização. O presente estudo buscou analisar a experiência do programa “Segunda Chance”, da ONG Afro Reggae, no que tange à assistência laborativa prestada aos egressos do sistema penitenciário. Foram analisadas duas amostras de dados de ex-detentos contidos nos arquivos da organização nos períodos de 01 de janeiro de 2013 a 31 de maio de 2013 e 01 de janeiro de 2014 a 31 de maio de 2014, em que se verificou que o grande entrave à colocação dos ex-presidiários nos postos de trabalho pela instituição é a baixa escolarização e ao não porte de alguns documentos pessoais como título de eleitor e carteira de habilitação.

i Mestre em Desenvolvimento Local pelo Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

ii Desembargador Federal, Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF), Mestre e Doutor em Direito. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM), no Rio de Janeiro.

iii Mestre em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) (1996). Doutora em Ciências também pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2002). Atualmente é coordenadora do Laboratório de Referência Nacional para Leptospirose do Instituto Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Professora Titular e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação Profissional Interdisciplinar em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

iv Mestre em Literatura Comparada com ênfase nos estudos culturais pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Doutora em Letras com ênfase em estudos pós-coloniais, também pela UFF. Professora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local, do Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM.

Palavras-chave: Afro Reggae. Projeto “Segunda Chance”. Egresso. Trabalho. Cidadania.

Abstract: The Deprivation of Freedom is the most serious of the judicial sanctions in the Brazilian Legal System. The egresses of the Prison System suffer incessantly with the lack of opportunities and stigmas, besides the failure of the resocialization. The present work aimed to analyze the experience of the program “Segunda Chance” (Second Chance), of the NGO Afro Reggae, in what concerns the working assistance given to the egresses of the Prison System. Two samples of ex-convicts facts withdrawn from the archives of the organization (ranging from January 1st 2013 to May 31st 2013, and from January 1st 2014 to May 31st 2014) were analyzed, giving us the possibility to verify that the greatest obstacle the mentioned institution faces to reinsert ex-convicts in the job market is the low schooling and the lack of personal documents, such as the voter registration and the driver’s license.

Keywords: Afro Reggae. Project “Segunda Chance”. Egress. Work. Citizenship.

1 INTRODUÇÃO

A vivência da pena de privação de liberdade reflete uma das mais graves intervenções previstas em nosso sistema jurídico. Os efeitos do cárcere deixaram há muito de ser uma questão meramente individual ou de justiça, ganhando cada vez maior relevo social. Paradoxalmente a denominada ressocialização soa muitas vezes como objetivo intangível, obscurecido pela falta de vontade política para enfrentar o tema. De posse destas premissas, algumas indagações necessitam ser respondidas quando se pretende analisar a assistência prestada aos egressos do sistema penitenciário.

No momento em que o Estado condena um indivíduo que cometeu um crime contra a sociedade e, por consequência, lhe aplica uma pena restritiva da liberdade, acredita, teoricamente, que depois do cumprimento da sentença, o apenado estará pronto para voltar, em equilíbrio, ao convívio social; mas, na verdade, não estará.

A “reeducação” no cárcere não se concretiza. Em primeiro lugar, porque o que tem sido a principal preocupação do sistema penitenciário ao receber um indivíduo condenado não é sua ressocialização, mas apenas a privação de sua liberdade. Isso é fácil de ser constatado na medida em que analisamos as estruturas da maioria das penitenciárias brasileiras, formadas por excesso de grades, muros enormes e um forte efetivo policial, tudo isso com um único objetivo: evitar a fuga.

Enquanto isso, a reincidência criminal cresce a cada dia. Constata-se com frequência que o indivíduo que deixa o cárcere após o cumprimento de sua pena volta a cometer crimes mais graves do que o anterior, como se a prisão o tivesse tornado ainda mais nocivo ao convívio social. Surge, então, o questionamento, que consiste em investigar como se verifica a assistência ao egresso, e em que medida o acesso ao trabalho preconizado pela Constituição Federal reinsere o ex-detento na sociedade.

2 O FRACASSO DA PRISÃO

O cárcere nasceu no fim do Século XVIII e início do Século XIX com o objetivo de ser usado como espaço de punição. Foucault (1987) relatou que a prisão se fundamenta na “privação de liberdade”, salientando que esta liberdade é um bem que pertence a todos os indivíduos do mesmo

modo, e, perdê-la, tem o mesmo preço para todos. “Melhor que a multa, ela é o castigo”, permitindo a quantificação da pena segundo a variável do tempo: “retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira” (FOUCAULT, 1987, p. 196).

A prisão também possibilitou a contabilização dos castigos em dias, em meses, e em anos; e também estabeleceu equivalências quantitativas “delito-duração”, servindo desde as origens como uma detenção legal, encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda, consoante Foucault (1987, p. 224), “uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos.”

A partir da década de 1950, a educação no sistema penitenciário é iniciada. Até o princípio do Século XIX, a prisão era utilizada exclusivamente como um local de contenção de pessoas, uma detenção. Não havia intento de requalificar os presos. Esta proposta nasceu somente quando se desenvolveram dentro das prisões os programas de tratamento. Antes disso, não existia qualquer forma de trabalho, ensino religioso ou laico.

Raciocinava-se que somente a detenção traria modificação aos indivíduos encarcerados. O raciocínio era que os presos refizessem suas existências dentro do cárcere, para depois serem encaminhados de volta à sociedade. Todavia, percebeu-se o insucesso desse objetivo. Os índices de criminalidade e reincidência dos crimes não diminuíram e a maioria dos encarcerados não se transformavam. A prisão revelou-se como um “grande fracasso da justiça penal” (FOUCAULT, 1987, p. 224).

O sistema penitenciário brasileiro não se afasta, do ponto de vista dos resultados ressocializadores, das reflexões de Foucault. A superlotação das prisões, as precárias e insalubres instalações físicas, a falta de treinamento dos funcionários responsáveis pela reeducação da população carcerária e a falta e/ou escassa oportunidade social dos que ali habitam são alguns dos principais fatores que contribuem para o fracasso do sistema penitenciário brasileiro no que tange à recuperação social dos seus internos.

Thompson (2002, p. 16) afirma que a “deficiência dos recursos empregados nos sistemas penitenciários leva ao insucesso a ressocialização”. Ele entende que a reforma do sistema penal brasileiro levaria o governo a dispor de grandes quantias para atender apenas uma pequena parcela

de presos, sendo que a maioria dos reclusos continuariam em condições degradantes nos presídios, chamados de “depósito de presos” pelo autor.

Thompson (2002) também argumenta que a promiscuidade, a perversão, a ociosidade, o tratamento desumano, a total desassistência, o contato direto com o vício e a sujeição a uma disciplina policial desumana já teriam contaminado o indivíduo em tal grau que o cárcere, mesmo dispondo de bons recursos, com muita dificuldade conseguiria resultados positivos com tais presos.

Segundo Ferreira (1999, p. 1465), “tornar a socializar (-se)” é a definição literal da palavra “ressocializar”. Com efeito, a ideia de ressocialização traz em seu âmago a concepção de tornar o ser humano novamente social (sócio), reconstruindo seus vínculos relacional, familiar e afetivo, bem como desfazendo os efeitos deletérios do processo de dessocialização.

Acrescenta Rodrigues (2001, p. 92) que “a limitação de direitos é, por natureza, dessocializadora, no exato sentido em que exclui o recluso do seu estatuto social normal.” Assim, conclui-se que a violação dos direitos fundamentais dos encarcerados é fator decisivo na luta pela reafirmação da ressocialização como finalidade das penas. Deste modo, refletindo sobre os vários aspectos contraditórios que remetem às finalidades das punições é essencial refletir a respeito das possíveis soluções que visam à readaptação do detento ao convívio social.

Primeiramente, a ressocialização deve ser analisada conforme o seu conceito sociológico, isto é, deve ser buscada não por meio das penas, mas buscá-la mesmo com a existência dela, atuando de modo a tornar as condições de estadia na penitenciária menos precárias. Além disso, dentre os argumentos utilizados, observa-se a importância da individualização da reforma, de modo a considerar o detento não como números e estatísticas, atuando de forma coativa em relação ao fato criminoso mas, sim, avaliando o indivíduo com relação às causas da sua criminalidade. Perante as carências individuais e sociais dos reclusos, incumbe ao Estado recriar as hipóteses de uma mudança que exclua a via da coação. Por outras palavras: é possível realizar um equilíbrio entre o dever de ajudar os reclusos a evitar a passagem ao ato criminoso e o dever de os proteger contra os abusos de poder fundados no arbítrio e na repressão (RODRIGUES, 2001, p. 44).

Os egressos do sistema penitenciário são indivíduos que saem de uma tecnologia de controle praticada no âmbito de uma instituição

fechada (prisão) e ingressam na sociedade disciplinar, conforme Foucault (1987), marcada pela existência de uma rede de dispositivos onipresentes e ininterruptos de vigilância. O panóptico¹ penitenciário é substituído pelo panoptismo de todos os dias.

Nesta sociedade disciplinar, os egressos continuam a sofrer com o estigma da divisão binária (perigoso-inofensivo; normal-anormal), considerando que ainda são vistos com desconfiança e revanchismo. Sofrem também com a determinação coercitiva ou repartição diferencial de seu *status*, na medida em que sobre eles ainda pendem as pretensões de vigilância, mediante as respostas às questões: quem eles são; onde devem estar; como caracterizá-los; como reconhecê-los; como exercer sobre eles, de maneira individual, uma vigilância constante etc.

3 A ONG AFRO REGGAE E O PROGRAMA “SEGUNDA CHANCE”

A ONG Afro Reggae, sediada em Vigário Geral, bairro da cidade do Rio de Janeiro, foi fundada em 1993. O seu objetivo geral é promover ações para transformar a realidade de jovens moradores de favelas, por meio da educação, da arte e da cultura. (AFROREGGAE, 2010).

O “Segunda Chance”, criado em 2008, é um dos programas da ONG, organizado por dois ex-detentos do sistema penal, que foram lá trabalhar, após deixar a prisão. Estes, percebendo que diversos ex-presos encontravam obstáculos para sobreviver honestamente quando saíam do presídio, resolveram fazer parcerias com organizações públicas e privadas: BNDES, Petrobras, Instituto Unibanco, Instituto Rukha, visando contribuir com a empregabilidade dos egressos do sistema penal.

A sede do Programa “Segunda Chance” está também localizada na cidade do Rio de Janeiro, bairro da Lapa. Conta com uma equipe de psicólogas e assistentes sociais, que auxiliam no processo de reincorporação e ressocialização dos egressos, além de contar com trabalhadores com experiência no mundo carcerário. Salienta-se que os coordenadores também são egressos do sistema penal, pois, assim, podem identificar melhor as reais necessidades e obstáculos daqueles que os procuram. O projeto, além de apoio psicológico, ajuda na regularização de documentos pessoais e escolares.

¹ Edifício em forma de anel, no meio do qual havia uma torre no centro, onde ficava um vigilante, que pela sua posição espacial conseguia ver tudo que se passava em cada cela. As celas davam tanto para o interior tanto para o exterior.

A pioneira na parceria, de acordo com dados das Entrevistas (2010), foi a empresa Estapar, que continua empregando egressos. As parcerias são feitas da seguinte forma: os coordenadores do “Segunda Chance” enviam e-mail para as empresas e agendam uma visita. No contato pessoal, mostram os dados do projeto, sugerem visitas à sede e demonstram (através de estatísticas) o sucesso da ONG. As maiores dificuldades encontradas referem-se aos documentos dos egressos. A maioria deles não possui certificado de reservista e título de eleitor. Sem estes documentos, não se contrata funcionários.

3.1 Atendimento aos egressos

Ainda em consonância com as informações colhidas nas entrevistas com os responsáveis, os egressos que procuram o Afro Reggae são atendidos primeiramente pelos supervisores. Faz-se uma ficha cadastral com os dados e foto do egresso. Posteriormente, a equipe do projeto “Segunda Chance” identifica as aptidões para o trabalho a fim de direcionar o egresso para uma vaga compatível com suas habilidades.

Diversas perguntas são feitas ao egresso, como por exemplo: se já teve carteira de trabalho e previdência social assinada (CTPS), se possui carteira de habilitação para dirigir (CNH), qual foi o último emprego, qual o grau de escolaridade, se possui algum curso profissionalizante, qual é o estado civil, se possui filhos, endereço, telefone, entre outras.

O objetivo é que na entrevista inicial exista uma troca de experiências, onde o supervisor relata um pouco de sua própria história, mostrando sua trajetória de superação. Deste modo, cria-se uma relação de empatia e confiança.

Após o coordenador verificar que o egresso encontra-se em condições de ser encaminhado, ele o faz imediatamente, caso exista vaga disponível. Já na fase posterior, correlaciona-se o perfil do egresso com as vagas de emprego disponíveis nas empresas parceiras, numa espécie de cruzamento de dados. Havendo êxito, o egresso é imediatamente direcionado à empresa para o processo de seleção e posterior contratação. O perfil consiste em verificar o grau de escolaridade e diplomas profissionalizantes do ex-presos e correlacionar com as vagas existentes. O egresso deve demonstrar vontade de trabalhar e estar livre do vício das drogas.

Há um sistema de monitoramento e avaliação, facilitado por meio de dados digitais, pois há o cadastro dos candidatos, das empresas e das vagas. Assim, os encaminhamentos são feitos diretamente no sistema e as empresas recebem por correio eletrônico as fichas dos candidatos encaminhados para as entrevistas. Após o ingresso do ex-detento no mundo do trabalho, a equipe do projeto estabelece contato com as organizações parceiras. Caso demonstre algum problema em se adaptar ao labor, o ex-apanado é chamado à ONG e recebe orientação de profissionais capacitados para ajudá-lo.

4 METODOLOGIA DA PESQUISA

A pesquisa foi realizada em três etapas. Na primeira, foram feitas leituras teóricas sobre o assunto em pauta, buscando refletir sobre o cárcere e seus componentes. Na segunda, buscou-se conhecer a ONG Afro Reggae e o Programa “Segunda Chance”, inicialmente por meio do site e, em seguida, por meio de visitas à sede da organização, com vistas ao acompanhamento do dia a dia do Projeto, além de mensagens trocadas via correio eletrônico.

Foram entrevistados dirigentes e funcionários, entre estes últimos assistentes sociais e psicólogos, bem como os responsáveis pela organização. As entrevistas aos coordenadores e assistentes sociais foram também respondidas por meio de correio eletrônico, tendo como objetivo levantar dados para possibilitar a análise da operacionalização do projeto e subsidiar reflexões acerca de suas ações.

A pesquisa, bem como os instrumentos com as entrevistas, foram submetidos à aprovação do Comitê de Ética da UNISUAM. Com as perguntas pretendeu-se estudar e compreender o projeto “Segunda Chance” da ONG Afro Reggae enquanto iniciativa da sociedade civil para a disponibilização de trabalho e acolhimento social aos egressos do sistema penitenciário.

A terceira etapa foi a de levantamento quantitativo junto aos arquivos da ONG Afro Reggae. Foram selecionadas duas amostras de fichas de atendimento nos períodos de 01 de janeiro de 2013 a 31 de maio de 2013 e de 01 de janeiro de 2014 a 31 de maio de 2014, visando conhecer o perfil do ex-presos que procura a organização. Ao todo 210 fichas referentes ao ano de 2013 e 207 relativas a 2014. Os dados levantados foram idade, estado civil, raça, escolaridade e modalidade do cumprimento da pena. Em seguida, os dados foram tabulados, analisados e discutidos.

5 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS DADOS

Verifica-se pelos dados da tabela 1 que o percentual de mulheres que procura a ONG é baixo. Mais de 80% são homens solteiros e estão em liberdade condicional. Já o percentual de homossexuais nas duas amostras é muito pequeno, inferior a um por cento.

Tabela 1 – Egressos atendidos, de acordo com o sexo

| SEXO | 2013 | | 2014 | |
|--------------|------|--------|------|--------|
| | QDE. | % | QDE. | % |
| MASCULINO | 96 | 82,73% | 91 | 85,05% |
| FEMININO | 13 | 13,64% | 15 | 14,02% |
| TOTAL | 109 | 96,37% | 107 | 99,07% |

Fonte: Elaborada pelo autor.

No momento da pesquisa, a idade dos egressos se concentrava-se na margem de 25 a 30 anos e 31 a 35 anos. Quanto à raça, a grande maioria da amostra pesquisada (48,18% em 2013 e 50,40% em 2014) se declarou-se parda.

Tabela 2 – Egressos atendidos, de acordo com a idade

| IDADE | 2013 | | 2014 | |
|-----------------|------|---------|------|---------|
| | QDE. | % | QDE. | % |
| ATÉ 20 ANOS | 2 | 1,82% | 6 | 5,61% |
| 21 A 25 ANOS | 15 | 13,64% | 20 | 18,69% |
| 26 A 30 ANOS | 25 | 22,73% | 22 | 20,56% |
| 31 A 35 ANOS | 28 | 25,45% | 23 | 21,50% |
| 36 A 40 ANOS | 18 | 16,36% | 20 | 18,69% |
| 41 A 45 ANOS | 8 | 7,27% | 9 | 8,41% |
| 46 A 50 ANOS | 6 | 5,45% | 4 | 3,74% |
| 51 A 55 ANOS | 4 | 3,64% | 3 | 2,80% |
| 56 A 60 ANOS | 2 | 1,82% | 0 | 0,00% |
| MAIS DE 60 ANOS | 2 | 1,82% | 0 | 0,00% |
| TOTAL | 110 | 100,00% | 107 | 100,00% |

Fonte: Elaborada pelo autor.

De acordo com a Tabela 3, a maior parte dos egressos não possui o ensino fundamental completo, assim como é extremamente pequeno

o número de egressos que possui ensino superior completo. Tais dados retratam a seletividade do sistema penal, que elege como alvos os indivíduos com maior vulnerabilidade social, econômica e educacional.

Tabela 3 – Egressos atendidos, de acordo com a escolaridade

| GRAU | 2013 | | 2014 | |
|------------------------|------|---------|------|---------|
| | QDE. | % | QDE. | % |
| FUNDAMENTAL INCOMPLETO | 54 | 49,09% | 51 | 47,66% |
| FUNDAMENTAL COMPLETO | 9 | 8,18% | 11 | 10,28% |
| MÉDIO INCOMPLETO | 24 | 21,82% | 11 | 10,28% |
| MÉDIO COMPLETO | 17 | 15,45% | 27 | 25,23% |
| SUPERIOR INCOMPLETO | 5 | 4,55% | 5 | 4,67% |
| SUPERIOR COMPLETO | 1 | 0,91% | 2 | 1,87% |
| TOTAL | 110 | 100,00% | 107 | 100,00% |

Fonte: Elaborada pelo autor.

No que se refere à questão documental, menos de 20% dos egressos nos anos de 2013 e 2014 possuíam Carteira Nacional de Habilitação, sendo que praticamente todos foram encaminhados para uma vaga de emprego. O porte de tais documentos parece ser um fator facilitador para se conseguir uma colocação no mercado de trabalho. É grande o número de egressos que não possuíam título de eleitor e/ou certificado de reservista. Isso evidencia um relevante entrave para a contratação por uma empresa. Além da falta de tais documentos, a perda ou destruição dos mesmos após a prisão também parece ser um elemento limitador do acesso a oportunidades.

Tabela 4 – Egressos atendidos - Documentos

| DOCUMENTO | 2013 | | 2014 | |
|----------------|------|---------|------|---------|
| | QDE. | % | QDE. | % |
| RG | 110 | 100,00% | 107 | 100,00% |
| CPF | 110 | 100,00% | 107 | 100,00% |
| CTPS | 110 | 100,00% | 105 | 98,13% |
| RESERVISTA | 89 | 80,91% | 80 | 74,77% |
| CNH | 19 | 17,27% | 17 | 15,89% |
| TÍTULO ELEITOR | 79 | 71,82% | 85 | 79,44% |

Fonte: Elaborada pelo autor.

Conforme demonstrado na Tabela 7, de uma amostra de 40% dos egressos atendidos de 01 de janeiro até 31 de maio de 2013, observou-se que, de 110 pessoas, apenas 26 não foram encaminhadas para uma vaga de emprego. Já no mesmo período de 2014, o percentual de egressos não encaminhados foi de 14,02% contra 23,64% do ano anterior. Isso demonstra que o programa “Segunda Chance” vem alcançando cada vez mais indivíduos e ajudando-os a alcançar uma vaga de emprego, fundamental para a conquista de uma vida digna.

Tabela 5 – Encaminhamentos feitos pelo programa “Segunda Chance”

| ENCAMINHAMENTOS | 2013 | | 2014 | |
|------------------|------|---------|------|---------|
| | QDE. | % | QDE. | % |
| ENCAMINHADOS | 84 | 76,36% | 92 | 85,98% |
| NÃO ENCAMINHADOS | 26 | 23,64% | 15 | 14,02% |
| TOTAL | 110 | 100,00% | 107 | 100,00% |

Fonte: Elaborada pelo autor.

A pesquisa revelou, ainda, outros dados. Das 210 fichas de egressos cadastrados no programa “Segunda Chance”, verifica-se que 41 deles não foram encaminhados para emprego. Segundo a assistente social da ONG, os egressos que moram na rua ou estão em situação de abrigo não foram encaminhados diante ausência de endereço fixo, exigido no momento em que se cadastra para uma vaga.

A deficiência física (percentual de 1% da amostra pesquisada) não foi empecilho para que houvesse o encaminhamento. Nas amostras pesquisadas, mais de 20% dos egressos não sabiam informar o número exato de filhos que possuíam. Estes resultados são indicativos do fenômeno da desagregação familiar e social dos grupos frequentemente alcançados pelo sistema penal.

Aproximadamente 70% dos egressos possuíam pais vivos no momento em que preencheram suas fichas na ONG Afro Reggae. Contudo, observou-se que os egressos que declararam ter número de membros da família como “zero” eram aqueles que estavam em situação de rua ou abrigo. Para a criminalização, a desagregação familiar parece ser fator mais preponderante do que a ausência de pais.

Salienta-se que o interesse que o egresso possui em obter um emprego, por si só, não basta. Ele necessita de documentos para ser encaminhado para uma vaga de trabalho. Sem isto, o indivíduo não ingressa

no mercado formal e, assim, não consegue se sustentar de maneira digna, restando-lhe a mendicância, informalidade ou a reinserção no crime, o que é extremamente prejudicial para o futuro da sociedade.

Consoante a ONG, é grande a tentativa de cruzar os dados dos egressos com as vagas disponíveis nas empresas parceiras e encaminhá-los para o processo seletivo de contratação. Um egresso pode ser encaminhado para uma ou mais empresas segundo o seu perfil e disponibilidade de vagas. Ressalta-se que o encaminhamento não é necessariamente a certeza de que o egresso efetivamente será empregado, pois representa uma possibilidade de seleção. Ao ser encaminhado pelo “Segunda Chance”, o indivíduo passa pelo processo individual de cada empresa, sendo efetivado ou não.

Segundo a ONG, para os não encaminhamentos, cada caso possui seu motivo específico. Por vezes, a ONG não encontra empresas parceiras com vagas disponíveis para a qualificação profissional daquele egresso; ou, apesar do egresso possuir satisfatório grau de escolaridade, o indivíduo se apresenta à ONG aparentando estar sob o efeito de drogas, o que impede seu encaminhamento à vaga de emprego.

6 CONCLUSÃO

Os dados analisados corroboram a conhecida tese de que o processo de criminalização tem como alvo principal certas categorias sociais e raciais, em especial a categoria “homem-jovem-não-branco”.

O egresso que vive em situação de rua ou abrigo está sem condições financeiras para arcar com as despesas de moradia e, em razão disso, busca emprego. Logo, não ter moradia obsta as possibilidades de emprego, o que acaba por perpetuar um círculo vicioso de exclusão e consolidação das situações de rua ou de abrigo. A cadeia de exclusão só faz piorar a situação de marginalização do indivíduo.

É senso comum que o trabalho leva dignidade às pessoas em geral. Sem labor e, conseqüentemente, sem dinheiro para manter condições mínimas de subsistência, os egressos do sistema carcerário deparam-se com as seguintes situações: ou passam a ocupar as ruas, mendigando para sobreviver, ou se submetem a subempregos, ou retornam para o mundo do crime.

Deste modo, a fim de interromper a cadeia acima referida é essencial que o ex-detento tenha oportunidade de trabalhar. Atualmente,

diversas leis visam a garantir o trabalho, seja o indivíduo egresso ou não. Contudo, diversos obstáculos ainda persistem, como o estigma que o apenado carrega. A iniciativa da ONG Afro Reggae, por meio do programa “Segunda Chance”, tem contribuído com a dignidade dos egressos, estreitando as relações entre empresas e organizações com vista à empregabilidade.

O número de atendimentos referentes às amostras do fichero da ONG analisadas demonstraram expressivo êxito no que tange ao número de indivíduos encaminhados para uma vaga de emprego, apesar das dificuldades de alguns egressos em razão da falta de documentos pessoais.

A partir de uma percepção ampla dos problemas vivenciados pelos egressos, e considerando que um dos maiores obstáculos à sua reintegração social decorre da falta de documentos pessoais que habilitem a obtenção de emprego, é necessário que o Estado forneça um “kit de documentos” ao indivíduo, no momento de sua soltura, assim composto: RG, CPF, CTPS, título de eleitor e certificado de reservista (para egressos homens).

REFERÊNCIAS

AFROREGGAE. **Programa Segunda Chance**. [2010]. Disponível em: <<http://www.afroreggae.org/category/segundachance>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

ENTREVISTAS com os responsáveis pela ong afroreggae. Realizada por Andrea Maria Silva de Assis, em 10 nov. 2010. Disponível em <<http://www.unisuam.edu.br/index.php/dissertacoes-dos-egressos-desenvolvimento-local>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

FERREIRA, Aurélio B. de H. **Novo Aurélio do século XXI**: dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: a história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1997.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: RT, 2001.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária: de acordo com a Constituição de 1988**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

A DESNECESSIDADE DE CIRURGIAS DE TRANSGENITALIZAÇÃO PARA ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS TRANS: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE DIFFICULTY OF TRANSGENITALIZATION SURGERIES TO CHANGE THE CIVIL REGISTRY OF PEOPLE TRANS: DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Marcus Alexandre de Padua Cavalcanti Bastosⁱ

Eliane Cristina Tenorio Cavalcantiⁱⁱ

Resumo: O presente artigo pretende analisar a problemática da imutabilidade do nome e gênero no registro civil da população trans, sem que, para isso, tenham de se submeter à cirurgia de adequação sexual. Baseado em análise legislativa infraconstitucional, doutrinária e jurisprudencial buscar-se-á relativizar a imutabilidade do registro civil para atender ao apelo de homens e mulheres transgêneros que não desejam passar por cirurgia de transgenitalização, mas que anseiam serem tutelados pelo Estado o direito à alteração de dados do seu registro civil para refletir em seus documentos o que ostentam para a sociedade: a sua identidade individual de gênero distinta da assentada em seu registro de nascimento. Destarte, o objetivo desse trabalho é analisar e discutir a questão da desnecessidade de cirurgias para alteração do registro civil de pessoas trans. Para atingir o objetivo foi empregada pesquisa bibliográfica e documental, utilizando referências legislativas e literárias sobre a temática. Portanto, a pesquisa desvela que a inexistência de lei específica tem implicado a criação de mecanismos de acesso mediante legislação ou normativa

ⁱ Doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ em Núcleo de Tecnologia Educacional para a Ciência e Saúde Filósofo e Psicanalista. Mestre em Humanidades, Cultura e Artes pela Universidade do Grande Rio, UNIGRANRIO, Brasil. Graduado em Filosofia pela Faculdade de Educação da Serra, FASE, Brasil.

ⁱⁱ Mestre em Humanidades, Cultura e Artes - Universidade do Grande Rio, UNIGRANRIO, Brasil. Título: Desigualdades de Gênero - Poder e Violência: Uma Análise da Violência contra a Mulher na Baixada Fluminense. Bolsista do(a): Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES, Brasil. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense (1993). Advogada em atendimento especializado jurídico-social das mulheres vítimas de violência doméstica e no atendimento em Organização (ONG) onde exerce a mesma atividade.

interna para uso de nome social, além disso, os direitos da personalidade inseridos na perspectiva civil-constitucional, interligados com a noção de liberdade, dignidade e individualidade têm servido de fundamentação nas decisões jurisprudenciais.

Palavras-chave: Direito. Direito Civil. Identidade de gênero. Sexualidade. Corpo.

Abstract: This article intends to analyze the problematic of the immutability of name and gender in the civil registry of the trans people, without, for that, having to undergo the surgery of sexual adequacy. Based on an infraconstitutional, doctrinal and jurisprudential legislative analysis, the immutability of the civil registry will be sought to meet the appeal of transgender men and women who do not wish to undergo transgender surgery but who are anxious to see that the State has the right to change data from your civil registry to reflect in your documents what you hold for society: your individual gender identity distinct from that set in your birth record. The objective of this work is to analyze and discuss the issue of the need for surgeries to change the civil registry of trans people. In this sense, to reach the objective was used bibliographical and documentary research, using legislative and literary references on the subject. Therefore, the research reveals that the lack of specific law has implied the creation of mechanisms of access through legislation or internal regulations for use of social name, in addition, the rights of the personality inserted in the civil-constitutional perspective, intertwined with the notion of freedom, dignity and individuality have served as a basis in the jurisprudential decisions.

Keywords: Law. Civil right. Gender identity. Sexuality. Body.

1 INTRODUÇÃO

O tema da transgeneridade, ou seja, a vivência de pessoas que transcendem ou transitam através das normas de gênero socialmente estabelecidas, há algum tempo, vem sendo intensamente discutido no âmbito do direito e da medicina, no entanto, a ciência jurídica tem enfrentado grande dificuldade na formulação da base legal para que as pessoas transgênero tenham reconhecidos o direito da alteração do nome e do sexo no registro civil.

Nos últimos anos, surgiram políticas públicas, em âmbito nacional, estadual e local, direcionadas à população transgênera, principalmente ligadas à área da saúde, mas também iniciativas no sentido de viabilizar o uso de documentos com o nome social de transexuais e travestis concomitantemente, diversos indivíduos transexuais e travestis vêm ingressando com ações judiciais para a retificação de registro civil com base na Lei de Registros Públicos, mas nem todos os casos têm conseguido garantir o acesso dessas pessoas ao reconhecimento de suas identidades de gênero.

Abordar reflexivamente o tema implica aproximar diferente saberes, permitindo o diálogo entre as comunidades. São inquestionáveis as conquistas alcançadas por diferentes grupos em relação ao direito de viver com autenticidade suas escolhas. Contudo, é importante pensar que entre o ideal e o real há uma lacuna atitudinal que não se referencia pelo que está promulgado nas Leis.

O Brasil vem apresentando saltos significativos na promoção da diversidade, por meio de instituição de várias políticas públicas nos mais diferentes órgãos. Um desses temas versa a Lei 8.727 (BRASIL, 2016), que permite ao transgênero fazer uso de seu nome social. Ainda a referida Lei aponta identidade de gênero como sendo a:

[...] dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento. (BRASIL, 2016).

O dispositivo legal destaca a questão a travestis e transexuais, onde se entende o primeiro como pessoas que embora se vistam como mulher/homem, façam uso de hormônios, mantêm suas características genitais, e, o segundo, como pessoas que vestem como mulher/homem,

porém escolhem por alterar suas características genitais, optando pela mudança de sexo.

Naturalmente, homens que se transformaram em mulheres e vice-versa são conhecidos, mas mesmo com várias discussões sobre o tema, ainda existe uma resistência em aceitar essas características com normalidade, principalmente o preconceito em aceitar a pessoa da forma que ela se enxerga e se identifica.

Derrubada a tese de que homossexualidade trata-se de doença patológica, tema reverberado pelo Conselho Federal de Psicologia, através da Resolução 1/99 (BRASIL, 1999), foi um grande passo para tratar o homossexualismo, o transexualismo, entre outras classificações, não como uma patologia, mas sim como um forte aliado para minar o estigma que envolve a comunidade LGBT, a fim de reduzir o preconceito e promover a diversidade.

Isso se reflete diretamente nas políticas públicas, em especial do campo da saúde, que, em 2011, redefine o Comitê Técnico de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, mais conhecido como Comitê Técnico LGBT, com o objetivo de trazer à pauta questões de saúde do público transgênero, bem como estabelecer diretrizes e políticas de humanização na rede pública de saúde, livre de discriminação por orientação sexual, bem como por sua identidade de gênero, atingindo assim os princípios de integralidade na atenção à saúde (BRASIL, 2011).

De 1999, com a promulgação da Resolução pelo CFP, seguido por vários dispositivos discutidos até o momento, o público transgênero ainda sofre com preconceito ao se identificar com o nome que deseja, mesmo com um arcabouço jurídico que o contempla.

Dessa forma, questiona-se: qual o problema de se identificar com nome social, mesmo não tendo feito uma cirurgia anatômica que proceda à alteração do sexo?

A não identificação do gênero pode trazer medidas drásticas, que transcendem a depressão e a melancolia, como também em casos de suicídio. O respeito aos direitos universais devem servir de fio condutor para que a afirmação identitária se faça presente no campo social do indivíduo, seja familiar, seja profissional. Os diferentes discursos ou polifonias narrativas permitem enriquecer o campo de discussões saudáveis, ausentando-se do campo do debate improfícuo.

Nasser (2010) utiliza os postulados da Psicologia Analítica para compreender a construção da identidade, a partir dos conceitos de

corpo-psique, definindo o segundo como princípio que abrange todos os sentimentos, pensamentos e comportamentos conscientes e inconscientes. A personalidade do sujeito se manifesta através da psique, enquanto princípio constitutivo da personalidade/identidade. Sob essa perspectiva teórica, compreende-se que corpo-psique estão, de tal forma, amalgamados entre si, que os processos vitais (fisiológicos) e psicológicos fazem parte da mesma configuração, permitindo compreender o “estar” em um corpo masculino com a “Percepção-de-Si” orientada para o feminino.

Diferentes princípios constitutivos da personalidade se organizam entre si para compor a identidade do sujeito enquanto Ser, dentre elas podemos citar: Anima e Animus enquanto princípio feminino e masculino, respectivamente. A sombra e a Persona que autoriza o trânsito social do sujeito nos diferentes segmentos sociais.

Importante lembrar que a identidade transcende as barreiras físicas, por isso se faz o cuidado na assistência psicológica da pessoa que diariamente vive esse conflito. Com isso, o cuidado e o acolhimento tornam-se elementos fundamentais para que o indivíduo se conheça, se aceite e viva a vida em sua plenitude.

Diante do exposto, o objetivo desse trabalho é analisar e discutir a questão da desnecessidade de cirurgias para alteração do registro civil de pessoas trans por meio de uma discussão que permita interlocução entre referências legislativas e literárias sobre a temática.

2 O DISPOSITIVO DA SEXUALIDADE E A BIOPOLÍTICA DOS CORPOS

A sexualidade não é uma característica natural e imutável do sujeito, mas uma construção histórica e social sobre os modos de sentir e experimentar o corpo, os desejos e as relações. O modelo que conhecemos atualmente no ocidente se estabelece no século XVIII por uma série de mudanças nos sistemas de organização e relações de poder/saber (FOUCAULT, 1988).

Por meio de uma difusão de regimes de verdade e olhares sobre o sujeito, a sexualidade tornou-se um dispositivo de controle – de corpos, de modos de existência e de populações. Foucault (1979, p. 244), ao falar sobre o dispositivo aponta que ele é

Um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões

regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode estabelecer entre esses elementos.

No que se refere à emergência do dispositivo da sexualidade, Foucault (1988) afirma que as práticas sexuais ganham novas ordenações – assim, na passagem do século XVIII para XIX surge a noção de homossexual como categoria psiquiátrica. A delimitação de espaços para corpos e sexualidades fora da norma são processos que, para Louro (2004), reforçam a norma e o funcionamento do dispositivo da sexualidade. Esse corpo que será tratado como estranho será medicalizado e despotencializado.

Como podemos observar, o dispositivo da sexualidade é uma estratégia potente, não de repressão, mas de produção de subjetividades e gerenciamento dos corpos e das populações. O dispositivo da sexualidade opera em um ponto de intercessão do biopoder. A construção dos corpos, regulação das práticas e delimitação dos gêneros multiplicam-se no controle da reprodução de normas. Desta feita, as normas sexuais são fundamentais na construção das tecnologias de poder¹ em nossa sociedade, e os desviantes são produzidos enquanto categoria pela mesma estratégia que os pune constantemente.

Podemos afirmar que o dispositivo da sexualidade faz parte da racionalidade biopolítica de controle dos corpos. Foucault (1999) discorre sobre a biopolítica como uma série de tecnologias de poder para governo e controle da vida das populações: produção e delimitação dos modos de existir. A biopolítica, através de normas, determina lugares e modos de funcionamento dos grupos e populações; ao mesmo tempo, Foucault (1988) aponta uma anátomo-política que dociliza os corpos, tornando-os úteis e previsíveis. Para o autor, a composição dessas estratégias de controle é chamada de biopoder – poder sobre a vida.

A anátomo-política se constitui por estratégias de docilização do corpo e controle de suas potências, através de um minucioso domínio de seu funcionamento e de suas capacidades; este dispositivo relaciona-se a instituições de captura, podendo estas ser estabelecimentos formais – como prisões, fábricas, abrigos e escolas – ou modos de funcionamento

1 Para Foucault (1988, p. 103) o poder “é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada”. Além disso, o poder se dá em relações, em toda parte, não sendo detido por um único agente.

(FOUCAULT, 1987). A biopolítica, por outro lado, regulamenta os grandes grupos; processos de reprodução, adoecimento, envelhecimento. Um poder que “faz viver e deixa morrer” (FOUCAULT, 1999).

Foucault (1988), no primeiro volume História da sexualidade I: a vontade de saber, afirma que o biopoder consiste em dispositivos de intervenção sobre processos vitais, subdividindo-se em uma anátomo-política do corpo e uma biopolítica da população. O autor resume a sexualidade em três etapas sucessivas: a primeira diz respeito à natalidade; a segunda, à família; e a terceira, ao desenvolvimento de tecnologias médico-jurídicas. De acordo com o autor, no século XVIII, considerava-se que uma a nação forte era uma nação populosa, então, passou-se a valorizar a natalidade e a combater qualquer método contraceptivo. Outro aspecto importante dizia respeito à valorização da família. A terceira maneira concernia ao desenvolvimento das instâncias médico-jurídicas no final do século XIX, que passaram a exercer pleno controle sobre a sexualidade da população em nome da preservação e do melhoramento da raça da população. Essas técnicas médicas ganharam poder de atuação sobre a população, conferido pelo aparato estatal, cada vez mais inclinado a tratar a vida como uma inteligibilidade puramente biológica.

A sexualidade passa a falar do sujeito mais do que ele próprio. E isso é importante, porque “ser homossexual”, a partir de então, não vai falar apenas de desejo ou práticas sexuais, e sim de uma série de características daquele sujeito – todos que têm práticas homoeróticas são transformados em doentes, desviantes. Foucault (1982, p.1) acrescenta: “a sexualidade é algo que nós mesmos criamos – ela é nossa própria criação, ou melhor, ela não é a descoberta de um aspecto secreto de nosso desejo”.

Com a reelaboração do conceito de sexualidade como um dispositivo disciplinar e biopolítico, Foucault (1984) apontou o caráter histórico da produção da sexualidade, além do seu funcionamento crucial na composição de um sistema instituído sobre a premissa de uma correlação verdadeira e indissolúvel entre sexo/corpo/desejo.

Foucault (1984) nos fez compreender que a nomeação e classificação dos sujeitos da sexualidade se deu a partir de uma engenharia conceitual e institucional que escrutinou os corpos e descreveu minuciosamente práticas sexuais, hierarquizando a ambos entre normais ou anormais. Uma vez constituído o dispositivo histórico da sexualidade, o sexo se tornou uma instância privilegiada de determinação da verdade mais íntima dos sujeitos e de sua classificação enquanto pertencentes à classe das anomalias ou da normalidade, separando-se os indivíduos e as populações entre

os que constituem perigos a serem socialmente disciplinados, vigiados, castigados e os que fornecem o parâmetro para as sociabilizações positivas.

Além disso, é oportuno lembrar as palavras de Foucault (1982) ao apresentar a obra “O diário de um hermafrodita”, quando questiona de quem é o direito de dizer qual o sexo de uma pessoa que nasce hermafrodita? Seria dos pais, dos médicos ou dos juristas? Qual verdade é a verdade? O senso comum dos pais, a ciência ou a Lei?

Foucault (1982) faz uma crítica aos aspectos legais que envolvem o sexo, como se os elementos jurídicos impedissem a sua emancipação ao categorizá-lo e ao criar uma identidade corporal. Neste sentido, critica o poder jurídico, uma vez que implica a regulação social, e que essa regulação determina o sexo, o gênero, os prazeres e os desejos.

3 O DISPOSITIVO DA SEXUALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DO SISTEMA SEXO-CORPO-GÊNERO

A fim de ampliar essa discussão, devemos também nos perguntar sobre a ação do dispositivo da sexualidade na constituição do sistema sexo-corpo-gênero. Para a abordagem desse problema, será utilizado no presente trabalho os questionamentos de Butler sobre o gênero (BUTLER, 1989) e as interrogações propostas pela teoria *queer*. Trata-se, neste contexto, de interrogar a constituição de novas subjetividades a partir da formação do dispositivo da sexualidade, em particular aqueles novos sujeitos que irão habitar os espaços da sociedade da segunda metade do século XIX. Dentre uma miríade de figuras das assim chamadas “sexualidades periféricas” (FOUCAULT, 1999, p. 41), isto é, as práticas sexuais não normativas, Foucault privilegiou em suas reflexões a produção de pelo menos quatro novas subjetividades produzidas no âmbito do dispositivo histórico da sexualidade: a criança masturbadora, a mulher histórica, o jovem homossexual e o casal não malthusiano. (FOUCAULT, 1984, p. 47).

Foucault (1984) aponta um importante artigo de 1879, escrito pelo médico alemão Westphal, no qual se descrevem as “sensações contrárias”, tomando-o como a data de nascimento do sujeito homossexual. Nesse artigo, a homossexualidade foi descrita como uma categoria psicológica, psiquiátrica e médica. Para o autor, a homossexualidade apareceu como uma das figuras da sexualidade quando foi transferida, da prática da sodomia, para uma espécie de androginia inferior, um hermafroditismo da alma. O sodomita era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie.

Judith Butler (2001) inspirando-se em Michel Foucault, retoma a discussão sobre a transexualidade justamente para desconstruir o sistema corpo/sexo/gênero em seu caráter discricionário e produtor de efeitos de subordinação e desvalorização de práticas e de sujeitos. Suas importantes análises sobre indivíduos hermafroditas cirurgicamente ‘corrigidos’ ao nascer demonstram a persistência de uma importante continuidade com certas práticas médicas e jurídicas do passado. Por certo, esses indivíduos contemporâneos não são mais definidos como monstros a serem eliminados, nem tampouco são classificados como criminosos, todavia, “ainda são indivíduos que, perante o olhar médico e jurídico, necessitam de uma importante correção e adequação, por meio de intervenções cirúrgicas realizadas logo ao nascer, a fim de se adequarem à norma que estabelece o sexo em sua verdade” (BUTLER, 2001, p. 19).

Em suma, para Butler (2001), o saber médico ainda determina qual é o sexo verdadeiro de um indivíduo e a cirurgia é então realizada para a retirada de qualquer vestígio do sexo invasor, o falso sexo. Ainda para nós, portanto, continua sendo impossível suportar a dubiedade anatômica, na medida em que isso também pode significar uma dubiedade do desejo. Afinal, somente é possível suportar a existência de um corpo cujo sexo corresponda de maneira fidedigna ao desejo que, por sua vez, é entendido como compatível à verdade daquele sexo.

Butler (2001) argumenta que os substantivos “homem” e “mulher”, bem como os atributos e predicados de gênero que lhes são correspondentes historicamente, somente assumem sua rígida estabilidade substancial quando submetidos a parâmetros normativos organizados pelo binarismo de gênero e pela heterossexualidade como regra compulsória.

Entende-se aqui a constituição binária dos gêneros a partir do conceito de performatividade proposto por Butler (2014). Ela afirma que “a performatividade do gênero se dá através da estilização repetida do corpo, assim como seus agentes reguladores, com o objetivo de criar um padrão a ser seguido” (BUTLER, 2014, p. 19). Mais adiante, ela afirma que “não há identidade de gênero por trás das expressões do gênero; essa identidade é performativamente constituída, pelas próprias ‘expressões’ tidas como seus resultados” (BUTLER, 2014, p. 48).

A performatividade, segundo Butler (2014), é a reiteração das normas sociais que são anteriores aos sujeitos e, por serem repetidas de forma sistemática, corporificam seus comportamentos. Logo, estas normas reguladoras são performativas por reiterarem práticas já existentes e anteriormente reguladas, com o objetivo de dar inteligibilidade aos corpos.

Ainda de acordo com Butler (2014, p. 48)

O gênero não é um substantivo, mas tampouco é um conjunto de atributos flutuantes, pois vimos que seu efeito substantivo é performativamente produzido e imposto pelas práticas reguladoras da coerência do gênero. Conseqüentemente, o gênero mostra ser performativo no interior do discurso herdado da metafísica da substância - isto é, constituinte da identidade que supostamente é. Nesse sentido, o gênero é sempre um feito, ainda que não seja obra de um sujeito tido como preexistente à obra.

A existência das identidades é reconhecida como múltipla, e entende-se que sua construção se dá por meio dos efeitos das relações de poder reiteradas pela norma. Para tanto, ao compreender as múltiplas formas da sexualidade humana, a teoria *queer* permite a possibilidade do questionamento dos modelos binários estabelecidos a partir da imposição do masculino heterossexual como norma (homem/mulher, homo/hetero, cis/trans). Assim, para Butler (2014, p.218).

Compreender a identidade como uma prática, e uma prática significativa, é compreender sujeitos culturalmente inteligíveis como efeitos resultantes de um discurso amarrado por regras e que se insere nos atos disseminados e corriqueiros da vida linguística.

Desse modo, a identidade é constituída performativamente por meio de reiterados discursos e, justamente por este motivo, existe a possibilidade de que a sua insubordinação à norma por meio de resistências distintas do objetivo, sobretudo, venham a subvertê-la.

4 O CORPO TRANS

De acordo com Dias (2014) os transexuais são pessoas que possuem uma dissociação entre o seu sexo psíquico e o sexo físico. Atualmente, não se pode mais dizer que todas as pessoas transexuais têm aversão ao seu órgão biológico e que por conta disso desejam realizar a cirurgia de redesignação sexual, eis que muitas vezes possuem medo da operação, dificuldade financeira, uso do órgão sexual para o prazer e para o trabalho, entre outros fatores.

Segundo Jesus (2014, p.67) as/os transgêneros são:

Pessoas que ultrapassam as fronteiras de gênero que eram socialmente esperadas e que foram construídas pela cultura. Sendo que as travestis aceitam psicologicamente, geralmente, o sexo biológico de nascimento e sua genitália. Já as/os transexuais são pessoas que, geralmente desde a infância, sentem uma profunda desconexão psíquica, física e emocional com o sexo biológico de seu nascimento. Na busca de evitar um sofrimento incalculável, reconstróem seus corpos em consonância com seus desejos e seu psiquismo.

As pessoas transexuais e travestis, além das transformações corporais, buscam a retificação do prenome e do sexo legal. Essas mudanças são fundamentais para a boa vivência do estado pessoal, eis que cessam, em partes, os constrangimentos pessoais e sociais de viver com uma identidade diferente daquela apresentada em sua forma física, e favorecendo o desenvolvimento da personalidade e integração social da pessoa que já foi submetida por transformações pessoais (VENTURA, 2007).

Os travestis não renegam o órgão genital, inclusive utilizando-o prazerosamente durante suas relações sexuais. Dessa forma, as travestis não sentem a necessidade de esconder o seu sexo biológico, mesmo possuindo uma relativa dissociação entre o seu sexo físico e o seu psíquico, sentindo prazer na utilização de seu órgão sexual e não se importando que as pessoas saibam de sua condição de travesti. Embora não haja repulsa de seu órgão sexual as travestis devem ser tratadas SEMPRE pela identidade de gênero feminina (VECCHIATTI, 2012).

Jesus (2012, p.74) define as travestis como

pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas como membros de um terceiro gênero ou de um não-gênero. É importante ressaltar que travestis, independentemente de como se reconhecem, preferem ser tratadas no feminino, considerando insultos serem adjetivadas no masculino.

Já as mulheres trans são pessoas que reivindicam o reconhecimento social como mulher, adotando o nome, a aparência e o comportamento feminino, mesmo tendo sido designadas como de sexo e gênero masculinos após seu nascimento. As mulheres trans querem ser tratadas como tal. Os homens trans são pessoas que nasceram e foram determinadas

pela medicina, e pela sociedade, com o sexo biológico feminino e, à medida que foram construindo sua identidade de gênero, transcenderam para o gênero masculino (JESUS, 2014).

Dentre a população transexual, homens trans são o grupo mais inviabilizado, passando a se organizar como movimento social mais recentemente, enquanto as mulheres transexuais e travestis ocupam espaços de militância por seus direitos desde a resistência à ditadura militar e compõem coletivos, organizações não governamentais, e projetos sociais desde a redemocratização.

Saraiva (2014) afirma que, atualmente, a psicologia e a psiquiatria, entre outros campos da ciência, têm tentado modificar as antigas concepções de transexuais e travestis para que haja uma despatologização dessas identidades de gênero, mesmo que o senso comum ainda se mantenha bastante conservador. Para que isso ocorra essas identidades devem ser analisadas sem a influência de segmentos sociais religiosos. No Brasil, ainda é forte a cultura cristã na questão sexual.

Dias (2014) aponta que as pessoas trans constantemente sofrem a marginalização, vivendo sem recursos e tampouco familiarizadas com as instituições civis, restando apenas para elas viver à margem do Estado. Normalmente esse grupo abandona o convívio social por não serem tratados conforme a sua identidade de gênero.

5 O DISPOSITIVO LEGAL - A DESNECESSIDADE DE CIRURGIAS DE ADEQUAÇÃO PARA A MUDANÇA DO NOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL

O art. 16 do Código Civil determina: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. No Brasil não existe uma lei que regule a identidade de gênero. A LRP, perante o sistema normativo nacional, é a responsável pelo registro do prenome e gênero de uma pessoa em cartório de Registro Civil. Ela usa como parâmetro o sexo biológico, que já se demonstrou falho, para definir o prenome e gênero a ser declarado na certidão de nascimento e demais documentos que se seguirão na vida de uma pessoa.

Essa norma é extremamente restritiva e admite a substituição de prenome somente em algumas disposições. O artigo 58, por exemplo, consente que seja acrescentado ou suprimido o nome por apelidos públicos notórios, é o caso das celebridades e dos políticos, bem como admite

a permuta visando à segurança de quem tenha sido ameaçado ou coagido em face de colaboração com a investigação criminal.

Sucedem que da década de 70 adiante, período da publicação da LRP, poucas foram as inserções feitas na mencionada lei. As transformações sociais clamam por modificações nas leis e tal não poderia ser diferente com a identidade de gênero. É cediço que a legislação é o alicerce para as decisões judiciais. Ocorre que o regramento legislativo muitas vezes é omissivo e defasado. Nesses casos, o Poder Judiciário, mesmo sem lei, tem que julgar e o socorro terá de vir de institutos como o direito comparado e os princípios gerais do Direito.

Nesse contexto, a alteração de prenome e gênero sem a imposição de cirurgia é medida de promoção à igualdade social, baseada em valores supremos como o da dignidade da pessoa humana. Dispondo sobre este princípio, tem-se que:

A dignidade da pessoa humana é o valor-base de interpretação de qualquer sistema jurídico, internacional ou nacional, que possa se considerar compatível com os valores éticos, notadamente da moral, da justiça e da democracia. Pensar em dignidade da pessoa humana significa, acima de tudo, colocar a pessoa humana como centro e norte para qualquer processo jurídico de interpretação, seja na elaboração da norma, seja na sua aplicação (GARCIA; LAZARI, 2015, p. 97).

Desse modo, depreende-se a relevância do direito à identidade de gênero. Não pode o Estado negar a alteração de prenome e gênero baseando-se em critérios puramente genéticos, haja vista a superação da antiga distinção homem, gênero masculino versus mulher, gênero feminino.

O direito à identidade da população trans tem alcançado, aos poucos, relevância e avanços no reconhecimento destes indivíduos como pessoas detentoras de direitos. No país, ainda não há legislação que regule ou determine a alteração imediata. Assim, resta ao trans pleitear a alteração por via judicial. A competência para legislar sobre registros públicos, tanto de pessoas naturais, quando de pessoas jurídicas, registros imóveis e o de título de documentos, segundo a Constituição Federal de 1988, é privativa da União, conforme art. 22, XXV². A Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), mesmo sendo anterior à constituição, ainda encontra-se em vigor, sofrendo apenas algumas alterações.

2 Compete privativamente à União legislar sobre: XXV - registros públicos (BRASIL, 1988).

Verificando a terminologia de registro dentro da Lei de Registros Públicos, podemos entender registro como repartições que, fiscalizadas pelo Poder Judiciário, praticam atos mencionados na lei. Ao longo da vida, diversos atos e fatos ocorrem, tendo a necessidade estarem registrados para uma melhor publicidade, como, por exemplo, o nascimento, a emancipação, o casamento, a separação, a morte, entre outros.

Conforme Nanni e Lotufo (2008. p. 245).

O Estado tem no registro civil a fonte principal de referência estatística. Fixa, de modo impagável, os fatos relevantes da vida humana, cuja conservação em assento público interessa à nação, ao indivíduo e a todos os terceiros. O indivíduo nele encontra meio de provar seu estado, sua situação jurídica.

O que a população trans busca é exatamente o ato de averbar a retificação do nome em seu registro de nascimento, porém, como a Lei de Registros Públicos não prevê a retificação de forma administrativa, a alteração do nome acaba ocorrendo somente mediante decisão judicial que autoriza a retificação. Após a análise do Direito à Identidade e ao Nome, inseridos nos Direitos da personalidade, se faz necessária à conceituação básica de sexo, gênero, na qual se inclui a identidade de gênero, e sexualidade, abarcando as diversas orientações sexuais, para o avanço rumo ao efetivo reconhecimento das identidades trans. Uma série de decisões das Cortes estaduais já decidiram a favor da mudança de nome e gênero por transexuais. Segue abaixo transcrito um trecho dos acórdãos dos Estados do Piauí e de Sergipe, respectivamente:

Apelação cível. Ação de modificação de registro civil. Transexualismo. Modificação do prenome sem a realização de cirurgia de transgenitalização. Dignidade da pessoa humana. Direito à identidade pessoal. **Reforma da sentença. Recurso provido.** Suficientemente demonstradas que as características da parte autora, físicas e psíquicas, não estão de acordo com os predicados que o seu nome masculino representa para si e para a coletividade, tem-se que a alteração do prenome é medida capaz de resgatar a dignidade da pessoa humana, sendo desnecessária a prévia transgenitalização. **Decisão unânime, de acordo com o parecer ministerial superior. (PIAÚÍ, 2014, grifo do autor).**

Apelação cível. Ação de retificação de registro civil. Pedido realizado por transexual - Inclusão de prenome feminino no registro civil - Cabimento. A incoincidência da identidade do transexual provoca desajuste psicológico, não se podendo falar em bem-estar físico, psíquico ou social. Assim, o direito à adequação do registro é uma garantia à saúde, e a negatividade modificação afronta imperativo constitucional, revelando severa violação aos direitos humanos. **Sentença reformada. Recurso do autor conhecido e provido. Recurso do Ministério Público conhecido e parcialmente provido. Decisão unânime. (SERGIPE, 2012, grifo do autor).**

O dispositivo³ legal destaca que os transexuais, inclusive os que não se submeteram à cirurgia transgenital, têm o direito de mudar o gênero no registro civil. Assim entendeu a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao reformar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que negou a alteração do sexo e autorizou apenas um novo prenome a uma pessoa que se identifica como mulher. No dia 09 de maio de 2017, durante o julgamento do RESP 1.626.739/RS, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre a alteração registral de transexuais não operados, decidindo que possuem o direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia. Para o colegiado, a identidade psicossocial prevalece em relação à identidade biológica, não sendo a intervenção médica nos órgãos sexuais um requisito para a alteração de gênero em documentos públicos⁴.

Apesar de não ter caráter vinculante, a decisão do STJ deve servir de parâmetro para casos semelhantes nas instâncias inferiores. Para mudar o registro civil, os interessados terão que recorrer à Justiça, que fará a avaliação de cada caso. É importante ressaltar que em matéria de jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça tem sido bastante enriquecedor no reconhecimento do direito do transexual ao prenome e ao sexo compatíveis com a sua identidade de gênero.

Assim, malgrado o STF ainda não tenha se posicionado sobre o tema, resta evidente o avanço por parte do STJ, que, de forma louvável, garantiu os direitos fundamentais mais básicos das pessoas transexuais.

3 O dispositivo pode ser uma lei, com taxionomia, efeitos e que corresponde a certos regimes jurídicos. o dispositivo representa a própria lei ou o conjunto de burocracias, tecnologias e mecanismos de regulação de uma população.

4 <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>

No seu livro “Direito ao nome da pessoa física”, no capítulo que trata dos registros públicos e da questão da mudança e alteração do nome, em relação aos transexuais, Amorim (2003, p. 62), afirma que

No caso do transexualismo, não há norma vigente que regule os comportamentos humanos, a legalidade dos atos cirúrgicos e a mudança de sexo e nome nos documentos pessoais, pelo que o bom senso do julgador, formador da jurisprudência, é de extrema importância para aqueles que tenham pretensão de sofrer modificações físicas e pessoais.

O sistema jurídico brasileiro atual tem adotado o princípio da inalterabilidade relativa do nome com base no direito da personalidade, visando proteger o indivíduo humano. Dessa forma, o nome será retificado/alterado nas situações previstas em lei, ou por força de outras situações (como no caso da população transexual e travesti), reconhecidas por decisão judicial. A decisão judicial será informada nos registros públicos que são o espelho dos fatos da vida de qualquer indivíduo. No caso, o que se pretende com a retificação do registro civil é a individualização da pessoa perante a sociedade.

A liberdade sexual, por meio de ações de políticas públicas e sociais que inibam a descriminalização de gênero e a violência nas relações sociais e pessoais, faz-se necessário para que a vida privada e as escolhas pessoais sejam garantidas pelo Estado (RIOS, 2007). A proteção do direito à sexualidade está diretamente ligada ao reconhecimento da Dignidade Humana de cada um de forma livre, tendo como base a liberdade e a igualdade, princípios básicos das declarações de direitos humanos e do constitucionalismo clássico (VENTURA, 2007). Os direitos sexuais, baseados num modelo social-democrático, liberal e laico são fundamentados na autodeterminação, utilizando-se como base a liberdade sexual, liberdade de decisão, o respeito à intimidade e à equidade, e o acesso à informação, aos serviços e a recursos sociais. As políticas públicas de reconhecimento de nome social e o acesso a processos de retificação de registro civil visam a garantir a dignidade e a cidadania da população de transexuais, travestis e demais identidades de gênero dissidentes da “cis-heteronormatividade” e à lógica binária das relações de gênero, chamada de binarismo de gênero (BUGLIONE, 2007).

No Brasil, ainda existe grande resistência na formulação de legislação específica para a alteração do nome e da retificação do registro civil de população transexual, tendo em vista o grande número de pessoas

ligadas ao cristianismo no legislativo brasileiro. Os pedidos de retificação de registro civil baseiam-se somente na doutrina atual, bem como na jurisprudência, porém as decisões são baseadas no bom senso do Poder Judiciário, que nem sempre avança com a sociedade.

Recentemente os Deputados Federais Jean Willys e Erika Kokay propuseram o Projeto de Lei nº 5002/2013 – Lei João W. Nery (Lei de Identidade de Gênero) para que tais demandas sejam retiradas do Poder Judiciário e colocadas de forma administrativa, resguardando a intimidade, bem como os demais direitos constitucionais dessa população. O projeto se baseou na lei de gênero da Argentina, e dá a toda pessoa transexual e travesti os seguintes direitos: a ter a sua identidade de gênero reconhecida; ao livre desenvolvimento pessoal em sua identidade de gênero; bem como de cada um ser tratado conforme a sua identidade de gênero, sendo necessário ser maior de 18 anos, caso não seja, deverá ser realizada pelos representantes legais, apresentar requerimento escrito, na qual manifesta interesse em realizar a retificação. Não há, pelo projeto, a necessidade de intervenção cirúrgica, terapias hormonais, qualquer tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico, para a retificação do prenome e do sexo, ocorrendo tudo de forma cartorária junto ao registro civil (WILLYS, 2015).

A identidade de gênero, no projeto, baseia-se no conceito de pessoa trans como “pessoa que nasceu num sexo biológico definido, mas se identifica no gênero oposto ao que se entende culturalmente como correspondente a tal sexo” (BRASIL, 2016). Além de reconhecer a identidade de gênero, visa à alteração do art. 58 da Lei de Registros Públicos (6.015/73), bem como insere os tratamentos hormonais como parte do processo de transexualização. O projeto tem sofrido retaliações de alguns deputados, que, na sua grande maioria, entendem que a retificação de registro para pessoas trans fere os costumes tradicionais da sociedade brasileira.

Nesse meio termo, enquanto não for aprovado o projeto, o Judiciário pátrio julgará os casos postos a seu crivo, valendo-se de princípios e do estudo do Direito comparado. Por derradeiro, apesar de não existir uma uniformidade nas decisões, a Justiça brasileira tem apreciado acertadamente em prol do direito a identidade de gênero, consentindo na alteração de prenome e gênero, ainda que não tenha sido realizada uma intervenção médica. Assim, a mudança de nome no registro civil fica a cargo de trâmite judicial, o que pode ser considerado um avanço na luta pelos direitos da população transexual.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tendência universal é o reconhecimento da identidade de gênero, nela compreendido o direito de retificar prenome e gênero no registro civil, sem que seja necessário recorrer a subterfúgios como a cirurgia para a mudança de sexo.

Compreende-se que o acesso à cidadania para a população trans, no Brasil, ainda é limitado, tendo em vista que não há, até a presente data, legislação específica que trate de garantias e direitos envolvendo identidades de gênero minoritárias, fazendo com que a população trans passe por diversos constrangimentos sociais e psicológicos no convívio em sociedade.

Muitas vezes, a exclusão de transexuais da sociedade faz com que estes sofram incessantemente com o desprezo do próprio corpo, fazendo com que se desencadeie uma desconformidade psicológica e emocional.

Os direitos da personalidade inseridos na perspectiva civil-constitucional encontram-se interligados com a noção de liberdade, dignidade e individualidade, sendo estes direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, podendo a pessoa trans usar o seu nome e imagem da forma que bem entender, desde que dentro da legalidade. O que a pessoa transexual ou travesti busca pela retificação do registro é ter o seu direito de ir e vir em uma sociedade extremamente preconceituosa sem que haja a exclusão por estar vinculado a um corpo de gênero oposto ou diferente ao presente em seu documento oficial.

A inexistência de lei específica que dê o direito à retificação de nome e sexo aos indivíduos transexuais e travestis pela diferenciação de seu sexo biológico e sua identidade de gênero tem feito com que diversos órgãos, entidades e corporações criem mecanismos de acesso mediante legislação ou normativa interna para o uso do nome social. Porém, o nome social só gera efeitos naquela situação, o indivíduo transexual continua tendo seu direito à identidade de gênero negado. Desse modo, ao ingressar em qualquer ambiente em que o nome social não seja reconhecido, a pessoa passa a ser reconhecida pelo nome de nascimento, o que não reflete a sua identificação e reitera a violência e discriminação que tais indivíduos sofrem. Por isso, é necessário uma lei específica que dê embasamento legislativo para as retificações de registro civil, bem como reconheça a identidade trans que dê a essas pessoas um livre desenvolvimento em sociedade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, José Roberto Neves. **Direito ao nome da pessoa física**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5002/2013**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?-codteor=1059446>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.837, de 1º de dezembro de 2011**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2837_01_12_2011.html>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. **Resolução nº 001/99, de 22 de março de 1999**. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 fev. de 2018.

BUGLIONE, Samantha. Um direito da sexualidade na dogmática jurídica: um olhar sobre as disposições legislativas e políticas públicas da América Latina e Caribe. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BUTLER, Judith. **Excitable Speech: a politics of the performative**. New York/London: Routledge, 2014.

_____. **Gender trouble: feminism and the subversion of identity**. Nova York: Routledge, 1989.

_____. La cuestión de la transformación social. In: BERCK-GERNSHEIM, E.; BUTLER, J.; PUIGVERT, L. **Mujeres y transformaciones sociales**. Barcelona: El Roure, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAZ, E. **O gênero é uma construção social**. 2010. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/34580-o-genero-e-uma-construcao-social-entrevista-especial-com-esther-diaz>>. Acesso em 2 fevereiro de 2018.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 2012.0001.008400-3, 2ª Câmara Especial Cível, Relator: Desembargador Brandão de Carvalho, p. 22 jan. 2014. Disponível em: <<http://direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=26&s=30>> Acesso em: 05 out. 2015.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 5751/2012, Relator: Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima, j. 30 out. 2012. Disponível em: <<http://direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=26&s=30&p=2#t>> Acesso em: 05 out. 2015.

FOUCAULT, M. **Herculine Barbin**: o diário de um hermafrodita. Rio de Janeiro: F. Alves, 1982.

FOUCAULT, Michel. Sobre a história da sexualidade. In: Machado, R. (Org). **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal. 1979.

_____. **Sexo, poder e política de identidade**. Entrevista com B. Gallagher e A. Wilson, Toronto, 1982.

_____. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. **História da sexualidade I**: A vontade de saber. São Paulo: Graal, 1988.

_____. Aula de 17 de março de 1976. In: _____. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

LE BRETON, David. **Adeus ao corpo**: antropologia e sociedade. Campinas: Papius, 2003.

MARTINS, J de S. **A sociabilidade do homem simples**: cotidiano e história na modernidade anômala. 2. ed. Revisada e ampliada. São Paulo: Contexto, 2008.

NANI, Giovanni Ettore; LOTUFO, Renan. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

NASSER, Yone Buonaparte d'Arcanhy Nobrega. A identidade corpo-psyque na psicologia analítica. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 325-338, 2010.

RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARAIVA, Márcio Sales. Gênero e orientação sexual: uma tipologia para o movimento transefeminista. In: JESUS, Jaqueline Gomes de. (Org.). **Transfeminismo: teorias e práticas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Metanoia, 2014.

VENTURA, Miriam. Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WILLYS, Jean. **Esclarecimentos sobre o PL 5002/2013 "João Nery", no que tange ao direito à identidade de gênero de pessoas menores de 18 anos de idade**. 22 maio 2015. Disponível em: < <http://jeanwyllys.com.br/wp/esclarecimentos-sobre-o-pl-50022013-joao-nery-no-que-tange-ao-direito-a-identidade-de-genero-de-pessoas-menores-de-18-anos-de-idade> >. Acesso em: 04 fev. 2018.

O PAPEL DO ESTADO-NAÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS INDÍGENAS: A REALIDADE BRASILEIRA

THE ROLE OF THE NATION-STATE IN THE INDIGENOUS PUBLIC POLICIES: THE BRAZILIAN REALITY

Eduardo Barbutto Bicalhoⁱ

Bruno Mattos de Fariasⁱⁱ

Kátia Eliane Santos Avelarⁱⁱⁱ

Patrícia Maria Dusek^{iv}

Resumo: O presente artigo pretende discutir as dificuldades que o estado-nação vem enfrentando em razão das mudanças econômicas, políticas e culturais decorrentes da globalização, bem como a necessidade de se reformular a ideia de Estado, entendendo que ele não é mais o único ator presente no cenário internacional. Objetiva também evidenciar a desvinculação do Estado com uma determinada identidade, mostrando que a identidade advém da cultura, a qual está ligada ao sentimento de pertencimento. Por fim, procura vislumbrar o campo de atuação do Estado no cenário global, especificamente no desenvolvimento de políticas públicas em prol das minorias étnicas localizadas no território, como no caso dos indígenas no Brasil.

i Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Mestre em Direito (UCAM). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), como foco em direitos humanos e políticas públicas.

ii Mestre em Desenvolvimento Local pelo Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Graduado em Arquitetura pela UNISUAM. Especialista em Educação.

iii Mestre em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) (1996). Doutora em Ciências também pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2002). Atualmente é coordenadora do Laboratório de Referência Nacional para Leptospirose do Instituto Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Professora Titular e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação Profissional Interdisciplinar em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

iv Pós Doutora pela Università di Pisa (2015). Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (2014). Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes, onde também obteve o título de graduação na mesma área. Especialista em Direito pela EMERJ. Pesquisadora e membro da Comissão de Pesquisa da Universidade Castelo Branco - UCB. Parecerista ad hoc de Revistas Científicas. Professora da Universidade Castelo Branco e do Centro Universitário de Barra Mansa. Articulista, palestrante e conferencista bilíngue em eventos nacionais e internacionais.

Palavras-chave: Estado. Direito. Identidade. Políticas públicas.

Abstract: The present article intends to discuss the difficulties that the Nation-State is facing due to the economic, political and cultural changes resulting from globalization, as well as the need to reformulate the idea of State, understanding that it is no longer the only actor present in the international scene. It also aims to demonstrate the untying of the state with a certain identity, showing that the identity comes from the culture, which is linked to the feeling of belonging. Finally, it seeks to envisage the State's field of action in the global scenario, specifically in the development of public policies in favor of ethnic minorities located in the territory, as in the case of indigenous people in Brazil.

Keywords: State. Law. Identity. Public Policies.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto estudar os elementos estado-nação, identidade e globalização, no que se refere à compreensão desses termos, à interação entre os mesmos e às consequências práticas dessa relação.

Busca compreender como a ideia do estado-nação vem sendo alterada pelas inúmeras mudanças resultantes do processo de globalização econômica, política e cultural, o que, necessariamente, passa pela compreensão do que significa identidade.

Ressalta-se que na atualidade diversas questões vêm afetando sobremaneira a organização da arena internacional e principalmente o modo de interação entre os atores da cena global, tais como a nova soberania dos Estados, os fluxos migratórios, a interferência da tecnologia, os mercados globais, as minorias étnicas, a cultura dos povos etc.

Essas questões continuam na ordem do dia dos profundos debates envolvendo a globalização da economia, da política e da cultura, aos quais vivenciamos profundamente em nossos dias e que nos levam a repensar diversos conceitos que até poucas décadas atrás nos pareciam sólidos e inabaláveis.

O primeiro ponto a ser discutido neste artigo é a redefinição do Estado Nacional e o surgimento de novos atores nos processos deliberativos internacionais, ou seja, aquela ideia do Estado como a união entre soberania, povo e território deixa de ser tida como absoluta e ganha novos contornos, uma vez que se permite visualizar Estados Pluriétnicos e "Multissocietários".

Após, pretende-se analisar o conceito de identidade, a fim de demonstrar o caráter cultural de tal conceito e, ao mesmo tempo, seu viés espontâneo, ou seja, a forma natural pela qual os costumes, os valores e o sentimento de pertencimento vão se imiscuindo na sociedade e tornando-a uma cultura única, diferenciada, ou até mesmo uma etnia.

Em sequência, pretendemos verificar como tais conceitos se desenvolvem diante de um mundo globalizado, não apenas economicamente, mas culturalmente e politicamente, contrapondo universalismos e particularismos e evidenciando o grande paradoxo da globalização, segundo o qual quanto mais cresce o mundo global, mais crescem as forças contrárias ao mesmo.

Então, relacionaremos os pontos acima identificados, com o objetivo de demonstrar como a globalização e o surgimento dos novos atores internacionais influenciam na forma com que os Estados Nacionais lidam com as minorias étnicas situadas em seus territórios.

Por fim, verificaremos como as relações entre os temas estudados podem ser aplicadas no Brasil, ou seja, como o Estado Brasileiro se relaciona com as minorias étnicas presentes em seu território, especificamente as indígenas.

2 A RECONCEITUAÇÃO DO ESTADO NACIONAL

De fato, o mundo não é mais o mesmo. Desde o surgimento dos Estados Nacionais até a atualidade, o estado-nação se modificou de forma intensa e ainda está se modificando ao se deparar com contingências variadas.

Em seu momento inicial surgiu como o grande defensor da segurança de seus cidadãos, era forte e soberano, se justificava pela necessidade de manutenção da vida e integridade física das pessoas, era um Estado defensor, que precisava ser forte para se proteger contra invasões externas e revoltas internas.

Assim, podemos descrever o mundo nesse período como sendo formado por estados-nação apenas, os quais representavam os seus respectivos povos. Essa ideia se coaduna à visão do Estado como sendo a união entre soberania, povo e território, ou seja, o povo localizado em um determinado território compunha uma nação, a qual era liderada pelo poder político majoritário naquele país, que consiste na elite dominante a cada tempo.

Essa noção também pressupunha uma igualdade de identidade, isto é, cada Estado era formado de apenas um povo, uma nação. A França era a nação formada apenas por franceses, a Inglaterra por ingleses, o Brasil por brasileiros e assim por diante. Bauman descreve o estado-nação moderno da seguinte forma:

Nos tempos modernos, a nação era a 'outra face' do Estado e a arma principal em sua luta pela soberania sobre o território e sua população. Boa parte da credibilidade da nação e de seu atrativo como garantia de segurança e de durabilidade deriva de sua associação íntima com o Estado e – através dele – com as ações que buscam construir a

certeza e a segurança dos cidadãos sobre um fundamento durável e confiável, porque coletivamente assegurado. (BAUMAN, 1988, p. 211)

Ocorre que isso foi mudando ao longo do tempo e tal movimento se intensificou nas últimas décadas em razão, principalmente, dos seguintes fatores:

A globalização econômica: a interação entre os mercados locais foi crescendo de tal forma que hoje temos um mercado global. As práticas comerciais não têm fronteiras estatais e as empresas se tornaram multinacionais e até mesmo globais, possuindo capital, insumos e pessoas provenientes de diversos Estados-nação;

A globalização financeira: na atualidade, as finanças de um país refletem em outro ou até em todo o mundo. Não é mais possível um Estado organizar sua economia internamente sem considerar os reflexos das variações nas finanças globais. A taxa de juros, a inflação, as bolsas de valores, a cotação de moedas estrangeiras, as ações de grandes empresas, tudo isso influencia na economia interna de um país;

A globalização política: os países se reuniram em blocos que, a princípio, foram econômicos, mas cada vez mais se tornam culturais e políticos, como ocorre hoje na União Europeia, onde o bloco vem influenciando os Estados a modificarem posturas e valores internos;

A inovação tecnológica: a grande evolução dos transportes e da tecnologia da informação revolucionou o mundo no último século, aproximando distâncias incalculáveis e propiciando inúmeros fluxos migratórios por todo o mundo.

De fato, esses elementos propiciaram grandes mudanças. Hoje em dia, é possível que um indivíduo de uma nacionalidade se mude para outro país, mas mantenha seus laços e costumes de origem, diante das possibilidades tecnológicas de comunicação instantânea como o telefone e a *internet*.

Aliado a isso, há também a mudança do mundo, de uma “modernidade sólida” para uma “modernidade líquida”, conforme esclarecido por Bauman. A primeira seria justamente a que tem início com as transformações clássicas e o advento de um conjunto estável de valores e modos de vida cultural e político. Na modernidade líquida, tudo é volátil, as relações humanas não são mais tangíveis e a vida em conjunto, familiar, de casais, de grupos de amigos, de afinidades políticas e assim por diante, perde consistência e estabilidade.

Nas palavras de Bauman:

Uma vez que as crenças, valores e estilos foram “privatizados” — descontextualizados ou “desacomodados” com lugares de reacomodação que mais lembram quartos de motel que um lar próprio e permanente —, as identidades não podem deixar de parecer frágeis e temporárias, e despidas de todas as defesas exceto a habilidade e determinação dos agentes que se aferram a elas e as protegem da erosão. A volatilidade das identidades, por assim dizer, encara os habitantes da modernidade líquida. (BAUMAN, 1998, p. 204).

Diante de todos esses fatores, surgiram novos atores políticos e econômicos que passaram a dividir com o estado-nação a participação no mundo e, conseqüentemente, identificamos uma redução da soberania estatal. Esses novos atores podem ser divididos em supraestatais, como as organizações internacionais e as empresas globais e infraestatais, como grupos sociais e étnicos.

De fato, existem conglomerados econômicos mais poderosos e mais ricos do que muitos Estados e tais empresas controlam, muitas vezes, políticas estatais, uma vez que possuem a hegemonia econômica em um determinado país. Não é possível para o Estado competir com tais forças, uma vez que precisa delas para a geração de empregos e renda.

Também os organismos internacionais promovem campanhas capazes de influenciar a opinião pública global e gerar conseqüências em políticas públicas internas dos Estados, como ocorre com movimentos pacifistas, *green peace*, dentre outros.

Nesse sentido, explica Ianni:

Se é verdade que a globalização do mundo está em marcha, e tudo indica que sim, então começou a réquiem pelo estado-nação. Ele está em declínio, sendo redefinido, obrigado a rearticular-se com as forças que predominam no capitalismo global e, evidentemente, forçado a reorganizar-se internamente, em conformidade com as injunções dessas forças. É claro que o estado-nação, com sua sociedade nacional, histórica, geografia, cultura, tradições, língua, dialetos, religião, seitas, moeda, hino, bandeira, santos, heróis, monumentos, ruínas continuará a existir. Mas não será mais o mesmo, isto é, já não é mais o mesmo. (IANNI, 1996, p. 121-122).

Assim, é preciso reconceituar o Estado Nacional e entender o seu novo papel no mundo global. Em verdade, como informa o texto de Ianni acima, não é possível prever o fim do estado-nação, pois o mesmo ainda mantém uma posição de elevada importância no cenário mundial, mas agora não é o único ator e precisa se sujeitar, não raras vezes, à vontade dos novos participantes desse espaço.

Nesse contexto, o Estado ainda mantém grande importância porque internamente ainda é o único detentor do poder de império, podendo regular a entrada e a saída de pessoas, emitir passaporte, tributar e exercer o monopólio da força física. Contudo, suas ações estão condicionadas aos demais interesses em jogo. Nesse sentido, Anderson:

Para concluir, deixem-me dizer que creio que o Estado-nação ainda permanecerá, por um bom tempo, como a unidade política legítima básica do século XXI, apesar de já ter alcançado seu apogeu histórico, que começa a ser superado. Mais importante: há poderosas mudanças a caminho, quanto ao significado que o hífen pode passar a ter na expressão, o mesmo hífen que tornou possível o casamento entre nação e Estado ao longo dos séculos XIX e XX. (ANDERSON, 1999, p. 169).

Especificamente em matérias de políticas públicas, é importante ressaltar que elas, em regra, se traduzem em ações estatais com o objetivo de se efetivar algum direito constitucionalmente garantido aos cidadãos, tais como educação, saúde, moradia e também outros ligados a direitos individuais, como a participação política, o acesso à justiça, liberdade de crença etc.

No mundo global, os Estados não são independentes para formular e implementar políticas públicas, já que, como veremos mais adiante, a efetivação de certos direitos pode atingir interesses contrários de grupos políticos e econômicos. Então cabe ao Estado essa mediação, a fim de ajustar os interesses em conflito e alcançar saídas alternativas capazes de atender aos mandamentos constitucionais.

3 IDENTIDADE COMO OBJETO CULTURAL

Nesse item buscaremos mostrar o nosso entendimento sobre a questão da identidade e alguns de seus desdobramentos sociais. O que, de fato, faz com que o indivíduo sinta-se pertencente a um grupo de pessoas? Para entender tal sentimento é preciso aclarar algumas questões a respeito da cultura.

A cultura, conforme orientações de Laraia (2008), é um elemento da vida em sociedade que surge em um momento determinado da evolução humana no qual o homem é capaz de desenvolver certas habilidades, como a comunicação, por exemplo. Para existir, a cultura depende da transmissão entre as pessoas, de algo racional, uma vez que ultrapassa a seara dos instintos. Não pode ser definido como cultura o fato do homem procurar alimento e se proteger contra perigos, isso é instintivo. Cultura consiste em práticas e valores que não são necessariamente iguais a todo o ser humano.

Por outro lado, a cultura também não é algo puramente racional, pois é dotada de forte caráter espontâneo. Ela não é pensada por estudiosos, mas sim praticada, criada no dia-a-dia do grupo social, vai se desenvolvendo e se torna rotineira, costumeira, como a língua ou, para a Escola Histórica, o próprio Direito.

Outro fator importante é que a cultura também não é algo biológico, registrado no DNA dos homens, já que se um índio for levado à Europa recém-nascido, é certo que irá viver como um europeu, assimilando a cultura do local onde se desenvolver.

Assim, Laraia (2008) explica que na cultura prevalece o caráter de aprendizado em oposição à ideia da aquisição inata¹. Nela se reúne uma série de fatores como crenças, arte, moral, leis, costumes, tradições etc.

Assim, o sentimento de pertencimento está ligado a uma série de características que tornam certos homens mais "iguais" do que outros, por possuírem as mesmas culturas e tradições. Muitos Estados Nacionais, quando de sua formação, buscaram igualar todos os cidadãos em uma mesma cultura, criando símbolos, histórias, ídolos comuns e sufocando aqueles que mantinham traços relevantes distintos, num processo conhecido como assimilação cultural.

Porém, nas últimas décadas, como já dito acima, as fronteiras nacionais não são mais fronteiras culturais e étnicas. A necessidade do mercado se impôs sobre a necessidade de uma cultura comum, pois os recursos humanos necessários estão sendo buscados em qualquer parte do mundo e a necessidade de emprego leva milhares de migrantes a se estabelecer em outros territórios, mantendo suas culturas de origem.

De fato, as migrações mudaram o cenário dos países, é comum se ter uma segunda categoria de cidadãos dentro do mesmo estado-nação,

1 O texto de Laraia (2008) se refere à John Locke e o que foi por ele chamado de "caixa vazia". Assim, refuta a ideia pela qual princípios e verdades são impressos hereditariamente na mente humana.

o qual passa a ser formado por mais de uma etnia. Existe a cultura global, que é consumida por todo o mundo e a cultura nacional, que permanece vigente. Nesse sentido defende Anderson:

Dessas transformações decorrem novas 'identidades' desterritorializadas e 'nacionalidades portáteis'. Algumas identidades são efetivamente nacionalistas, mas há também poderosas coalizões de gênero, como a das feministas ou a dos homossexuais; associações de grupos religiosos, grupos de povos nativos etc. – e elas se tornam cada vez mais interativas, talvez como nunca tenham sido anteriormente. (ANDERSON, 1999, p. 168)

O paradoxo nesse novo mundo é que quanto mais o movimento da globalização se aprofunda, mais crescem organizações que visam fortalecer os particularismos e reduzir a homogeneização cultural capitalista. É o que encontramos fortemente nos países islâmicos, os quais, enraizados muitas vezes no fundamentalismo religioso, reagem contra o avanço da sociedade global, a fim de valorizar as tradições de seus povos.

Surge, então, um novo ator no cenário mundial, o terrorismo, o qual acarreta o declínio da confiança das pessoas no estado-nação e, conseqüentemente, o nível de colaboração cai e o Estado enfraquece. Por outro lado, a necessidade de combater o terrorismo também contribui para a redução da soberania estatal, uma vez que é necessário apoio externo e uma soberania compartilhada. Outra consequência é a restrição de direitos fundamentais por parte dos Estados como forma de garantia da segurança das pessoas contra o terrorismo.

Assim, é preciso visualizar uma nova forma de lidar com um mundo onde os particularismos se entrelaçam e isso requer, acima de tudo, tolerância. Respeitar outras etnias é o primeiro passo para se conviver no mundo globalizado, visando não mais a assimilação cultural e a eliminação de culturas, mas o convívio pacífico.

4 O MUNDO GLOBALIZADO E A FORÇA DAS POTÊNCIAS ECONÔMICAS E TECNOLÓGICAS

Com base no que foi dito acima, é preciso compreender como as novas relações advindas da globalização em todas as suas facetas interfere na questão da identidade dos povos, de sua cultura e como isso afeta o estado-nação.

Tradicionalmente, o estado-nação tende a ser contra as minorias. Era preciso gerar uma identidade única a fim de fortalecer o Estado e permitir sua manutenção. Mas hoje, o Estado, para se sustentar no mundo capitalista, depende dos recursos econômicos dos grandes conglomerados empresariais e financeiros, seja para obtenção de crédito, geração de empregos, arrecadação de tributos e para consumir a tecnologia por eles produzida.

Na atualidade, existem bens imateriais que valem, muitas vezes, mais que ativos econômicos, tais como a tecnologia e o conhecimento. Os Estados periféricos dependem da tecnologia desenvolvida por empresas dos Estados Centrais e também das empresas supraestatais ou globais, em vários campos, como a produção de armas, de energia, o processamento de dados, dentre outros.

Assim, não podemos mais conceber a soberania do Estado como antes, como algo sólido, intacto, mas sim como algo maleável, que abre caminhos para essas novas forças globais tão importantes no mundo atual. A soberania é mitigada, os Estados não estão totalmente livres para escolher suas prioridades, tampouco o momento e o modo de agir, pois dependem da aprovação das demais forças interessadas. Para o mercado, quanto mais fraco for o estado-nação, melhor. Nas palavras de Bauman, citando Hobsbawm:

Para as multinacionais (isto é, empresas globais com interesses e compromissos locais dispersos e cambiantes), 'o mundo ideal' 'é um mundo sem Estados, ou pelo menos com pequenos e não grandes Estados', observou Eric Hobsbawm. 'A menos que tenha petróleo, quanto menor o Estado, mais fraco ele é, e menos dinheiro é necessário para se comprar um governo'. (BAUMAN, 1998, p. 219)

Por isso que, em muitos casos, ações ambientais são postergadas para não prejudicar algum empreendimento comercial importante, ações sociais são arquivadas para permitir a continuidade de uma empresa em determinado local ou a venda de certos produtos, isenções tributárias são concedidas, reduzindo a arrecadação estatal, dentre outros exemplos.

Além disso, muitos assuntos internos dependem dos atores internacionais, os quais definem o valor da moeda nacional, os juros internos, o consumo, os preços etc. Assim, é possível concluir que o projeto nacional é influenciado pela nova realidade global. Os Estados-nação

mais poderosos, juntamente com os conglomerados econômicos multinacionais, dão as cartas nos fóruns internacionais, controlando os organismos e influenciando as decisões internas dos países periféricos.

Importante ressaltar que esse viés negativo não é o único, já que essas empresas também contribuem com o crescimento do país, a redução do desemprego, a geração de renda e de consumo, a arrecadação de tributos etc. Contudo, o ponto negativo é a subordinação do Estado a essas entidades, pois juntamente com o Estado está a gestão imparcial dos interesses da população, não apenas econômicos, mas de diversas outras ordens.

O empreendedorismo capitalista, ainda que contribua com o bem-estar social, sempre vai ter por fim o seu próprio lucro, direto ou indireto. Se uma ação social não produz tal resultado, a mesma não terá continuidade. O Estado Social, porém, possui outra lógica, que é a da igualdade entre os cidadãos, a da solidariedade, a da distribuição de renda e a da garantia do mínimo existencial para todas as classes e tipos de pessoas.

Sendo assim, o Estado precisa se adequar à nova realidade, abrindo espaços para a não subordinação à força do capital privado, na medida do possível, além de adaptar as questões nacionais às demandas multinacionais. Precisa manter o seu direito de estabelecer prioridades para o país, mas sem prescindir do capital internacional. Até mesmo porque nos dias de hoje os Estados não têm muita escolha quanto à sua participação na sociedade global, conforme orienta Bauman:

Muitas vezes a punição é econômica. Governos insubordinados, culpados de políticas protecionistas ou provisões públicas generosas para os setores 'economicamente dispensáveis' de suas populações e de não deixar o país à mercê dos 'mercados financeiros globais' e do 'livre comércio global', têm seus empréstimos recusados e negada a redução de suas dívidas; as moedas locais são transformadas em leprosas globais, pressionadas à desvalorização e sofrem ataques especulativos; as ações locais caem nas bolsas globais; o país é isolado por sanções econômicas e passa a ser tratado por parceiros comerciais passados e futuros como um pária global; (...) Se a demonstração diária e rotineira da superioridade das forças globais não for suficiente para forçar o Estado a ver a razão e cooperar com a nova 'ordem mundial', a força militar é exercida. (BAUMAN, 1998, p. 212 a 213)

5 ESTADO-NAÇÃO, IDENTIDADE, GLOBALIZAÇÃO E MINORIAS ÉTNICAS

Após compreendermos as características atuais do mundo globalizado e suas interferências sobre a identidade e o Estado Nacional, é preciso estudar como esse contexto interfere na posição das minorias étnicas existentes.

De fato, em diversos Estados existentes no globo existem minorias étnicas, ou seja, grupos de indivíduos que possuem outra identidade, nos termos já discorridos neste trabalho. Ocorre que essas pessoas, na maioria das vezes, se encontram alijadas dos processos políticos e econômicos dominantes no Estado, situando-se fora da sociedade nacional.

Diversas são as formas que os Estados lidam com tais minorias, mas é crescente no mundo, até mesmo em razão do fortalecimento dos direitos humanos nas últimas décadas, a ideia de que os indivíduos pertencentes a minorias étnicas devem ter os mesmos direitos que os integrantes da sociedade nacional, porém, com respeito à diversidade cultural existente.

Nem todos os países reconhecem tal realidade, perpetuando assim o histórico de isolamento, discriminação e miséria de minorias. Outros, porém, reconhecem juridicamente outras identidades localizadas no território do Estado, mas não promovem, de fato, nenhuma ação capaz de produzir melhorias para as populações alijadas. Por último, há Estados que efetivam políticas públicas para a integração das minorias e manutenção de sua identidade cultural.

Conforme apontado no texto de Pierré-Caps (2004), existem alguns tipos de reconhecimento cultural de minorias étnicas: o internacional, o interno, o constitucional, o legislativo e o implícito, a saber:

- Internacional – por força de tratados internacionais, instrumentos de proteção a minorias entram nos ordenamentos jurídicos nacionais, traduzindo-se num ato de reconhecimento interestatal;
- Interno – é o reconhecimento pelo próprio Estado, o qual pode se dar em níveis mais ou menos elevados, a depender da localização da regra jurídica, se em nível constitucional ou não, bem como da terminologia utilizada ao se referir ao povo minoritário;
- Constitucional – ocorre quando o reconhecimento ao fator minoritário se dá na própria constituição do Estado, o que é bem raro no cenário mundial;

- Legislativo – quando o reconhecimento se dá em textos infra-constitucionais, os quais são, em regra, mais prolixos e, certamente, dotados de menos força que as regras constitucionais;
- Implícito – “as minorias, sem se beneficiar de um reconhecimento expresso em nível constitucional ou legislativo, são contudo objeto de textos diversos e circunstanciais, de nível legislativo ou administrativo, concernentes, por exemplo ao uso da língua minoritária e até de questões mais específicas relativas a grupos determinados.”

Por outro lado, há também um tipo de reconhecimento externo, ou seja, de fora para dentro, que ocorre quando o Estado reconhece, mediante critérios por ele estabelecidos, as pessoas que integram uma minoria étnica. Por outro lado, o reconhecimento interno é aquele em que os próprios indivíduos se intitulam como pertencentes ou não a uma minoria cultural.

Assim, o reconhecimento jurídico das minorias étnicas passa pela afirmação da identidade minoritária e pelo direito à autodeterminação. Contudo, muitos países não realizam tal reconhecimento, tratando os direitos das minorias étnicas no bojo dos direitos individuais tradicionalmente concebidos e positivados, como a liberdade de crença, o direito à vida e à integridade física, direito de reunião e de resistência à opressão, dentre outros, mas sem, de fato, diferenciar a cultura, permitir formas próprias de representação e manifestação, com o reconhecimento das características peculiares daquele povo. No exemplo de Pierré-Caps:

(...) a introdução da liberdade de consciência e de religião no sistema geral de garantia e de proteção dos direitos não vale, portanto, para o reconhecimento de uma minoria religiosa desde que tal liberdade se relacione com o indivíduo e não com o grupo constituído em razão de uma identificação de natureza religiosa. (PIERRÉ-CAPS, 2004, p. 281-282).

Em outros países, como a Bolívia, por exemplo, é possível verificarmos a existência de um verdadeiro sistema jurídico que contempla especificidades das minorias étnicas que lá residem, inclusive com formas próprias de resoluções de conflitos que contemplam as tradições do referido povo.

Com efeito, os Estados Nacionais precisam conciliar dois interesses importantes: a cultura predominante, da sociedade nacional, a ordem jurídica vigente, os direitos e garantias fundamentais previstos em sua Constituição e também as práticas, costumes e tradições minoritários.

Assim, o Estado não pode sufocar as minorias étnicas com o objetivo da assimilação cultural e o desaparecimento desses povos, mas também não pode aceitar a derrogação dos valores da sociedade nacional incutidos nos princípios constitucionais. Essa situação é demonstrada por Pierré-Caps nos dois pontos abaixo:

Em primeiro lugar, a valorização da identidade minoritária deve ser modulada e controlada de tal modo que ela não possa desembocar no direito à autodeterminação no sentido do direito à independência;

Em segundo lugar, a afirmação do direito à diferença deve ser compatível com a construção da nação estatal, projeto reivindicado por todo Estado-nação. (PIERRÉ-CAPS, 2004, p. 280)

Nesse contexto, podemos citar o exemplo de uma minoria étnica que pratique, de forma cultural, o ato de matar crianças com doenças congênitas, sendo que tal grupo de pessoas se localizam no interior de um Estado Democrático de Direito. O que deve fazer o Estado Nacional?

O Estado Nacional deve compatibilizar os interesses em conflito, tendo sempre por base os seguintes valores: a tolerância com as diferenças e o respeito à Constituição. Assim, práticas violadoras de direitos humanos devem ser reprimidas, mas não da mesma forma que ocorre com criminosos dentro da sociedade nacional. É preciso que haja políticas públicas capazes de provocar a alteração dessas práticas, mas sem eliminar ou assimilar as demais tradições do referido povo.

É nesse conjunto de ideias também que se desenvolve um grande problema da atualidade, que é a concepção comum de que as minorias, principalmente aquelas que estão ligadas tradicionalmente a uma determinada área territorial (autóctones), são um empecilho ao desenvolvimento econômico e social do Estado.

Isso ocorre porque muitas vezes as áreas ocupadas por essas populações são de interesse de conglomerados econômicos, em razão de possuírem recursos naturais importantes, como o petróleo, o gás natural, os minérios, a biodiversidade, entre outros. Dessa forma, a criação de reservas naturais para a habitação de populações tradicionais entram em

choque com os interesses econômicos, os quais, como já dito acima, possuem importante participação no cenário político nacional e mundial, com poderio econômico e tecnológico muitas vezes superior a Estados inteiros e, por isso, com grande influência sobre as políticas governamentais.

É preciso, portanto, que haja o reconhecimento das minorias, pois a falta dele, inclusive em termos jurídicos, equivale à negação da existência das minorias. Assim, não basta que haja o reconhecimento de direitos individuais, mas que o exercício desses direitos ocorra de forma coletiva.

Dessa forma, o Estado precisa se reposicionar nesse mundo pós-moderno, compreender os seus limites e também a força que ainda tem, de modo a ponderar os interesses em conflito, agir com tolerância e elaborar políticas públicas que conciliem o desenvolvimento e o respeito às tradições culturais das minorias, reconhecendo juridicamente as minorias de forma coletiva, dando representatividade aos grupos étnicos e permitindo que estes tenham voz e possam lutar pelos seus interesses.

6 O CASO BRASILEIRO E A QUESTÃO INDÍGENA

O caso indígena no Brasil é um problema público que já se desenvolve desde o “descobrimento” do território pelos portugueses e é marcado pela dominação da cultura europeia sobre a indígena, resultando na extinção de milhares de índios e na não participação desses povos na política e economia da sociedade nacional.

A Constituição da República de 1988 reconheceu os índios como uma cultura própria pertencente ao Estado Brasileiro, conforme artigos 231 e 232 abaixo:

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.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o

usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

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. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, percebe-se que o Estado Brasileiro concedeu o reconhecimento jurídico aos povos indígenas de maneira coletiva, conforme a análise de Souza feita em sua tese de doutorado e abaixo transcrita:

Inovou o Constituinte ao alçar ao nível constitucional quanto à inclusão das organizações representativas das comunidades (art. 232, CF), aí incluindo os grupos tribais de que fala a lei ordinária e, em conseqüência, transformando a personalidade jurídica de fato em personalidade jurídica de direito público, pois que gozando a proteção Estado.

Todavia, uma norma constitucional vale tanto quanto tenha a capacidade de produzir efeitos, de realizar o direito reconhecido na prática e coibir e sancionar suas violações, repondo o direito eventualmente violado. Do mesmo modo se pode dizer que um regime de direitos fundamentais se caracteriza não tanto pela inscrição desses direitos no texto constitucional, mas por sua realização efetiva no plano prático. Daí porque investigar como aparelhar os direitos reconhecidos com meios de fazê-los valer, isto é, de dar-lhes eficácia. (SOUZA, 2002, p. 220)

Apesar disso, não se vislumbra, na prática, nenhuma política pública que, de fato, permita a inserção desse povo na realidade política do país, com respeito às tradições indígenas, e que possa conciliar os interesses de tais povos com os da sociedade nacional.

O que se vê na prática é o agronegócio cada vez mais se apropriando de terras destinadas aos índios e provocando inúmeras alterações nas culturas tradicionais, com a conseqüente extinção dos índios ou de suas culturas.

Então, apesar da consagração constitucional dos direitos das minorias étnicas situadas no território brasileiro, é imperioso admitir que tal norma não atingiu a eficácia devida. Assim, é preciso que a comunidade política, o Ministério Público e o Poder Judiciário trabalhem conjuntamente de modo a se alcançar a eficácia dos direitos constitucionais dos povos indígenas, efetivando assim a Constituição vigente.

Conforme os ditames do neoconstitucionalismo, em pleno vigor no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988, as normas constitucionais, sejam regras ou princípios, possuem força normativa. Assim, os direitos por ela garantidos são passíveis de exigência judicial, uma vez que devem se caracterizar como verdadeiros direitos subjetivos. Dessa forma, não há que se falar em norma de caráter programático em matéria de direitos fundamentais.

Por isso o Estado se encontra vinculado a prestar serviços e a criar políticas e programas públicos que permitam a efetivação dos direitos fundamentais de todos. No caso da população indígena, seus direitos constitucionais somente serão eficazes quando existirem políticas públicas inclusivas, que devem ser elaboradas e executadas com respeito às peculiaridades dos povos envolvidos e de modo a ponderar tais interesses com o desenvolvimento econômico do país, o qual também é um valor constitucional a ser defendido.

7 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no presente trabalho, os elementos estado-nação, identidade e globalização estão interligados na atualidade, uma vez que os movimentos de reordenação da sociedade mundial afetou a hegemonia do estado-nação, bem como a identidade cultural dos povos.

Ao passo que a sociedade mundial se homogeneiza em torno de valores do capitalismo global, as pessoas modificam sua maneira de viver e se relacionar. Nesse novo mundo, a tecnologia é um novo personagem importante, permitindo o intercâmbio cultural de diversas formas, tanto pelos meios de comunicação quanto pelos de transporte.

Por outro lado, outras culturas tendem a se fechar em um particularismo mais acirrado, se recusando a ingressar na sociedade global e partindo para o isolamento ou até para movimentos como o terrorismo.

O estado-nação, apesar de menos forte e reconfigurado, precisa atuar na defesa de minorias étnicas localizadas em seu território, de modo a permitir que essas populações mantenham sua cultura, sua identidade, sem ser assimilada pela cultura da sociedade nacional. Ao mesmo tempo, esses grupos precisam ser inseridos na estrutura formal de poder, de modo a permitir sua inclusão política e a defesa de seus direitos.

Nesse contexto, cabe ao Estado equilibrar os interesses do mercado (no Brasil, particularmente, o agronegócio) com as demandas das populações minoritárias, ponderando os imperativos de desenvolvimento da economia, que é importante para a geração de riquezas e de empregos, com os valores das populações tradicionais, que não podem ser medidos economicamente.

No caso brasileiro, é preciso que se busque a eficácia dos direitos constitucionais dos povos indígenas, uma vez que já foi reconhecido pela Constituição da República de 1988 que os índios brasileiros possuem uma série de direitos, sendo inclusive reconhecido o tratamento coletivo dos mesmos, como de fato deve ser.

Contudo, na prática, as tribos continuam sofrendo a pressão do agronegócio e se veem num conflito entre a perda contínua das áreas que secularmente habitam ou a assimilação que a cultura predominante impõe.

Assim, são necessárias políticas públicas que se baseiem nos valores da tolerância e do respeito às diferenças, de modo a permitir que

as populações minoritárias sejam incluídas na vida social e política, sem perder a sua identidade, ou seja, o seu reconhecimento como parte de um grupo em particular, o seu pertencimento a uma cultura diversa, mas respeitada e reconhecida pelo Estado.

Por fim, cabe ressaltar o trecho do Professor SOUZA (2002), que nos permite concluir que os DESCAs (direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais) devem ser garantidos pelo Estado por força constitucional e a ampliação dos espaços dos DESCAs no Brasil tem como pressuposto a adoção de um amplo leque de estratégias. No âmbito das ações nacionais, os movimentos de direitos humanos precisam desenvolver estratégias de reivindicação do DESCAs, através de pelo menos três caminhos, a justiciabilidade (enquanto possibilidade de se exigir direitos face ao Poder Judiciário), as políticas públicas e o monitoramento. Quando combinados esses três mecanismos poderão garantir a realização dos DESCAs num período de tempo mais curto. A preocupação com a questão tempo é uma preocupação que se vincula e se compatibiliza com a emergência de realização dos DESCAs.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Benedict. **As promessas do Estado-nação para o início do século**. In: HELLER, Agnes Santos et al. *A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios para o Século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

BAUMAN, ZYGMUNT. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

IANNI, Octávio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2008.

PIERRÉ-CAPS, S. O direito das minorias. In: ROULAND, Norbert; PIERRÉ-CAPS, Stéphane; POUMMARÈDE, Jacques (Org.). **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Trad. Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

SOUZA, Alvaro Reinaldo de. **Povos indígenas**: Minorias étnicas e a eficácia dos direitos constitucionais no Brasil. Florianópolis, 2002. Mimeografado.

DA ACUMULAÇÃO DO MAGISTÉRIO COM DEMAIS CARGOS PÚBLICOS DA ÁREA JURÍDICA

ACCUMULATION OF TEACHING WITH OTHER PUBLIC POSITIONS IN LEGAL AREA

Reis Friedeⁱ

Resumo: O presente artigo analisa a questão da acumulação do cargo de professor com os demais cargos públicos da área jurídica, sob as óticas da limitação da jornada de trabalho e da compatibilidade de horários, à luz das divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, bem como da correta hermenêutica dos regramentos constitucionais e infraconstitucionais relacionados à matéria.

Palavras-chave: Acumulação. Cargo público. Professor. Área jurídica.

Abstract: This article analyzes the question of the accumulation of the teaching position with the other public positions in the legal area, in view of the limitation of the working day and the compatibility of schedules, in the light of doctrinal and jurisprudential divergences regarding the subject, as well as the correct hermeneutics of the constitutional and infraconstitutional rules related to matter.

Keywords: Accumulation. Public Office. Teacher. Legal Area.

ⁱ Desembargador Federal, Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF), Mestre e Doutor em Direito. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM), no Rio de Janeiro.

1 INTRODUÇÃO

A definição de *cargo público* está inserta no art. 3º da Lei nº 8.112/90. Por outro lado, utiliza-se o termo “acumulação de cargos” para designar a viabilidade constitucional do exercício simultâneo e remunerado de mais de um cargo, emprego ou função pública.

O impedimento de acumular cargos públicos *lato sensu* se revelou um dispositivo ora pouco respeitado, ora aplicado de forma irrazoável e com excessivo rigor. Dentre os aspectos mais polêmicos encontra-se a discussão sobre o requisito de *compatibilidade de horários*. Sem delimitação e conceituação expressa na Lei Maior, sobressai a importância de se elucidar o tema, particularmente no tocante ao seu *alcance* e efetiva *aplicabilidade*.

2 DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

Em todas as esferas da Administração Pública, a regra é a vedação da acumulação de cargos públicos, conforme expressamente dispõe a CRFB/88 em seu artigo 37, inciso XVI, com redação determinada pelas Emendas Constitucionais nº 19/1998 e 34/2001.

As origens dessa vedação remetem aos tempos do Império, conforme bem colocou Meirelles, ao colacionar entendimento de José Bonifácio:

Se proíbe seja reunido em uma só pessoa mais de um ofício ou emprego, e vença mais de um ordenado, resultando manifesto dano e prejuízo à Administração Pública e às partes interessadas, por não poder de modo originário um tal empregado público cumprir as funções e as incumbências de que duplicadamente encarregado (MEIRELLES, 2008, p. 416).

Por via de consequência, é cediço concluir que o sistema constitucional brasileiro se opõe, como norma geral, às acumulações de cargos públicos. Nesse sentido, o silêncio na regência legal de acumulação não significa consentimento, pois, em se tratando de regra de exceção, toda a eventual autorização para a acumulação há de ser expressa e inequívoca.

A vedação à acumulação tem por finalidade impedir que a mesma pessoa ocupe vários cargos ou exerça várias funções e seja integralmente remunerada por todas sem, contudo, desempenhá-las com eficiência.

Com relação aos que ocupam mandato eletivo, a Carta Magna, em seu artigo 38 e seguintes, determina que aqueles que ocupam mandato federal, estadual ou distrital devem ficar afastados de seu cargo, emprego ou função. Os prefeitos também ficam afastados de seus cargos, mas podem optar pela remuneração de qualquer um deles. Já os vereadores poderão acumular a vaga na Câmara com o cargo ou emprego público que ocupem, desde que haja demonstrada compatibilidade, caso contrário, aplica-se a mesma regra válida para os prefeitos.

Importante ressaltar que em todas as hipóteses do artigo 37, inciso XXI da CRFB/88 e no caso da acumulação por parte de vereador, deve haver, obrigatoriamente, compatibilidade de horários. Tal regra é expressamente prevista no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90), em seu artigo 118, §2º.

Podemos vislumbrar outro obstáculo para a acumulação de cargos: a incompatibilidade em razão da distância geográfica. A situação é prevista expressamente no Decreto 25031/55, do Estado de São Paulo, em seu artigo 5º, alínea "d". Não seria nada razoável admitir, *v.g.*, que o mesmo servidor tivesse um vínculo no município de Santos e outro na cidade de São Paulo. A impossibilidade, no caso, decorreria de barreira fática imposta pela distância física entre as duas metrópoles.

No que se refere à utilização da licença para tratar de interesses particulares, a Lei 8.112/90 traz em seu artigo 91 a possibilidade do servidor se afastar do cargo efetivo pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração, desde que tenha completado o estágio probatório. Torna-se oportuno lembrar que tal licença é concedida no interesse da Administração, podendo também ser interrompida a qualquer tempo pela Administração ou a pedido do próprio servidor (parágrafo único do mesmo artigo).

Neste contexto, o fato do servidor estar afastado sem remuneração, não significa que poderá *de per se* ocupar cargos ou funções públicas sem caracterizar acúmulo de cargos, posto que o fato de se afastar de um cargo público para ingresso ou manutenção em outro cargo público não desconfigura a acumulação ilegal de cargos, nem a incompatibilidade de horário, posto que a vinculação ao cargo e a carga horária de trabalho permanecem, estando o servidor apenas licenciado (Súmula 246 do TCU).

Destarte, a acumulação de cargos públicos fora das hipóteses admissíveis configuraria, em tese, conduta que atenta contra os princípios da Administração Pública e, conseqüentemente, enquadrada como ato

de improbidade administrativa, nos termos do artigo 11, inciso IX, da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

Nessa toada, foi a própria norma constitucional que excepcionou a regra epigrafada para algumas hipóteses, mas ainda assim condicionada à necessária demonstração quanto à compatibilidade de horários, consoante disposto no artigo 37, inc. XVI da CRFB/88.

Desta feita, forçoso concluir que a possibilidade de acumulação remunerada do cargo de professor com outro cargo integrante das carreiras jurídicas (Magistratura, Promotoria, Defensoria, Advocacia Pública, Polícia Judiciária, etc.) encontra respaldo constitucional, precisamente, na alínea b, do inciso XVI, do artigo 37 supratranscrito, sendo imperioso observar os requisitos pertinentes à compatibilidade de horários e à limitação do teto remuneratório previstos no inciso XI do mesmo dispositivo.

Apesar de se falar que a regra advém do princípio da moralidade administrativa, não há fundamentos para se fixar um rol taxativo ou mesmo impossibilitar a extensão do acúmulo legal a todos os agentes providos em cargos, empregos e funções públicas, desde que haja a efetiva demonstração da compatibilidade de horário, consoante dispõe o texto constitucional vigente.

Não se pode olvidar que o êxito no concurso público é pessoal e meritório. O princípio da moralidade não fica afastado pelo fato de o servidor exercer mais de um cargo público decorrente de ato isonômico, impessoal, meritoso e disputado, que é o procedimento do concurso.

Ademais, pode-se concluir que o princípio da eficiência está umbilicalmente atrelado ao estudo da acumulação de cargos e empregos públicos, uma vez que, mesmo havendo enquadramento nas hipóteses excepcionalmente autorizadas, o acúmulo somente será lícito se ambos os ofícios forem efetivamente exercidos com a mesma presteza e com o mesmo rendimento que o seriam, se realizados isoladamente.

Observa-se, outrossim, que os destinatários da regra vedativa são aqueles investidos nos cargos públicos efetivos em geral, incluindo-se os cargos em comissionamento. A acumulação também sugere uma reflexão sobre a tecnicidade dos cargos ou empregos públicos, aspecto determinante na definição das excepcionalidades.

Podemos entender os cargos técnicos ou científicos como aqueles para cujo exercício seja indispensável a escolaridade completa em curso de nível superior, bem como aqueles para cujo exercício seja indispensável a escolaridade de, no mínimo, nível médio (2º grau), com atribuições

características de “técnico”, sendo necessário, em todas as situações, analisar o tipo de cargo, para verificar se é acumulável com cargo de professor. Exemplo: técnico de laboratório, técnico em contabilidade etc.

Vale ressaltar que o parágrafo 10º do art. 37 da CRFB/88 veda a percepção de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, com exceção da percepção de proventos de aposentadoria de servidores civis públicos e militares com a remuneração de cargo eletivo, de cargo em comissão, bem como de cargo, emprego ou função pública, neste último caso, somente quando eles são acumuláveis na ativa. No mesmo sentido, o art. 95, parágrafo único, inciso I, e o art. 128, §5º, inciso II, alínea “d”, permitem, respectivamente, que juízes e membros do Ministério Público exerçam uma atividade de magistério.

No entanto, o art. 11 da Emenda Constitucional 20/1998 reconheceu o direito dos servidores aposentados que, até a data da sua promulgação (16 de dezembro de 1998), ingressaram novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na CRFB/88, ressaltando que a acumulação só seria permitida enquanto estivessem em atividade.

3 SANÇÕES EM CASO DE ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS PÚBLICOS

Constatada a acumulação *ilegal* de cargos e comprovada a necessária presença de má-fé do servidor, a pena a ser aplicada poderá ser a demissão; destituição ou cassação de aposentadoria; ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal. O rito a ser seguido para as apurações de acumulação irregular de cargos é determinado pela Lei nº 8.112/90, em seu artigo 133.

Conforme prevê a legislação, identificada a acumulação ilegal de cargos ou a incompatibilidade de horário entre os cargos acumulados, será instaurado um processo administrativo a fim de solicitar esclarecimentos ao servidor em tal situação e, sendo constatada a irregularidade, porém, comprovada a boa-fé, o servidor deverá apresentar a opção pelo vínculo que deseja manter e aquele em relação ao qual providenciará o desligamento, situação que deverá ser comprovada mediante a apresentação de documento fornecido pelo órgão ao qual estava vinculado.

De acordo com a mais recente jurisprudência do STJ, bem como do STF, em matéria de acumulação irregular de cargos públicos, uma vez

comprovada a efetiva prestação dos serviços e a boa-fé do servidor, estaria afastada a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa por se tratar de mera irregularidade. Confira-se:

O reconhecimento da ilegalidade da cumulação de vantagens não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, salvo se comprovada a má-fé do servidor, o que não foi demonstrado nos autos. (STF; MS 26085, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJU 07/04/2008)

Contudo, se consignada a efetiva prestação de serviço público e a boa-fé do contratado, deve-se afastar a violação do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sobretudo quando as premissas fáticas evidenciam mera irregularidade, sem elemento subjetivo convincente. Precedentes do STJ. (STJ; RESP 200902450146, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJE 23/05/2013)

A Lei n. 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento. (STJ; REsp 1.089.911, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJE 25/11/2009)

No que tange à boa-fé, a mesma deve ser específica, ou seja, referente à vontade de exercer as duas atividades de maneira eficiente e não causar prejuízo, mesmo estando o servidor ciente de que se trata de uma eventual acumulação irregular de cargos públicos.

O segundo tópico a se analisar é se houve ou não a efetiva prestação dos serviços e se a mesma se deu de forma satisfatória, sem trazer prejuízo a nenhum dos órgãos envolvidos.

Assim, nota-se que, segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a acumulação de cargos irregular não configura necessariamente um ato de improbidade administrativa, devendo ser considerada uma série de elementos no caso concreto: se consignada a efetiva prestação de serviço público, o valor irrisório da contraprestação paga ao profissional e a boa-fé do contratado, há de se afastar a violação do art. 11 da Lei

nº 8.429/1992. Isso se concretiza, sobretudo, quando as premissas fáticas do acórdão recorrido evidenciam a ocorrência de simples irregularidade e inexistência de desvio ético ou inabilitação moral para o exercício do múnus público.

A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.244.182/PB, de relatoria do Ministro BENEDITO GONÇALVES, na sistemática do art. 543-C do CPC, firmou a orientação de que não é lícito efetuar desconto de diferenças pagas indevidamente a servidor ou pensionista em decorrência de interpretação errônea, equivocada ou deficiente da lei pela própria Administração Pública, ante a boa-fé do servidor público. O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, entende que a cumulação de vantagens recebidas pela cumulação indevida de cargos públicos não importa, automaticamente, na necessidade de restituição ao Erário dos valores recebidos, pelo que se mostra imperativa a apuração da má-fé do servidor. (STJ; AGRESP 201200859052, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª TURMA, DJE 19/12/2012)

Na hipótese de acumulação de cargos, se consignada a efetiva prestação de serviço público, o valor irrisório da contraprestação paga ao profissional e a boa-fé do contratado, há de se afastar a violação do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sobretudo quando as premissas fáticas do acórdão recorrido evidenciam a ocorrência de simples irregularidade e inexistência de desvio ético ou inabilitação moral para o exercício do múnus público. (STJ; AGRESP 201100467268, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, DJE 24/06/2011)

Há que se registrar a subjetividade da expressão valor irrisório da contraprestação paga ao profissional. O entendimento indica que trata-se de valor que não excede ao que é praticado habitualmente para serviços da mesma natureza e que não resulte em enriquecimento sem causa ou prejuízo ao erário.

Com relação aos casos em que se demonstra que houve efetivo prejuízo para a Administração Pública, como no caso da incompatibilidade de horários (que obviamente leva à conclusão de que os serviços não foram efetivamente prestados nos dois órgãos concomitantemente), não resta dúvida quanto à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

Deve-se ter em mente que a má-fé do servidor que ocupa simultaneamente dois cargos públicos, em que há incompatibilidade de horários, é nitidamente perceptível, - independentemente de outras considerações e comprovações probatórias -, uma vez que haverá necessariamente prejuízo para uma das entidades para quem o servidor presta serviços. Não se trata, portanto, a hipótese vertente, de mera irregularidade.

Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a legislação pertinente prevê a notificação do servidor para apresentar opção entre os cargos em questão (artigo 133, *caput*, da Lei 8.112/90). Revela notar que o elemento subjetivo não está relacionado com a notificação para o exercício do direito de opção, devendo o julgador se ater somente à comprovação, ou não, do efetivo prejuízo para a Administração Pública para concluir se houve *in casu* boa ou má-fé.

O servidor não pode alegar desconhecimento da lei, logo não há necessidade de que haja notificação para que o mesmo tenha conhecimento da irregularidade da acumulação. Embora o §5º, do art. 133 da Lei 8.112/90 preconize que “a opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo”, não resta dúvida de que a presunção de boa-fé prevista na norma restringe-se apenas ao processo administrativo disciplinar de que trata o próprio art. 133 da Lei 8.112/90 e não cabe sua aplicação nos procedimentos da Lei de Improbidade Administrativa. (SANTOS, 2017).

4 DA PRESCRIÇÃO

Com relação à prescrição do direito punitivo, cabe mencionar a Súmula 85 do STJ, que expressamente dispõe que “nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

No entanto, cumpre, outrossim, fazer algumas importantes considerações a respeito do tema vertente. Na forma das disposições contidas no artigo 142 da Lei n.º 8.112/90, tem-se por afastada “a ocorrência de prescrição se, no momento da demissão do servidor, não tiverem transcorrido cinco anos do conhecimento dos fatos pela Administração” (STJ; MS 8928, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 3ª Seção, DJE 07/10/2008)

De acordo com o art. 142, inciso I, § 1º, da Lei nº 8.112/90, o prazo prescricional de cinco anos, para a ação disciplinar tendente à demissão ou cassação de aposentadoria do servidor, começa a correr da data em que a Administração toma conhecimento do fato àquele imputado. (STF; RMS 24737, Rel. Min. CARLOS BRITTO)

A lei administrativa dispõe que o prazo prescricional para a ação de improbidade é o “previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego” (Lei 8.429/92, art. 23, II). Por sua vez, a Lei 8.112/90, em seu art. 142, § 2º, remete à lei penal o prazo de prescrição quando as infrações disciplinares constituírem também fato-crime. Extinta a punibilidade da ora recorrente e rechaçada a deflagração de processo criminal, há de aplicar-se a regra geral, qual seja, o prazo de cinco anos previsto no art. 142, I, c/c o art. 132, IV, da Lei 8.112/90 e 23, II, da Lei 8.429/92. Ainda que se leve em conta o dia 4.1.2004 como termo inicial da prescrição, data da “ciência inequívoca do titular da demanda” - e não a data do ato ímprobo, isto é, em 17.1.2000 -, impõe-se a rejeição da exordial de improbidade pela ocorrência da prescrição, porque ajuizada a ação somente em 19.5.2010, quando já ultrapassado o lustro legal. (STJ; RESP 201201508268, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJE 06/12/2012)

Insta salientar que as punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art.23 da Lei nº. 8.429/92). De forma diversa, todavia, resta a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário, que é considerada imprescritível, no entendimento interpretativo do disposto no art. 37, § 5º, da CRFB/88 (STJ; RESP 200801330639, Rel. Min. ELIANA CALMON, 2ª Turma, DJE 27/02/2009).

Justifica-se este posicionamento, uma vez que a acumulação ilegal de cargos públicos caracteriza uma situação que se protraí no tempo, motivo pelo qual é passível de ser investigada pela Administração a qualquer momento, a teor do que dispõe o art. 133, *caput*, da Lei 8.112/90 (STJ; MS 20148/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 1ª Seção, DJE 18/9/2013).

A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, na sentada do dia 11 de setembro de 2013, no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.148/DF, na relatoria do

Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, firmou a compreensão de que não ocorre a prescrição da pretensão da Administração em adotar procedimento para equacionar ilegal acumulação de cargos públicos, mormente porque os “atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo”. (STJ; AAGARESP 201303462854, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª Turma, DJE 25/08/2014)

No mais, a Corte Regional afirmou que não ocorreu a prescrição da pretensão da Administração em adotar procedimento para equacionar ilegal acumulação de cargos públicos, pois “o Estado somente tomou conhecimento da malsinada acumulação no final de 2009.” (fl. 963, grifo acrescentado). Ademais, conforme dispôs o decisum agravado, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança 20.148/DF, da relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, firmou a compreensão de que não ocorre a prescrição da pretensão da Administração em adotar procedimento para equacionar ilegal acumulação de cargos públicos, mormente porque os “atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo”. Nesse sentido: MS 20.148/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 18/9/2013, e AgRg no REsp 1400398/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 3/2/2015. (STJ; AINTARESP 201503203271, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª TURMA, DJE 09/09/2016)

Por fim, consoante a jurisprudência do STJ, não há falar em direito adquirido à acumulação de cargos públicos nos casos em que estes não estão previstos na exceção constitucional, porquanto tal vício não se convalida com o decurso do tempo. Não há que se alegar, pois, decadência, prescrição ou coisa julgada administrativa (STJ; ADROMS 200802862493, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, 6ª Turma, DJE 05/11/2015).

5 DA COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS

Ressalte-se que a acumulação lícita de cargos exige, de forma inafastável, que se atenda o requisito da compatibilidade de horários, o que não só é expressamente exigido pela CRFB/88, mas igualmente pela Lei nº 8.112/90, que regula o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

A compatibilidade de horários resta configurada quando houver possibilidade de exercício dos dois cargos, funções ou empregos, em horários distintos, sem prejuízo do número regulamentar das horas de trabalho de cada um, bem como do exercício regular das atribuições inerentes a cada cargo.

Compatibilidade de horários é, ao contrário do que parece, o desencontro de horários, a inajustabilidade de horários, a descoincidência ou não de horários, ocorrida quando houver possibilidade do exercício de dois cargos, em horários diversos, sem prejuízo do número regulamentar das horas de trabalho dedicadas a cada emprego. (CRETELLA JÚNIOR, 1991, v. 4, arts. 23-37)

A grande controvérsia que se apresenta reside justamente no fato de que nem a CRFB/88, tampouco qualquer outra Lei em sentido estrito, estabeleceu de forma objetiva e taxativa como se constataria tal compatibilidade ou mesmo o eventual limite de jornada de trabalho dos servidores, implícita, - na concepção de parte expressiva da doutrina e da jurisprudência -, no regramento normativo regente.

A Advocacia-Geral da União - AGU firmou entendimento no contexto do Parecer nº GQ - 145, publicado no Diário Oficial de 1º de abril de 1998, pela ilicitude do acúmulo de dois cargos ou empregos públicos de que decorra a sujeição do servidor a regimes de trabalho que perfaçam o total de 80 (oitenta) horas semanais, - mesmo que demonstrada a compatibilidade de horários (em uma dimensão temporal de sete dias na semana, com 24 horas por dia, totalizando 168 horas semanais) -, entendendo que o conceito de compatibilidade de horários, admitida pelo regramento legal, somente se sustenta quando o exercício dos cargos ou empregos não exceder a carga horária de 60 (sessenta) horas semanais.

Tal recomendação seria baseada no fato de que a citada carga horária permitiria sua compatibilidade real (e não apenas ficcional) de escala de trabalho, com previsão de deslocamento de um local de trabalho para o outro e sem prejuízo do repouso reparador e do tempo de alimentação adequado, a fim de preservar a sanidade física e mental do servidor, guardando, assim, paralelo com a legislação trabalhista, a qual determina a jornada diária de trabalho em oito horas, com a possibilidade de realização de duas horas excedentes por dia, subsidiada em estudos da área laboral.

Desta feita, ainda que com a satisfatória demonstração (teórica) de compatibilidade de horário e efetiva inexistência de jornadas de trabalho sobrepostas, não haveria, no entendimento da AGU, a perfeita adequação à autorização constitucional de acumulação de cargos públicos.

Entretanto, repise-se: nem a Carta Maior, nem a Legislação Ordinária, impuseram expressamente limites de carga horária, com o objetivo de descaracterizar categoricamente a compatibilidade de horários. Ao se seguir *ipse literis* o referido parecer, sem qualquer confrontação com o caso real, extrapola-se a competência regulamentadora conferida aos atos administrativos, subvertendo, assim, a hierarquia normativa do ordenamento jurídico.

Em outras palavras, a CRFB/88, ao exigir a compatibilidade de horário para a acumulação de cargo público, em nenhum de seus dispositivos limita a quantidade de horas trabalhadas, mas somente requer que uma função não seja exercida no mesmo horário que a outra. Sendo assim, não havendo tal limitação no texto constitucional, nem em qualquer diploma legal, não poderia, em tese, a Administração, através de simples Parecer Jurídico, instituir tal vedação.

Dessa forma, a compatibilização de horários é questão que se resolve caso a caso, observando-se a ocorrência, ou não, de superposição de horários. Se, do cotejo entre os horários dos respectivos cargos a serem acumulados, não se vislumbrar qualquer sobreposição, presume-se que não há comprometimento da prestação das funções desempenhadas pelo agente público, de acordo com os termos do texto constitucional.

Nesse sentido, é extensamente ampla a jurisprudência corroborativa desta hermenêutica:

(...) Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do MS nº 15.415/DF (STJ – 1ª Seção – Rel. Min. Humberto Martins – julgado em 13/04/2011 – DJe de 04/05/2011), firmou o entendimento no sentido de que cumpre à Administração Pública comprovar a existência de incompatibilidade de horários em cada caso específico, não bastando tão somente cotejar o somatório de horas trabalhadas com o padrão derivado de um parecer ou mesmo de acórdão do Tribunal de Contas da União. Seguindo esta orientação, a 3ª Seção Especializada deste Tribunal tem se manifestado no sentido de que não é razoável que a Administração Pública venha a cercar um direito garantido constitucionalmente à Autora sem qualquer apuração acerca da efetiva existência

de incompatibilidade de horários dos cargos a serem exercidos. Neste mesmo sentido, o STF, em decisão proferida pelo Ministro Roberto Barroso, nos autos do ARE 782170/PE, em 28/11/2014, se manifestou no sentido de que o Executivo não pode, sob o pretexto de regulamentar dispositivo constitucional, criar regra não prevista em lei, de modo que, ainda que a carga horária semanal dos dois cargos seja superior ao limite previsto no parecer da AGU, deve ser assegurado o exercício cumulativo de ambos os cargos públicos (TRF2; AC 0045535-18.2016.4.02.5102, Rel. Des. GUILHERME CALMON, 6ª Turma, DJe 28/08/2017).

Posse no cargo de Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, submetido à jornada de 40 horas semanais acumulando-o com o cargo de Procurador do Estado, de natureza técnico-científica, com a mesma jornada de trabalho. Não havendo norma legal regulamentando a carga horária passível de acumulação, não pode a garantia constitucional ser afastada por mera interpretação da Administração, em parecer interno. (...) Comprovado, outrossim, nos autos a compatibilidade de horários. (TRF1; AP 00139526020094013300, Rel. Des. JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 6ª Turma, e-DJF1 10/04/2013)

O STF já se posicionou algumas vezes sobre a impossibilidade de se auferir a compatibilidade de horários unicamente com base na quantidade de horas trabalhadas, confira-se:

A jurisprudência da Corte é no sentido de que a Constituição Federal autoriza a acumulação remunerada de dois cargos públicos quando há compatibilidade de horários no exercício das funções e que a existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, inciso XVI, alínea c. (STF; AgRegRE 859.484, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 2ª Turma, DJU: 12/05/2015)

(...) a administração estadual exigiu que a recorrida optasse por apenas um desses cargos, sob o fundamento de que a soma da carga horária semanal superava o limite de 65 horas (...). É lícito ao Chefe do Executivo editar decretos para dar cumprimento à lei e à Constituição. Não pode, entretanto, sob o pretexto de regulamentar dispositivo

constitucional, criar regra não prevista, como fez o Estado do Rio de Janeiro no presente caso, fixando verdadeira norma autônoma. (STF; RE 351.905, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJU: DJ 09/09/2005)

O STJ igualmente já decidiu no sentido aqui defendido, *verbis*:

Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que é possível a acumulação de cargos públicos, bastando tão somente que o servidor comprove a compatibilidade entre os horários de trabalho, conforme o que preceitua o § 2º do art. 118 da Lei 8.112/90. Não há falar em restrição quanto ao número total de horas diárias ou semanais a serem suportados pelo profissional, até porque a redação do retrocitado dispositivo está em harmonia com o que preconiza o art. 37, inciso XVI, da Constituição da República de 1988. (AgRg no AREsp 677.596/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 04/08/2015).

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por servidor público estadual, pleiteando a acumulação de dois cargos públicos, sendo um de professor e outro de técnico de enfermagem. No caso concreto, concluiu a Administração Pública que, com a acumulação pretendida, o impetrante ultrapassaria a jornada 60 horas semanais, o que implicaria perda de eficiência no serviço público. O art. 37, XVI, da Constituição Federal, admite a acumulação de um cargo de professor e outro de técnico ou científico, bastando, tão somente, que o servidor comprove a compatibilidade entre os horários de trabalho. Cumpre à Administração Pública demonstrar a existência de incompatibilidade de horários em cada caso específico, não bastando apenas cotejar o somatório de horas trabalhadas. Precedentes do STJ (AgRg no RMS 43.396/AP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 25/09/2014).

Também esta foi a nossa posição, na qualidade de Julgador, em caso real enviado à nossa jurisdição, *verbis*:

(...) Acolho o entendimento no sentido de que não se pode prejudicar a impetrante por mera presunção de que a realização de jornada de trabalho superior a sessenta horas compromete a qualidade do serviço

prestado, uma vez que a Administração, ao longo dos dois primeiros anos em que o servidor se encontra investido no cargo público, faz, obrigatoriamente, avaliação especial de seu desempenho, por se tratar de condição para que este venha a adquirir estabilidade no serviço público.

(...)

Deve-se registrar que, de fato, por força do que dita a Súmula nº 16 do STF, não poderia a apelante ter sido impedida de tomar posse no cargo em questão - para o qual foi regularmente nomeada, após aprovação no respectivo concurso público (fls. 41 e 44/45) -, devendo o requisito da compatibilidade de horários ser aferido em âmbito interno, ao longo do procedimento administrativo devido (TRF2; AC 0027260-24.2016.4.02.5101, Rel. Des. REIS FRIEDE, 6ª Turma, DJE 17/08/2017).

O art. 37, XVI, "b", da Constituição Federal de 1988 garante a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico, desde que haja compatibilidade de horários. II. No caso em exame, o Impetrante juntou declarações comprovando a existência de compatibilidade de horários de maneira que não há que se falar em limitação da jornada de trabalho. Entendimento contrário implicaria, sem amparo legal, criar requisito adicional para a acumulação de cargos. III. Quanto à limitação imposta pelo Parecer AGU/GQ - 145, tanto o dispositivo constitucional supracitado, como o art. 118, §2º, da Lei nº 8.112/90, mencionam apenas a compatibilidade de horários, não fazendo qualquer referência à carga horária. IV. Ademais, não se pode, por mera presunção de que a realização de jornada semanal de trabalho superior a sessenta horas comprometerá a qualidade do serviço prestado, impedir-se a cumulação em comento. (TRF2; AC 00118533220034025101, Rel. Min. REIS FRIEDE, 7ª Turma, DJE 05/06/2009)

Essa presunção somente poderá ser afastada se, no caso concreto, existirem provas de que o desempenho do agente público, em quaisquer dos cargos por ele exercidos cumulativamente, apresenta-se efetivamente comprometido pelo excesso de carga horária, posto que a norma constitucional que, excepcionalmente, admite a acumulação de cargos, é uma norma de abrangência *restritiva* (está restrita aos casos expressamente previstos na CRFB/88, à existência de compatibilidade de horários e à remuneração não superior ao teto).

Por se tratar de norma restritiva, a interpretação deve ser também restritiva, ou seja, não é possível ampliar as limitações previstas na norma, estabelecendo outros critérios além daqueles eleitos (legitimamente) pelo constituinte.

A esse respeito, confira-se ainda parte do teor do Acórdão nº 6475/2017, da Segunda Câmara do TCU, proferido em outubro de 2017 pelo Ministro BENJAMIN ZYMLER, *verbis*:

Entretanto, o TCU mudou o posicionamento jurisprudencial no sentido de que nas acumulações legais de acumulação de cargos públicos a compatibilidade de horários deve, sempre, ser apurada caso a caso. Havendo extrapolação da carga horária de sessenta horas semanais, a instância responsável pela análise da viabilidade da acumulação deve verificar, junto à autoridade hierarquicamente superior ao servidor, a qualidade e o não comprometimento do trabalho, fundamentando sua decisão e anexando ao respectivo processo administrativo a documentação comprobatória, conforme os Acórdãos 625/2011 – TCU – 2ª Câmara, Acórdão 2368/2012 – TCU – 2ª Câmara, Acórdão 1338/2011- TCU-Plenário, Acórdão 2368/2012 – TCU – 2ª. Câmara e Acórdão 1606/2012 – TCU – 1ª Câmara.

O Ministro AROLDO CEDRAZ, na prolação do Acórdão nº 1.868/2010 no Plenário do TCU, em julho de 2010, trouxe importante reflexão que igualmente se amolda ao melhor deslinde do assunto em apreciação:

(...) Deve ser acrescentado, a propósito, apenas a título de registro, já que não necessário ao caso em exame, que o Tribunal, na Sessão de 6/10/2009, ao examinar pedido de reexame interposto contra decisão que considerou ilegal ato de admissão de pessoal pelo fato de a servidora exercer dois cargos com cargas horárias que somadas ultrapassavam a 60 (sessenta) horas semanais, decidiu acolher as conclusões do Revisor do processo, Ministro BENJAMIN ZYMLER, e dar provimento ao recurso, para tornar insubsistente a deliberação recorrida, conforme Acórdão 5.257/2009 – TCU – 2ª Câmara.

(...) Na mencionada deliberação, elascendo-se o entendimento anteriormente firmado pela jurisprudência deste Tribunal quanto ao limite máximo de 60 (sessenta) horas para a acumulação regular de cargos públicos, ficou consignado que a licitude da acumulação de cargos não

está sujeita a jornada máxima a ser exercida nos dois cargos acumuláveis, haja vista a inexistência de disposição legal nesse sentido, devendo a compatibilidade de horários ser verificada em cada caso.

Destarte, a licitude da acumulação de cargos não está sujeita a uma jornada máxima, haja vista a inexistência de disposição legal a respeito; a solução deve ser dada à luz do caso concreto.

Assim sendo, a aplicação da orientação firmada no Parecer Normativo AGU/GQ nº 145/1998, no sentido de que o limite aceito pela administração pública federal para permitir a acumulação de cargos seria de 60 horas semanais, não pode ser desprovida de uma análise aprofundada de cada caso específico, sob pena de se incorrer em distorções e interpretações enviesadas das regras constitucionais.

6 DO REGIME DE TRABALHO DO PROFESSOR DE ENSINO SUPERIOR

Registre-se que está excluído da presente abordagem o caso específico do professor em regime de dedicação exclusiva, pois, nessa hipótese, ainda que haja compatibilidade de horários, não poderá haver acumulação, mormente considerando que o servidor nesta situação recebe um adicional a título de Dedicação Exclusiva.

Será tomado como parâmetro para este artigo, portanto, a exclusiva hipótese do professor que labora em regime de 40 horas semanais.

No entanto, cabe salientar, em necessária adição explicativa, que é permitida a acumulação de cargo de professor em regime de dedicação exclusiva com proventos de aposentadoria de outro cargo de Professor. É intuitivo que não há incompatibilidade de horários se o servidor já se encontra aposentado em um dos cargos. Neste sentido, confira-se:

Hipótese em que a autora pretende ver reconhecido o direito de permanecer no cargo de professora, com jornada de trabalho de 40 horas semanais, continuando a receber proventos de aposentadoria de forma integral, por ter se aposentado em outro cargo de professora, com a mesma carga horária. (...) Segundo orientação da Suprema Corte, é impertinente a exigência de compatibilidade de horários como requisito para a percepção simultânea de um provento de aposentadoria com a remuneração pelo

exercício de outro cargo público. (Precedentes do Pretório Excelso: RE 547731 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe 31.07.2008 e RE 701999 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 02/10/2012, DJe 19.10.2012). (STJ; AgRg no AREsp 415.292/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª Turma, DJe 10/12/2013)

A acumulação de dois cargos de professor - um cargo inativo com outro em atividade - não viola do disposto no artigo 37, XVI, da Constituição do Brasil. Não há incompatibilidade de horários se a servidora já se encontra aposentada em um dos cargos. (STF; RE 547731 AgR, Rel. Min. EROS GRAU, 2ª Turma, DJe 17/06/2008)

É firme a orientação desta Corte de que é permitida a acumulação de cargo de Professor em regime de dedicação exclusiva com proventos de aposentadoria de outro cargo de Professor. Precedentes: AgRg no AREsp. 548.537/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 5.3.2015; AgRg no RMS 30.143/SC, Rel. Min. ADILSON VIEIRA MACABU, DJe 9.8.2012 e AgRg no AgRg no REsp. 817.168/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 3.8.2011. (STJ; AgRg no RMS 35.619/SC, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Turma, DJe 27/05/2016)

6.1 Diferença entre *hora-aula* e *hora efetiva*

Preliminarmente, é de suma importância a distinção entre hora-aula e hora efetiva.

Como se sabe, "hora" é o período de 60 (sessenta) minutos, em convenção consagrada pela civilização contemporânea. Já a definição quantitativa em minutos do que consiste a hora-aula é uma atribuição das Instituições de Educação Superior, desde que feita sem prejuízo ao cumprimento das respectivas cargas horárias totais dos cursos, e está referenciada às questões de natureza trabalhista e, sobretudo, remuneratória.

Destarte, embora a carga horária mínima dos cursos superiores seja mensurada em horas efetivas (60 minutos), tal período se refere a atividades acadêmicas e de trabalho discente efetivo, não somente (e necessariamente) em sala de aula, e, mesmo quando assim compreendidas, estas são computadas em horas-aula (de 50 minutos de duração).

Aliás, a Lei nº 9.394/96 dispõe em seu artigo 57 que, nas instituições públicas de educação superior, o professor ficará obrigado ao cumprimento real de apenas um mínimo de oito horas semanais de aulas.

O Conselho Federal de Educação, órgão normativo que inclui na sua esfera de competência e de atribuições estabelecer a duração e o currículo mínimo dos cursos de ensino superior (Lei nº 4.024/61, art. 9º, parágrafo 1º, "e"), em diversos e conhecidos pronunciamentos, consagrou como duração da hora-aula o tempo de cinquenta (50) minutos, com um intervalo de dez (10) minutos, para descanso dos alunos, entre uma hora-aula e outra.

Outrora, a Portaria nº 204/45 do MEC dispunha que nos estabelecimentos que ministrassem ensino de grau superior ou médio, as aulas diurnas seriam de 50 (cinquenta) minutos, e as aulas noturnas de 40 (quarenta) minutos. No entanto, conforme entendimento do STF, a mesma se revela incompatível com a norma constitucional superveniente que atribui o poder normativo à Justiça do Trabalho, sendo que a derrogação alcança a dinâmica do ato, resguardados os efeitos produzidos até o momento em que ele se tornou incompatível com a norma constitucional (STF; RR nº 3.867/78, Rel. Min. COQUEIJO COSTA, 3ª Turma, DJU de 25/05/1979. No mesmo sentido: TST; RR nº 6.354/88.8, Rel. Min. JOSÉ AJURICABA, 2ª Turma, DJU, Seção I, 26/10/1990).

Por outro lado, o Decreto nº 5.773/06, que trata especificamente sobre a educação superior no sistema federal de ensino, prevê, no parágrafo único do artigo 69, que o regime de trabalho docente em tempo integral compreende a prestação de quarenta horas-aula (de 50 minutos de duração) semanais de trabalho na mesma instituição (porém, não necessariamente com a efetiva presença do professor nas instalações físicas), nele reservado o tempo mínimo de, pelo menos, 20 horas-aula semanais para estudos, pesquisa, trabalhos de extensão, planejamento e avaliação.

Com base nesses preceitos, o que se pode, sem muito esforço analítico, deduzir é que, se o educador foi empossado em um cargo com 40 horas semanais, não significa em absoluto que o mesmo permanecerá todo este período apenas dentro da sala de aula e, mais, que seu regime laboral é computado não com base em uma hora de 60 minutos (hora efetiva) e sim de uma hora-aula de 50 minutos.

Cabe às Instituições de Educação Superior, respeitado o mínimo dos duzentos dias letivos de trabalho acadêmico efetivo, a definição da duração da atividade acadêmica ou do trabalho discente concreto, que

compreenderá preleções, aulas expositivas, atividades práticas supervisionadas, tais como laboratórios, atividades em biblioteca, iniciação científica, trabalhos individuais e em grupo, práticas de ensino e outras atividades no caso das licenciaturas, conforme dispõe a Resolução nº 3/2007 do Ministério da Educação.

Ou seja, a presença física desse professor na Universidade é exigida apenas em média por 12 horas-aula semanais. As 28 horas-aulas restantes se referem a atividades fora da sala de aula, como aquelas pertinentes à elaboração e correção de provas e avaliações dos alunos, à preparação de aulas a serem ministradas e ao estudo, atualização e pesquisa dos temas a serem abordados, dentre tantas outras. Tais atividades podem ser desenvolvidas em casa, com absoluta liberdade de programação, utilizando, inclusive, os sábados, domingos e feriados.

O professor do CAHL - Centro de Artes, Humanidades e Letras da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, FABRÍCIO LYRIO, questionou, em evento da Associação dos Professores Universitários do Recôncavo (APUR), - que luta para que seja assegurado o direito à carga horária mínima de oito horas-aula em atividades de sala de aula -, a tese segundo a qual se o ensino, a pesquisa e a extensão têm o mesmo valor, por que o ensino deveria ocupar mais de um terço da carga horária, considerando que existem outras atividades desempenhadas pelos professores, que vão além das referentes à sala de aula propriamente dita (Disponível em: <<https://goo.gl/tqaujp>>. Acesso em: 02 fev. 2018).

Sendo assim, a AGU ignorou o fato de que a carga horária dos profissionais da educação é destinada, também, para pesquisa, atendimento aos alunos, resolução de trabalhos e provas, tornando até mesmo possível o cumprimento teórico das permitidas (porém, equivocadas) 80 horas semanais, uma vez que não são cumpridas na sala de aula e no estabelecimento de ensino.

Mas, também desconsiderou (o que é mais grave ainda) que o cômputo do tempo laboral do professor é realizado em hora-aula (com 50 minutos de duração) e não em hora efetiva (com 60 minutos de duração). Assim sendo, mesmo que um professor fosse obrigado a cumprir seu regime de trabalho de 40 horas, integralmente em sala de aula e no estabelecimento de ensino, sua carga horária efetiva seria, em termos reais, de 33 horas, o que totalizaria, em qualquer hipótese de acumulação de cargos, valor inferior a 80 horas efetivas.

Cabe esclarecer que a Administração dispõe de instrumentos que permitem o cruzamento de dados entre instituições, os quais instrumentalizam ao órgão a identificação de situações de acúmulo de cargos. Assim sendo, constatada alguma irregularidade, o órgão de vinculação do servidor é notificado, levando ao conhecimento do servidor as constatações, devendo este adotar as providências cabíveis à situação apurada e apresentar esclarecimentos, razão pela qual, também sob este prisma analítico, a limitação de carga horária, além de descabida no caso do Magistério, é flagrantemente inconstitucional.

Vale reafirmar que, em termos reais, a carga horária real, no caso de acumulação de profissional com regime de 40 horas laborais com o cargo de professor em regime de 40 horas-aula (33 horas efetivas), somente pode ser computado (em simples soma aritmética) com as 12 horas-aula (10 horas efetivas) máximas, exigidas em sala de aula e com a presença física do professor no estabelecimento de ensino, o que totaliza, na prática, apenas 50 horas de efetivo exercício laboral presencial.

6.2 Do Sistema Diferenciado para o Cargo de Magistério

Partindo da interpretação teleológica, que contempla o elemento finalístico da norma, ou seja, o fim para o qual ela foi elaborada, pode-se perceber que a autorização constitucional para o acúmulo de cargos de professor “num primeiro momento, (...) pretendeu fomentar a educação no País, e, num segundo momento, ao autorizar a acumulação remunerada de um cargo de professor com outro cargo técnico ou científico (art. 37, XVI, b), visou salvaguardar a própria sobrevivência do docente, dado o baixo nível dos vencimentos (todos sabem) que os profissionais do magistério sempre auferiram no Brasil” (MAZZUOLI; ALVES, 2013, p. 91).

Além de ser inconstitucional a limitação da jornada, - considerando que constitui um novo critério para a acumulação de cargos públicos previsto em ato sem força normativa suficiente para tanto -, não se apresenta minimamente razoável, sobretudo ao singelo, reducionista e equivocado argumento de que o servidor, neste caso, teria uma jornada humanamente impossível de se cumprir, haja vista que, na realidade, a acumulação no regime de 40 horas-aula, em termos de presença física no estabelecimento de ensino, não é obrigatória, além das 12 horas-aula (10 horas efetivas).

Em necessária adição argumentativa, vale repisar que, regra geral, a hora-aula dos professores contabiliza 50 (cinquenta) minutos. Dita estipulação por si só já torna a jornada do servidor que exerce o magistério, diferenciada. Afora o tempo reservado para outras atividades docentes, o que está (ou deveria estar) incluído na carga horária. Tais premissas decorrem do comando legal instituído pelo artigo 67, inciso V da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

Em virtude disto, há professores que, apesar de possuírem carga horária de 40 horas-aula semanais (e da existência do comando normativo que exige apenas 12 horas-aula semanais em sala de aula e no estabelecimento de ensino), excepcionalmente, por ato voluntário, lecionam (ou permanecem no estabelecimento de ensino) em 20 dessas horas-aula, sobrando outras 20 horas para pesquisa, estudo, correção de provas e trabalhos, que podem ser usadas no momento mais adequado ao servidor, ficando ao seu critério escolhê-lo, totalizando um regime real laboral de 16,5 horas efetivas, que adicionadas às 40 horas semanais de sua atividade técnico-científica, somam menos de 57 horas totais.

Quanto ao restante do tempo a que está sujeito em função de seu regime laboral de 40 horas-aula (33 horas efetivas), ou seja, as demais 20 horas-aula (16,5 horas efetivas) vale reafirmar que existe a possibilidade corriqueira do servidor utilizar esse tempo restante em casa, aos sábados, domingos ou em outros dias de folga (feriados de modo geral), o que reforça a ideia da absoluta possibilidade de exercício de uma jornada cumulável, sem necessariamente se tornar desgastante fazê-la.

Ora, se a lei não estabeleceu abstrata e expressamente o limite da carga horária passível de acumulação, não pode o intérprete inovar o ordenamento jurídico mediante a criação de uma limitação abstrata, surpreender os cidadãos destinatários da norma. Assim, pode um professor com regime de 40h semanais cumular outro cargo de professor com regime também de 40h semanais (...) (MAZZUOLI; ALVES, 2013, p. 94).

Como bem pontuou o Ministro FERNANDO EIZO ONO “o fato de a Constituição Federal limitar a oito horas diárias e 44 horas semanais a jornada laboral não autoriza a limitação de jornada a sessenta horas semanais nos casos de cumulação de cargo e emprego público, visto que a limitação a 44h semanais se refere à limitação dirigida ao empregador de

exigir labor excedente em razão de uma única relação de emprego, nada dispondo sobre jornada nas hipóteses de cumulação de cargos ou empregos públicos” (TST; AIRR - 1693-31.2012.5.09.0872, Rel. Min. FERNANDO EIZO ONO, 4ª Turma, DJE 10/12/2014).

6. 3 Da Acumulação dos Cargos de Magistério e Magistratura

É estreita, para não dizer restrita ao magistério superior, a possibilidade legal do exercício de outra atividade remunerada por integrantes da magistratura. Na Constituição Federal de 1946, a vedação aos Magistrados para o exercício de outra função era disciplinada desta forma:

Art 96. É vedado ao Juiz:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo o magistério secundário, e superior e os casos previstos nesta Constituição, sob pena de perda do cargo judiciário.

Em 1967, essa redação foi alterada, substituindo-se o artigo definido “o” pelo artigo indefinido “um”:

Art 109. Exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo um cargo de magistério e nos casos previstos nesta Constituição.

Na CRFB/88, essa última fórmula adotada pela Constituição de 1967 foi repetida. Com efeito, o inc. I do parágrafo único do art. 95 da Constituição Federal proíbe ao magistrado, ainda que em disponibilidade, a acumulação de outro cargo ou função, salvo uma de magistério público, *verbis*:

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

A Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35 de 1979), em seus artigos 26 e 36, na mesma linha, também prevê a mesma possibilidade restrita de acumulação, mas vai além, ao exigir a correlação de matérias e a compatibilidade de horários, explicitando que é vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica, proibição na qual se inclui, intuitivamente, tais funções prestadas em estabelecimentos de ensino.

Posteriormente foi expedida a Resolução nº 34, de 24 de abril de 2007, dispondo sobre o exercício de atividades de magistério pelos integrantes da magistratura nacional, *verbis*:

Art. 1º Aos magistrados da União e dos Estados é vedado o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo o magistério.

Parágrafo único. O exercício da docência por magistrados, na forma estabelecida nesta Resolução, pressupõe compatibilidade entre os horários fixados para o expediente forense e para a atividade acadêmica, o que deverá ser comprovado perante o Tribunal.

Art. 2º O exercício de cargos ou funções de coordenação acadêmica, como tais considerados aqueles que envolvam atividades estritamente ligadas ao planejamento e/ou assessoramento pedagógico, será admitido se atendidos os requisitos previstos no artigo anterior.

§ 1º É vedado o desempenho de cargo ou função administrativa ou técnica em estabelecimento de ensino.

§ 2º O exercício da docência em escolas da magistratura poderá gerar direito a gratificação por hora-aula, na forma da lei.

§ 3º Não se incluem na vedação referida no § 1º deste artigo as funções exercidas em curso ou escola de aperfeiçoamento dos próprios Tribunais, de associações de classe ou de fundações estatutariamente vinculadas a esses órgãos e entidades.

(...)

Art. 4º A presente resolução aplica-se inclusive às atividades docentes desempenhadas por magistrados em cursos preparatórios para ingresso em carreiras públicas e em cursos de pós-graduação.

Art. 4º-A A participação de magistrados na condição de palestrante, conferencista, presidente de mesa, moderador, debatedor ou membro de comissão organizadora, inclusive nos termos do art. 4º da Resolução CNJ 170/2013, é considerada atividade docente, para os fins desta Resolução. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

(...)

§ 3º A atuação dos magistrados em eventos aludidos no caput deste artigo deverá observar as vedações constitucionais relativamente à magistratura (art. 95, parágrafo único, da Constituição), cabendo ao juiz zelar para

que essa participação não comprometa a imparcialidade e a independência para o exercício da jurisdição, além da presteza e da eficiência na atividade jurisdicional. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

Art. 5º Os Tribunais deverão disponibilizar em seu sítio eletrônico base de dados com as informações indicadas no art. 3º e no § 1º do art. 4º-A, acessível a qualquer interessado, consoante as determinações da Resolução CNJ 215/2015, inclusive para os fins de aferição de situações de impedimento, nos termos do art. 144, VII, do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

Parágrafo único. Caso o magistrado não reconheça seu impedimento para atuar no processo, nas hipóteses previstas nesta Resolução, a parte interessada poderá promover a respectiva arguição nos termos da lei processual correspondente. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

Art. 5º-A As atividades de coaching, similares e congêneres, destinadas à assessoria individual ou coletiva de pessoas, inclusive na preparação de candidatos a concursos públicos, não são consideradas atividade docente, sendo vedada a sua prática por magistrados. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

Já a Resolução nº 170/2013 regulamentou a participação de magistrados em congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares, privados, *verbis*:

Art. 1º Os congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares realizados, promovidos ou apoiados pelos Conselhos da Justiça, Tribunais submetidos à fiscalização do Conselho Nacional de Justiça e Escolas Oficiais da Magistratura, estão subordinados aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de forma que o conteúdo do evento, sua carga horária, a origem das receitas e o montante das despesas devem ser expostos de forma prévia e transparente.

Art. 2º Os congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares, quando promovidos por Tribunais, Conselhos de Justiça e Escolas Oficiais da Magistratura, com participação de magistrados, podem contar com subvenção de entidades

privadas com fins lucrativos, desde que explicitado o montante do subsídio e que seja parcial, até o limite de 30% dos gastos totais.

Art. 3º A documentação relativa aos congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares, quando realizados por órgãos da justiça submetidos ao Conselho Nacional de Justiça, inclusive as Escolas Oficiais da Magistratura, ficará à disposição do CNJ para controle, bem como de qualquer interessado.

Art. 4º A participação de magistrados em encontros jurídicos ou culturais, quando promovidos ou subvencionados por entidades privadas com fins lucrativos, e com transporte e hospedagem subsidiados por essas entidades, somente poderá se dar na condição de palestrante, conferencista, presidente de mesa, moderador, debatedor ou organizador. Parágrafo único. A restrição não se aplica aos eventos promovidos e custeados com recursos exclusivos das associações de magistrados.

Art. 5º Ao magistrado é vedado receber, a qualquer título ou pretexto, prêmios, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Destarte, podemos concluir que a participação de magistrados como palestrantes, conferencistas, presidentes de mesa, moderadores, debatedores ou membros de comissão organizadora, são considerados atividade de docência; enquanto que o serviço de *coaching* e similares, voltados à preparação de candidatos para concursos públicos, passou a ser vedado, conforme entendimento firmado pelo CNJ.

No que se refere à Resolução nº 336/2003, cabe tecer algumas considerações. Ao disciplinar sobre o acúmulo do exercício da magistratura com o exercício do magistério no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, a referida norma dispôs que ao Juiz é defeso o exercício de outro cargo ou função, ressalvado(a) um(a) único(a) de magistério, público ou particular.

No entanto, a expressão "único(a)" está com sua eficácia suspensa por força de liminar concedida pelo STF nos autos da ADI nº 3.126. Confira-se:

Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a Resolução nº 336, de 2.003, do Presidente do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o acúmulo do exercício

da magistratura com o exercício do magistério, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus. 2. Alegação no sentido de que a matéria em análise já encontra tratamento na Constituição Federal (art. 95, parágrafo único, I), e caso comportasse regulamentação, esta deveria vir sob a forma de lei complementar, no próprio Estatuto da Magistratura. 3. Suposta incompetência do Conselho da Justiça Federal para editar o referido ato, porquanto fora de suas atribuições definidas no art. 105, parágrafo único, da Carta Magna. 4. Considerou-se, no caso, que o objetivo da restrição constitucional é o de impedir o exercício da atividade de magistério que se revele incompatível com os afazeres da magistratura. Necessidade de se avaliar, no caso concreto, se a atividade de magistério inviabiliza o ofício judicante. 5. Referendada a liminar, nos termos em que foi concedida pelo Ministro em exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, tão-somente para suspender a vigência da expressão “único (a)”, constante da redação do art. 1º da Resolução nº 336/2003, do Conselho de Justiça Federal.

Merece ser transcrito o relatório do Ministro NELSON JOBIM na decisão proferida na mencionada Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.126, que de todo modo corrobora o que aqui se está defendendo, *verbis*:

Ao usar, na ressalva, a expressão ‘uma de magistério’, tem a CF, por objetivo, impedir que a cumulação autorizada prejudique, em termos de horas destinadas ao magistério, o exercício da magistratura. Daí a restrição à unidade (‘uma de magistério’). A Constituição Federal, ao que parece, não impõe o exercício de uma única atividade de magistério. O que impõe é o exercício de atividade do magistério compatível com a atividade de magistrado. A fixação ou a imposição de que haja apenas uma ‘única’ função de magistério, - preconizada na Resolução (Resolução nº 336 de 2003) -, ao que tudo indica, não atende o objetivo constitucional.

A questão está no tempo que o magistrado utiliza para o exercício do magistério vis a vis ao tempo que restaria para as funções judicantes. Poderá o magistrado ter mais de uma atividade de magistério - considerando diferentes

períodos letivos, etc. - sem ofensa ao texto constitucional. Impor uma única e só função ou cargo de magistério não atende, necessariamente, ao objetivo constitucional.

(...)

Ou, ainda, que um magistrado-docente, titular de um único cargo em universidade federal - professor adjunto - ministre aulas na graduação, no mestrado e no doutorado (simultaneamente). Nestas hipóteses, mesmo sendo um único cargo, ter-se-ia a burla da regra constitucional. Poderá ocorrer e, certamente, ocorre que o exercício de mais de uma função no magistério não importe em lesão ao bem privilegiado pela Constituição Federal - o exercício da magistratura. A questão é (fundamentalmente) a compatibilização de horários, que se resolve caso a caso.

(...)

Creio que a regra básica da Resolução (Resolução nº 336 de 2003) está no seu art. 2º. Este só admite o exercício da docência "(...) se houver compatibilidade de horário com o trabalho judicante." Aqui não há qualquer conflito com a Constituição Federal. Pelo contrário. A Resolução (Resolução nº 336 de 2003), neste art. 2º, instrumentaliza a regra constitucional.

Em seu voto na citada ADI, o Ministro GILMAR MENDES expôs com propriedade que, *verbis*:

A interpretação adotada por JOBIM quanto ao art. 1º é particularmente acertada. O objetivo da restrição constitucional é o de impedir o exercício da atividade de magistério que se revele incompatível com os afazeres da magistratura. O que importa, de fato, é o tempo utilizado pelo magistrado para o exercício do magistério em face do tempo reservado à atividade judicante. Um magistrado poderia assumir, por exemplo, com uma única instituição, uma carga horária de quarenta horas-aula, enquanto outro poderia, perante duas ou três instituições diferentes, assumir atividade docente que, em sua totalidade, não exceda a vinte horas semanais. Em tese, esse segundo magistrado teria mais tempo livre para a atividade de juiz, mas essa também sequer é uma conclusão necessária.

O que importa, em suma, é saber se a atividade de magistério está, no caso concreto, inviabilizando o ofício judicante.

Dessa forma, o Plenário do STF referendou, por maioria, a liminar concedida pelo Ministro NELSON JOBIM, em janeiro de 2004, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.126, proposta pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) contra a Resolução nº 336/03, do CJF. A decisão, portanto, permite ao juiz exercer mais de uma atividade de magistério, desde que compatível com o exercício da magistratura.

Devemos sublinhar, outrossim, o posicionamento do Procurador Geral do Ministério Público no Acórdão nº 1.751/2006/Plenário TCU, quando afirma que, inexistindo prejuízo concreto às respectivas funções, a acumulação de cargos legalmente permitida, sem carga horária rígida para o fim de exercício do magistério.

No meu entender, a questão da incompatibilidade de horários deve, sempre, ser estudada caso a caso. A situação dos servidores do TRF 2ª Região ora arrolados nos autos não pode ser comparada, por exemplo, à situação de servidores de outros órgãos da administração pública que, regimentalmente, estão obrigados a cumprir jornada diária de trabalho em dois turnos (matutino e vespertino), para os quais resta somente o período noturno para atividades de magistério. (...) Todavia, este não é o caso dos servidores do TRF 2ª Região que, como afirmei acima, possuem, em regra, dois turnos por dia (matutino e noturno) para atividades externas ao Tribunal. Além disso, é notório que o regime de quarenta horas de um professor não é cumprido integralmente em sala de aula e, sendo assim, as horas complementares podem ser cumpridas a qualquer hora do dia ou da noite e em qualquer dia da semana. Com muito mais razão, eu defenderia a situação dos juizes daquele tribunal federal, pois nem mesmo possuem jornada fixa diária de trabalho, podendo desenvolver sua função judicante, inclusive, nos finais de semana, como notoriamente não é raro de se observar. O acúmulo de cargos por juizes pode ser desenvolvido sem restrições de horário, pois eles não possuem jornada semanal fixa e seus cronogramas de atividades podem ser adequados de forma a que possam destinar grande parte de seu tempo ao magistério. (...) Em reforço a essa tese, é certo que o CNJ, ao tratar dessa questão, não restringe o desempenho da atividade de magistério por juizes a regimes de 20 horas semanais. Da mesma forma por mim ora defendida, aquele Conselho prevê que a análise da carga horária semanal deve ser examinada caso a caso,

para fins de verificação da compatibilidade de horários entre as atividades em comento.

(...)

De acordo com os dispositivos acima transcritos e por todo o exposto, não se pode concluir pela irregularidade das acumulações de cargo relacionadas nos autos, nos casos em que o exercício do cargo de servidor ou de juiz do TRF 2ª Região esteja acumulado com apenas um cargo de professor, ainda que em regime de 40 horas semanais.

Assim, como consignamos alhures, a CRFB/88 não impõe uma única atividade de magistério, mas sim o exercício desta função compatível com a de magistrado, para impedir que a acumulação autorizada prejudique, em termos de horas destinadas ao ensino, o exercício da magistratura, sendo inconteste a jurisprudência consolidada do STF no sentido da absoluta licitude da acumulação do cargo de Juiz com o de professor em regime laboral de 40 horas-aula, podendo o magistrado assumir, por exemplo, com uma única instituição, uma carga horária de 40 horas-aula.

7 DA IMPORTÂNCIA DO CARGO EXERCIDO PELO PROFESSOR ALÉM DO MAGISTÉRIO

Especificamente no tocante a Faculdades de Direito, é igualmente essencial que o corpo docente seja composto, outrossim, de profissionais que exerçam as suas funções, na prática, como Juizes, Promotores, Delegados e Advogados, e não apenas e exclusivamente por professores meramente teóricos ou acadêmicos.

É uma relação fundamental em que todos ganham com a experiência. Afinal, muitas sentenças, inquéritos, demandas servem de exemplo em sala de aula, e muitas aulas preparadas podem servir de base para um julgamento.

A experiência da prática jurídica traz indubitavelmente uma visão multidisciplinar e uma formação metodológica hábil ao tratamento e ensino de qualquer ramo do Direito.

Destarte, não se vislumbra *a priori* qualquer prejuízo aos alunos ou ao mestre, na acumulação do cargo público referente à área jurídica com outro de magistério, mormente considerando as especificidades que norteiam o ofício de ensinar. Tanto assim, que diversos Magistrados acumulam o exercício da judicatura com a docência, inclusive submetidos ao

expediente de 40 horas semanais, sem qualquer prejuízo a nenhum dos dois cargos.

Embora exista precedente do Tribunal Regional Federal inadmitindo, por exemplo, a acumulação dos cargos de Delegado Federal e professor que trabalhe sob o regime de 40 horas semanais, data maxima venia, faltou uma imprescindível densidade cognitiva no exame da questão, que, de modo superficial, simplesmente somou as cargas horárias (sem atentar às singularidades da carga horária docente, computada legalmente em horas-aula de 50 minutos e nos limites de 12 horas-aula ou 10 horas efetivas no estabelecimento de ensino) para aferir a compatibilidade de horários. Idêntico equívoco foi também cometido pelo Parecer Normativo AGU/GQ nº 145/1998, posto que não se pode olvidar que o Princípio da Isonomia significa tratar situações diferentes de modo diferente, exatamente em busca de justiça.

Portanto, entende-se que diversos objetivos serão preservados e conciliados se Juízes, Promotores, Delegados, Procuradores, Servidores e daí por diante, possam exercer o magistério, aferindo-se a compatibilidade de horários caso a caso, dos quais podemos citar:

1) o interesse público coletivo, pois permitirá que Juízes, Promotores, Delegados, Procuradores, Servidores e daí por diante, detentores de notória experiência, possam difundir a estudantes seus conhecimentos práticos, sem limitações de carga horária, desde que não haja incompatibilidade de horário e prejuízo às atividades exercidas em cada um dos cargos licitamente acumulados.

2) o interesse individual dos envolvidos, vez que lhes possibilitará o exercício de atividades práticas (magistratura e demais cargos públicos) e teóricas (magistério), as quais, ao final, se fundem e se complementam, em pleno aprimoramento do interessado, e mais importante, resultará em benefícios à sociedade que lhes remunera.

3) o cumprimento de dispositivos legais e constitucionais aplicáveis à espécie, considerando que, literalmente, a acumulação de cargos não se sujeita à jornada máxima, mas apenas à comprovação de compatibilidade de horários, desde que isso não interfira no exercício, com eficiência, dos cargos licitamente acumulados.

4) o respeito à "discricionariedade" e a "subjetividade" dos dirigentes a que respondem "hierarquicamente" os servidores, no sentido de que, àqueles é possível decidir, com mais propriedade, se estes estão realizando suas atribuições profissionais com zelo, dedicação, assiduidade

e pontualidade, conforme previsto na legislação que rege os cargos que ocupam, a rigor de forma regular.

Revela notar que aqui não se está explanando sobre os casos de acumulação de dois cargos públicos na área da saúde, inclusive porque, nestes casos específicos, o regime laboral é computado em horas efetivas e presenciais nos respectivos estabelecimentos hospitalares, em situação diametralmente diversa das hipóteses de acumulação docente. Também resta consignar que o objetivo deste artigo reside restritivamente em defender que a compatibilidade de horários não pode ficar adstrita ao simples somatório de horários, e sim, à situação específica de cada profissional com suas correspondentes singularidades.

8 CONCLUSÃO

Surgida com forma de garantir a moralidade e a eficiência no âmbito da Administração Pública, a vedação, em regra, de acumulação de cargos tem como objetivos resguardar o bom desempenho das atividades a serem executadas pelo servidor e garantir ao maior número possível de cidadãos habilitados para tanto o acesso aos cargos públicos.

A regra é que a acumulação de cargos é vedada. Entretanto, algumas exceções estão previstas em lei, entre as quais a acumulação de cargos de professor com outro técnico ou científico, independentemente da existência de relação das atribuições do cargo com a disciplina lecionada, desde que observada a compatibilidade de horários.

Verifica-se que a acumulação ilegal de cargos públicos nem sempre está sujeita à incidência da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que nos casos em que não há a comprovação do dano causado ao erário, existe apenas uma situação de irregularidade. Considerando-se como regra o pressuposto de que a boa-fé do servidor é presumida, só se admitindo a existência de má-fé quando a acumulação se der de maneira que cause efetivo dano ou prejuízo à Administração Pública.

O STJ firmou sólida jurisprudência no sentido de que, havendo comprovação de que os serviços foram efetivamente prestados, não há que se falar em desvio ético capaz de ensejar a aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa. Destaque-se que, ao adotar tal entendimento, a Corte não está consentindo com a acumulação ilícita de cargos, pois existem outros instrumentos jurídicos à disposição da Administração para que se restabeleça a legalidade.

Por outro lado, o exame aprofundado da controvérsia nos revela diversos pontos importantes que mereceram destaque: 1) a compatibilidade prevista na norma constitucional refere-se unicamente à impossibilidade de sobreposição de jornadas; 2) a limitação das horas trabalhadas semanalmente em 60 (sessenta) horas, em caso de acumulação de cargos, é ilegal e inconstitucional, seja ante a ausência de previsão na CRFB/88 e em Leis em sentido estrito, seja em virtude do princípio da hierarquia das normas; 3) com mais razão, tal critério de limitação da jornada semanal não poderia ser aplicado ao magistério, em virtude das especificidades da função, que é regida em regime peculiar de hora-aula com 50 minutos de duração e com exigência de menos de um terço em sala de aula e com presença física no estabelecimento de ensino.

Por toda essa sorte de considerações, conclui-se que o problema da massificação de demanda judiciais, que ocorre também na questão da acumulação de cargos por servidores públicos, são as pseudo (e, portanto, falsas) similitudes de casos que apenas aparentemente apresentam-se iguais, a exigir a mesma solução jurídica.

Destarte, é fundamental não somente a profundidade analítica, mas igualmente a densidade cognitivo-hermenêutica, especialmente em questões complexas como a acumulação de cargos públicos.

REFERÊNCIAS

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição 1988**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. **Acumulação de Cargos Públicos: uma questão de aplicação da Constituição**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTOS, Luan Mesan Grossmann Mendes dos. **Jurisprudência: servidores públicos: acúmulo de cargos**. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/ZWWxeE>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

PENSÃO POR MORTE: CONCORRÊNCIA ENTRE VIÚVA E EX-ESPOSA ALIMENTADA

DEATH BENEFIT: CONCURRENCE BETWEEN THE WIDOW AND THE EX-WIFE RECEIVING FOOD PENSION

Fernanda Antunes da Silvaⁱ
Carla Monnerat Mendonçaⁱⁱ

Resumo: O presente artigo objetiva analisar criticamente a legislação previdenciária referente ao benefício da pensão por morte, especificamente em relação à hipótese de concorrência do cônjuge supérstite e o ex-cônjuge recebedor de pensão alimentícia. Além disso, visa verificar as duas posições jurisprudenciais dominantes no assunto, quais sejam, a que privilegia a interação entre o direito previdenciário e o direito civil, sustentando a manutenção dos valores devidos a título de alimentos na pensão por morte, e a que sustenta a primazia da legislação previdenciária ora vigente, com a igualdade de condições entre os beneficiários. Por fim, este trabalho defende a prevalência da primeira corrente, mediante revisão e alteração legislativa, adequando-se a norma previdenciária aos postulados de justiça e equidade.

Palavras-Chave: Direito previdenciário. Pensão por morte. Concorrência.

Abstract: This article aims to analyze critically the social security legislation regarding the death benefit, specifically in relation to the hypothesis of competition of the surviving spouse and the former spouse

ⁱ Graduada em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira.

ⁱⁱ Possui graduação em Direito pela Universidade Cândido Mendes, Pós Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, pela Universidade Cândido Mendes, Mestre em Psicologia pela Universidade Salgado de Oliveira, foi Diretora - IATE CLUBE BRASILEIRO, Diretora do departamento jurídico da EMPRESA MUNICIPAL DE MORADIA URBANIZAÇÃO E SANEAMENTO. Atualmente é advogada do escritório MAM Silva Advogados Associados, professora da Pós Graduação do CBEPJUR - Centro Brasileiro de Estudo e Pesquisa Jurídica, Professora e tutora da Universidade Salgado de Oliveira, Coordenadora da área de Humanas e professora da Univeritas, membro do Conselho dos Notáveis do Instituto Oscar Niemeyer - ISON.

receiving alimony. In addition, it aims to analyze the two dominant jurisprudential positions in the subject, the first which favors the interaction between social security law and civil law, supporting the maintenance of the amounts due as food in the death pension, and the second which sustains the prevailing social security legislation, with equal conditions among the beneficiaries. Finally, this paper defends the prevalence of the first position, through revision and legislative amendment, adjusting the social security norm to the postulates of justice and equity.

Keywords: Social security right. Pension for death. Competition.

1. INTRODUÇÃO

A contingência “morte” acarreta necessidade social do tipo ausência de ganhos, deixando o familiar do segurado falecido sem o mínimo indispensável ao seu sustento. Com efeito, são as situações que geram real necessidade social para o indivíduo que se situam no âmbito de proteção do direito previdenciário.

Prestações previdenciárias abarcam os benefícios e serviços devidos aos beneficiários do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), uma vez atendidas as hipóteses legais para a sua concessão.

A controvérsia a ser analisada encontra-se embasada pelo art. 77, *caput*, da Lei da Previdência Social (Lei nº 8.213/91), o qual dispõe que, havendo mais de um pensionista, a pensão por morte será rateada entre todos em partes iguais.

Desta maneira, cumpre analisar qual a posição mais acertada, no que tange à determinação das cotas-partes cabíveis, na hipótese de existirem duas pessoas beneficiárias da pensão por morte: o cônjuge atual e o ex-cônjuge que recebia a prestação alimentícia do falecido.

As discussões mais recentes se concentram no percentual devido às beneficiárias, isto é, se este deve ser partilhado 50% para cada uma das pensionistas ou se deve respeitar o valor fixado a título de alimentos para a ex-esposa alimentada.

Sabe-se que a proteção decorrente da Previdência Social não está restrita apenas aos vínculos de família, e sim de dependência econômica, pois, mesmo não se verificando mais o vínculo familiar, ao persistir a dependência econômica para fins de subsistência, é garantido o direito à percepção de benefício previdenciário, como bem preconiza a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 201, inciso V, que prevê o direito à pensão por morte em favor do cônjuge, companheiro ou dependente.

Pensão por morte “é benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família, no caso da morte do responsável pelo seu sustento.” (IBRAHIM, 2006, p.521).

Portanto, trata-se de uma prestação assistencial proporcionada pela Previdência Social, com vistas a manter a subsistência das pessoas necessitadas, as quais dependiam do segurado, tendo como finalidade possibilitar que o dependente supérstite promova sua própria existência, visto que contava com um mantenedor e, após o falecimento deste, viu-se em situação de excepcionalidade.

Para concessão de pensão por morte exige-se, para cônjuge ou companheira, a carência 'casamenteira' de 2 (dois) anos de união, bem como 18 (dezoito) meses de contribuições, porém, em se tratando de filhos menores de 21 anos, não há esta exigência, bastando apenas que o óbito tenha ocorrido durante o período em que o trabalhador tinha qualidade de segurado.

2. O VÍNCULO PREVIDENCIÁRIO E A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

Entre as classes de dependentes previstas na lei previdenciária (Lei nº 8.213/91), no art. 16, encontra-se o cônjuge (inciso I) e, no artigo 76, §2º, a figura do cônjuge divorciado ou separado judicialmente que recebe pensão alimentícia, este concorrendo em igualdade de condições com aquele.

Partindo-se da premissa que a paz social é fruto da aplicação da lei e que a Previdência Social está nitidamente ligada ao fim social, assentada no Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, o sistema protetivo da previdência visa ao fornecimento de meios mínimos para a continuidade existencial digna do beneficiário.

Ressalta-se que, no que diz respeito ao tema, é notório que em nada se assemelham a obrigação civil de prestar alimentos, a qual se extingue com a morte, com o vínculo previdenciário que surge após a morte do segurado, a qual vincula a ex-esposa alimentada à Administração.

Todavia, cabe elucidar algumas definições para uma análise contextualizada sobre a questão, pois, apesar da não semelhança entre a obrigação de prestar alimentos e o vínculo previdenciário da pensão por morte, não se pode negar que, em sendo a condição de alimentada e de dependência econômica fatores que a incluem como beneficiária ao direito à percepção do benefício pensão por morte, importante se faz a abordagem da natureza dos alimentos.

Alimentos são prestações para satisfazer as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si.

A doutrina divide o conceito de alimentos em duas classificações, de acordo com sua abrangência. Portanto, podem ser classificados como civis e naturais, o primeiro, visa a assegurar o padrão de vida do alimentado, o segundo, a sobrevivência. "Os alimentos, assim, traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência." (VENOSA, 2012, p.362).

Frisa-se que estes devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, conforme redação do art. 1.694, §1º do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Importante destacar que há distinção, no ordenamento, quanto aos alimentos devidos aos parentes e aos cônjuges ou companheiros.

Sobre o assunto, elucida Sílvio de Salvo Venosa (2012, p. 363):

É importante ressaltar uma distinção que tem reflexos práticos: o ordenamento reconhece que o parentesco, o *jus sanguinis*, estabelece o dever de alimentar, assim como aquele decorrente do âmbito conjugal definido pelo dever de assistência e socorro mútuo entre cônjuges e, modernamente, entre companheiros.

Portanto, tem que ser feita uma análise do teor do art. 76, § 2º e o art. 77, *caput* da Lei da Previdência (Lei nº 8.213/91), uma vez que os referidos dispositivos colocam os beneficiários no mesmo patamar de igualdade para o recebimento da pensão por morte. Afinal, a proteção previdenciária que a Carta Magna preconiza é de proteção da família.

Desta feita, igualar a ex-esposa alimentada, no qual o vínculo familiar já se extinguiu, com a figura do cônjuge e, ainda, com a dos filhos, para uma concorrência igualitária com relação à percepção da pensão por morte, traduz-se na proteção a qual a Constituição Federal concedeu à família em seu artigo 226, *caput*?

3. CORRENTES JURISPRUDENCIAIS

Antes de adentrar neste tópico, mister salientar, quanto ao precedente, afirma Luiz Guilherme Marinoni, que este não é sinônimo de decisão judicial. Para o autor, fundado na melhor doutrina internacional, só há sentido falar em precedentes quando se observa que uma decisão é dotada de determinadas características, “basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e magistrados.” (MARINONI, 2010, p. 215). Ou seja, sem esta pretensão de universalidade, tem-se uma simples decisão judicial. Mas apenas isso não basta: para se ter um verdadeiro precedente “é preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto”. (MARINONI, 2010, p. 216).

Convém mencionar que o precedente pode se formar a partir de um conjunto de decisões, a que se dá o nome de jurisprudência. É de se notar, porém, que a jurisprudência pode ou não formar um precedente, pois, para Marinoni, esta definição depende dos requisitos da pretensão de universalidade e da completude do julgado, ao analisar os argumentos pertinentes. Em síntese, “é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”. (MARINONI, 2010, p. 217).

A matéria ainda não está pacificada, posto que de nossos Tribunais emergem decisões antagônicas e que a doutrina ainda não se posicionou sobre o tema.

3.1 Primeira corrente jurisprudencial

Os partidários desta corrente sustentam que a norma prevista no art. 77, caput, da Lei nº 8.213/91, deveria ser interpretada à luz da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, de modo que a divisão fosse aplicada por força do princípio da gravitação jurídica, seguindo a pensão por morte (acessória) a sorte da pensão alimentícia (principal).

Asseveram que:

não se pode trazer, apenas por força de interpretação literal da lei, a conclusão de que, com a morte do segurado, toda a situação de fato se alterou de um dia para o outro, com vistas a igualar o percentual de recebimento de pensão, sob pena de se retirar de quem necessita do percentual maior, para atribuir mais a quem antes não necessitava de tanto. (BRASIL, 2005, p. 5-6).

Há também decisões no sentido de que, como o benefício é oriundo da relação conjugal, há que ser mantido o valor fixado em sede de obrigação alimentar. Vejamos:

Afirmam ainda que, de acordo com o art. 884, do Código Civil Brasileiro, a saber: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.” Trata-se da definição de enriquecimento sem causa. Portanto, deve ser problematizado o fato de que subitamente haverá uma alteração radical no quantum da pensão alimentícia justamente no momento de fragilidade de um parente próximo.

Enquanto uma parte verá seus proventos reduzidos, a outra perceberá considerável aumento injustificado, configurando, assim, o enriquecimento sem causa.

Convém transcrever, a título de ilustração dessa primeira corrente, o julgado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCORRÊNCIA ENTRE ESPOSA E EX-ESPOSA. **RATEIO DA PENSÃO EM OBEDIÊNCIA AO FIXADO NO ACORDO DE ALIMENTOS.** BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. ARTIGOS 76, § 2º, E 77, DA LEI Nº 8.213/91. VALOR DA PENSÃO ALIMENTÍCIA. VINCULAÇÃO AO VALOR DA PENSÃO POR MORTE. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. CONCESSÃO DA TUTELA ESPECÍFICA.

1 - A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum*, encontrando-se regulamentada nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não. 2 - O benefício independe de carência, sendo percutiente para sua concessão: a) a ocorrência do evento morte; b) a comprovação da condição de dependente do postulante; e c) a manutenção da qualidade de segurado quando do óbito, salvo na hipótese de o de cujus ter preenchido em vida os requisitos necessários ao deferimento de qualquer uma das aposentadorias previstas no Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

3 - A celeuma diz respeito à redução do valor da pensão por morte paga à corré Maria Almeida, posto que, ao entendimento da autora, o valor correto é no percentual de 50% do salário mínimo, por força de determinação judicial, ocorrida nos autos da ação de divórcio entre o de cujus e a primeira esposa.

4 - O evento morte restou comprovado com a certidão de óbito de fl.17, na qual consta o falecimento do Sr. Ornélio Benedito de França em 10/11/2004.

5 - O requisito relativo à qualidade de segurado do de cujus restou incontroverso, considerando a pensão já paga à autora NB 135.913.005-2, (fl. 22), e o requisito relativo à dependência econômica da corré é questão incontroversa, posto que recebia pensão alimentícia do ex-cônjuge.

6 - Os artigos 76, § 2º e o 77 caput da Lei nº 8.213/91 estabelecem os critérios de rateio no recebimento

de pensão por morte a mais de um dependente e especificamente para o pagamento do benefício ao cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos.

7 - In casu, a parte autora, Sra. Sonia Maria de Araújo de França, alegou que é viúva do instituidor da pensão Sr. Ornélio Benedito de França, o qual fora casado em primeiras núpcias com Maria Almeida, em cujo divórcio ficou estabelecido o pagamento de pensão alimentícia no valor de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo. Contudo, a autarquia previdenciária, ao implantar a pensão por morte, o fez no equivalente a 50% do valor da renda mensal devida, para cada uma das dependentes, o que ultrapassa a quantia devida à segunda corré, em flagrante desrespeito aos limites da coisa julgada.

8 - O decidido nos autos da ação de divórcio e posteriormente na ação revisional de alimentos, que tramitaram perante a 2ª Vara cível da Comarca de São Vicente, em que foram partes o de cujus, e a Sr. Maria Almeida é ato jurídico perfeito e deve obedecer ao binômio necessidade de quem reclama alimentos e a possibilidade econômico-financeira daquele que pode supri-los.

9 - No caso, a aferição da necessidade econômica que norteou o valor estabelecido na época para a pensão alimentícia, devida pelo ex-cônjuge (agora falecido), teve por base exatamente a medida da necessidade econômica da corré Sra. Maria Almeida, que certamente concordou com os termos do acordo da revisão dos alimentos ocorrido na audiência de conciliação, posto que renunciou eventual interposição de recurso, conforme o termo de audiência, datado de 06/05/2003, anexado à fl. 81.

10 - Com a morte do segurado instituidor da pensão alimentícia a aferição da necessidade econômica se torna dificultada, de modo que a conclusão a respeito da referida necessidade é aquilo que já se estabeleceu sem impugnação em vida.

11 - A jurisprudência tem admitido o rateio da pensão em forma diversa do que consta no artigo 77 da Lei nº 8.213/91, quando o falecido possuía duas dependentes em vida e uma tinha direito à pensão alimentícia, com percentual fixado em decisão judicial, que deve ser mantido para efeito de rateio de pensão alimentícia.

12 - Diante do ato jurídico perfeito e em respeito à coisa julgada não há como modificar o estabelecido na ação revisional de alimentos mencionada e consi-

derar que a corré Maria Aparecida dispusesse de dependência econômica com relação ao segurado em patamar maior que os 2/3 (dois terços) do salário mínimo acordado anteriormente.

13 - A pensão por morte deve ser rateada entre a viúva e a ex-mulher divorciada, nos moldes anteriormente acordado, ou seja 2/3 (dois terços) do salário mínimo vigente, em respeito ao determinado na ação de revisional de alimentos transitada em julgado.

14 - O termo inicial do benefício deve ser a data da citação, em 14/10/2005, (fl. 27-verso), momento em que a autarquia previdenciária tomou ciência da pretensão da parte autora.

15 - Os juros de mora devem ser fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

16 - A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, naquilo em que não conflitar com o disposto na Lei nº 11.960/09, aplicável às condenações impostas à Fazenda Pública a partir de 29 de junho de 2009.

17 - Em se tratando de beneficiários da assistência judiciária gratuita, não há custas, nem despesas processuais a serem reembolsadas.

18 - Os honorários advocatícios são devidos inteiramente à autora no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas devidas até a sentença (Súmula 111, STJ), e deverão ser pagos pelos corréus, em rateio de 5% (cinco por cento) para cada um.

19 - A hipótese da ação comporta a outorga de tutela específica nos moldes do art. 497 do Código de Processo Civil. Dessa forma, em atenção a expresse requerimento da parte autora, visando assegurar o resultado concreto buscado na demanda e a eficiência da prestação jurisdicional, independentemente do trânsito em julgado, deve ser seja enviado e-mail ao INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, instruído com os documentos da parte autora e da corré, a fim de serem adotadas as providências cabíveis ao cumprimento desta decisão, para a modificação do percentual do benefício nos moldes fixados no prazo máximo de 20 (vinte) dias.

21 - Apelação da parte autora provida em parte. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

3.1.1 Segunda corrente jurisprudencial

Já os adeptos desta outra corrente afirmam que, independentemente do que fora estipulado em razão da separação ou em ação de alimentos, há que ser respeitada a lei previdenciária, pois, no pós-morte do beneficiário não impera o vínculo familiar civil, e sim, o vínculo assistencial derivado da Previdência Social.

Desta maneira, considera-se totalmente infundadas as alegações em sentido contrário, visto que, asseveram que a lei previdenciária é clara ao tratar do assunto, dispensando qualquer tipo de interpretação da lei diversa da interpretação literal ou gramatical. A fim de ilustrar a segunda corrente, segue transcrição da ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. BENEFÍCIO CUJO VALOR DEVE SER RATEADO, IGUALMENTE, ENTRE A VIÚVA E A EX-ESPOSA QUE RECEBIA PENSÃO ALIMENTÍCIA. LEI Nº 8.112/1990. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA FORMADA NA AÇÃO DE DIVÓRCIO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 217 c.c. o art. 218, § 1.º da Lei n.º 8.112/90, o rateio da pensão vitalícia entre as beneficiárias habilitadas deve ser feito em cotas-partes iguais. Precedentes.

2. Não se pode falar em desrespeito à coisa julgada decorrente da ação de divórcio, que fixou o valor da pensão alimentícia em favor da ex-esposa, porquanto com a morte do servidor público federal cessou aquela relação jurídica e surgiu uma nova, de natureza previdenciária, regulada por legislação específica.

3. A decisão judicial transitada em julgado possui limites objetivos e subjetivos, desta forma seus efeitos ficam delimitados pelo pedido e pela causa de pedir apresentados na petição inicial do processo de conhecimento, não podendo beneficiar ou prejudicar terceiros que não integraram a relação jurídica.

4. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2015).

Aduzem, ainda, que não há que se perquirir os institutos da coisa julgada e da segurança jurídica, uma vez que, com a morte do segurado extingue-se o vínculo alimentar e nasce o vínculo previdenciário que é

totalmente desvinculado do que outrora existia. Mais ainda, defendem a igualdade de direitos entre ambas as beneficiárias posto que se situam na mesma classe.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Direito Previdenciário, há que ser levado em consideração, na interpretação da legislação pertinente, o seu objetivo, qual seja, a proteção da sociedade aos seus membros, capaz de atender aos anseios e necessidades sociais, e meio para atingir a justiça, como fim da ordem social.

A interpretação da norma previdenciária objetiva extrair o verdadeiro significado do regramento jurídico. O intérprete deve penetrar na norma, buscando seu sentido, seu alcance e a extensão de sua finalidade. Qualquer lei necessita de interpretação. Mesmo uma lei “clara” deve ser interpretada, pois, para se chegar à conclusão de que esta tem sentido auto explicável, é necessário, de antemão, interpretá-la.

Com efeito, a interpretação é a construção de um sentido, a norma é construída em um procedimento em que o texto é apenas um limite, mas que não encerra o alcance e os contornos da norma a ser aplicada. Nesse processo, o intérprete se utiliza do texto como um ponto de partida, uma baliza inicial e, posteriormente, são acrescentados elementos diversos, como dados do caso concreto, a realidade social, cultura, valores e visões de mundo do intérprete, dentre outros. A norma é construída pelo intérprete no momento de sua aplicação, conforme demonstra Eros Grau:

O fato é que a norma é construída pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito. O texto, preceito jurídico, é, como diz Friedric Müller, matéria que precisa ser “trabalhada”.

Partindo do texto da norma (e dos fatos), alcançamos a norma jurídica, para então caminhar até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados [Müller].

A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto.

Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela. (GRAU, 2006, p. 28).

Portanto, a interpretação faz-se imperiosa para que se alcance a intenção da lei, com a busca do fim desejado pela lei, não sendo suficiente apenas a leitura da letra da norma.

Para tal, há de se fazer uma análise em todo o ordenamento jurídico, buscando-se textos de outros ramos do Direito para que se possa detectar qual é o sentido da norma previdenciária.

Com este intuito, necessário se faz reconhecer que, apesar da afirmação de que o Direito Previdenciário se afasta do Direito de Família, ambos possuem um objeto em comum: as relações em família. Com efeito, a pensão por morte é o benefício que mais suscita a íntima relação do Direito Previdenciário com o Direito Civil, obrigando o estudioso a conhecer notáveis institutos técnicos civilistas para que o legislador pátrio empreenda um profundo estudo sobre a realidade social, as mudanças dos costumes e que aprecie a necessidade de inteira revisão do benefício.

O que se percebe, através do estudo da legislação previdenciária, é seu caráter assistencial e protetivo, presente em todo o ordenamento jurídico que rege a matéria. Portanto, é nítido o intuito de preservação do direito à subsistência e condição de vida do dependente beneficiário.

Frisa-se que, apesar da dicotomia existente entre as duas correntes jurisprudenciais que tratam sobre o rateio entre viúva e ex-esposa alimentada, a doutrina é taxativa ao reconhecer que a lei é clara e, portanto, o rateio deve se dar conforme o previsto na Lei Previdenciária. Mas a decisão precisa ser contundente ao acolher e rejeitar argumentos, bem como se mostrar adequada para a orientação dos demais juízes e cidadãos.

Por isso, a sociedade clama por uma análise mais atenta da lei, a fim de proporcionar aos jurisdicionados a manutenção da harmonia e da paz social, indispensáveis à vida em sociedade, evitando, assim, o resultado segundo o qual um dos beneficiários possa ser "premiado" pela morte do segurado, recebendo um aumento no valor da pensão, enquanto outro deverá suportar a dor de perder o companheiro e grande parte da renda familiar.

Ressalta-se que a ideia de supressão e substituição da renda mantenedora do beneficiário deveria evitar o enriquecimento sem causa pela

credora de alimentos na hipótese em que, por exemplo, mesmo só percebendo 10% da renda mensal auferida pelo segurado em vida, viria a perceber, com o óbito deste, 50% de seu salário-de-benefício, aumentando seu ganho mensal sem que tenha dado causa a tanto. Além disso, há que se considerar que o segurado deixou outra dependente preferencial, caracterizando, assim, a injustiça na repartição igualitária entre ela e aquela credora de alimentos, pois retira da dependente supérstite uma considerável parcela dos ganhos por eles compartilhados enquanto era vivo o instituidor.

É interessante, porém, registrar que a legislação anterior à Lei nº 8.213/91 previa exatamente o que ora se propõe para alteração legislativa no presente artigo. O texto abaixo transcrito, constante do Decreto nº 89.312/84 (que trazia a anterior Consolidação das Leis da Previdência Social), assim estabelecia:

Art. 49. A concessão da pensão não é adiada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produz efeito a contar da data em que é feita.

.....
 § 2º O cônjuge que, embora desquitado, separado judicialmente ou divorciado, está recebendo alimentos, tem direito **ao valor da pensão alimentícia judicialmente arbitrada, destinando-se o restante à companheira ou ao dependente designado.** (BRASIL, 1984, grifo nosso).

A legislação, portanto, tão somente garantia ao ex-cônjuge pensionista (credor de alimentos) o direito à manutenção da percepção do percentual percebido a título de pensão alimentícia judicialmente arbitrada, destinando-se o restante à companheira ou ao dependente designado. Conseguia-se, então, conciliar a imposição judicial (pensão alimentícia) com o sentido econômico da relação de dependência.

Eis, portanto, o ponto que haveria de ser objeto de imediata revisão e alteração legislativa, adequando-se a norma previdenciária aos postulados de justiça e equidade que sempre devem nortear o trabalho do legislador, num primeiro plano, e, num segundo, do aplicador do direito.

Destaca-se, ainda, que a manutenção da divisão dos valores da pensão nos moldes fixados ainda em vida não importa qualquer prejuízo

para os cofres públicos. Trata-se, simplesmente, de uma revisão da interpretação da legislação, beneficiando a parte que mais necessita com um valor proporcionalmente maior.

Cabe ressaltar que no direito brasileiro, à luz do princípio da justiça distributiva, o princípio da isonomia deve ser lido com vistas ao alcance de uma igualdade material que leve em conta a situação fática, e não uma mera igualdade na forma.

“A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequilibradas que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.” (MELLO, 1999, p. 25)

Assim sendo, tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 89.312, de 23 de janeiro de 1984**. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/23/1984/89312.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial nº 993.646-RJ (2007/0229109-1). Agravante: Maria Alice de Barros Rocco. Agravado: Myrna Katona Faria. Relator: Ministro Walter de Almeida Guilherme. Brasília, DF, 4 de dezembro de 2014. **Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ**, Brasília, DF, 2015.

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39861127&num_registro=200702291091&data=20150203&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). **Apelação cível nº 2002.51.01.503923-2**. Apelante: Celia Diehl Corazza. Apelada: Marina de Souza Pires. Relator: Desembargador Federal Abel Gomes. Rio de Janeiro, 20 de julho de 2005. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:1XgHbw8mK5YJ:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0108110/1/3/119781.rtf+200251015039232&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 16 mar. 2018. Data de disponibilização no extinto Diário de Justiça da União (DJU): 09 ago. 2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Apelação cível nº 0008644-55.2005.4.03.6104/SP (2005.61.04.008644-5/SP). Apelante: Sonia Maria de Araujo Franca. Apelada: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Desembargador Federal Carlos Delgado. São Paulo, 04 de setembro de 2017. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região**, São Paulo, n. 173, 18 set. 2017. Judicial I. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumento?CodigoTipoPublicacao=2&CodigoOrgao=1&CodigoDocumento=6219797&IdMateria=109253&NumeroProcesso=200561040086445>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil-Direito de Família**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AS NORMAS PENAIS EM BRANCO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: ANÁLISE DO ART. 208 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

THE BLANK CRIMINAL LAW AND THE PRINCIPLE OF LEGALITY: ANALYSIS OF THE ARTICLE 208 OF BRAZILIAN CRIMINAL CODE

Luiz Henrique Lucas Barbosaⁱ

Resumo: No presente trabalho, nos propusemos a investigar o art. 208 do Código Penal Brasileiro, uma norma penal incriminadora que traz em seu conteúdo algumas elementares que não são fáceis de serem compreendidas pelo operador do Direito. Ao tratar de proteger os sentimentos religiosos, os legisladores optaram por usar termos teológicos que muitas vezes escapam à compreensão dos intérpretes e os levam a mal-entendidos. Algumas compreensões equivocadas de elementos sagrados ou religiosos levam os juristas a não punir preconceitos de ordem religiosa e a incriminarem condutas que em si mesmas não violam o objeto jurídico tutelado pela norma do art. 208. Por não ser comum a existência de peritos judiciais para questões teológicas, os magistrados precisam interpretar a norma de acordo com suas tradições ou idéias sobre o que seja algo sagrado ou religioso. Compreendemos a natureza do mencionado art. 208 como uma lei penal em branco, ainda que dificilmente acreditemos que um dia se venha a elaborar uma norma complementar, uma vez que, ordinariamente, o legislador e o administrador não dominam o objeto de estudo da teologia. Porém, como a definição de norma penal em branco aponta para aquela que precisa de outra complementar - e sendo a norma teológica uma norma de fonte diferente da norma jurídica original - identificamos aí a necessidade de uma norma penal em branco heterogênea. Uma vez compreendida a natureza da norma do art. 208 do Código Penal Brasileiro, será possível investigar sua adequação aos princípios constitucionais de Legalidade, Reserva Legal e Liberdade.

ⁱ Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes, UCAM, Brasil. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil. Oficial de Justiça da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Professor visitante da Escola Diaconal Santo Estevão.

Palavras-chave: Princípio. Legalidade. Norma Penal em branco. Art. 208 do Código Penal.

Abstract: In the present work, we propose to investigate the article 208 of Brazilian Penal Code, an incriminating penal law that brings in its content some elementaries that are not easy to be understood by Law operator. In attempting to protect religious feelings, legislators had chosen to use theological terms that often escape the interpreters understanding and lead them to misunderstandings. Some mistakes about sacred or religious elements lead jurists not to punish prejudices of religious order and to incriminate conducts that in themselves do not violate the legal object protected by the norm of article 208. For the reason that is not ordinary the existence of judicial experts in theological matters, magistrates need to interpret that norm according to their traditions or ideas about what is sacred or religious. We understand the nature of the mentioned article 208 as a blank criminal law, although we hardly believe that one day a complementary norm will be elaborated, once ordinarily legislator and administrator do not dominate the object of theological studies. However, as the definition of a blank criminal law points to the one that needs a complementary law - and since the theological norm is a source one, different from the original - we identify the necessity for a heterogeneous blank penal norm. Once we are understanding the nature of the norm of article 208, it will be possible to investigate its adequacy to the constitutional principles of Legality, Legal Reserve and Freedom.

Keywords: Principle. Legality. Blank Criminal Law. Article 208 of Criminal Code.

1 INTRODUÇÃO

Ao ler o art. 208¹ do Código Penal Brasileiro², o operador da lei se depara com uma questão essencial à sua aplicação: o que significam os termos “crença”, “função religiosa” e “culto religioso”? Claro, eles não são termos legais, mas sua perfeita compreensão é indispensável para que o aplicador da norma penal possa ponderar se essas elementares foram ou não atingidas.

Para a análise da tipicidade do fato, torna-se imprescindível a pre-existência da norma penal incriminadora, pois o Direito Penal observa regularmente os princípios de Legalidade e Reserva Legal, bem como o de Anterioridade.

No caso da lei brasileira, o legislador federal não se preocupou em descrever ou fixar os significados dos termos citados no art. 208. No entanto, os profissionais do direito no Brasil estão preparados para dar uma interpretação correta a eles? E outra questão, antes mesmo de todas as outras: o Direito e a Teologia (ou ciência da Religião) operam juntos? Como iremos analisar mais adiante, parece-nos haver alguma forma de preconceito do Direito em relação à Teologia, como se ela servisse apenas a igrejas e seitas. Qualquer coisa ligada à religião seria algo inadmissível em um Estado secular ou laico.

Em nosso entendimento, todos os preconceitos já começam com uma ideia equivocada da secularidade de um Estado. Um Estado laico deve ser aquele em que nenhuma religião é oficial ou a única permitida pelo poder constituído, considerando-se como ilegais todas as demais ou qualquer ideologia contrária aos seus valores morais. Podemos também chamar de laico, secular ou não-confessional a um Estado que assume uma posição neutra no campo religioso, não apoiando ou discriminando convicções religiosas particulares. Estado laico, então, não é sinônimo de Estado sem religiões; a este tipo nós denominaríamos de Estado antirreligioso ou arreligioso.³

1 Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

2 Decreto-lei 2848, de 07 de dezembro de 1940. Doravante também citado por CPB.

3 Nos parece mais técnico dizer “arreligioso” que “ateu”, porque é possível falar de religião sem um deus transcendente, como costuma ocorrer no Budismo. Assim, em um Estado onde toda a população seja budista, este é tecnicamente um Estado ateu, mas não arreligioso; não há crença em um deus, mas sim em uma religião. Hoje é muito difícil citar um Estado legitimamente arreligioso, já que mesmo Cuba, a República Popular da China e a República Democrática Popular da Coreia possuem constituições onde se observa a liberdade religiosa (mesmo que a prática seja bem distinta da teoria).

A multiplicidade de religiões e culturas forja a riqueza de uma sociedade e, conseqüentemente, de um Estado.⁴

Um exemplo de um Estado não secular está no art. 5º da Constituição do Império do Brasil (de 1824), que determinava como religião oficial o Catolicismo Apostólico Romano. Eram permitidos os cultos exclusivamente privados de outras crenças; mas nunca suas manifestações públicas de religiosidade.⁵ Outro exemplo de Estado não secular, mas religioso ou teocrático, é a República Islâmica do Irã: no art. 1º de sua constituição já temos a menção do livro sagrado do Islamismo, que é o Corão. Mais adiante, no art. 12, a mesma Carta traz a informação de que o Islamismo é a religião oficial do país e que essa determinação é perpetuamente inalterável.⁶

Entendemos que é muito útil refletir sobre todas as contribuições que as ciências em geral podem trazer para o estudo das ciências jurídicas. Não é difícil verificar os benefícios do diálogo entre Direito e Filosofia, Antropologia e (com especial ênfase) Sociologia. Podemos e desejamos incluir nestes frutos, ainda, as contribuições da Teologia.

Não pretendemos nos alongar muito nesta introdução, pois nos próximos capítulos teremos mais oportunidades de desenvolver nossas observações epistemológicas. Mas, para encerrá-la, gostaríamos de destacar que, se o operador do Direito tomasse conhecimento dos termos e conceitos básicos da Teologia, contribuiria ainda mais para o desenvolvimento do Direito como ciência social. Mesmo que não obrigatoriamente presente em cada indivíduo, o sentimento religioso é parte integrante da humanidade, que vive em sociedade. E, se o Direito tutela normas para essa mesma sociedade, nos parece inconcebível que as pesquisas e descobertas da ciência teológica não tenham nada a contribuir ou acrescentar ao intelecto jurídico.

Assim, necessária se torna a investigação sobre termos religiosos aplicados às ciências jurídicas, para que o juiz competente possa apreciar a tipicidade penal e constatar a preexistência de uma norma penal incriminadora que pune uma conduta humana. Para tanto, a norma penal

4 Para uma maior compreensão da diferença entre Estado laico e Estado arreligioso, há um bom artigo de Paulo Henrique Hachich Cesare, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-21/estado-laico-nao-sinonimo-estado-antirreligioso-ou-laicista>>. Acesso em 4 Set 2017.

5 Art. 5. A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo.

6 Art. 12. A religião oficial do Irã é o Islã e de doutrina Já'afaria crente nos 12 imãs. Este artigo é perpetuamente inalterável [...].

incriminadora precisa ser compreensível em sua totalidade. Então, sendo o art. 208 do CPB aparentemente uma norma penal em branco, atentaria contra o Princípio da Legalidade?

2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade no Direito Penal é aquele que determina que não é possível haver um crime ou uma sanção sem uma lei que os estabeleça. Em latim temos a expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Quando adicionamos a palavra “anterior”, nos deparamos com outro princípio que trabalha com a legalidade: o Princípio da Anterioridade. Em latim, equivale às expressões *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* ou *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*.

Os dois princípios estão dispostos no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil (CR) de 1988 e no art. 1º do Código Penal Brasileiro (CPB): “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ainda, o inciso II do mesmo art. 5º da Carta Magna brasileira ensina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Celso Delmanto descreve o citado art. 1º do CPB e o explica com as seguintes palavras:

O CPB se inicia enunciando o mais importante de seus princípios. Este art. 1º consigna a tradicional e indispensável regra de que não pode haver crime ou pena sem lei anterior [...]. Ou seja, nenhum comportamento pode ser considerado crime sem que uma lei anterior à sua prática (e não apenas ao seu julgamento) o defina assim. A lei penal faz essa definição mediante a descrição de um comportamento ilícito, ao qual prevê certa sanção. Assim, ao definir, por exemplo, o crime de homicídio, o legislador não declara, simplesmente, “é proibido matar”. Ele diz: “matar alguém: pena - reclusão, de seis a vinte anos”, fórmula com a qual, primeiramente, define a conduta ilícita, e, depois, impõe a ele os limites (mínimo e máximo) de pena, que a prática daquele comportamento virá a gerar a seu autor. Em razão do princípio expresso neste art. 1º do CPB, nenhuma pena pode ser aplicada a alguém sem que seja prevista anteriormente. Se trata de princípio indispensável à segurança jurídica e à garantia

da liberdade para todas as pessoas, impedindo que alguém seja punido por um comportamento que não era considerado criminoso no momento de sua prática. As palavras “crime, pena e lei” apresentam sentido amplo nesse artigo [...]; como “lei”, devem ser entendidas todas as normas de natureza penal, elaboradas na forma prevista pela Constituição, abrangendo não apenas as do CP como as demais leis penais especiais. (DELMANTO, 1991, p. 4)

O mesmo autor detalha a lei como fonte por excelência do Direito Penal: “Somente a lei, elaborada na forma permitida pela Constituição, pode determinar o que é crime e apontar a pena aplicável. Deve, portanto, ser lei federal, oriunda do Congresso Nacional” (DELMANTO, 1991, p. 4).

O homem opera dentro dos limites da lei: ele faz o que ela não proíbe e deixa de fazer tudo o que ela proíbe. Assim, ao violar um preceito proibitivo⁷ da norma penal, o indivíduo sofre uma sanção também pré-estabelecida por essa lei.

O professor Dr. Raúl Gustavo Ferreyra, catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires (UBA), também recorda a natureza constitucional do Princípio da Legalidade, incluído na proteção da liberdade pelo art. 19 da Carta Magna Argentina. Por meio dele se garante também a força da Constituição:

O dever jurídico de cumprir, obedecer à constituição, inicia o campo da realização do Direito Constitucional, porque depois de sua produção sempre será mister um certo grau de eficácia para sua validade cabal e total. No caso da Argentina, a nível federal, assim, surge do jogo dos artigos 31 (lei fundamental do Estado) e 19 (deve respeitar-se a ordem jurídica: nenhum habitante se encontra obrigado a fazer o que não manda a lei nem será privado do que ela não proíbe, em virtude disso - cai de maduro -, corretamente pode inferir-se a imperatividade para o ordenado). (FERREYRA, 2015, p. 235)⁸

7 Ao contrário do que ocorria com o antigo Direito Religioso Hebreu, cujos preceitos (mandamentos) eram explicitamente proibitivos – p.ex. “Não matar” – a norma penal brasileira apresenta preceitos implicitamente proibitivos – p.ex. “Matar alguém” (art. 121 do CPB).

8 “El deber jurídico de cumplir, obedecer a la constitución, inicia el campo de la realización del Derecho constitucional, porque luego de su producción siempre será menester un cierto grado de eficacia para su validez cabal y total. En el caso de la Argentina, a nivel federal, así surge del juego de los artículos 31 (ley fundamental del Estado) y 19 (debe respetarse el orden jurídico: ningún habitante se encuentra obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe; ergo – cae de maduro –, correctamente puede inferirse la imperatividad para lo ordenado)”.

Além disso, listando o rol exemplificativo das regras ou garantias constitucionais dos direitos fundamentais, o Dr. Ferreyra (2015, p. 248-250) cita as garantias específicas do processo penal. Tomamos o conteúdo de uma nota de rodapé (nº 79), que cita algumas delas, dando ênfase para a primeira: “Entre elas podem ser descobertos: a) Os Princípios da Legalidade e Máxima Taxatividade em matéria penal [...]”.

O Princípio da Legalidade é um daqueles que impedem o totalitarismo estatal, como lembra o mesmo autor supracitado:

Enquanto à defesa do positivismo como ideologia, naturalmente é uma atividade que não farei e que prefiro rejeitar, pois não existe obrigação moral incondicional de obedecer ao Direito; no entanto, não se pode deixar de reconhecer que os princípios da legalidade, da segurança e a ordenação em paz, como finalidade do Direito, são postulados inventados para conter o despotismo ou Estado totalitário, e que estes formam substratos elementares do positivismo. (FERREYRA, 2013)⁹

Para Carlos Creus (2017, p. 52), o Princípio da Legalidade “forma a estrutura angular sobre a qual se assenta o Direito Penal que nos rege hoje”. Segundo ele:

Doutrinariamente, o Princípio da Legalidade assinala que só pode receber punição o sujeito que tenha realizado uma conduta ilícita especificamente descrita como merecedora de determinada espécie de sanção, por meio de uma lei que esteja vigente no momento de sua realização; só é delito, portanto, a conduta que, como tal, tenha sido prevista pela lei penal ao se lhe atribuir uma pena. Modernamente, em virtude das construções que enfatizam a tipicidade, o Princípio da Legalidade pode expressar-se doutrinariamente, afirmando que “não há delito” – e, conseqüentemente, nem sanção – “sem tipo penal”, embora muitas vezes se faça menção ao seu resultado (*nulla poena sine lege previa*) [...] Funcionalmente, o Princípio da Legalidade assim formulado, ao requerer a existência de uma lei anterior ao fato que se julga, como

⁹ “En cuanto a la defensa del positivismo como ideología, naturalmente es una actividad que no haré y que más bien rechazo pues no existe obligación moral incondicionada de obedecer al Derecho; no obstante, no puede dejar de ameritarse que el principio de legalidad, el principio de certeza y la ordenación en paz como fin cualidad del Derecho son postulados inventados para contener al despotismo o estado totalitario, y que éstos forman ideaciones elementales del positivismo”.

determinante de uma particular consequência penal (a sanção) para uma conduta que é ilícita por violar os mandatos do ordenamento jurídico, remove a autoridade penal repressiva (designação dos conteúdos habilitantes do *ius puniendi*) dos poderes Executivo e Judiciário, para deixá-la exclusivamente nas mãos do Legislativo. Restringe, pois, as fontes de conhecimento do Direito Penal à lei. Isso gera uma garantia para o indivíduo, já que lhe assegura que a atividade repressiva de “aplicação” (Poder Judiciário) e “execução” (Poder Executivo) não vão recair sobre suas condutas que não estão classificadas como delitos pela lei. (CREUS, 2017, p. 52-53)¹⁰

Analisando se “legalidade” e “reserva legal” são dois nomes de um mesmo princípio, Carlos Creus - em sua obra sobre Direito Penal - sustenta que não: os dois princípios (Legalidade e Reserva Legal) não são duas maneiras diferentes de se dizer a mesma coisa. Em seu magistério:

O princípio da reserva, como garantia individual, existe antes do Direito Penal:¹¹ se refere à faculdade de agir do homem dentro do permitido (aquilo que não é proibido pelo ordenamento jurídico), sem que sua conduta possa carrear-lhe alguma punição, de qualquer natureza que for. Mas, além disso, é uma garantia do indivíduo, não diretamente perante os organismos da persecução penal, senão perante o mesmo órgão de legislação penal: este não pode atribuir uma pena a uma conduta que seja permitida pelo ordenamento jurídico; pelo menos, previamente, atuando como órgão de legislação geral,

10 “Forma la estructura angular sobre la cual se asienta el derecho penal que hoy nos rige”. Según este autor: “Doctrinariamente el principio de legalidad señala que sólo puede recibir pena el sujeto que haya realizado una conducta ilícita específicamente descripta como merecedora de dicha particular especie de sanción, por medio de una ley que esté vigente en el momento de su realización; sólo es delito, por consiguiente, la conducta que como tal ha sido prevista por la ley penal al asignarle una pena. Modernamente, en virtud de las construcciones que ponen el acento en el *tipo*, el principio de legalidad puede expresarse doctrinariamente afirmando que ‘no hay delito’ – ni por consiguiente pena – ‘sin tipo penal’, aunque se lo suele mencionar haciendo referencia a su consecuencia (*nulla poena sine lege previa*) [...] Funcionalmente el principio de legalidad así formulado, al requerir la existencia de una ley anterior al hecho que se juzga, como determinante de una particular consecuencia penal (la pena) para una conducta que es ilícita por haber violado los mandatos del ordenamiento jurídico, quita la potestad penal represiva (designación de los contenidos habilitantes del *ius puniendi*) del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, para dejarla exclusivamente en manos del Poder Legislativo. Restringe, pues, las fuentes de conocimiento del derecho penal a la ley. Lo cual importa una *garantía* para el individuo, ya que le asegura que la actividad represiva de ‘aplicación’ (Poder Judicial) y ‘ejecución’ (Poder Ejecutivo) no va a recaer sobre las conductas suyas que no estén catalogadas como delitos por la ley”.

11 Ou seja, a reserva legal vem antes da legalidade *stricto sensu*.

tem de “proibi-la”, mas, ao fazê-lo, tampouco pode ir além de certos limites, pois isto significaria uma interferência indevida nas esferas de liberdade da pessoa. (CREUS, 2017, p. 54)¹²

Luciana Freitas Pereira compartilha o mesmo entendimento do professor Carlos Creus. Para ela:

No entanto, é necessário fazer algumas distinções entre o Princípio da Legalidade e o Princípio da Reserva Legal. Este último seria uma “espécie” do Princípio da Legalidade, devendo ser encarado como uma tentativa da própria lei de controlar a edição de determinadas matérias, a fim de serem editadas exclusivamente por leis. Sabendo que “lei” é a forma encontrada pelo Estado para, entre outros objetivos, expor o próprio Direito, regulando situações, criando obrigações ou concedendo vantagens. As espécies normativas que o Estado cria possuem caráter geral e abstrato e possuem em sua essência dois sentidos importantes: sentido formal e sentido amplo. A lei em sentido formal seria todo e qualquer ato legislativo emanado dos órgãos legislativos. Seriam os atos normativos advindos do próprio Poder Legislativo. Lei em sentido amplo seria toda e qualquer manifestação escrita de atos normativos, ainda que não oriundos do Poder Legislativo, como as medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, chefe do Poder Executivo Federal. Nesse sentido, a reserva legal significa que determinadas matérias de ordem constitucional serão regulamentadas por lei em sentido formal. Assim, somente o Poder Legislativo, através de leis em sentido estrito (leis ordinárias e complementares), poderá tratar da regulamentação das matérias indicadas pelo texto constitucional, como “reservadas” à lei infraconstitucional. [...] Portanto, o Princípio da Reserva Legal deve sempre ser entendido como originado do Princípio da Legalidade. Sempre que a Constituição Federal determinar que a “lei” discipline alguma matéria específica, estará configurado o

12 “El principio de reserva en cuanto garantía individual está antes del derecho penal: se refiere a la facultad de actuar del hombre dentro de lo permitido (lo no prohibido por el ordenamiento jurídico), sin que su conducta pueda acarrearle sanción de cualquier índole que sea. Pero, además, es una garantía del individuo, no directamente ante los organismos de ‘persecución’, sino ante el mismo órgano de legislación penal: éste no puede asignar una pena a una conducta que esté emitida por el ordenamiento jurídico; por lo menos, previamente, actuando como órgano de legislación general, tiene que ‘prohibirla’, pero, al hacerlo, tampoco puede traspasar ciertos límites, lo cual significaría una interferencia indebida en esferas de libertad inmarcesibles de la persona”.

Princípio da Reserva Legal, cabendo ao Poder Legislativo a adoção das medidas apropriadas, a fim de regulamentar as matérias que lhe foram reservadas. (PEREIRA, 2012)¹³

Como consequência dos dois princípios (Legalidade e Reserva Legal), Carlos Creus conclui:

O Princípio da Legalidade diretamente, e indiretamente o da Reserva, dotam de específicas características a lei penal, as quais devem ser observadas em sua formulação, se não se deseja desconhecê-las. A expressão doutrinária dessas exigências fundamenta a formulação moderna do primeiro desses princípios: a lei deve ser escrita (*nulla poena sine lege scripta*), pois é a única maneira que permite conhecer com certeza o proibido e o permitido; antes do fato que se julga (*nulla poena sine lege previa*), isto é, encontrar-se vigente - de acordo com as formas do sistema legal - quando o sujeito realizou a conduta; estrita (*nulla poena sine lege stricta*), que exige que tanto a descrição da conduta como a punição a ela atribuída sejam estabelecidas na lei, sem ambiguidades que entorpecam seu conhecimento por parte dos destinatários dela (tanto indivíduos como órgãos de aplicação). (CREUS, 2017, p. 55)¹⁴

13 "Sin embargo, es menester trazar algunas distinciones entre el principio de legalidad y el principio de reserva legal. Este último sería una 'especie' del principio de legalidad, debiendo ser encarado como una tentativa de la propia ley de controlar la edición de determinadas materias, a fines de ser editadas exclusivamente por leyes. Sabiendo que 'ley' es la forma encontrada por el Estado para, entre otros objetivos, exponer el propio Derecho, reglando situaciones, creando obligaciones o concediendo ventajas. Las especies normativas que lo Estado cría, tienen carácter general y abstracto y poseen en su esencia, dos importantes sentidos: sentido formal y sentido amplio. La ley en sentido formal sería todo y cualquier acto legislativo emanado de los órganos legislativos. Serían los actos normativos advenidos de lo propio Poder Legislativo. Ley en sentido amplio sería toda y cualquier manifestación escrita de actos normativos, aún que no oriundos del Poder Legislativo, como las medidas provisorias editadas por el Presidente de la República, jefe del Poder Ejecutivo Federal. En ese sentido, la reserva legal significa que determinadas materias de orden constitucional serán reglamentadas por ley en sentido formal. Así, solamente el Poder Legislativo, a través de leyes en sentido estricto (leyes ordinarias y complementarias), podrá tratar de la reglamentación de las materias indicadas por el texto constitucional, como 'reservadas' a la ley infra constitucional. [...] Por lo tanto, el principio de reserva legal debe siempre ser entendido como originado del principio de legalidad. Siempre que la Constitución Federal determinar que la 'ley' discipline alguna materia específica, estará configurado el principio de reserva legal, cabiendo al Poder Legislativo la adopción de las medidas apropiadas, a fines de reglamentar las materias que a él fueron reservadas".

14 "El principio de legalidad directamente, e indirectamente el de reserva, dotan de específicas características a la ley penal, las que deben observarse en su formulación si no se los quiere desconocer. La expresión doctrinaria de dichas exigencias suministran la formulación moderna del primero de esos principios: la ley tiene que ser escrita (*nulla poena sine lege scripta*), ya que es la única manera que permite conocer con certidumbre lo prohibido y lo permitido; previa al hecho que se juzga (*nulla poena sine lege previa*), es decir, encontrarse vigente - según las formas del sistema legal - cuando el sujeto realizó la conducta; estricta (*nulla poena sine lege stricta*), lo cual requiere que tanto la descripción de la conducta como la pena asignada a ella se encuentren expuestas en la ley sin ambigüedades que entorpezcan su conocimiento por parte de los destinatarios de ella (tanto individuos como órganos de aplicación)".

Por todo o exposto, conclui-se que só se pode sancionar os indivíduos se sua conduta se coaduna com o preceito penal tipificado na norma penal incriminadora. Seria nula a adequação típica se a conduta comissiva ou omissiva não estivesse disposta no texto legal previamente à consumação da ação ou omissão. Da mesma forma a sanção - qualitativa e quantitativamente - se não disposta antes.

3 AS NORMAS PENAIS EM BRANCO

Rogério Greco classifica as normas penais em dois grupos: normas penais incriminadoras e normas penais não incriminadoras. Nos interessa, no presente artigo, apenas as primeiras. Para Greco:

Às normas penais incriminadoras é reservada a função de definir as infrações criminais, proibindo ou impondo condutas, sob ameaça de pena. É a norma criminal por excelência, uma vez quando se fala de norma penal se pensa, imediatamente, naquela que proíbe ou impõe condutas sob ameaça de sanção. São elas, por isso, consideradas normas penais em sentido estrito, proibitivas ou obrigatórias. (GRECO, 2007, p. 21)

Damásio Evangelista de Jesus (1989, p. 2) indica que às normas penais não incriminadoras “não se aplicam o Princípio da Reserva Legal ou da Legalidade”. Por oposição, às incriminadoras este princípio é necessariamente aplicável. Ainda, as normas penais incriminadoras podem ser completas em si mesmas ou necessariamente complementadas. Estas – que carecem de um *plus* normativo – se denominam normas penais em branco.

Surgem então duas questões: 1) As chamadas normas penais em branco violam o Princípio da Legalidade? 2) E quando sua fonte complementar é uma norma heterogênea? Para responder a essas perguntas, é necessário primeiro compreender o que são as normas penais em branco.

Novamente invocamos os ensinamentos do professor Rogério Greco, para quem as normas penais em branco ou primariamente remediadas são:

[...] aquelas em que há uma necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição do comportamento proibido,

essa descrição exige, obrigatoriamente, um complemento extraído de outro diploma - leis, decretos, regulamentos – para que possam, efetivamente, ser entendidos os limites de proibição ou imposição estabelecidos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, é impossível a sua aplicação. (GRECO, 2007, p. 22)

Segundo Greco (2007, p. 23), “sempre que precisarmos buscar um complemento em outro diploma para que possamos saber o exato alcance daquela norma que desejamos interpretar, estaremos diante de uma norma penal em branco”.

Carlos Creus também define a norma penal em branco. Para aquele, ela é:

[...] a que legisla especificamente sobre a sanção (pena), referindo-a a ações proibidas cuja particular conformação, para efeitos de aplicação daquela, deixa liberada a outras disposições às quais se remete. Não é que nelas o preceito esteja ausente, mas este se encontra meramente indicado pelo reenvio; para circunscrever-se, cumprindo com o requisito da tipicidade e, portanto, com o Princípio da Legalidade, há que recorrer-se a outra norma, que funciona como “complemento” da lei penal em branco; é essa disposição complementar a que “formula o tipo”. (CREUS, 2017, p. 71)¹⁵

Pela compreensão de Creus, se percebe uma definição distinta daquela que as normas penais em branco recebem na doutrina jurídico-penal no Brasil, onde a caracterização dessas normas incompletas se faz – não por estar o preceito em outra norma ou por faltar a sanção – senão por ausência de definição de alguns elementos essenciais do tipo penal (elementares). Entre as hipóteses que Creus não considera propriamente como normas penais em branco, ao modelo brasileiro ele acrescenta uma terceira hipótese, que chama de “normas penais em branco ao contrário”:

15 “La que legisla especificamente sobre la sanción (pena), refiriéndola a acciones prohibidas cuya particular conformación, a los efectos de la aplicación de aquélla, deja liberada a otras disposiciones a las cuales se remite. No es que en ellas esté ausente el precepto, pero éste se encuentra meramente indicado por el reenvío; para circunscribirse cumpliendo con el requisito de la tipicidad y, por ende, con el principio de la legalidad, hay que recurrir a otra norma, que actúa como ‘complemento’ de la ley penal en blanco; es esta disposición complementaria la que ‘formula el tipo’”.

Embora seja óbvio, para evitar qualquer confusão, convém esclarecer que nem todas as hipóteses legais de reenvio de uma lei a outra disposição constituem casos de normas penais em branco. É claro que resta descabida essa qualificação para as chamadas “normas penais em branco ao contrário” (Jiménez de Asúa), nas quais o preceito é o que está especificamente determinado e o reenvio ocorre para a determinação da pena, do qual é raro encontrar exemplos, já que é uma técnica legislativa ruim. Menos ainda poderá considerar-se “normal penal em branco” a que, determinando com especificidade o preceito, se restringe a remeter-se, explícita ou implicitamente, a outra distinta, para caracterizar certos elementos do tipo, o qual é um procedimento sistemático inevitável na constituição do direito (por exemplo, o conceito de “coisa alheia” não está contido no art.162 do Código Penal¹⁶, razão pela qual se faz necessário ir busca-lo dentro da norma civil), especialmente se tivermos em conta a relação que existe entre o fato jurídico de acordo com o ordenamento legal e o delito como ato ilícito “penalizado”, ao que já temos feito distintas referências que completaremos ao expor a teoria jurídica do delito. (CREUS, 2017, p. 71)¹⁷

Em seu trabalho de comentários ao CPB, Delmanto adverte que o art. 1º traz em si duas consequências além da legalidade e da anterioridade: a irretroatividade e a taxatividade. Em função da segunda delas:

As leis que definem os crimes devem ser precisas, apontando exatamente o comportamento que pretendem punir. Assim, em nome do Princípio da Legalidade, não podem ser aceitas leis vagas ou imprecisas, em que não

16 Artículo 162 del Código Penal de la Nación Argentina: Será reprimido con prisión de UN mes a DOS años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.

17 “Aunque sea obvio, para evitar cualquier confusión, conviene aclarar que no todas las hipótesis legales de reenvío de una ley a otra disposición constituyen casos de leyes penales en blanco. Por supuesto que queda desplazada esa calificación para las llamadas ‘leyes penales en blanco al revés’ (Jiménez de Asúa), en las que el precepto es lo que está específicamente determinado y el reenvío se produce para la determinación de la pena, de lo cual es raro encontrar ejemplos, ya que se trata de una pésima técnica legislativa. Menos podrá considerarse ‘ley penal en blanco’ la que, determinando con especificidad el precepto, se reduce a remitirse, explícita o implícitamente, a otra distinta, para caracterizar determinados elementos del tipo, lo cual es un procedimiento sistemático ineludible en la constitución del derecho (p.ej., el concepto de ‘cosa ajena’ no está contenido en el art.162, Cód. Penal, sino que es menester ir a buscarlo dentro de la ley civil), sobre todo si tenemos presente la relación que existe entre el hecho jurídico según el ordenamiento jurídico y el delito como hecho ilícito ‘penado’, a lo que ya hemos hecho distintas referencias que completaremos al exponer la teoría jurídica del delito”

está perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar. Por outro lado, ao juiz que vai aplicar as leis criminais é proibido o emprego da analogia ou da interpretação extensiva para incriminar algum fato ou tornar sua punição mais severa. As eventuais falhas da lei incriminadora não podem ser preenchidas pelo juiz, pois é vedado a ele complementar o trabalho do legislador para punir alguém. (DELMANTO, 1991, p. 4).

Ora, a norma penal em branco não é precisa e, por isso, poderia comprometer a taxatividade exigida pelo CPB.

É claro que, em face dessa imprecisão, a ciência jurídica exige que normas complementares venham em socorro da lacuna criada pela norma em branco. Essas normas podem vir de uma fonte jurídica homogênea ou heterogênea. Quando a fonte complementar é uma norma de origem igual, se denomina a norma penal antes incompleta de “norma penal em branco homogênea”; quando a fonte é de origem diferente, é chamada de “norma penal em branco heterogênea”.

Rogério Greco explica:

Diz-se homogênea, ou em sentido amplo, a norma penal em branco quando o seu complemento é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma que precisa desse complemento [...]. Se diz heterogênea, ou em sentido estrito, a norma penal em branco quando seu complemento é oriundo de fonte diferente daquela que a editou. (GRECO, 2007, p. 24)

Podemos citar dois exemplos:

Art. 237 do CPB - Contrair matrimônio, sabendo da existência de impedimento que cause sua nulidade absoluta.

Art. 28 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem permissão ou em desacordo com determinação legal ou regulatória estará sujeito às seguintes sanções [...]

O primeiro dispositivo - oriundo do CPB - traz a expressão “impedimento que cause sua nulidade absoluta”. Qual seria esse impedimento?

O CPB é uma lei federal produzida pelo Congresso Nacional. Os impedimentos que causam a nulidade absoluta de um casamento estão previstos no art. 1.521, incisos I a VII do Código Civil do Brasil¹⁸, que também é uma lei federal produzida pelo próprio Congresso Nacional. Como as duas normas – aquela a ser completada e a sua complementação – têm a mesma fonte original, ou seja, o Congresso Nacional, podemos dizer que a norma do CPB é uma norma penal em branco homogênea.

O segundo exemplo – oriundo da denominada Lei Antidrogas – traz a expressão “drogas sem permissão ou em desacordo com determinação legal ou regulatória”. Quais substâncias são drogas para efeitos da lei incriminadora e a que determinação legal ou regulatória o dispositivo se refere? Todas essas peculiaridades sanitárias encontram guarida nas normas de uma agência reguladora brasileira, que tem por objetivo harmonizar a nomenclatura de medicamentos e excipientes utilizados em medicamentos: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). O art. 14, inciso I do Decreto 5.912, de 27 de setembro de 2006, estabelece a matéria. Ora, a ANVISA é vinculada ao Ministério da Saúde (Poder Executivo), enquanto a Lei 11.343/2006 foi elaborada pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo). Como as duas normas – aquela a ser complementada e sua complementação – possuem diferentes fontes originais, ou seja, o Congresso Nacional e ANVISA, podemos afirmar que se trata a norma da Lei Antidrogas de uma norma penal em branco heterogênea.

Conscientes destes conceitos jurídicos iniciais, agora podemos nos deter em outro problema: as normas penais em branco, quando incriminadoras, não teriam elementares que poderiam ser complementadas ou aclaradas por uma norma com natureza jurídica diferente de uma lei? E, se assim afirmarmos, isso não violaria o Princípio da Legalidade?

Carlos Creus cuida do tema:

Mas a questão fundamental que agora nos preocupa resolver sobre as leis penais em branco, é se elas podem ser completadas por meio de uma disposição normativa que não seja a lei em sentido formal, como, por exemplo, um decreto do Poder Executivo. Obviamente, isso seria um procedimento que permitiria alcançar hierarquia de lei penal para esta legislação material. Uma corrente doutrinária que admite que qualquer lei pode operar como complemento, desde que proceda do mesmo órgão legislativo que sancionou a lei penal em branco de outros

¹⁸ A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituiu o Código Civil Brasileiro (CC).

poderes legislativos (como poderiam ser as legislaturas provinciais ou mesmo o direito estrangeiro, se a lei em branco se remete expressamente a ele), rejeita a possibilidade de que o regulamento administrativo possa operar como complemento, pois isso implicaria uma forma de delegar ao administrador o poder de criar delitos, o qual desconhece o Princípio da Legalidade. Nesta opinião cabe, no entanto, a salvação dos regulamentos ditados pelo próprio Congresso que sanciona a lei penal em branco, no exercício de suas próprias faculdades daquela natureza (art. 75, inciso 32, da Constituição Argentina), mas de nenhuma maneira se admite a complementação pelo exercício do poder regulamentar do Poder Executivo (artigo 99, inciso 2, da mesma Constituição). Outra corrente, restringindo o Princípio da Legalidade à exigência de “lei anterior”, enquanto “disposição prévia”, admite que possa operar como complemento da norma penal em branco o regulamento administrativo (Soler). (CREUS, 2017, p. 71-72)¹⁹

Eugenio Raúl Zaffaroni, citado por Carlos Creus, admite a compatibilidade entre as leis penais em branco heterogêneas e o Princípio da Legalidade quando o assunto requer o reenvio para um outro poder que não o Legislativo:

[...] as possibilidades de remissão ao regulamento administrativo dependem do caráter da matéria, segundo se trate ou não da que está reservada a tal regulamentação: “a lei penal em branco não é inconstitucional enquanto sua estrutura é imposta pela divisão dos poderes do Estado”; por exemplo, em matéria de polícia sanitária a Administração (nacional, provincial e municipal) tem

19 “Pero la cuestión fundamental que ahora nos preocupa resolver sobre las leyes penales en blanco, es si ellas pueden ser completadas por medio de una disposición que no sea la ley en sentido formal, como, por ejemplo, un decreto del Poder Ejecutivo. Evidentemente, ése sería un procedimiento que permitiría alcanzar jerarquía de ley penal a esta legislación material. Una corriente doctrinaria que admite que cualquier ley puede operar como complemento, ya proceda del mismo órgano legislativo que sancionó la ley penal en blanco de otros poderes legislativos (como podrían ser las legislaturas provinciales o hasta el derecho extranjero, si la ley es en blanco se remite expresamente a él), rechaza la posibilidad de que el reglamento administrativo pueda operar como complemento, pues ello implicaría una forma de delegar en el poder administrador la facultad de crear delitos, lo cual desconoce el principio de legalidad. En esta opinión cabe, sin embargo, la salvedad de los reglamentos dictados por el propio Congreso que sanciona la ley penal en blanco, en ejercicio de sus propias facultades de aquella naturaleza (art. 75, inc. 32, Const. Nacional), pero de ninguna manera se admite la complementación por medio del ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 2, Const. Nacional; ver Nuñez). Otra corriente, restringiendo el principio de legalidad a la exigencia de ‘ley previa’ en cuanto ‘disposición previa’, admite que pueda operar como complemento de la ley penal en blanco el reglamento administrativo (Soler)”.

o poder de emitir normas, em cujo caso a remissão a uma delas como complemento da lei penal em branco é constitucionalmente viável. (ZAFFARRONI apud CREUS, 2017, p. 73).²⁰

No Brasil, Rogério Greco está posicionado no sentido de que a norma penal em branco heterogênea ofenderia o Princípio da Legalidade. O autor brasileiro responde:

Entendemos que sim, dado que o conteúdo da norma penal poderá ser modificado sem que haja uma discussão madura da sociedade a seu respeito, como ocorre com os projetos de lei submetidos à apreciação de ambas as Casas do Congresso Nacional, levando-se em consideração a vontade do povo, representado por seus deputados, bem como a dos Estados, representados por seus senadores, além do necessário controle pelo Poder Executivo, que exerce o sistema de freios e contrapesos. (GRECO, 2007, p. 25)

O entendimento desse autor se dá porque, segundo ele, seja quando a ANVISA retira um remédio ou substância de sua lista, seja quando inclui algum outro, estará criminalizando ou descriminalizando uma conduta, sem que haja uma participação do Poder Constituído competente para legislar em matéria criminal, que - no Brasil - é a União Federal²¹, por suas duas Casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal).

Mesmo entendimento possuem Nilo Batista, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar:

Não é simples demonstrar que a norma penal em branco não configura uma delegação legislativa constitucionalmente proibida. Argumenta-se que há delegação legislativa indevida quando a norma complementar provém de um órgão sem autoridade constitucional legiferante penal, enquanto que quando tanto a lei penal em branco quanto sua complementação emergem da fonte geradora constitucionalmente legítima não se faz outra coisa senão respeitar a distribuição do poder legislativo estabelecido

20 "[...] las posibilidades de remisión al reglamento administrativo dependen del carácter de la materia, según se trate o no de la que está reservada a dicha reglamentación: 'la ley penal en blanco no es inconstitucional en tanto que su estructura venga impuesta por la división de los poderes del Estado'; por ejemplo, en materia de policía sanitaria la Administración (nacional, provincial y municipal) tiene facultades para emitir normas, en cuyo caso la remisión a una de ellas como complemento de la ley penal en blanco es constitucionalmente viable".

21 Art. 22, inciso I da CR 88.

nas normas fundamentais. O argumento é válido, mas não resolve o problema. Quando assim se teorizou, as leis penais em branco eram escassas e insignificantes: hoje, sua presença é considerável e tende a superar as demais leis penais, como resultado de uma banalização e administrativa da lei penal. A massificação provoca uma mudança qualitativa: através das leis penais em branco o legislador penal está renunciando à sua função programadora de criminalização primária, assim transferida aos funcionários e órgãos do Poder Executivo, e incorrendo, ao mesmo tempo, na abdicação da cláusula da *ultima ratio*, típica do Estado de Direito. (BATISTA et al., 2003, p. 205-206).

No entanto, prevalece a doutrina favorável à convivência pacífica entre a norma penal em branco heterogênea e o Princípio da Legalidade, desde que aquela preveja o que se denomina de “núcleo essencial da conduta”. Juan Carlos Carbonell Mateu afirma:

A técnica de leis penais em branco pode ser indesejável, mas não se pode ignorar que é absolutamente necessária em nossos dias. A extensão das regulamentações jurídicas que dizem respeito às mais diversas matérias, sobre as quais pode e deve pronunciar-se o Direito Penal, impossibilita manter o grau de exigência da legalidade que poderia ser contemplado no século passado ou mesmo no início do presente. Hoje cabe dizer que, desgraçada, mas necessariamente, temos de conformarmos-nos com lei que contemple o núcleo essencial da conduta. (MATEAU, 1999, p. 124)²²

4 O ART. 208 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O CPB dispõe em seu art. 208 dos crimes contra o sentimento religioso:

Art. 208 do CPB - Escarnecer de alguém publicamente, por motivos de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou a prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto.

22 “La técnica de las leyes penales en blanco puede ser indeseable, pero no se puede ignorar que es absolutamente necesaria en nuestros días. La amplitud de las reglamentaciones jurídicas que dicen respeto sobre las más diversas materias, sobre las que puede y debe pronunciarse el Derecho Penal, imposibilita mantener el grado de exigencia de legalidad que se podría contemplar en el siglo pasado o incluso al principio del presente. Hoy, cabe decir que desgraciada pero necesariamente, tenemos de conformarnos con la ley que contemple el núcleo esencial de la conducta”.

No dispositivo podemos destacar as seguintes elementares: a) crença; b) função religiosa; c) cerimônia ou prática de culto religioso; d) ato ou objeto de culto. Mas por que devemos fazê-lo? A resposta é que tais elementares não encontram sua definição no próprio texto do CPB ou em qualquer lei do ordenamento brasileiro. Tais conceitos são oriundos do conhecimento teológico e, por isso, ao operador do Direito se apresentam como armadilhas perigosas. Para a realidade brasileira - país cuja população é majoritariamente católica apostólica romana - imagens como a celebração de um batismo ou de uma missa são tudo o que um jurista conhece de religião. Até este ponto, não nos parece haver sérios problemas, porque, de fato, as celebrações sacramentais católicas são manifestações de natureza religiosa. Mas o problema começa a piorar quando nos afastamos da esfera católica ou cristã em geral e ingressamos no âmbito de outras religiões ou seitas.

Vamos agora tratar de noções muito simples de natureza teológica para tentar compreender o alcance do mencionado dispositivo do CPB. Passemos às mencionadas elementares.

Crença é o ato de acreditar em algo. Mas não se pode restringir a crença do art. 208 a qualquer ideologia, uma vez que o objeto jurídico tutelado por esse artigo são os sentimentos religiosos, não os filosóficos ou políticos por exemplo. Segundo o historiador das religiões Mircea Eliade:

Para o homem religioso, o espaço não é homogêneo: o espaço apresenta rupturas, quebras; há porções de espaço qualitativamente diferentes de outras [...] Existe, portanto, um espaço sagrado, e por consequência "forte", significativo, e há outros espaços não sagrados, e consequentemente sem estrutura ou consistência, em resumo, amorfos. Além disso: para o homem religioso essa não homogeneidade espacial traduz-se pela experiência de uma oposição entre o espaço sagrado - o único que é real, que realmente existe - e todo o resto, a extensão informe, que o cerca. (ELIADE, 1996, p. 25)

No parágrafo anterior, quando o autor romeno diz "espaço sagrado", é claro que não deseja restringir o fenômeno sagrado ou religioso a um lugar geográfico; este seria apenas uma dimensão de todo o fenômeno sagrado. A ideia de Mircea Eliade é tratar do âmbito sagrado. A esse âmbito, ele denomina "hierofania", um termo que cunhou do grego *hieros* (sagrado) + *faínein* (manifestação), donde a hierofania é a manifestação

do fenômeno sagrado. Para nosso estudo, é imprescindível compreender essa hierofania para trabalhar com as elementares do art. 208 do CPB. Mircea Eliade cita que:

O homem toma conhecimento do sagrado porque este se manifesta, se mostra como algo absolutamente diferente do profano. A fim de indicar o ato da manifestação do sagrado, propusemos o termo hierofania. Este termo é conveniente, porque não implica qualquer precisão suplementar: exprime apenas o que está implicado no conteúdo etimológico, isto é, que algo de sagrado se nos revela [...] Estamos frente ao mesmo ato misterioso: a manifestação de algo "de ordem diferente"- de uma realidade que não pertence ao nosso mundo - em objetos que são parte integrante do nosso mundo "natural", "profano". (ELIADE, 1996, p. 17)

Trabalhando as palavras de Mircea Eliade entendemos que, para todo homem religioso, existem dimensões físicas e metafísicas que operam uma realidade diferente de tudo que existe ao nosso redor. O que vemos com os olhos chamamos de profano; o que nosso coração e mente nos revelam como expressões espirituais denominamos de sagrado ou religioso. Assim, um não crente que tenha contato com um objeto sagrado não consegue perceber nada além do próprio objeto; mas para o homem religioso esse é a expressão de uma religiosidade. Por exemplo: um judeu que observa o Santíssimo Sacramento nada mais lhe parece que um pão; mas para um católico ali está a presença real de Jesus Cristo. É por isso que a crença é exatamente a hierofania captada pelo homem religioso.

Função religiosa é todo exercício dos rituais religiosos. Entre os elementos essenciais que geralmente são atribuídos às religiões, estaria a liturgia de uma determinada religião. A liturgia é todo serviço religioso prestado para o exercício de uma religião ou seita. Pode ser a ministração de um sacramento católico, um direcionamento espiritual por um pastor protestante, um rabino judeu ou um imã muçulmano. Existem pessoas a quem essas responsabilidades são atribuídas e elas são revestidas de hierofania também.

Cerimônia ou prática de culto religioso é um conceito que também está inserido no campo da liturgia. Cerimônia e prática são realidades

muito próximas, mas é possível distingui-las. Toda realização do culto religioso é uma prática religiosa, uma hierofania; mas uma cerimônia pode ser o mesmo que uma solenidade, algo mais formal dentro do culto de uma religião ou seita. Por exemplo: a visita de um ministro religioso a uma pessoa doente em casa ou em um hospital é uma prática religiosa, mas não é uma cerimônia; já a Celebração Eucarística é uma cerimônia.

Ato ou objeto de culto é qualquer ação, instrumento ou utensílio que é usado em um culto religioso. Pode ser uma oração ou fórmula de bênção; ou um livro sagrado como a Bíblia, a Torá ou o Corão; também podem ser cálices, refeições e bebidas; eles podem ser sinais religiosos como cruzes, estrelas, luas e assim por diante.

Todos os esforços para sintetizar esses conhecimentos teológicos visaram somente demonstrar que o legislador do CPB, em 1940, incluiu elementares que muitas vezes são desconhecidas de promotores, juízes e advogados que militam no processo penal. Então, o que esperar de profissionais que precisam investigar a adequação típica e não sabem exatamente do que tratam tais termos? E, uma vez que agora trabalhamos com noções do Princípio da Legalidade, os indivíduos sabem se atuam contra uma hierofania? Conhecem seus limites? Podemos dizer, com base no que estamos estudando, que se alguém não conhece o que seja um culto, uma crença, uma hierofania, igualmente não é capaz de saber se pratica ou não um ato ilícito penal. Sancionar objetivamente (não subjetivamente) aqui seria uma violação à liberdade e à legalidade que todas as normas e princípios que citamos buscam proteger. Se alguém não conhece o significado de uma elementar qualquer, não pode também entender com profundidade que tem total liberdade de fazer o que a lei permite ou a deixar de fazer tudo o que proíbe. E, com art. 208 do CPB, se dá igual.

Mesmo não se referindo a um julgamento de matéria penal, senão de matéria cível, trazemos para o nosso estudo o julgamento do processo 0004747-33.2014.4.02.5101, que chegou à Justiça Federal do Rio de Janeiro em 2014. Nessa demanda, o Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra a Google Brasil Internet Ltda. pelo uso indevido de vídeos no site do YouTube, onde a Igreja Universal do Reino de Deus (IURD) fazia comentários muito depreciativos e preconceituosos contra a umbanda, uma manifestação religiosa do culto afro-brasileiro, que existe desde a era da escravidão no Brasil. Os escravos negros que vieram da África misturaram suas crenças animistas com aspectos do credo católico português no Brasil e criaram a umbanda. Os neopentecostais da IURD

consideram feitiços o que realizam os umbandistas e fazem muitos rituais e cultos onde os acusam. Para impedir a exposição pejorativa contra a umbanda na internet, o Ministério Público Federal processou o site do Google para interromper a transmissão desses vídeos.

Quando da sentença, o magistrado inicialmente teria entendido que a umbanda não seria uma religião, pela única razão de não ter um livro sagrado. Muitas foram as críticas e protestos contra tal decisão considerada preconceituosa. Dias depois, o mesmo magistrado voltou atrás e reconheceu a umbanda como religião. A nós parece que a razão para isso estaria no fato de que os magistrados – assim como qualquer outro operador do Direito – não estão obrigados a conhecer termos e fatores de origem teológica. A hierofania que trabalhamos muito acima não faz parte do cotidiano dos operadores legais. Como esperar que um juiz entenda que existem religiões sem um livro sagrado, como o budismo e o kerdicismo? Por essa razão, defendemos que a hipótese do art. 208 da CPB traz em si problemas complexos para o aplicador da norma penal que também não sabe o que é uma crença ou um culto religioso para ter convicção no momento da tipificação.

Em setembro de 2017, o Banco Santander patrocinou uma exposição na cidade de Porto Alegre, onde o tema era a erotização. Não bastando trazer imagens de meninos e meninas em atividade sexual com adultos - o que por si só já seria crime - tentou usar objetos religiosos como cruzeiros e hóstias com temática erótica. Claro que a hierofania sofreu uma violência e o Ministério Público Estadual exigiu que o banco cessasse as exposições. Para a imprensa brasileira pareceu censura cultural, mas não sabemos até que ponto a intenção dos jornais era gerar polêmica e vender seu produto ou se de fato não conheciam aspectos do sagrado em questão.

Compreendemos essas noções de hierofania e sua aplicação ao art. 208 do CPB como suficientes para nossos esforços de demonstrar aqui a vigência de leis penais incriminadoras incompletas e o quanto podem entrar em conflito com o Princípio da Legalidade. Se alguém não conhece a *mens legis* desse artigo, é claro que terá um comportamento baseado na imagem falsa de que o faz porque a lei não o proíbe. Como o Direito não apresenta muita preocupação e devido conhecimento técnico para legislar sobre leis de conteúdo teológico, acreditamos que uma interpretação auxiliada pela própria teologia traria maior eficácia à subsunção da lei penal ao fato criminoso.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou investigar as normas penais incriminadoras incompletas - especialmente as chamadas normas penais em branco -, a sua relação de obediência ao Princípio da Legalidade e a hipótese do art. 208 do Código Penal Brasileiro.

Portanto, tratamos de ver a importância do Princípio da Legalidade e da sua inserção no Princípio da Liberdade dos Indivíduos, como forma de não punir aqueles que fazem o que a lei não proíbe.

Depois, trabalhamos as leis penais em branco - homogêneas e heterogêneas - especialmente a constitucionalidade das segundas, tendo em conta o Princípio da Legalidade, uma vez que a norma complementar - nessa hipótese - advém de uma fonte distinta da norma a ser complementada. E, sendo a segunda norma oriunda do Poder Executivo, poder-se-ia constatar a existência de uma lei em sentido material para dispor sobre delitos; não uma lei em sentido formal. Assim, essa segunda norma violaria o Princípio da Reserva Legal.

Finalmente, destacamos e trabalhamos as definições teológicas das elementares inseridas no art. 208 do Código Penal Brasileiro, provando que ao operador do Direito - com ênfase no trabalho de promotores, juízes e advogados - é muito difícil, senão impossível, ter o domínio sobre o alcance de noções como "função religiosa", "culto", "crença" e assim por diante. Então, o art. 208 parece-nos uma clara norma penal em branco heterogênea, já que sua fonte complementar só pode advir de uma fonte teológica, e não jurídica; uma norma explicativa teológica e não uma norma jurídica de qualquer natureza. Seria, naturalmente, uma lei em sentido material.

Para encerrar o presente artigo, entendemos que a matéria do art. 208 da lei penal brasileira - se acolhido o entendimento de que as normas penais em branco heterogêneas não violam o Princípio da Legalidade ou ainda o da Reserva Legal - é perfeitamente constitucional, carecendo o juiz de valer-se de interpretações que o conduzam ao verdadeiro significado dos termos ali dispostos. Porém, se a compreensão for favorável à inconstitucionalidade das citadas normas incompletas que apresentam fontes distintas, conseqüentemente as elementares do art. 208 conduzirão esse dispositivo à declaração de sua inconstitucionalidade, visto que violaria o disposto no art. 5º da Constituição do Brasil.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA, **Constitución de la Nación Argentina (1995)**, de 03 de jan. de 1995, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jan 1995.

_____. **Lei n. 11.179, de 16 de janeiro de 1985**. Código Penal de la Nación Argentina. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jan 1985.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de mar. de 1824. Rio de Janeiro, mar 1824.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de out. de 1988. Brasília, DF, out 1988.

_____. **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF, dez 1940.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF, jan 2012.

_____. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Medidas para prevenção do uso indevido de drogas. Brasília, DF, ago 2006.

CREUS, Carlos. **Derecho Penal. Parte General**. 5. ed. Buenos Aires: ASTREA, 2017.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

ELIADE, Mircea. **O Sagrado e o Profano: a essência das religiões**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FERREYRA, Raúl Gustavo. Enfoque sobre el Mundo del Derecho: constitución y derechos fundamentales. Academia. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, ano 11, n. 21, p. 243-282. 2013. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/21/enfoque-sobre-el-mundo-del-derecho-constitucion-y-derechos-fundamentales.pdf>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. **Fundamentos Constitucionales**. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. v. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. **Derecho Penal: concepto y principios constitucionales**. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999.

PEREIRA, Luciana Freitas. O princípio da legalidade na Constituição Federal: análise comparada dos princípios da reserva legal, legalidade ampla e legalidade estrita. **DireitoNet**, 1 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7125/O-principio-da-legalidade-na-Constituicao-Federal-analise-comparada-dos-principios-da-reserva-legal-legalidade-ampla-e-legalidade-estrita>>. Acesso em: 7 set. 2017.

HERMENÊUTICA E DIREITO: NOVOS CAMINHOS

HERMENETIC AND LAW: NEW PATHWAYS

Cleyson de Moraes Melloⁱ

Resumo: A Constituição de 1988 representa uma mudança de paradigma no Direito brasileiro. A partir dessa mudança de modelo, é necessário investigar a realização do direito, a partir da tutela da dignidade da pessoa. O Direito alinhado à hermenêutica filosófica assume, pois, um viés transformador. Daí a necessidade de compreender o Direito a partir do ser-no-mundo. O pensamento jurídico não pode ser concebido a partir de um predomínio causado pelos limites da razão e edificado com os poderes da racionalidade abstrata. É neste sentido que, em face da flagrante inefetividade da hermenêutica clássica, originariamente metodológica, torna-se necessária a construção de uma resistência teórica que aponte para a construção das condições de possibilidade da compreensão do direito, como modo de ser-no-mundo.

Palavras-chave: Direito. Dignidade humana. Ser-no-mundo, *Dasein*.

Abstract: The Constitution of 1988 represents a change of paradigm in the Brazilian law. From this change of model, it is necessary to investigate the performance of duty, from the protection of the dignity of the person. The Right aligned the philosophical hermeneutics is therefore a bias processor. Hence the need to understand the law from being-in-the-world (*In-der-Welt-Sein*). The legal thought can not be designed from a predominantly caused by the limits of reason and built with the power of abstract rationality. It is in this sense that, given the striking ineffectiveness of classical hermeneutics, methodological in your origin, it is necessary to construct a theoretical strength that point to the construction of the conditions of possibility of understanding the law, as a way of being-in-the-world.

Keywords: Right. Human dignity. Being-in-the-world. *Dasein*.

ⁱ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Departamento de Teorias e Fundamento do Direito. Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença – RJ; Professor Titular da Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro – Brasil; Doutor e Mestre em Direito. profcleysonmello@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Pensar o Direito em sua forma mais originária. Este é o desafio em direção às sendas da realização da proteção da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana. É um pensar o Direito com as lentes voltadas para o mais essencial: a *dignidade humana como valor fundamental da Constituição da República* (art.1º, III, da CRFB/88).

O “saber” jurídico não pode ficar atrelado ao ente, dominado pela sua estrutura, mas, sim, deve caminhar sempre para além deste, ultrapassando-o, constantemente. O operador jurídico deve procurar superar o texto da lei, em busca do seu fundamento – em direção ao ser. O saber essencial do Direito não está posto, não é algo dado, objetificado (entitativo), mas sim desvelado ao julgador na análise do caso concreto decidendo. É um “saber” essencial que passa por cima do ente e procura atingir a sua forma mais originária. Somente quando ultrapassamos o ente, em busca do seu ser, as “proposições” jurídicas terão alguma justificação.

Nesse contexto, Heidegger (1995, p.94-95), na obra *Sobre o Humanismo*, afirma que

somente na medida em que o homem, ec-sistindo na Verdade do Ser, pertence ao Ser, é que pode provir do próprio Ser a recomendação das prescrições que tornar-se-ão para o homem lei e regra. Em grego, recomendar é *némein*. O *nómos* não é apenas a lei, porém, mais originalmente, a recomendação protegida pelo destinar-se do Ser. Só essa recomendação pode dispor o homem para o Ser. E somente essa disposição pode trazer e instaurar obrigações. Do contrário, toda a lei permanecerá e continuará apenas um produto (*das Gemächte*) da razão humana. Mais essencial para o homem do que todo e qualquer estabelecimento de regras é encontrar um caminho para a morada da Verdade do Ser. (HEIDEGGER, 1995, p. 94-95)

O esquecimento da Verdade do Ser em favor da “coisificação” do Direito, não pensado em sua essência, é o sentido de sua decadência. Sem a percepção desta essência todo o esforço e o cuidado para se “dizer o direito” transborda no vazio. As normas jurídicas em abstrato devem ganhar mais plenitude e colorido se considerarmos os estudos avançados de

hermenêutica jurídica e concretude judicial, uma vez que aquela deixa de ser considerada como hermenêutica de orientação metodológica-científica (modo de conhecer) para ser estudada como hermenêutica ontológica (modo de ser).

O *pensar usual* (pensar o ente) dos operadores do direito é aquele em que a *personalidade humana* não é considerada como vetor máximo do ordenamento jurídico, senão como aptidão de ser titular de direitos e deveres, conforme prescreve o artigo 1º do Código Civil, ou seja, considerada como sinônimo de capacidade jurídica. Ao contrário, a compreensão da *personalidade jurídica* deve se dar em duas vertentes: a primeira, como a possibilidade de ser sujeito de direitos e deveres, e a segunda, e mais relevante, como o *sentido existencial do próprio ser humano*, visto como valor fundamental de nosso ordenamento jurídico. Neste caso, é o princípio da dignidade da pessoa humana ressoando em sua mais nobre originalidade (MELLO, 2007, p. XXII).

A dificuldade da compreensão do Direito a partir da sua forma mais originária reside, de certa forma, no despreparo e na incapacidade da maioria de nossa comunidade acadêmica de enfrentar os fundamentos do direito. É, pois, necessário colocar o Direito no caminho de sua origem, ou nos desviarmos dele a partir de interpretações equivocadas.

Fazer do direito posto uma verdade, isto significa certamente fazer uma superação do texto normativo (algo dado), uma "personalidade". O encobrimento do ser do direito é fruto de uma tradição liberal-individualista-normativista no qual o Código Civil sempre desempenhou uma referência normativa predominante e exclusiva no recinto das relações interprivadas.

A cultura jurídica operada em salas de aula e nos tribunais de justiça deve ser desconstruída (visão de um sistema fechado codicista) em busca de uma postura mais aberta, prospectiva, que dê suporte a uma sociedade complexa e pluralista. Isso não quer dizer que o julgador desconsidere a segurança jurídica e passe a decidir de forma arbitrária (neste caso, estaríamos diante de um Estado-Judiciário). Pelo contrário, a jurisprudência deve reconhecer a eficácia normativa dos princípios constitucionais no âmbito das relações jurídicas de direito privado, bem como recorrer à hermenêutica jurídica, não como um conjunto de métodos (hermenêutica metodológica), mas, sim, como condição de possibilidade (hermenêutica filosófica). É a reconstrução do direito civil a partir do *como hermenêutico*,

ou seja, um *locus* hermenêutico com fincas no princípio fundante da proteção da dignidade da pessoa humana. É o *poder ser* acerca das realidades humanas e pessoais.

A personalidade jurídica não pode ser considerada como um reduto do poder do indivíduo, mas sim “como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de legitimidade” (TEPEDINO, 2002, p. XXV).

A dogmática jurídica não pode esconder as vicissitudes da realidade material (mundo vivido) que o Direito deve tutelar, em especial, nas questões diretamente relacionadas ao Homem, sua dignidade e personalidade.

Este é o enorme desafio do jurista no início do século XXI: saber e conhecer o que seja o Homem, o que é a pessoa humana, sua dignidade e personalidade jurídica.

Na esteira da filosofia existencialista, a personalidade humana deve ganhar *status* de valor jurídico de cunho existencialista, já que esta não pode ficar aprisionada ao rol de direitos subjetivos típicos adotado pelo Código Civil. Daí a importância do entrelaçamento principiológico entre o direito civil e os direitos humanos.

Na verdade, tais questionamentos caminham para uma oportuna (re)fundamentação do pensamento jurídico. Sem focar o Direito na dignidade da pessoa humana, como pode o operador do direito aplicar as regras do direito posto? O primeiro passo é, pois, conhecer a dimensão ontológica do Direito.

A partir desse novo *locus hermenêutico*, a relação jurídica deve ser compreendida como a realização do Direito, inserida no seu contexto histórico-cultural, ou seja, a idéia de relação jurídica deve estar em harmonia com os direitos fundamentais, com vistas à repersonalização da pessoa. É a realização do direito conduzida por uma questão prévia: a sintonia do Direito com os cânones da tutela da dignidade da pessoa humana. Daí a necessidade de uma nova racionalidade a partir de uma perspectiva ontológico-existencial (MELLO, 2006).

Melhor dizendo: é a possibilidade de análise do fenômeno jurídico a partir de suas vicissitudes totalitárias concretas no mundo da vida. É a relação jurídica ajustada a uma nova dinâmica social de inter-relação humana vista a partir de suas especificidades concretizantes. É o Direito inserido na pós-modernidade.

É justamente por isso que os operadores do direito precisam ajustar a dogmática jurídica ao novo, ao efêmero, ao *poder-ser*, à diversidade, à diferença, ao pluralismo, bem como enfrentar as relações jurídicas civis a partir de sua dinamicidade espaço-tempo cultural.

O jurista não pode fechar os olhos para esta nova realidade, refugiando-se num formalismo positivista que prescindia de aproximações com a hermenêutica filosófica e constitucional.

É desta forma que o Direito não pode se ancorar no paradigma epistemológico da filosofia da consciência e na subjetividade. Observa-se a entificação do Direito. O Direito deve restar harmonioso com o modo de ser-no-mundo (mundo da vida). Dessa maneira é possível reconhecer o fundamento da concretização normativa desejada.

O pensamento jurídico não pode ser concebido a partir de um predomínio imposto pelos limites da razão e edificado com os poderes da racionalidade abstrata. A transcendência existencial torna-se uma alavanca de evolução da ciência jurídica, já que a concretização normativa ficará garantida através dos pilares do círculo hermenêutico.

A superação da filosofia da consciência, da relação sujeito-objeto, do subjetivismo, é a busca do homem em sua essência, como possibilidade e modo de ser-no-mundo, ou seja, é o caminho em direção a uma humanização do Direito. É o caminho para a (de) sentificação do Direito, já que um ente não pode fundar os entes. É a partir da hermenêutica como modo de ser-no-mundo que o Direito deve procurar caminhar por uma área de valores humanos peculiares, subtraídos à lógica formal do direito positivo.¹

O Direito é um sendo, é um acontecer, é uma abertura de possibilidades. O ser deve ser compreendido a partir do homem em seu próprio acontecer, historicamente situado. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental, procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.

Desse modo, é a partir do pensar originário que a ciência jurídica vai desdobrando o seu jogo de preceitos legais. No viço dessa originalidade,

¹ Nessa linha de pensamento, Gianni Vattimo afirma que “se é verdade que é preciso procurar obter também no campo das ciências humanas uma forma de rigor e de exatidão que satisfaça as exigências de um ser metódico, isto deve fazer-se desde que se reconheça o que existe no homem de irreduzível e peculiar; e esse núcleo é o humanismo da tradição, centrado em torno da liberdade, da escolha, da imprevisibilidade do comportamento, isto é, da sua constitutiva historicidade.” (VATTIMO, 1987. p.32).

pensar o Direito quer dizer: vir e chegar à plenitude de ser no Direito é a clareira, *aletheia*; é a essência do pensamento jurídico em seu desvelar-se, em seu dar-se originário. Vê-se, pois, a produção do Direito e não, simplesmente, a sua (re)produção jurídica. É essa operação do pensamento jurídico que possibilita a sua renovação pela (re)fundamentação de seu ser.

A compreensão é a própria abertura do ser-no-mundo, bem como é um existencial. Todo o compreender é derivado dessa compreensão existencial, que é a própria luz, iluminação, abertura, clareira, revelação do ser-aí, *Aletheia*.

O Direito deve ser compreendido de modo originário e autêntico, desvinculado dos conceitos ingênuos e opiniões que a tradição em si as carrega. Há que se buscar uma abertura mais abrangente e mais originária do Direito.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DISCURSO LEGITIMADOR DO DIREITO

É certo que na civilização moderna o conceito de pessoa brilha como estrela de primeira grandeza em seus mais diversos matizes nos campos da Moral, do Direito, da Filosofia, da Antropologia, da Sociologia, da Psicologia, da Religião, etc. Daí as diversas linhas teóricas e paradigmas que possuem como epicentro o conceito de pessoa. Nesta perspectiva torna-se difícil a busca de uma definição precisa acerca da dignidade da pessoa humana, em especial, na seara jurídica.

Na filosofia moderna, duas linhas teóricas condicionam-se mutuamente:

é a reformulação do conceito de pessoa no campo conceptual da metafísica da subjetividade, intentada por Descartes e pelos cartesianos, que é o alvo da crítica empirista; e é a polêmica com essa crítica que leva Kant a um último e mais radical aprofundamento da concepção de pessoa em direção ao terreno da subjetividade absoluta. Na verdade, de Descartes a Kant e de Hobbes a Hume o conceito de pessoa oscila entre a unidade da consciência-de-si e a pluralidade das representações do Eu, aquela primeira e originária, essas coordenadas

nominalisticamente nas múltiplas designações de que a pessoa é objeto. (VAZ, 2003, p.195)

Portanto, que é o homem? A despeito da interrogação filosófica sobre o homem no correr dos séculos, aqui, adotar-se-á o paradigma heideggeriano, ou seja, é na dimensionalidade do Dasein que a dignidade da pessoa humana e a sua personalidade se desvelarão, uma vez que neste espaço o homem não é um ente, senão o *aí-do-ser*. É um novo paradigma de fundamentação do direito, já que pautado na dimensionalidade ontológica da pessoa humana.

Hoje em dia, o dizer o Direito nos chega por meio de um pensamento jurídico alienante e silente, pautado em um positivismo legalista.

Angustiante por natureza, a busca desenfreada pela segurança jurídica sufoca cada vez mais o pensar original. Um sistema jurídico axiológicamente neutro, a-temporal, a-histórico, já representa um perigo a ser evitado e uma ameaça a ser controlada pelos juristas. Caso contrário, imperar-se-á por toda a parte uma atitude de subserviência ao texto legal, representando, assim, a inautenticidade do Direito, isto é, a retificação do direito. Isso representa uma prestação jurisdicional restrita às atividades lógicas, científicas, cuja visão objetivista dos entes está em distonia com o mais digno de ser pensado, qual seja: o pensar o ser e a verdade da facticidade do ser-*aí*.

Dessa maneira o estatuto legitimador do Direito não será mais de cunho objetivista. Uma espécie de antropologia da facticidade abre-se como único lugar para a problematização do homem e da filosofia (STEIN, 2003, p. 16). E por que não dizer do Direito? É, pois, um novo plano para se dizer o Direito em que se dão ente e ser, no nível do ente privilegiado. É a filosofia de Heidegger ancorada nos teoremas da diferença ontológica e círculo hermenêutico. É neste nível que o Direito passa a receber seu estatuto legitimador.

Caberá, pois à jurisdição constitucional enfrentar as questões acerca da natureza da dignidade da pessoa humana a partir das especificidades dos casos concretos decididos (concretude judicial), a partir de uma (re)fundamentação do pensamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana deve ser reconhecida pelo Direito, não como questão de validade da norma jurídica, senão como sentido do ser, como algo preexistente e anterior a todo fenômeno jurídico.

É uma espécie de a priori do conhecimento na ontologia como hermenêutica da facticidade, como analítica existencial. É, pois, o Dasein como ser-no-mundo, como pressuposto de qualquer teoria do conhecimento ou fenômeno jurídico.

A dignidade é intrínseca a todo e qualquer ser humano. Neste sentido, o artigo 1º da Declaração Universal da ONU (1948) determina que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.”

Em *Ser e Tempo*, Heidegger (2002, p.33) chama a atenção, logo no início, para a importância da compreensão pré-ontológica do ser. O filósofo diz que “esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo pre-sença. A colocação explícita e transparente da questão sobre o sentido do ser requer uma explicação prévia e adequada de um ente (pre-sença) no tocante ao ser ser.”

Heidegger (2002, p.309) afirma que Dasein (pre-sença, ser-aí) “não é sinônimo nem de homem, nem de ser humano, nem de humanidade, embora conserve uma relação estrutural. Evoca o processo de constituição ontológica de homem, ser humano e humanidade.” Dessa forma, é no *Dasein* que o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, a sua história.

A compreensão da dignidade da pessoa humana não é uma compreensão empírica de algo enquanto algo, e sim condição de possibilidade desta última.

É necessário, pois, que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana seja reconduzido a uma matriz heideggeriana, cujo ser-no-mundo é constituição necessária e fundamental do *Dasein*. É um existencial.

3 DIGNIDADE E HUMANIDADE: A NECESSIDADE DE ULTRAPASSAMENTO DO ANIMAL RATIONALE EM DIREÇÃO À SUA EC-SISTÊNCIA

O esquecimento da Verdade do Ser em favor da avalanche do ente, não pensado em sua essência, é o sentido da “decadência”, mencionada em *Ser e Tempo*. Da mesma forma, o esquecimento da tutela da dignidade

humana em favor da idéia minimalista do homem-objeto, é o sentido da “decadência” do Direito.

A metafísica pensa o homem a partir da *animalitas*. Ela não o pensa na direção de sua humanitas (HEIDEGGER, 1995, p.40). É dessa maneira que Heidegger (1995, p.41) remete o ser humano para o lugar da compreensão do ser. Em *Sobre o Humanismo*, o filósofo afirma que “só se pode dizer ec-sistência da Essência do homem, isto é, do modo humano de “ser”, pois somente o homem, até onde alcança a nossa experiência, foi introduzido no destino da ec-sistência.” (HEIDEGGER, 1995, p.41).

Heidegger (1995, p.41) chama a ec-sistência do homem, o estar na clareira do Ser. “Esse modo de ser só é próprio do homem. Assim entendida, a ec-sistência não é apenas o fundamento de possibilidade da razão, *ratio*. É também onde a Essência do homem con-serva a proveniência de sua determinação.”

Assim, o que o homem é repousa em sua ec-sistência. A ec-sistência em Heidegger (1995, p.43-44) não se identifica com o conceito tradicional de existêntia. Ele afirma que “Kant apresenta a existêntia como sendo realidade, no sentido de objetividade da experiência. Hegel determina a existêntia, como a idéia da subjetividade absoluta, que se sabe a si mesma. Nietzsche concebe a existêntia, como o eterno retorno do mesmo.”

Dessa maneira, na esteira da concepção heideggero-gadameriana, a dignidade da pessoa humana deve ser pensada no âmbito da “compreensão do Ser”, isto é, a partir da analítica existencial do “ser-no-mundo”. Na concretude judicial, a partir das circunstâncias do caso concreto decidendo, sempre que o indivíduo for considerado como objeto cognoscível (como ente – direito coisificado), a sua dignidade será atingida de forma inequívoca.

É neste sentido que doutrina e jurisprudência possuem papel relevante nessa mudança de postura. A noção de dignidade da pessoa humana vai se conformando, a partir do momento em que o Direito é desvelado a partir da ec-sistência. Pois é ec-sistindo que o homem pode pensar a Verdade do Ser. A ec-sistência do homem é uma ec-sistência Histórica. (HEIDEGGER, 1995, p.59). O que se percebe é a necessidade de contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana.

Os princípios que permeiam a dignidade da pessoa humana estão fincados no rol dos direitos da personalidade, bem como ancorados no conjunto de direitos fundamentais, de tal sorte que, caso ocorra

(des)respeito pela vida, pela integridade psicofísica, pela moral, ou imagem do ser humano, ou suas condições mínimas de existência sejam violadas, estar-se-á diante da violação da dignidade da pessoa humana.

O Ser não pode ser pensado a partir do ente, tal qual a metafísica do “esquecimento do ser”. A Verdade do Ser, como a própria clareira, permanece oculta à metafísica. Heidegger (1995, p.61) afirma que “o Ser se clareia para o homem no projeto ec-stático. Todavia, esse projeto não cria o Ser. Ademais, o projeto é essencialmente um projeto lançado. O que lança no projeto, não é o homem mas o próprio Ser. Esse destina o homem na ec-sistência do Da-sein, como sua Essência.”

Heidegger procura “destruir” a metafísica ocidental, ancorada em concepções objetificantes, para introduzir uma relação entre ser humano e coisas que precede qualquer relação. É no viés ontológico que a compreensão do ser como *Dasein* supera os paradigmas objetificantes.

Neste contexto, Heidegger (1995, p.78) afirma que

ora, o que uma coisa é, em seu ser, não se esgota em sua ob-jetividade e principalmente quando a ob-jetividade possui o caráter de valor. Toda valorização, mesmo quando valoriza positivamente, é uma subjetivação. Pois ela não deixa o ente ser mas deixa apenas que o ente valha, como objeto de sua atividade (*Tun*). O esforço extravagante, de se provar a objetividade dos valores, não sabe o que faz. Dizer-se que “Deus” é o “valor supremo”, é uma degradação da Essência de Deus. Pensar em termos de valor é aqui – como alhures – a maior blasfêmia, que jamais se possa pensar com relação ao Ser. Pensar contra os valores não significa, por conseguinte, tocar os tambores da desvalorização (*Wertlosigkeit*) e da nulidade (*Nichtigkeit*) do ente mas significa: pro-pôr ao pensamento, contra a subjetividade do ente, como simples ob-jeto, a clareira da Verdade do Ser. (HEIDEGGER, 1995, p. 78)

Dessa forma, o pensamento jurídico objetificante somente será superado a partir da (re)fundamentação do Direito. O fundamento se dá a partir do ser-no-mundo. Mundo é a clareira do Ser, a qual o homem se ex-põe por sua Essência lançada. Heidegger (1995, p.79) explica que o homem nunca é homem como um “sujeito” se referindo a objetos, de sorte que sua Essência esteja na relação sujeito-objeto. Ao contrário, o homem é, em sua Essência, primeiro ec-sistente na abertura do Ser.

Na esfera jurídica, ao se pensar o Direito, deve-se pensar a questão da Verdade do Ser, ou seja, pensar a *humanitas do homo humanus*. É no pensamento da ec-sistência do Direito que se deixa de lado a obliteração e arbitrariedade do julgador. A concretização da dignidade da pessoa humana nesta perspectiva caminha na direção da Essência do homem, isto é, na direção da Verdade do Ser (o homem mais do que o *animal rationale*). É, pois, o humanismo do Direito que pensa a humanidade do homem na proximidade do Ser.

Daí que o substrato material da dignidade da pessoa humana somente será desvelado se o operador do direito caminhar inicialmente em direção ao seu fundamento mais originário, qual seja: *Dasein*, ser-no-mundo, ser-aí, pre-sença. É a partir deste *locus hermenêutico* que se irradiam os preceitos e regras que orientarão o homem, experimentado a partir da ec-sistência do Ser, historicamente situado.

Somente na ec-sistência do homem na Verdade do Ser é que o Direito poderá ser (des)velado de forma legítima constituindo o lugar originário de sua dignidade e personalidade.

A dignidade da pessoa humana é, pois, um sendo. Melhor dizendo: uma con-juntura, sempre de acordo com o destino Histórico do homem que mora na Verdade do Ser. Logo, a contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana é necessária e relativa. Vejamos alguns exemplos: a) a colocação de algemas em todo e qualquer indivíduo? b) a aplicação da pena “de cara para a parede” a todos os alunos travessos? c) a disponibilização das notas dos alunos nos corredores universitários? d) a impossibilidade de matrícula do aluno por falta de pagamento? e) o aborto nas questões da anencefalia? f) a questão do direito das famílias, em especial, a homoafetividade e a concepção do “poli-amor”? g) a questão da transfusão de sangue em relação às “testemunhas de Jeová”? h) o direito de morrer com “qualidade de vida”?

Neste caso, cabe a pergunta: a dignidade do *homo humanus* não estaria acima do multiculturalismo? Seria o caso da adoção de um paradigma universal mínimo que traduzisse uma espécie de “invariantes ontológicas” ou “invariantes ec-sistentes”? já que, em certas regiões, atos atentatórios à dignidade humana são tidos como legítimos e suportados pela prática social.

REFERÊNCIAS

HEIDEGGER, Martin. **Sobre o Humanismo**. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995.

_____. **Ser e Tempo**: parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p.33.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Hermenêutica e Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

_____. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

STEIN, Ernildo. **Nas proximidades da Antropologia**: ensaios e conferências filosóficas. Ijuí: Unijuí, 2003, p.16.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na Perspectiva Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VATTIMO, Gianni. **O fim da Modernidade**: Niilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna. Trad. Maria de Fátima Boavida. Lisboa: Presença, 1987.

VAZ, Henrique Cláudio Lima. **Antropologia Filosófica II**. 4.ed. São Paulo: Loyola, 2003.